Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 100 • jan.-fev. / 2013

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 100 • jan.-fev. / 2013

Presidência
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Coordenação
Helena Regina Lobo da Costa e Heloisa Estellita

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Helena Regina Lobo da Costa e Heloisa Estellita

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Alaor Leite, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Luís Greco e Yuri Corrêa da Luz.

CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Ana Messuti, André Augusto Mendes Machado, André Szesz, Andrei Zenkner Schmidt, Bruno Shimizu, Carina Quito, Carlos Weis, Carolina Dzimidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Denise Provasi Vaz, Diogo Malan, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Giovani Agostini Saavedra, Helena Regina Lobo da Costa, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Juliana Garcia Belloque, Karyna Sposato, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luís Geraldo Lanfredi, Luís Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Mariângela Lopes, Marina Pinhão Coelho Araujo, Pedro Vieira Abramovay, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Sánchez Rios, Sérgio Salomão Shecaira e Yuri Corrêa da Luz.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodríguez García, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

62350

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 100 • jan.-fev. / 2013

Coordenação

HELENA REGINA LOBO DA COSTA E HELOISA ESTELLITA

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

Repositório de Jurisprudência autorizado pelos Tribunais Regionais Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões.

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 100 • jan.-fev. / 2013

Presidência
MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

Coordenação
HELENA REGINA LOBO DA COSTA E HELOISA ESTELLITA

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

A responsabilidade pela revisão e formatação dos textos é da Editora.

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora responsável
GISELLE TAPAI

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br
Visite nosso site
www.rt.com.br
aval.artigo@thomsonreuters.com

Impresso no Brasil: [01-2013]
Profissional
Fechamento desta edição: [16.01.2013]

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2013/2014

Diretoria Executiva

Presidente
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

1.º Vice-Presidente
Helena Regina Lobo da Costa

2.º Vice-Presidente
Cristiano Avila Maronna

1.º Secretária
Heloisa Estellita

2.º Secretário
Pedro Luiz Bueno de Andrade

1.º Tesoureiro
Fábio Tofic Simantob

2.º Tesoureiro
Andre Pires de Andrade Kehdi

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Eleonora Rangel Nacif

Assessor da Presidência
Rafael Lira

Conselho Consultivo

Ana Lúcia Menezes Vieira
Ana Sofia Schmidt de Oliveira
Diogo Rudge Malan
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Marta Saad

Ouvidor

Paulo Sérgio de Oliveira

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Boletim
Rogério FernandoTaffarello

Comunicação e Marketing
Cristiano Avila Maronna

Cursos
Paula Lima Hyppolito Oliveira

Estudos e Projetos Legislativos
Leandro Sarcedo

Iniciação Científica
Ana Carolina Carlos de Oliveira

Mesas de Estudos e Debates
Andrea Cristina D'Angelo

Monografias
Fernanda Regina Vilares

Núcleo de Pesquisas
Bruna Angotti

Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho Araújo

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Heloisa Estellita

Revista Liberdades
Alexis Couto de Brito

Tribuna Virtual
Bruno Salles Pereira Ribeiro

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Amicus Curiae
Thiago Bottino

Código Penal
Renato de Mello Jorge Silveira

Cooperação Jurídica Internacional
Antenor Madruga

Direito Penal Econômico
Pierpaolo Cruz Bottini

Habeas Corpus
Pedro Luiz Bueno de Andrade

Justiça e Segurança
Alessandra Teixeira

Política Nacional de Drogas
Sérgio Salomão Shecaira

Sistema Prisional
Fernanda Emy Matsuda

Presidentes das Comissões Especiais

19.º Seminário Internacional
Carlos Alberto Pires Mendes

Cursos com a Universidade de Coimbra
Ana Lúcia Menezes Vieira

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 21 • vol. 100 • jan.-fev. / 2013

Diretora Responsável
GISELLE TAPAI

Equipe de Conteúdo Editorial: Bruna Schlindwein Zeni, Elisabeth Bianchi, Flávio Viana Filho, Henderson Fiirst, Ítalo Façanha Costa e Rodrigo Oliveira Salgado

Coordenação Editorial
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Documentais: Eloá de Medeiros Araújo, Emine Kizahy Barakat, Luara Coentro dos Santos, Marcia Harumi Minata, Rafael Dellova, Roberta Grigoletto Corrêa de Araújo, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Equipe de Jurisprudência

Coordenação Editorial
LUIZ CARLOS DE SOUZA AURICCHIO

Analistas Documentais: Bruna Svetlic, Caroline Neves da Silva, Diego Garcia Mendonça, Fernando Cavazani Damico, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Renor Oliver Filho

Assistente Editorial: Bruno Augusto Santos Capassi

Capa: Chrisley Figueiredo

Coordenação Administrativa
RENATA COSTA PALMA E ROSANGELA MARIA DOS SANTOS

Assistentes: Cibele Souza Mendes, Karla Capelas e Tatiana Leite

Editoração Eletrônica

Coordenação
ROSELI CAMPOS DE CARVALHO

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Ana Paula Lopes Corrêa, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu, Marcelo de Oliveira Silva e Vera Lúcia Cirino

Produção gráfica: Caio Henrique Andrade

Assistente: Rafael da Costa Brito

SUMÁRIO

Teoria Geral

1. A "ajuda médica à morte": uma consideração jurídico-penal
   Jorge de Figueiredo Dias 15
2. A involução pós-moderna do sistema penal
   Sergio Moccia
   Traduzido por Rogério Fernando Taffarello 41
3. Domicílio, intimidade e Constituição (anotação crítica do Acórdão 364/2006 do Tribunal Constitucional)
   Manuel da Costa Andrade 55
4. El actual debate alrededor de la Teoría del Bien Jurídico
   Bernardo Feijoo Sánchez 89
5. Humanidade, espécie humana e Direito Penal
   Mireille Delmas-Marty
   Traduzido por Priscila Akemi Beltrame e Pedro Augusto Simões da Conceição 141
6. Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso
   Urs Kindhäuser
   Traduzido por Nuria Pastor Muñoz 155
7. La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado
   Francisco Muñoz Conde 175
8. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal
   Winfried Hassemer
   Traduzido por Helena Regina Lobo da Costa 211
9. O princípio da igualdade, o Direito Penal e a Constituição
   José de Faria Costa 227
10. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente
    Claus Roxin
    Traduzido por Augusto Assis 253
11. Superior jerárquico, omisión impropia y posiciones de garantía: tensiones actuales entre dogmática y jurisprudencia
    Alejandro Aponte Cardona 287

SISTEMA PRISIONAL

1. La pena de muerte como trato cruel, inhumano y degradante
LUIS ARROYO ZAPATERO 323

DIREITO INTERNACIONAL

1. Are criminal convictions a public matter? The U.S. and Spain
JAMES B. JACOBS E ELENA LARRAURI 335

DIREITO PENAL ECONÔMICO

1. La penetración del derecho penal económico en el marco jurídico europeo: los delitos contra los sistemas de información
CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA 367

2. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas
CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ
Traduzido por CAROLINA DE FREITAS PALADINO E NATÁLIA DE CAMPOS GREY 415

3. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento "ilícito")
PEDRO CAEIRO 453

4. Tomographic approach: concepto y proyección garantista en el campo de la criminalidad económica
RAÚL CERVINI 503

SENTENÇA ANOTADA

1. Sentenças
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REGISTRO CIVIL – Retificação de assento de óbito – Pedido postulado por comissão criada para apurar casos de violação a direitos humanos ocorridos durante período da Ditadura Militar – Jornalista encontrado morto em estabelecimento do exército, sendo o fato dado como suicídio

Resenha por SYLVIA HELENA STEINER 563

RESENHAS

1. *Processo penal constitucional*, de Antonio Scarance Fernandes
Resenha por CAROLINA YUMI DE SOUZA 571

Índice Alfabético-Remissivo

Autores 579

Temas 581

Normas de Publicação para Autores de Colaboração Autoral Inédita 587

A "AJUDA MÉDICA À MORTE": UMA CONSIDERAÇÃO JURÍDICO-PENAL

1

"Medical aid to death": a criminal-legal consideration

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: Trata-se de uma consideração do regime jurídico-penal que deve caber ao auxílio médico à morte (também dito "eutanásia"). Começa-se por delimitar o conceito de ajuda médica à morte, as suas formas e os princípios jurídico-penais implicados, nomeadamente o do consentimento real ou presumido do paciente. Em seguida defende-se que a ajuda passiva à morte não constitui em princípio um comportamento integrante da tipicidade dos crimes de homicídio ou de homicídio a pedido. Igual solução se defende para os casos de ajuda ativa indireta. Considera-se, por último, que as hipóteses de ajuda à morte ativa direta constituem em regra comportamento típicos no sentido do crime de homicídio ou de homicídio a pedido. O mais que, em algumas destas hipóteses, se poderá propugnar, no plano *de iure condendo*, será a consagração de uma isenção da responsabilidade por homicídio a pedido quando a morte servir para pôr termo

ABSTRACT: This paper addresses some considerations regarding the criminal legal system which should be considered for cases of medical aid to death (also called "euthanasia"). We start by defining the boundaries of the concept of medical assistance to death, its forms and the criminal legal principles involved in it, namely the patient's real and presumed consent. Then it will be argued that the passive aid to death does not represent, in principle, a behavior susceptible to integrate the typicality inherent to crimes of murder or murder upon request. An equal solution is defended for cases where there is indirect active help. Finally it is considered that cases with direct active assistance to death, in principle, constitute a typical behavior as far as murder or murder upon request is concerned. What might be able to be advocated in these cases, in a *de iure condendo* plan, will be the legal consecration of an exemption of liability for murder or murder upon request, when the

a um estado de sofrimento insuportável para o atingido e este não esteja em condições de pôr termo à sua vida.

intention of death is to put an end to a state of unbearable pain of a person who was struck by it and does not find himself in a condition that will enable him to end his life.

PALAVRAS-CHAVE: Ajuda médica à morte - Eutanásia.

KEYWORDS: Medical aid to death - Euthanasia.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Delimitação problemática e precisão conceitual - 3. Formas de ajuda à morte e princípios aplicáveis à sua avaliação jurídico-penal - 4. A ajuda à morte passiva - 5. A ajuda à morte ativa indireta - 6. A ajuda à morte ativa direta.

1. INTRODUÇÃO[1]

Também o moribundo – mesmo que em sofrimento profundo e sem esperança – constitui objeto possível do crime de homicídio: matar outra pessoa até à ocorrência da morte (cerebral) conforma uma conduta objetivamente integrante do tipo de ilícito do homicídio. A respeito das eventuais limitações deste princípio suscitam-se hoje porém, por toda a parte e com insistência crescente – mesmo a nível de instâncias jurídicas internacionais –, os difíceis problemas da "*ajuda à morte*" (também ditos da "eutanásia"), nomeadamente sob a forma do auxílio *médico* à morte, cuja complexidade tem aumentado exponencialmente em vista dos extraordinários, constantes e significativos progressos da medicina intensivista. Problemas estes que, também na sua incidência especificamente jurídico-penal, têm sido muitas vezes obscurecidos pelo clima de paixão em que ocorrem as controvérsias, *maxime*, quando se depara com o tabu que continua a ligar-se ao uso do termo "eutanásia". Importa por isso afastar a discussão jurídico-penal, até ao limite possível, de preconceitos quantas vezes irracionais ou falhos de objetividade, ao fim dos quais a solução

1. Na minha qualidade de diretor da *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* sinto-me particularmente feliz e honrado com o convite que me foi dirigido para colaborar neste número especial da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Irmãs quase gêmeas, as duas revistas têm mantido ao longo das suas histórias uma extraordinária comunhão de percursos, de objetivos e de mútua colaboração. Comunhão que, no que me respeita, é o fruto já maduro de uma das coisas melhores que na vida me sucederam: o conhecimento da inigualável figura do primeiro diretor da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Alberto Silva Franco, conhecimento que depois se transformou na fiel amizade que nos dedicamos, como se, aqui também, de irmãos se tratasse.

dos problemas – *qualquer que ela deva ser em último termo* – se deixou tomar de tonalidades puramente ideológicas, e por vezes demagógicas, e se tornou assim ainda mais obscura.

Em toda a parte do mundo sucede com frequência que, no leito de doentes, em suas casas ou em estabelecimentos de saúde, há sobretudo médicos, mas também pessoas acompanhantes do enfermo, nomeadamente familiares próximos, que, perante um sofrimento irreversível e sem expetativa racional de ser minorado, procuram – as mais das vezes não só por completa inutilidade da continuação do tratamento, mas por misericórdia e solidariedade – obviar a uma tal situação desesperada, contribuindo, de formas diversas, para a libertação do enfermo, ainda que à custa de um encurtamento do período de vida que o progredir da doença lhe destinava. E o tema vem merecendo uma preocupação crescente de especialistas aos mais diversos níveis.

Valha a verdade afirmar, por outra parte, que os *resultados legislativos* de uma tal reflexão se têm revelado divergentes. Na Holanda, por exemplo – como depois na Bélgica e também no Luxemburgo –, o direito admitiu uma ajuda à morte ativa, sob estritos pressupostos procedimentais.[2] Já, diferentemente, na Alemanha – apesar de aturada discussão, que persiste, de juristas, médicos, filósofos e teólogos – não se verificou nenhuma alteração da legislação relativa ao homicídio, nem se introduziram quaisquer preceitos no ordenamento jurídico relativos à ajuda médica à morte. Mas não faltam, por um lado, projetos de lei elaborados por eminentes especialistas que, demarcando-se de soluções drásticas e unilaterais, pretendem limitar a área de proteção dos tipos de ilícito dos homicídios face a certas condutas – não a outras – de "ajuda à morte"

2. Sobre a situação na Holanda Peter Tak: "A discussão sobre a legislação relativa à eutanásia na Holanda", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (=RPCC)*, 1994, p. 137 e depois, entre outros, Janssen, "Die Regelung der aktiven Sterbehilfe in den Niederlanden – Ein Novum", *Zeitschrift für Rechtspolitik (=ZRP)*, 2001, p. 179 e Lindemann, "Zur Rechtswirklichkeit von Euthanasie und ärztlich assistiertem Suizid in den Niderlanden", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (=ZStW)* 2005, p. 208. Com uma visão comparatística depara-se em Van Kalmthout, "La eutanasia, ayuda al suicidio y terminación activa sin solicitud expresa en los Países Bajos", em Diez Ripollès; Muñoz Sánchez (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia: una perspectiva comparada* 1996. O CP brasileiro em vigor não contém qualquer norma específica sobre o auxílio médico à morte, nem mesmo a pedido, mas apenas a figura geral do homicídio privilegiado (art. 121, § 1.º): cf. só Márcio Bartoli; André Panzeri, in: Silva Franco; Rui Stoco (coords.), *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*[8], 2007, p. 625 e ss. e, monografiamente, Gisela de Carvalho, *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*, 2001.

(ou também de "acompanhamento da morte").[3] Assim, a *Bundesärtzekammer* ("Câmara Federal dos Médicos") elaborou em 1998 importantíssimos "Princípios" deontológicos em matéria de acompanhamento da morte,[4] os quais, mantendo-se no quadro de uma interpretação jurídica possível do direito penal alemão vigente, visam libertar a atuação profissional do médico da carga emocional ligada à prática de atos que possam reputar-se de "eutanásia". Enquanto, por sua parte, a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (BVG) e do *Bundesgerichtshof* (BGH), bem como a doutrina juspenalista,[5] procuram, face a casos reais da mais esmagadora complexidade levados à consideração dos tribunais, determinar com segurança os princípios e os fundamentos que, segundo o direito alemão vigente sobre o crime de homicídio, podem conduzir à licitude (ou, em definitivo, à não punibilidade) de certas espécies de condutas de ajuda à morte.

Também em Portugal se começa agora a procurar ultrapassar o primarismo (e no fundo o silêncio) do chamado Código Deontológico da Ordem dos Médicos a este respeito, o qual se limita, sem previamente se ocupar de definir por forma afirmativa e direta o que entende por "eutanásia", a considerar no seu art. 47.º-2 a prática daquela por um médico como "falta deontológica grave", dispondo depois no n. 4 do mesmo artigo que "não é considerada eutanásia (...) a abstenção de qualquer terapêutica não iniciada, quando tal resulte da opção livre e consciente do doente ou do seu representante legal (...)". Merecem destaque os pareceres, estudos, projetos de diplomas e inquéritos direta ou indiretamente (mas de forma importante) relacionados com a questão em análise, levados a cabo sobretudo pelo "Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida"[6] e pela "Bioética. Associação Portuguesa de Bioética".[7] Ao que acresce uma cada vez mais intensa *ativi-*

3. Cf. só Baumann (coord.), *Alternativ-Entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, 1986 e Schöch; Verrel (coords.), *Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung*, 2005.

4. "Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärtzlichen Sterbebegleitung" de 11.09.1998, *Neue Juristische Wochenschrift (=NJW)*, 1998, p. 3406.

5. Com uma sua extensa e atualizada indicação se depara por exemplo em Tröndle; Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*[56], 2007, n. m. 28 antes do § 211.

6. Nomeadamente, o Parecer sobre aspetos éticos dos cuidados de saúde relacionados com o final da vida, 11/CNECV/95, rel. Daniel Serrão, e o Parecer sobre o estado vegetativo persistente, 45/CNECV/05.

7. Nomeadamente, o seu Projeto de diploma P/06/APB/06 que regula o exercício do direito a formular disposições antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e cria o correspondente registo nacional, relatores Helena Melo e Rui Nunes, e o seu Estudo E/10/APB/07 – Inquérito nacional à prática da eutanásia,

dade jurídica doutrinária, especialmente jurídico-penal, alguma da qual irá sendo mencionada.

2. DELIMITAÇÃO PROBLEMÁTICA E PRECISÃO CONCEITUAL

Por *ajuda à morte* no conspecto jurídico-penal deve entender-se, exatamente e só, *o auxílio prestado, de acordo com a sua vontade, real ou presumida, a uma pessoa severa e irrecuperavelmente enferma, frequentemente em insuportável sofrimento, no sentido de lhe tornar possível uma morte em condições que o enfermo reputa, ou há razões para presumir que repute, humanamente dignas*. Com esta latitude deverá ainda distinguir-se no conceito, segundo uma conotação temporal, uma ajuda à morte *em sentido estrito*, quando o processo da morte se iniciou já e esta está irremediavelmente próxima, de uma ajuda à morte *em sentido amplo*, quando o enfermo pode ainda viver algum ou mesmo muito tempo mas manifesta a vontade, ou esta é de presumir, de pôr fim a uma vida que, por força da doença e do sofrimento, lhe aparece como insuportável.[8] Ambas as situações devem entrar numa consideração jurídico-penal.

Assente esta compreensão, é inadmissível, por enganoso e demagógico, trazer para o presente contexto problemático situações como a dita do "aniquilamento de vidas que não vale a pena serem vividas", sobretudo quando conexionada com o programa de "eutanásia" do Estado nacional-socialista alemão e com a tristemente célebre "ordem secreta de Hitler" de 1939. Uma tal atuação, que não cabe nem mesmo na aceção mais ampla de "eutanásia", *nada* possui de comum com o problema acima definido e está completamente fora de qualquer forma pensável de ajuda à morte. Do que nela se trata é, pura e simplesmente, do cometimento de um crime – alegadamente embora no interesse da comunidade – de homicídio doloso de doentes mentais, pressupostamente incuráveis, mas capazes de viver e, provavelmente também, desejosos de continuarem vivos. Tão-pouco entram no presente contexto problemático atos de eutanásia com *finalidades eugénicas* de qualquer espécie: tais finalidades devem considerar-se de todo incompatíveis com a motivação que preside à específica problemática da ajuda à morte.

---

de Rui Nunes, Ivone Duarte, Ricardo Soares e Guilhermina Rego. Projeto que deu agora lugar, depois de viva discussão na Assembleia da República, à Lei 25/2012, de 16 de julho.

8. Neste preciso sentido Roxin, "Zur strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe", em Roxin; Schrott (orgs.), *Medizinstrafrecht im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht*², 2001, p. 93.

Por razão inversa extravasam também do problema em consideração todas aquelas atuações que, destinando-se simplesmente a aliviar ou minorar os sofrimentos do doente incurável ou a manter quanto possível a sua vida, e podendo por isso reivindicar, segundo o seu sentido, a qualificação de ajuda ou de acompanhamento (do processo) da morte, sejam todavia, logo à partida, insuscetíveis de integrar o ilícito típico do crime de homicídio porque *não determinantes de qualquer encurtamento do período natural de vida do enfermo*: elas não são "causa" da morte do paciente nem esta lhes pode ser objetivamente imputada. Também aqui, é certo, se podem suscitar complexos problemas jurídico-penais se aqueles procedimentos, ainda que medicamente indicados, forem executados – ou omitidos – contra a vontade, real ou presumida, do paciente. Se porém a morte, mesmo a sobrevir, não puder ser imputada à atuação, toda esta problemática só pode caber nos quadros jurídico-penais das chamadas "intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias".[9]

Tudo considerado, não é inexato falar, a propósito do problema em equação, de "eutanásia", cobrindo-se com este termo toda a "morte 'boa'" (ou mesmo "misericordiosa", de que Bacon terá já falado). Mas será preferível e mais exata a utilização da expressão "*ajuda à morte*". Logo porque imputa à atuação do agente uma precisa finalidade: a de contribuir para a morte de um enfermo, segundo a sua vontade real ou presumida, "em paz e com dignidade" (expressão com que se depara hoje frequentemente, inclusive no art. 43.º da "Carta dos Direitos dos Utentes dos Serviços de Saúde" portuguesa). Depois porque – dada a extrapolação do significado etimológico da palavra "eutanásia", com que se quis cobrir experiências históricas horrorosas e que nada têm a ver com o problema aqui em causa – o uso do termo "eutanásia" pode servir para desacreditar à partida qualquer argumentação e fazê-la incorrer num clima de paixão e demagogia que deve ser evitado. Finalmente, e sobretudo, porque importa pôr travão às tentativas frequentes de distinguir, dentro das mais diversas hipóteses cabidas na "eutanásia", aquelas que ética, deontológica, jurídica e jurídico-penalmente se reputam proibidas e as que se consideram permitidas, para depois só as primeiras se considerarem "eutanásia", enquanto as segundas "não são consideradas eutanásia" (exemplo claro deste procedimento é, em Portugal, o

9. Reguladas em Portugal pelo art. 156.º do CP, e cujo texto do seu n. 1 diz o seguinte: "*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*: 1. As pessoas indicadas no art. 150.º [médico ou outra pessoa legalmente autorizada] que, em vista das finalidades nele apontadas [de diagnóstico e tratamento], realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com prisão até 3 anos ou com pena de multa".

art. 47.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos já referido). O que pode obscurecer irremediavelmente o sentido do problema aqui em causa.

O mesmo obscurecimento poderá de resto resultar – por estranho que à primeira vista possa parecer – da tentativa, hoje cada vez mais frequente em textos doutrinários e mesmo legais, de usar no contexto problemático em causa uma expressão ainda menos pesada e mais inócua do que a de "ajuda à morte": a de "acompanhamento da morte" (ou *assistência à morte*, ou *morte assistida*), no sentido de uma humanização – sobretudo médica e tornada a cada dia mais possível pelos avanços da medicina em matéria de controlo da dor e de fomento do bem-estar do paciente, mesmo do moribundo – mais intensa e mais cabal do processo da morte (cf. também infra VI, *in fine*). É certamente este um domínio da medicina onde se desejam progressos rápidos e intensos; domínio que ultrapassa os sentimentos de solidariedade e compaixão para se tornar em parte integrante das próprias *leges artis* médicas. Persiste porém que, dentro do âmbito lato do acompanhamento da morte, no sentido predito, há procedimentos que não possuem seguramente conotação jurídico-penal, sendo pelo contrário dotados de sentido humana e socialmente positivo, enquanto outros procedimentos – os de *ajuda* à morte – exigem a distinção rigorosa dos que são típicos e dos que são atípicos (ou, em definitivo, não puníveis) no sentido do crime de homicídio.

3. FORMAS DE AJUDA À MORTE E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À SUA AVALIAÇÃO JURÍDICO-PENAL

1. As doutrinas e a maioria das jurisprudências, hoje tendencialmente unânimes, elegem *três formas* de "ajuda à morte" (com a finalidade e com os pressupostos que ficaram definidos) que deverão ser diferenciadas no seu tratamento, na sua avaliação e, eventualmente, nas soluções a que conduzem: (1) a *ajuda à morte ativa direta*, compreendendo aqueles casos em que, por meio de um comportamento ativo (v.g., a administração de uma injeção letal), se produz a morte ou se apressa, em maior ou menor medida, a ocorrência da morte (infra, sub VI); (2) a *ajuda à morte ativa indireta*, abrangendo os casos em que não é de excluir, ou é mesmo razoavelmente seguro, que a medicação atenuante das dores ou indutora do estado de inconsciência (v.g., a administração de doses crescentes de morfina) possa ter como consequência não intencionada ou mesmo indesejada o apressar do momento da ocorrência da morte (infra, sub V); (3) e a chamada *ajuda à morte passiva*, compreendendo os casos em que uma omissão ou uma interrupção do tratamento determina um encurtamento do tempo de vida por forma tal que este deve considerar-se

objetivamente imputável àquela, v.g., a renúncia a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento intensivo que teriam a virtualidade de prolongar a vida do paciente (infra, sob IV).

2. Pressuposto da tentativa de esclarecimento da problemática aqui em causa e, sobretudo, de legitimação das soluções a preconizar é a enunciação clara dos *princípios jurídicos* básicos, constitucionais, legais e doutrinais, que neste âmbito intervêm e têm de entrar em consideração. Todo o problema radica em que tais princípios *conflituam*, ao menos parcialmente, uns com os outros, por tal modo e em tal medida que não permitem, em muitas hipóteses, a sua plena realização e exigem que se aceite, porventura nem sempre da mesma forma nem com igual extensão, a prevalência de uns perante os outros. Existem aqui, na verdade, duas vertentes que importa considerar.

a) Numa das vertentes ergue-se antes de tudo o princípio segundo o qual toda a pessoa, também a mais gravemente enferma e irremediavelmente condenada – suposta a sua capacidade de determinação –, tem o *indeclinável direito de dar à sua vida o destino que quiser, como e quando quiser*. É o princípio da afirmação e defesa da *autonomia pessoal* e do consequente *direito de autodeterminação* que cabe a qualquer pessoa como pessoa. É, numa palavra, a mais pura e direta decorrência da *eminente dignidade da pessoa humana*, cuja defesa irrestrita constitui o princípio axiológico mais fundamental da ordem jurídica de qualquer Estado Democrático; e que por isso surge em todos os instrumentos internacionais e nacionais de defesa dos direitos humanos, nomeadamente, logo no art. 1.º – e também nos arts. 25.º, 26.º e 41.º – da Constituição da República Portuguesa (=CRP) ou no art. 1.º, III, da CF/1988.

Com a manifestação positiva, no ordenamento jurídico português, mais evidente deste princípio se depara quando se atenta na irrelevância jurídico-penal (e consequente atipicidade, no sentido do tipo de crime de homicídio ou de qualquer outro) *do suicídio*.

Uma segunda manifestação surge claramente, por exemplo, no art. 156.º do Código Penal português, já citado, quando pune toda e qualquer intervenção médico-cirúrgica *arbitrária*, isto é, aquela que – ainda que medicamente indicada e levada a cabo por um médico, com finalidade terapêutica e de acordo com as *leges artis* – tenha lugar *sem* consentimento do paciente. Até ao ponto de a lei equiparar à vontade real, em princípio, a vontade presumida do paciente;[10] equiparação que é de importância fundamental no tratamento jurídico-penal

10. Cf. também os arts. 38.º e 39.º do CP português sobre o consentimento e o consentimento presumido como causas de justificação.

de toda e qualquer das formas de ajuda à morte, se bem que simultaneamente constitua fonte das maiores dificuldades.

Uma terceira e última consideração servirá só para acentuar a minha convicção de que a validade do princípio em análise conforma uma verdadeira *regra deontológica fundamental* – se não constitui mesmo uma *lex artis* – que deve presidir à atividade médica. O respeito do médico pela vontade do enfermo corresponde ao correto e são entendimento da *função* do médico: esta função não pode residir em conservar vivos, a qualquer custo, os pacientes que lhe estão entregues; nem a tal está autorizado, como ficou dito, quando isso contrarie a vontade (real ou presumida) do paciente. A sua função é sim a de, renunciando à parafernália de instrumentos técnicos hoje disponíveis para manter artificialmente as funções vitais do paciente, lhe proporcionar as melhores condições para que possa morrer naturalmente, na medida possível em paz e dignidade. Na excelente formulação do BGH, "não existe nenhum dever jurídico de manutenção a todo o preço de uma vida perdida. Medidas de prolongamento da vida não são indispensáveis só porque sejam tecnicamente possíveis. Em vista dos progressos alcançados pela tecnologia médica, o que determina os limites do dever de tratamento médico não é a eficiência da aparelhagem, mas a decisão caso a caso dirigida pela atenção à vida e à dignidade humana".[11]

b) Numa outra vertente da problemática deve começar por se acentuar que a *vida humana* (de pessoa já nascida) constitui o mais alto bem jurídico que ao direito penal cabe proteger. As declarações jurídico-constitucionais a propósito (por exemplo, art. 24.º-1 da CRP: "a vida humana é inviolável"; ou art. 5.º, proémio, da CF/1988: "garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida") não significam porém que a vida humana conforme um bem jurídico *absoluto*, constitutivo de um direito fundamental que não possa, em situações excecionais, ser limitado nos termos gerais;[12] seja pela via da colisão ou conflito de direitos fundamentais, seja, de forma mais específica, pela dos *limites imanentes* dos direitos fundamentais.[13] Por isso ninguém duvida que a tutela daquele bem

11. BGHSt 32, 379 e s., *NJW* 1988, p. 1532, com anotação de Rippa, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (=NStZ)*, 1988, p. 553.

12. Muito importante para considerações jurídico-penais fundamentais – e, em minha opinião, muito exato –, o n. 2 do art. 18.º da CRP, nos termos do qual: "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

13. Sobre o problema das limitações jurídico-penais do bem jurídico "vida" cf. por último Faria Costa, "Das Ende des Lebens und das Strafrecht", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, p. 322 e s.

jurídico cessa em circunstâncias particulares, tornando-se o ato que o lesa em facto *lícito*, como sucede, para não alongar a enumeração, em caso de guerra justa, de legítima defesa, de conflito de deveres ou eventualmente mesmo de direito de necessidade.

Nesta vertente se inscreve, por outro lado e em segundo lugar, o disposto no art. 134.º do CP português, quando incrimina (e pune de forma privilegiada) o chamado *homicídio a pedido*, isto é, o dar a morte a outra pessoa ainda no caso em que a tal seja determinado "por pedido sério, instante e expresso" que aquela tenha dirigido ao agente. O que parece dar a entender que, no quadro axiológico que preside ao ordenamento jurídico-penal português (e, acentue-se, preceito análogo existe em boa parte das legislações penais do nosso círculo jurídico cultural; embora não no Brasil, onde tudo só parece poder resultar do disposto art. 121, § 1.º, já referido e relativo ao homicídio privilegiado), o princípio da autonomia pessoal e do direito de autodeterminação cede face à extensão tutelar do bem jurídico da vida humana; em termos tais que esta vontade não prevalece se a morte da pessoa for dada *por outrem* em quaisquer circunstâncias, só podendo realizar-se através de um ato suicidário sem colaboração de terceiro.

Finalmente e em terceiro lugar, importa tomar em conta a limitação adicional (existente, também ela, na grande maioria das legislações penais referidas, mas não, por exemplo, na Alemanha e na Bélgica)[14] que deriva de a *cumplicidade no suicídio* constituir um facto criminalmente punível nos termos do art. 135.º do CP português – e também nos termos do art. 122 do CP brasileiro –, um *delictum sui generis* que aumenta a limitação do princípio da autonomia pessoal.

4. A AJUDA À MORTE PASSIVA

Já atrás deixei dito o que, em meu parecer, deve entender-se por ajuda à morte passiva: a *não realização de um tratamento* (v.g., a não realização de uma intervenção cirúrgica ou o não internamento do enfermo numa unidade de cuidados intensivos) ou a sua *interrupção* (v.g., a cessação da administração de medicamentos ou do funcionamento do aparelho de respiração assistida), quando tal se traduza num encurtamento do tempo de vida que ao paciente poderia ser artificialmente concedido. Por aí se suscitando a questão de saber – suposto, naturalmente, que sobre o omitente recaia um dever de garantia de

14. Dados a este respeito em Costa Andrade, *Comentário Conimbricense do Código Penal*[2], 2012, art. 135.º, § 1 e ss.

não produção do resultado – se uma tal omissão integra um tipo de ilícito de homicídio (por omissão dita "imprópria"). Contra uma orientação assaz difundida, nomeadamente em Portugal,[15] não creio que haja razão bastante para distinguir entre o não início da intervenção (que seria em princípio lícito) e a sua interrupção (que seria em princípio punível), relativamente a uma e a outra situação devendo atribuir-se o mesmo valor à vontade real ou presumida do paciente. Neste contexto aparentemente homogéneo, todavia, três hipóteses devem ser distintamente consideradas.

1.a) A primeira é a de o paciente *recusar* a intervenção ou a continuação da intervenção.[16] Neste caso decide a vontade do enfermo que deve, em qualquer caso, ser respeitada por todos, incluídos os médicos encarregados e os familiares, ainda quando, segundo um juízo objetivo, aquela vontade surja como desrazoável ou mesmo irresponsável. O médico não pode deixar de obedecer à vontade do paciente; sob pena, inclusivamente, de eventual cometimento do crime de tratamento médico arbitrário.[17]

Sobre isto pode dizer-se haver hoje um consenso alargado nas doutrinas e nas jurisprudências da generalidade dos países: a *omissão ou interrupção de tratamento não conforma nestes casos uma omissão típica no sentido do crime de homicídio.*

b) Hipótese especial que tem suscitado e continua a suscitar dúvidas é a dos pacientes que tentaram um *suicídio*. Não vejo haver, em princípio, motivo racional para não respeitar a decisão autónoma de vontade do suicida, salvo se outra for a sua vontade real no momento. Numa ordem jurídica como a portuguesa, que considera "inviolável" a liberdade de consciência (CRP, art. 41.°-1; e

15. Cf. sobre o ponto, por último, Conceição Cunha, *Vida contra Vida. Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*, 2007, p. 733 e Vaz Patto, "As fronteiras da eutanásia: os casos de Piergiorgio Welby e de Inmaculada Echevarria", *Brotéria* 2007, p. 240 e ss. Como no texto também Costa Andrade, como na nota 14, art. 134.°, §§ 38 e 47.

16. Como sucedeu com o professor de direito penal de Zurique Peter Noll, que, atingido por doença cancerosa mortal, recusou até ao seu fim, em 1982, o internamento hospitalar e o tratamento cirúrgico medicamente indicados para possivelmente lhe prolongar a vida. O seu próprio e impressionante testemunho ficou documentado: Peter Noll, *Diktate über Sterben und Tod*, publicação póstuma por Max Frisch, München & Zürich: Pendo Verlag.

17. Assim também Costa Andrade, "Consentimento em direito penal médico – O consentimento presumido", *RPCC* 2004, p. 127 e ss., invocando, para além do mais, um argumento de analogia a partir do art. 154°-3 *b)*. Creio que, nesta parte, sem razão: a recusa de intervenção ou de continuação de tratamento médico não constitui, jurídico-penalmente, "suicídio" nem situação análoga.

art. 5.°, VI, da CF/1988), não deve ser conferido peso jurídico-penal decisivo a motivações de ordem religiosa ou a conceções do mundo, da vida e da morte.[18] Só assim não será – persistindo aí o dever de tratamento e de salvação – quando o ato suicida tenha reconhecidamente na sua base um *transtorno psíquico do agente*. Sem prejuízo de se aceitar que o dever de omissão se imporá tanto mais quanto, como se exprimiu o BGH,[19] se reconhecer que a "decisão suicida foi formada seriamente e em responsabilidade".

É verdade que o art. 154°-3 *b)* do CP português não considera crime de *coação* o constranger outra pessoa, mesmo que por meio de violência ou de ameaça com mal importante, a uma ação ou omissão ou a suportar uma atividade "se visar evitar suicídio" (o mesmo sucedendo no Brasil nos termos do art. 146, § 3.°, II, do CP respetivo); o que pode acarretar uma limitação do respeito pela autonomia da pessoa que tentou o suicídio, tanto mais, como se disse, quanto a sua decisão suicidária seja livre e responsável. O sentido do preceito português não é porém[20] o de fazer persistir nestes casos o dever de ação e tratamento – ele cessa, como atrás disse, com a oposição, real ou presumida, do paciente –, mas apenas o de afastar a punibilidade do médico ou responsável pelo crime de *coação*. Resta inclusivamente saber se a ali consagrada isenção de responsabilidade deve, nestes casos, estender-se à isenção pelo crime de tratamento médico arbitrário. Tendo para uma resposta negativa,[21] pelo menos e sem dúvida nos casos em que o suicida, uma vez falhada a sua tentativa, continue, de forma lúcida e consciente, a recusar o tratamento ou a continuação do tratamento.

---

18. Assim também a doutrina praticamente unânime na Alemanha: referências em Schönke; Schröder; ESER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*[27], 2006, n. 41 e s. antes do § 211 e Roxin, como na nota 8, p. 100 e s., a propósito do célebre "caso Wittig", em que um médico daquele nome obedeceu ao desejo de uma sua velha paciente, que encontrou já inconsciente por ter tomado uma dose excessiva de morfina e de hipnóticos, expresso numa carta em que dizia: "Na plena posse dos meus sentidos peço ao meu médico que me não envie para o hospital ou casa de saúde e me não preste nenhum tratamento intensivo ou não use de medicamentos que alonguem a vida. Quero morrer uma morte digna". Sobre o caso, pormenorizadamente, Costa Andrade, como na nota 14, art. 134.°, § 50 e ss.

19. *NStZ* 1988, p. 127.

20. Como bem assinalam Costa Andrade, como na nota 14, art. 135.°, § 46 e Conceição Cunha, como na nota 15, p. 258;[658] contra, Teresa Q. de Brito, "Interrupção de alimentação e hidratação artificiais de pessoas em estado vegetativo persistente", *RPCC* 2005, p. 574 e s. e Helena Morão, "Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia médica do paciente", *RPCC* 2006, p. 70.

21. Sobre este ponto também Costa Andrade, como na nota 14, art.156.°, § 34.

c) Um caso particular é o da *interrupção de tratamentos técnicos* por desejo do paciente, nomeadamente o desligar da máquina de respiração assistida. A questão tem, do ponto de vista jurídico-penal, sido complicada com problemas construtivos e conceituais, em especial, o de determinar se a conduta em causa deve ser considerada uma ação, uma omissão, ou mesmo uma omissão através de ação.[22] Seguro me parece que, se a conduta for levada a cabo pelo médico ou outra pessoa na posição de garante, deve ser jurídico-penalmente considerada como *omissão*, sendo praticamente irrelevante que dela seja elemento, de um ponto de vista naturalístico, um comportamento ativo: o que está em causa é, em definitivo, a não continuação (omissão de continuação) de um tratamento. Face à vontade expressa do doente nesse sentido, entendo que não se depara com um crime de *homicídio*, pela razão de que comportamentos como os aqui e causa possuem um *sentido social* de todo o ponto diferente daqueles que integram o âmbito e o fim de proteção das normas incriminatórias do homicídio.

Esta solução constava já expressamente da formulação proposta pelo *AE-Sterbehilfe* para o homicídio a pedido do § 216 do CP alemão: "Quem interrompe ou omite medidas conservadoras da vida de outrem não age ilicitamente quando o atingido o pede expressa e seriamente". Ilustrativo foi o caso decidido pelo Tribunal de Ravensburgo em 1987:[23] uma mulher severamente atingida por uma paralisia progressiva foi finalmente internada num estabelecimento de saúde e ligada a um aparelho de respiração assistida, tendo sido sempre cuidada zelosamente pelo marido. Já moribunda, escreveu à máquina (única maneira possível de se exprimir) a seguinte declaração: "Quero morrer porque o meu estado me é insuportável. Quanto mais depressa melhor. É o que eu desejo do fundo do coração". O marido, sem que ninguém se apercebesse, desligou o aparelho de respiração assistida e continuou a cuidar da mulher, tendo a morte sobrevindo uma hora depois por paragem cardíaca. O Tribunal absolveu o marido do crime de homicídio a pedido, se bem tenha deixado em aberto a questão de saber se o seu comportamento foi atípico ou antes justificado.

2. A segunda hipótese a considerar é a de se omitir um tratamento ou a sua continuação *contra a vontade expressa do paciente*. Detendo o omitente, face ao paciente, uma posição de garante, a sua conduta, desde que determinante de uma morte antecipada, constitui por via de princípio um homicídio doloso sob a forma de omissão (arts. 131.º, 132.º e 10.º do CP português). Considerações

22. Cf., por último, Conceição Cunha, como na nota 15, p. 729 e ss.

23. *NStZ* 1987, p. 229, com anotação de Roxin, ibid., p. 348.

como a de que, v.g., o internamento numa unidade intensivista "já não vale a pena" não são, em nosso parecer, bastantes para justificar o desrespeito pela vontade do paciente. A vontade do paciente só pode ser *contrariada* nos casos extremos em que o cuidado solicitado *em nada sirva* para alterar o período de vida ou para alívio do sofrimento. E não tanto porque entre decisivamente em questão saber se ainda ali está em causa um verdadeiro "tratamento médico" ou antes um "tratamento fútil",[24] mas porque, como bem nota Roxin, "uma diligência sem sentido não pode ser pedida ao médico na medida em que tal o afastaria da sua tarefa específica".[25]

Deve efetivamente atender-se a que – independentemente de qualquer visão economicista do problema – os recursos médicos, técnicos e financeiros não são ilimitados e terão, nos casos extremos em referência, de ser postos em conexão com a questão de saber se o prolongamento de uma agonia ainda tem para o doente algum sentido. Creio, por outra parte, que o retardamento sistemático de um processo de morte inelutável e já em curso com o auxílio da aparelhagem técnica moderna não corresponde em geral às representações comunitárias sobre uma morte humana em paz e dignidade.[26] E de todo o modo, como atrás sublinhei, um tal retardamento sistemático não corresponde à forma como concebo a função do médico e da medicina.

3. A terceira e última hipótese de ajuda à morte passiva – mas também, porventura, a de mais difícil e questionável decisão jurídico-penal nos casos de espécie – é constituída por aqueles casos de renúncia a medidas de prolongamento da vida sempre que *o paciente se não encontra em condições de exprimir a sua vontade*. Estando em causa doentes inconscientes ou em estado análogo, relativamente aos quais o *processo da morte se iniciou já* (casos atrás designados de ajuda à morte *em sentido estrito*), o médico tem o direito – e porventura o dever – de interromper medidas absolutamente inúteis do ponto de vista do "tratamento" e de uma salvação humanamente impossível, sem verdadeiramente ter de curar de qual seria a vontade hipotética do paciente se ele a pudesse exprimir. O que acabou de ser dito sobre os casos extremos de limitação jurídico-penalmente admissível da vontade do enfermo dá conforto absoluto a esta solução que, de resto, julgo corresponder à orientação seguida, na teoria e na prática, de forma praticamente unânime.

---

24. Sobre o ponto Teresa Q. de Brito, como na nota 20, p. 562 e ss., 589 e ss. e Conceição Cunha, como na nota 15, p. 257,[657] 733 e ss.

25. Roxin, como na nota 8, p. 103 e ss.

26. Interessante, a propósito, o resultado do inquérito da *Bioética* referido supra I, *in fine*.

Mais complexos são os casos em que o enfermo incapaz de exprimir a sua vontade *não pode considerar-se um moribundo*, antes pode viver ainda meses ou mesmo anos, mas perdeu de forma irrecuperável a consciência (casos de ajuda à morte *em sentido amplo*). Fala-se a este propósito de "estados vegetativos permanentes", de "coma vígil irreversível", de "síndroma apálico", quando – se apreendo exatamente a realidade médica correspondente – o córtex cerebral (o *pallium*) entrou definitivamente em colapso, conservando-se apesar de tudo a função do tronco cerebral. Que, em casos desta natureza, se não pode defender sem mais a cessação do dever e da posição de garante do médico ou da pessoa titulada, parece seguro e comummente aceite. Desenham-se todavia a propósito duas orientações opostas.

Uma opinião – que, no conspecto internacional, constitui já uma opinião porventura minoritária – pronuncia-se favoravelmente à *continuação dos cuidados médicos até ao ponto permitido pelas possibilidades técnicas*. Tal seria consequência, desde logo, do sentido do mandamento jurídico-constitucional de "proteção da vida", que deveria valer ilimitadamente, isto é, enquanto persistissem as referidas possibilidades de conservação da vida. Donde que a interrupção do tratamento de pessoas não moribundas, mesmo quando pudesse considerar-se que nesse sentido correria a vontade presumida do paciente, significaria sempre um homicídio a pedido, como tal punível.[27]

No extremo oposto corre a opinião daqueles que reputam, neste caso, *jurídico-penalmente admissível a interrupção* do tratamento médico na falta de razões para presumir que seria outra a vontade do enfermo. Seja porque se afirma que, nesta hipótese, a presunção razoável é sempre a de que o doente não quereria continuar a viver, seja porque se sustenta que o mandamento jurídico-constitucional de tutela da vida não pode valer para uma conceção puramente *biológica* da vida e, consequentemente, para preservação de um *corpo* completa e irreversivelmente falho de sensações, a que não mais preside um *espírito* pessoal. Donde que não seria a interrupção do tratamento de estados vegetativos permanentes, mas a sua *continuação* que exigiria um consentimento presumido: se uma vontade de continuação do tratamento não pode ser presumida, também dela se não pode nem deve partir.[28]

---

27. Assim Costa Andrade, como na nota 17, p. 147 e *Direito penal médico – Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, 2004, p. 58 – criticamente Figueiredo Dias, *Direito penal, parte geral*, t. I, 2. ed., 2007, 17.º Cap. § 39 – e Teresa Q. de Brito, locs. cits. na nota 20.

28. Merkel, "Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmassliche Einwilligung Patienten im appalischen Syndrom", *ZStW* 1995, p. 545, 571 e ss.; Roxin, como na nota

Devo declarar-me, em consideração jurídico-penal, *muito mais próximo desta segunda conceção do que da primeira*, se bem me pareça que urge diferenciar.[29] Também nestes casos não deve partir-se, sem mais, de que o consentimento presumido é irrelevante porque, para uns, as medidas conservadoras devem ser prolongadas indefinidamente, enquanto para outros se deve sem mais omiti-las ou interrompê-las. Exato é, sim, que a investigação da vontade presumida deve ser levada ao limite possível, assumindo aqui (contra o que em geral sustenta a tese da obrigação de conservação da vida) um relevantíssimo e crescente valor os outrora chamados "testamentos de paciente", "testamentos de vida", "vitais" ou "biológicos; hoje preferentemente cognominados "diretivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde" e para os quais inclusivamente se recomenda, com larga aceitação, a criação de um registo nacional.[30] A argumentação que tem sido desenvolvida contra o valor (fortemente) indiciário de tais documentos – as mais das vezes em nome de um paralelismo com a doutrina jurídico-penal do "consentimento presumido" como causa de justificação –[31] parece-me improcedente: as disposições antecipadas de vontade, sobretudo se periodicamente reiteradas, constituem, bem pelo contrário, o mais forte indício da vontade presumida do declarante e só podem ser desobedecidas se forem conhecidas razões que definitivamente as contrariem. Nem sequer se pode pensar em argumentar, em rigor, com os "interesses" do paciente porque, como justamente assinala Roxin, "o apálico privado para sempre da consciência e das sensações não pode, desde que entrou nesse estado, ter mais quaisquer interesses: estes pressupõem a possibilidade da decisão pessoal".[32]

8, p. 108 e s.; Koch, "O princípio e o termo da vida como problemas do direito penal da medicina", *RPCC* 2004, p. 164; cf. já também o § 214 I 2 do *AE-Sterbehilfe*: "Quem interrompe ou omite medidas conservadoras da vida não age ilicitamente quando o atingido, segundo os conhecimentos médicos, perdeu irreversivelmente a consciência".

29. Assim também Schöch, "Offene Fragen zur Begrenzung lebensverlängernder Massnahmen", *Hirsch-FS*, 1999, p. 702 e s.

30. Cf. agora, para Portugal, a já referida (supra nota 7) Lei 25/2012, não tendo todavia sido publicado, até ao presente, diploma que regulamente o registo nacional. Essencialmente no sentido do texto também Faria Costa, como na nota 13, p. 326. Uma comparação pormenorizada a propósito entre os sistemas alemão e português em Costa Andrade, como na nota 14, art. 156.º, § 53 e ss.

31. Cf., para diferentes pareceres, Costa Andrade, como na nota 17, p. 144 e Figueiredo Dias, como na nota 27, 17.º Cap., § 27.

32. Roxin, como na nota 8, p. 108.

A minha opinião vai pois decididamente no sentido de que se não deve prolongar indefinidamente a vida de um apálico em nome do princípio *in dubio pro vita*, nem interromper sem mais as medidas conservadoras em nome do princípio *in dubio contra vitam*: *decisiva deve ser a determinação da vontade presumível do enfermo se pudesse informadamente pronunciar-se sobre a situação.* Nesta medida – na medida em que se deve construir a solução destes casos, até ao limite possível, na base do direito de autodeterminação –,[33] as diretivas antecipadas de vontade do paciente, se possível periodicamente renovadas ou constantes de um registo nacional, constituem o elemento por excelência para conhecimento da sua atitude pessoal face a um tratamento humano digno; até um ponto em que elas devem erigir-se em critério da própria atuação *médica.* Para além destas diretivas antecipadas (ou em vez delas, se não existirem) terão de entrar em consideração outros critérios, v.g., declarações orais, convicções religiosas, representações axiológicas pessoais, esperança de vida em função da idade, capacidade de sofrimento etc. Se, apesar de toda a investigação feita, persistirem dúvidas razoáveis sobre a vontade presumida do enfermo, não há, ainda aqui, que decidir em função dos dogmas *pro vita* ou *contra vitam*, mas sim *em função dos indícios mais fortes e significativos, sem jamais ceder à tentação de os considerar objetivamente fundados ou infundados.*[34]

33. Tal como o faz hoje a jurisprudência alemã já porventura dominante: cf., por outros, Roxin, como na nota 8, p. 104 e ss. e a decisão do Tribunal de Kempten analisada por Verrel, "Selbstbestimmungsrecht contra Lebenschutz – Bringt der BGH Bewegung in die Sterbehilfediskussion?", *JZ* 1996, p. 229, Schöch, como na nota 29, p. 697 e Roxin, loc. cit.

34. Um caso muito especial e menos estudado de ajuda à morte passiva é o da chamada *eutanásia precoce*, isto é, a omissão de tratamento de recém-nascidos gravemente deformados e que jamais alcançarão a consciência ou que padecem de um sofrimento incontrolável e irreversível (sobre o problema já o *AE-Entwurf*, § 214 I 2 e Roxin, como na nota 8, p. 117 e s.; monografia: Merkel, *Früheuthanasie* 1999). Afastada *in limine* a hipótese de se apelar, como fundamentação da licitude da omissão, para uma qualquer "eugenia socialmente vantajosa" (criticamente também Schönke; Schröder; Eser n. m. 32a antes do § 211), parece-me deparar com escolhos muito dificilmente ultrapassáveis a sugestão de Roxin, loc. cit., de imputar a eventual *licitude* jurídico-penal ainda ao estado de necessidade justificante, assente no interesse do recém-nascido e tendo também em conta o interesse dos pais, na base de que a continuação das medidas conservadoras daquela "vida" representa para eles um peso inexigível. A via que admito ainda em aberto será a de – *na medida possível* – parificar algumas destas situações com a da síndrome apálica e deixar valer também aqui o sentido social da conduta como não integrando o âmbito de proteção da norma típica do homicídio. Interessante é a conceção de Helena Moniz, ao aproximar a consideração jurídico-penal da questão do regime jurídico a que está submetida a interrupção da gravidez

5. A AJUDA À MORTE ATIVA INDIRETA

Menos problemática na perspetiva jurídico-penal é hoje considerada a "ajuda à morte ativa indireta": ela é tida generalizadamente, nos círculos jurídicos e médicos, como *não constituindo nem homicídio, nem homicídio a pedido, desde que corresponda à vontade, real ou presumida, do paciente*; o que, de resto, será em alta medida consequência de o significado prático da questão estar progressivamente a reduzir-se face aos enormes progressos médicos em matéria de controlo da dor sem encurtamento do período natural de vida.[35]

---

por indicação médica de lesão do nascituro (CP português, art. 142.º-1 *c*): Helena Moniz, "Eutanásia precoce: dúvidas e interrogações", *Revista de Estudos Criminais*, Itec (Brasil), n. 45, 2012, p. 29 e ss.

35. A jurisprudência alemã, por exemplo, segue esta solução desde o *leading case* de 11-1966, BGH42, 301: "Uma medicação atenuante da dor medicamente indicada correspondente à vontade declarada ou presumida do paciente não é inadmissível relativamente a um moribundo, só pela circunstância de ela, como consequência não querida mas tomada em consideração, poder apressar a ocorrência da morte". No mesmo sentido vai a doutrina jurídico-penal alemã absolutamente dominante, que pode ver-se referida, por último, em Tröndle; Fischer, como na nota 5, n. m. 18 e s. antes do § 211; e também os Princípios da Câmara Federal dos Médicos alemães, como na nota 4: "Face a moribundos, pode a atenuação do sofrimento ser colocada como fundamento para que se torne aceitável um possível encurtamento inevitável da vida". E creio que neste sentido vai inclusivamente o ponto de vista da moral católica, que terá partido das palavras proferidas por Pio XII, já em outubro de 1956, aos médicos anestesistas: *Pius XII sagt* 1958, p. 62 e cujo texto (que só pelo absoluto rigor que quero manter neste ponto delicado decidi citar na língua em que as li) é exatamente o seguinte: "Kurz zusammengefasst fragen Sie Uns: 'Ist die Ausschaltung des Schmerzes und des Bewusstseins durch Narkotika (wenn die medizinische Indikation sie verlangt) von seiten der Religion und der Moral dem Arzt und dem Patient erlaubt (auch beim Herannahen des Todes und wenn sich vorhersehen lässt, dass die Anwendung von Narkotika das Leben verkürzen wird)'? Man muss darauf antworten: *Wenn es keine anderen Mittel gibt und unter bestimmten Umständen nicht die Erfüllung anderer religiöser oder moralischer Pflicht verhindert wird: ja*' [itálico meu]. Wie Wir schon erklärt haben, verpflichtet das Ideal des christlichen Heldentums nicht, zum mindesten nicht allgemein, zur Verweigerung einer im übrigen gerechtfertigten Narkose, selbst nicht beim Herannahen des Todes; alles hängt von den konkreten Umständen ab. Dem vollkommenere und heldenhaftere Entschluss kann ebensowohl auf seiten der Annahme wie auf seiten der Verweigerung liegen". [Minha tradução: Em síntese vós perguntais-me: 'É a interrução da dor e da consciência através de narcóticos (quando a indicação médica os exige) permitida ao médico e ao paciente pela religião e pela moral (também quando a morte se aproxima e é previsível que o uso de narcóticos determinará o encurtamento da vida)'? A isto deve responder-se: *sim, quando não haja outro meio e com isto se não obste ao cumprimento de outros deveres*

Uma questão que continua no entanto a discutir-se é a de saber se a ajuda à morte ativa indireta lícita deve restringir-se aos casos em que se está perante um moribundo (ajuda à morte *em sentido estrito*), isto é, perante alguém já incurso no processo da morte. Uma tal conceção parece-me, porém, demasiado estrita: dores insuportáveis e incontroláveis podem surgir, apesar de todos os progressos médicos nesta matéria, em doenças incuráveis (v.g., cancerosas), em períodos temporais que previsivelmente antecedam significativamente o momento da morte. Mal se compreende que, nestes casos de ajuda à morte em sentido amplo, não possam ser administrados ao enfermo, de acordo com a sua vontade real ou presumida, meios efetivos de controlo das dores mesmo que sob o risco de poder em alguma medida ser antecipado o momento da morte. Como igualmente seguro parece que na base de uma ajuda à morte ativa indireta jurídico-penalmente admissível podem estar tanto estados dolorosos insuportáveis, como *sofrimentos pesados* de outra espécie que, também eles, exijam uma intervenção médica no sentido de os minorar ou debelar.[36]

Do ponto de vista da construção jurídico-penal, a grande questão que continua a discutir-se é a de saber se a admissibilidade da ajuda à morte ativa indireta conduz à *atipicidade* da conduta do médico ou antes à sua *justificação* face à incriminação do homicídio ou do homicídio a pedido. A tese da *atipicidade* louva-se fundamentalmente na diferença de conteúdo de sentido social que se verifica entre uma ação homicida e a ação médica destinada a aliviar o sofrimento insuportável de um paciente moribundo ou incurável. Apela-se então, para negar o tipo de ilícito desta última, a categorias como a da *adequação social* ou do *fim e âmbito de proteção da norma* que pune o homicídio, mesmo a pedido.[37] E não falta mesmo quem se proponha resolver a questão (de certo modo, por "eliminação"), sustentando que nestes casos a ação não é punível como homicídio logo porque o resultado "morte" não é objetivamente imputável ao agente em virtude de este não ter excedido, na sua atuação, o *risco permitido*.[38]

---

religiosos e morais. Como Nós já expusemos, o ideal do heroísmo cristão não obriga, pelo menos em geral, à negação de uma narcose, por outra via justificada, mesmo em caso de encurtamento da vida; tudo depende das circunstâncias concretas. A decisão cabal e heroica tanto pode residir do lado da aceitação como do lado da denegação"].

36. Assim, de novo, tanto o *AE-Sterbehilfe* ("estados de sofrimento graves que não possam ser debelados por outra forma"), como os "Princípios" da Câmara Federal dos Médicos alemã ("minoração do sofrimento").

37. Extensas indicações bibliográficas concordantes em Tröndle; Fischer, como na nota 5, n. m. 18 antes do § 211.

38. Cf. Schönke; Schröder; Eser, n. m. 26 antes do § 211.

A outra tese critica este entendimento sobretudo na base de que ele assenta num critério demasiado vago para fundamentar a não punibilidade de ações que, em pura objetividade, constituem ações homicidas (no sentido de causadoras da morte de outra pessoa). Por isso prefere deslocar o problema para o âmbito da existência de uma *causa de justificação*, desde logo porque existiria nestas hipóteses um verdadeiro *conflito de interesses*:[39] o da conservação de uma vida que, apesar dos sofrimentos de que o enfermo padece, continua a constituir um bem jurídico digno de proteção; e o da minoração ou debelação de sofrimentos insuportáveis destinado a permitir uma morte em paz e dignidade. Face a este conflito – acrescenta-se – deve considerar-se que este último interesse é prevalente no conflito e conduz à aceitação de um dever prepondenante da própria atuação do médico, encontrando-se esta pois a coberto de uma causa de justificação. Sendo todavia inseguro, para os próprios defensores desta orientação, determinar se se depara com uma situação de *estado de necessidade justificante* (nos termos do art. 34.º do CP português), se de um *conflito de deveres inautêntico*, se de uma *combinação do pensamento do direito de necessidade com o do consentimento (real ou presumido) do atingido*.

A razão está, do meu ponto de vista, do lado da opinião segundo a qual as hipóteses em causa constituem condutas *atípicas* no sentido do homicídio ou do homicídio a pedido. Contra esta solução não está a circunstância de – como na verdade sucede – à situação poder presidir um *conflito* de interesses entre a continuação da vida e a debelação de dores ou sofrimentos incontroláveis; como se daí devesse decorrer sem mais que uma tal situação só pode encontrar resposta dogmática no quadro da justificação e não no da atipicidade.[40] Já lá vão mais de quarenta anos escrevi que " o sentido de ilicitude que vive em cada tipo, mesmo só no *incriminador*, não tem que ser produto da afirmação pura e simples de um valor jurídico, mas pode ser – e é quase sempre – o resultado da decisão de um *conflito* de pontos de vista juridicamente relevantes":[41] e a este ponto de vista me mantenho fiel. Em segundo lugar, parece exato que a generalidade dos casos ainda medicamente subsistentes em que o controlo da dor e do sofrimento de doente incurável não possa ser levado a cabo sem possível diminuição do tempo de vida restante pode cair no âmbito da atipicidade desde que o médico não tenha ultrapassado os limites do *risco permitido*. Com efeito, toda a atividade médica dirigida ao controlo ou à eliminação da dor e do so-

39. Indicações concordantes, de novo, em Tröndle; Fischer, loc. cit.

40. Assim todavia Roxin, como na nota 8, p. 97.

41. Figueiredo Dias, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 1969, p. 425.

frimento coberta pelas *leges artis* (porventura documentada em protocolo ou, de todo o modo, correspondentes àquilo que são consideradas, nos círculos médicos, as *good practices*) contém-se por definição no âmbito do risco permitido; o que conduz a que o resultado "morte" (antecipada) não possa imputar-se objetivamente à conduta e esta não integre, por conseguinte, qualquer tipo objetivo de homicídio. Por último, ainda nos casos (raros, seguramente) em que a atuação atenuante da dor e do sofrimento se não encontre coberta pelas *leges artis*, julgo que a finalidade que preside à atuação faz com que a conduta em causa não caiba *no fim e no âmbito de proteção* dos tipos incriminadores dos homicídios; e sem que deva triunfantemente alegar-se que este critério é demasiado *vago e fluido* para que sobre ele se possa construir a atipicidade.[42] Perante uma consideração global da situação, dos fins que presidem à atuação, da forma e do cuidado com que é levada a cabo, dos juízos comunitários que sobre ela recaem, deve afirmar-se que ainda nestes casos de ajuda à morte ativa indireta, de acordo com a vontade real ou presumida do paciente (não necessariamente dos seus familiares ou pessoas próximas), o *sentido social* da conduta conduz a que ela deva ser tida como atípica.

Só assim não será se à conduta tiver presidido, do lado *subjetivo*, a intenção do agente não de minorar ou eliminar o sofrimento, mas de matar; se, por conseguinte, à conduta tiver presidido um *dolo direto intencional ou de primeiro grau*. Uma tal intenção confere à conduta um sentido social completamente diferente e ela só pode ser tida, no limite, como uma "ajuda à morte ativa direta", em princípio punível como homicídio (infra VI). Já não assim porém, em nosso entendimento, se a antecipação da morte for prevista como consequência *necessária mas indesejada* da conduta. Como se acentua, tais casos serão raros face aos progressos da terapia da dor, que conduzirão a que o encurtamento eventual da vida apareça quase sempre, no máximo, sob a forma do *dolo eventual*.[43] Mas se e quando assim não for, não se vê que, segundo as representações comunitárias dominantes, aquela terapia deva ser omitida em nome do fim de proteção das normas do "homicídio" e dolosamente se mantenha vivo o enfermo, contra a sua vontade real ou presumida, sob o padecimento de dores ou sofrimentos intoleráveis.

---

42. Assim no entanto Roxin, como na nota 8, p. 97, verdadeiramente o pioneiro e principal propugnador da categoria em questão como elemento fundamental da teoria da imputação objetiva. Resumidamente sobre ela Figueiredo Dias, como na nota 27, 12.º Cap., § 35 e ss.

43. Pela limitação da impunidade a estes casos, no entanto, Schöch, "Die erste Entscheidung des BGH zur sog. indirekten Sterbhehilfe", *NStZ* 1997, p. 411.

6. A AJUDA À MORTE ATIVA DIRETA

A punibilidade como homicídio (ou homicídio a pedido) da ajuda à morte ativa *direta* – e isto significa, como acabámos de dizer, *intencional* – continua a corresponder à opinião largamente dominante *de lege lata*; e, sem prejuízo das já referidas (supra I, *in fine*) experiências holandesa, belga e luxemburguesa, também mesmo *de lege ferenda* tanto no campo da teologia e da ética, como da medicina, como do direito penal.[44] Devendo a presente análise apegar-se ao estado legal português vigente, a afirmação da *punibilidade de princípio* não pode deixar de merecer a nossa *concordância*. Aqui só deverá ser chamada a atenção para a necessidade de esclarecer devidamente as relações entre a punibilidade como homicídio da ajuda à morte ativa direta e duas incriminações que estão dogmática e sistematicamente próximas daquela: a do auxílio ao suicídio e a do homicídio a pedido.[45] Fá-lo-ei através de duas referências jurisprudenciais alemãs a respeito.

Na Alemanha e na Bélgica (como já ficou anotado supra III, *in fine*) a circunstância de a punibilidade do auxílio ao suicídio não ter consagração legal conduz evidentemente à não punibilidade da própria ajuda à morte ativa direta sempre que esta deva representar-se como mero auxílio ao suicídio. No caso do médico alemão Hackethal que, a pedido de uma mulher sofrendo gravemente de um cancro cerebral avançado e incurável, pôs à sua disposição uma dose mortal de cianeto, que esta desfez num copo de água e em seguida ingeriu, morrendo serenamente logo em seguida, o Tribunal de 1.ª instância e depois o OLG de Munique[46] absolveram-no da acusação de homicídio a pedido, considerando ambos a hipótese como de auxílio ao suicídio não punível pela legislação alemã. Já em Portugal o médico deveria ser, como penso que no Brasil, em via de princípio punível *por auxílio ao suicídio, não por homicídio (a pedido)*.[47]

---

44. Amplas indicações a propósito em Tröndle; Fischer, como na nota 5, n. m. 17 e s. antes do § 211.

45. V. também Faria Costa, como na nota 13, p. 324 e ss.

46. *NJW* 1987, p. 940, tendo obtido larga concordância doutrinal: cf. só Roxin, como na nota 8, p. 110.

47. Diferentes serão porventura já as coisas no caso de um médico idoso e acamado (também alemão) que tomou, consciente e responsavelmente, a decisão de pôr fim aos seus dias com uma injeção de um potente analgésico (Scophedal), pedindo todavia ao sobrinho que, se as forças lhe faltassem, o ajudasse. Dias passados o enfermo injetou-se e caiu num sono profundo. O sobrinho, entretanto chegado, receou que a tentativa de suicídio pudesse falhar e deu ao tio mais uma injeção: este morreu

A questão que hoje por toda a parte se põe, em todo o caso, com insistência crescente é a de saber se não deveria ir-se para além do que ficou dito e permitir-se em casos mais largos a ajuda à morte ativa direta através de uma *fortíssima redução do âmbito de proteção da norma que incrimina o homicídio a pedido.* Seja em função da *qualidade dos motivos* que presidem ao ato, bastando que eles sejam suficientes para considerar o pedido *razoável* e *objetivamente fundado*; o que conduziria a considerar que o respeito pelo direito de autodeterminação do enfermo deveria aqui ter a mesma primazia e alcance que vimos possuir em caso de ajuda à morte passiva ou mesmo ativa indireta.[48] Seja sustentando que, nos casos em que se deva conceder primazia ao respeito pela vontade do enfermo, ela será suficiente para aceitar a existência de um *estado de necessidade justificante* nos termos do art. 34.º.[49] Seja indo até ao ponto de preconizar, *de iure condendo*, a *institucionalização legal* de uma morte alheia por forma procedimentalmente regulada; como seria o caso da proposta de Hoerster[50] de que ao homicídio a pedido se acrescentasse um preceito novo do seguinte teor: "(1) Um médico que mata uma pessoa em sofrimento grave e incurável não age ilicitamente quando o atingido deseja expressamente a ação mortal por força de uma reflexão livre e ponderada que tomou num estado capaz de decisão e esclarecido sobre a situação; ou, quando, não estando o atingido em estado de levar a cabo aquela reflexão, está justificado que se aceite que ele desejaria expressamente, no caso, a ação mortal. (2) A existência dos pressupostos referidos em (1) só exclui a ilicitude se for documentada por escrito, de forma fundamentada, não só pelo médico que executar a ação mortal, como ainda por outro".[51]

---

passada uma hora. O BGH, reconhecendo que se podia ter como provado que, sem a segunda injeção, o tio teria vivido uma hora mais, condenou o sobrinho – com o aplauso da doutrina dominante – por homicídio a pedido. Apesar de a ação do sobrinho constituir, de um ponto de vista puramente cronológico, a "última" ação, sustenta Roxin, como na nota 8, p. 112, que, logo com a primeira injeção, o tio pôs em causa a sua vida de forma irreversível; o que, em seu entendimento, levaria a que o sentido social do comportamento do sobrinho, na situação global, seja próprio *do auxílio ao suicídio, não do homicídio a pedido.*

48. Assim, ao que informa Roxin, como na nota 8, p. 113 e s., se terá pronunciado Jakobs numa conferência proferida na Academia Bávara das Ciências em 1998.

49. Assim Herzberg, "Der Fall Hackethal: strafbare Tötung auf Verlangen?", *NJW* 1986, p. 1635 e ss.

50. Referida por Roxin, como na nota 8, p. 114.

51. Em sentido próximo, dentro também de "rigorosos" pressupostos procedimentais, Faria Costa, como na nota 13, p. 328 e s.

Em definitivo, acompanho Roxin nas *reservas* que levanta a qualquer destes caminhos, mesmo no plano do direito a constituir. Não tanto por razões de teor teológico, moral, sociológico, médico ou mesmo jurídico-constitucional; nem tão-pouco por participar da convicção amplamente generalizada de que tal significaria uma "rotura do dique" que, por mais pequena que se quisesse, acabaria por ocasionar o desmoronamento da proibição de todo o homicídio real ou supostamente misericordioso. Mas sobretudo porque, nos casos – que a medicina afirma serem hoje pouco frequentes – em que o mortalmente enfermo manifeste a sua vontade séria e esclarecida (ou ela se deva presumir, quando aquela manifestação não seja possível) de que ponham termo, por ação positiva direta, à sua vida, um *acompanhamento compreensivo e humano da morte*, aliado a uma *terapia da dor* tão eficiente quanto possível (mesmo que atinja a natureza de ajuda à morte ativa indireta), conforma uma atuação que, podendo ainda ser considerada como "tratamento", cabe precipuamente na função do médico e tem vantagens de toda a ordem sobre a permissão jurídica, ainda que sob rigorosos pressupostos procedimentais, da ajuda à morte ativa direta.

O que pode, tendo-se isto em conta, ficar ainda para a permissão – se bem que absolutamente excecional – da ajuda à morte ativa direta no plano *de lege ferenda*? Em minha opinião disse-o muito rigorosamente, já lá vão duas décadas, o *AE-Sterbehilfe*, ao propor[52] que ao artigo sobre o *homicídio a pedido* (como o art. 134.º do CP português) se acrescentasse um novo número com a seguinte redação: "O tribunal pode isentar de pena quando a morte servir para pôr termo a um estado de sofrimento insuportável para o atingido, que não pode ser eliminado ou atenuado por outras medidas". Quando, por conseguinte, o mortalmente enfermo, em cruel sofrimento e desejoso de morrer, não pode, por um lado, dar-se a morte por suas próprias mãos, nem, por outro lado, ser liberto do sofrimento em medida que o torne suportável. O mesmo devendo então defender-se entre nós, *mutatis mutandi* – por óbvia identidade ou, em rigor mesmo, por maioria de razão –, para a isenção de pena do auxílio ao suicídio.

---

52. A esta proposta se tendo ligado, logo em 1986, o "Dia dos Juristas Alemães": *NJW* 1986, p. 3085 e 3073 e s. Contra, Costa Andrade,como na nota 14, art. 134.º, § 13 e ss.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia, de Iberê Anselmo Garcia – *RBCCrim* 67/253;
- Considerações acerca do impacto da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina no tratamento jurídico-penal da eutanásia passiva no Brasil, de Gisele Mendes de Carvalho – *RCP* 6/227;
- Direito à vida e autonomia: por um limite à liberdade individual, de Vinícius Assumpção – *RCP* 14/145; e
- Eutanásia, ortotanásia e distanásia – Reflexões básicas em face da ciência médica e do direito, de Elias Farah – *RIASP* 28/131.

- A apreciação jurídico-penal da eutanásia, de Claus Roxin, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, coordenada por Flávia Piovesan e Maria Garcia, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 57.

A INVOLUÇÃO PÓS-MODERNA DO SISTEMA PENAL

2

The post-modern involution of the Criminal System

SERGIO MOCCIA

Professor Titular de Direito Penal da Università degli Studi di Napoli "Frederico II".

Traduzido por ROGÉRIO FERNANDO TAFFARELLO

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: Em tempos marcados pela perplexidade inerente à pós-modernidade, o direito penal e as conquistas civilizatórias por ele obtidas nos séculos recentes defrontam-se com frequentes e desordenadas pressões de caráter iliberal, as quais implicam significativos riscos àquelas conquistas da modernidade, com graves riscos ao arcabouço legal democrático. Nesse mister, é necessário, reconhecendo-se as imbricações inerentes à relação entre direito e política, retomar a defesa de uma concepção de direito penal orientada à proteção de direitos e garantias individuais fundamentais, prevenindo-se o potencial retrocesso a indesejáveis formas de autoritarismo.

ABSTRACT: In times marked by perplexity, which is inherent to post-modernity, Criminal Law and the civilization achievements that it acquired in the recent centuries are having to deal with frequent and disordered pressures of an illiberal character, which pose significant risks to those achievements of modern times as well as severe risks to the legal and democratic framework. In this fashion, by understanding the inherent imbrications between law and politics, it's necessary to get back and defend a conception of criminal law focused on the protection of the individual and fundamental legal rights and guarantees in order to avoid a potential and undesirable regression to authoritarianism.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal - Dogmática penal - Emergência - Eficientismo - Autoritarismo - Direitos individuais - Garantias.

KEYWORDS: Criminal law - Criminal dogmatics - Emergency - Efficientism - Authoritarianism - Individual rights - Guarantees.

I – No atual momento histórico tem se consolidado, em âmbito legislativo, mas igualmente na práxis, um *habitus* de caráter emergencial recorrente desde suas origens, ligado a graves e difundidas formas de criminalidade – terrorismo, criminalidade organizada, criminalidade econômica, ecocriminalidade, corrupção, mas também rapinagens cometidas por autores geralmente marginalizados – as quais despertam preocupação em relação à defesa dos direitos do indivíduo: em realidade, põem-se fortemente em discussão as garantias individuais fundamentais.

Limites em defesa da pessoa face à opressão da autoridade, as garantias representam, com efeito, a expressão mais significativa daquele longo e tormentoso processo evolutivo traçado no desenvolvimento da civilidade jurídica contemporânea. Por isso, não é possível, em estruturas legislativas inspiradas na democracia, mesmo que com vistas a contrastar fenômenos criminais, e ainda que gravíssimos, adotarem-se remédios normativos e práticas jurisprudenciais que acabem por empurrar os sistemas penais em direção a preocupantes formas de arbítrio – as quais, com frequência, têm caracterizado os momentos mais difíceis para a razão humana.

Os termos eficientismo e funcionalismo designam formas de repressão atualmente difundidas na Europa e na América, ou seja, em países cujas constituições contêm os princípios do Estado Social de Direito e do direito penal liberal. O eficientismo penal constitui a última variante do direito penal de emergência, uma degeneração que tem acompanhado, desde sempre, a vida do direito penal moderno.

Não obstante a especificidade dos conflitos que existem nos diversos países europeus e americanos, o eficientismo representa um denominador comum da conflituosidade aliada a uma crise profunda e de grande monta: a crise do sistema econômico-social produzido pela globalização e pelas políticas neoliberais dominantes e as consequentes desigualdades e desequilíbrios profundos, que determinam uma aceleração e um agravamento dos conflitos.

Em um tal contexto, o direito penal deixa de ser subsidiário e volta a ser a *prima ratio* da política social, uma sorte de panaceia ilusória com a qual se quer afrontar, e resolver, os mais diversos problemas.

Dentro desse processo, o eficientismo penal busca obter a resposta punitiva mais rápida e eficaz. Limitando ou suprimindo garantias substanciais e pro-

cessuais – leia-se, direitos fundamentais do indivíduo – que, rompendo com séculos de barbárie, foram estabelecidas na tradição do direito penal liberal, nas constituições dos países civilizados e em convenções internacionais.

Em realidade, os problemas subjacentes às desordenadas reações eficientistas seriam confrontados com instrumentos bastante diversos e, sobretudo, orientados a bastante diversas finalidades. Mas, ao revés, o drama das migrações, por exemplo, tem sido utilizado como álibi para o questionamento de elementares e relevantes conquistas de civilidade em matéria de acolhimento; a ameaça do terrorismo tem sido usada como arma de pressão para impor novas e não menos odiosas formas de colonialismo; o mal estar juvenil – especialmente em relação à precariedade existencial –, usado como oportunidade para reprimir culturas, não necessariamente "alternativas", fundadas sobre valores de solidariedade, apagando-se, assim, as grandes conquistas do Estado Social.

Em uma palavra, é precisamente o desmantelamento, no âmbito dos países ocidentais, dos direitos civis, com graves riscos para a própria democracia. Pense-se, por exemplo, nos danos à legalidade na Inglaterra relativamente à ampliação – há alguns anos impensável – dos poderes de polícia ou na violação aos direitos constitucionais nos Estados Unidos ante o uso de formas verazes e próprias de tortura, com flagrante vulneração, entre outros, da presunção de inocência – cânone do Estado de Direito: a pessoa suspeita torna-se *sic et sempliciter* culpável e, portanto, diretamente "punível", sendo – salvo em caso de apresentação imediata de prova contrária – a "punição", *scilicet* tortura, logo imposta; pense-se, mais genericamente, na ampla definição do conceito de terrorismo, apta a englobar, e portanto criminalizar, também simples manifestações de pensamento, e favorecendo, destarte, uma marcante e jamais interrompida tradição repressiva em matéria de "maus pensamentos"; considerem-se, ademais, as alastradas e pouco sustentáveis condicionantes de caráter ético-religioso em matéria de bioética.

II – Afigura-se necessário retomar e desenvolver as implicações de uma concepção do direito penal orientada à defesa dos direitos fundamentais, algo que requer alguma reflexão sobre as relações entre direito e política.

Nesse mister, partamos desde longe, com uma investigação de índole "moderna" que remeta aos fundamentos, aos princípios, à história, à complexidade das coisas – certamente por se reduzir, mas não de se omitir – mas, por outro lado, que não se vá longe em demasia.

O direito é política: no ordenamento jurídico formalizam-se escolhas da política. Coisa diversa é o uso político do direito.

A influência da política no direito e/ou o reconhecimento da presença daquela nos diferentes setores deste revela-se muito diversificada. E, como já se notou, é fortíssima no âmbito do direito penal. De fato, da afirmação sociopolítica geral são imediatamente influenciadas as escolhas fundamentais de política criminal.

No que se refere à seleção dos tipos de delitos, ressalta-se o fato de que deveriam ser postos, tendencialmente, à tutela daqueles valores basilares que, através do ato de integração do sistema valorativo do direito, tornam-se bens jurídicos e possam, assim, ser protegidos por meio da previsão de figuras penais. Estas devem resultar, do ponto de vista formal, caracterizadas pela clareza, cognoscibilidade,[NT1] "raridade", bem como pela predeterminação ante o fato.

De outra parte, no que concerne ao significado ou às finalidades das sanções criminais, a correspondência com a opção política de fundo é igualmente imediata. Deveras, nas relações de direito penal o sujeito vem a ser considerado, normalmente, em face dos aspectos fundamentais de seu ser: liberdade, e, pois, personalidade. Trata-se, evidentemente, de intervenções na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo algo diferenciáveis de um para outro – circunstância testemunhada pelo amplo leque das teorias penais elaboradas no curso da história, assim como pelas concretas configurações realizadas em sede de execução.

Um discurso análogo aplica-se às formas de acertamento do delito: estrutura e função do processo penal refletem com absoluta fidelidade a qualidade política da relação entre indivíduo e autoridade em um determinado contexto sociopolítico. Isso para não mencionar o imundo ambiente carcerário, que, não obstante, compreende a ainda mais insuportável dimensão anti-humana dos hospitais psiquiátricos judiciários.

Mais genericamente, é possível afirmar que nas relações de direito penal mensura-se com precisão milimétrica o nível qualitativo de tutela de liberdade e personalidade individual em uma determinada organização sob a forma de Estado, em um particular momento histórico.

NT1. Nota do Tradutor: a tradução literal do original "*riconoscibilità*" compreenderia algo como "*reconhecibilidade*", que, a partir da matriz verbal "reconhecer", ou do substantivo "reconhecimento", melhor representaria a intencionalidade linguística do autor. O vocábulo, porém, não consta do Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa, razão por que se empregou o vocábulo "*cognoscibilidade*" na pretensão de ser o mais fiel possível ao texto original, ainda que não se possa lograr, nesse caso, fidelidade absoluta.

E, de fato, conforme se impõe como processo histórico a tutela dos direitos individuais, os limites aponíveis a eles delineiam-se com extremo rigor. Observando-se bem, a pesquisa de um confiável e compreensível plexo de regras e a prevalência de perspectivas subjetivas na definição dos títulos de responsabilidade, em uma palavra o arcabouço garantista que distingue – ou deveria distinguir – o sistema penal, representa uma consequência direta do fato de que aquele sistema, em via de princípio, é orientado a incidir, e em medida notável, sobre os direitos de liberdade e personalidade individual que, por definição, põem-se ao ápice dos valores sobre os quais se baseia o pacto social em uma democracia.

Eis porque em democracia se pretende um sistema penal que, em relação à definição dos pressupostos para a sua aplicação, seja em fase geral e abstrata – as prescrições legislativas –, seja em fase individual e concreta – o juízo individuado e, eventualmente, a execução individuada da sanção – dedica um cuidado particular ao respeito de princípios fundamentais: todo desvio deles representa, em termos políticos, um retraimento da própria democracia.

Por outro lado, um exasperado tecnicismo conduz a resultados analogamente insatisfatórios, acabando por facilitar, mais ou menos conscientemente, escolhas iliberais, na medida em que não comporta a possibilidade de o intérprete perquirir o objetivo da elaboração de argumentos de índole axiológica, tendentes a discutir a validade e/ou a legitimidade de certos aspectos do sistema.

Isso secundou a consolidação do caráter quase esotérico que assinalou até há não muitos anos parte significativa da dogmática jurídico-penal; a qual, com efeito, de todo inconsciente do significado e escopo dos princípios fundamentais, e sem qualquer consideração das reais relações existenciais, concebia a sua tarefa unicamente no domínio tecnicista e na elaboração de índole conceitualista da matéria do direito.

Outra questão é a que se refere a uma dogmática empurrada à elaboração de regras gerais e abstratas, que "organize" o material legislativo, levando em conta também parâmetros "metatecnicistas", como racionalidade, conformidade ao escopo, entre outros; sempre que as normas sejam redigidas, do ponto de vista estrutural e de conteúdo, de modo a permitir o mesmo procedimento de fiel generalização e abstração. E nesse sentido é possível afirmar que a dogmática presta-se a realizar, do ponto de vista do direito penal, o princípio da igualdade sob o ângulo da proporcionalidade: de fato, as sutis distinções que, por exemplo, efetuam-se entre atos preparatórios, tentativa, desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior põem-se a excluir ou a ativar a intervenção penal, e, dentro de uma opção de ativação da intervenção, a graduar a sanção.

O sistema do direito penal, axiologicamente orientado aos princípios fundamentais de garantia, tende, destarte, a alcançar uma arquitetura normativa próxima da realidade, caracterizada por ordem conceitual e clareza. Uma estreita ligação entre normas jurídicas e realidade social é, com efeito, premissa da construção de um sistema que tencione exprimir uma lógica apreensível pelos destinatários, e, coerentemente, persiga perspectivas de praticabilidade.

Disso tudo resulta que a compreensão do sistema – seja em seu complexo, seja nos institutos isolados – passa, antes de qualquer coisa, pela atenta consideração dos princípios de fundo. O que significa, em outras palavras, que na busca da coerência sistemática – que não é senão o indicador de legitimidade e funcionalidade do sistema – a correção ou remoção de soluções normativas que resultam aporéticas supõe, necessariamente, rigorosas operações de verificação ou de falsificação das mesmas em relação às opções fundamentais implicadas. Partindo-se de uma possível contraditoriedade das escolhas do legislador no que toca às opções fundamentais, será tarefa do intérprete – doutrina e jurisprudência – apontar o erro, e, portanto, a coerência faltante no plano da (teleo-)lógica interna e/ou a carência de cumprimento da única solução: jamais, obviamente, perseguir nos fatos perspectivas antitéticas aos princípios de fundo.

E isso, a meu aviso, aplica-se também em relação às medidas legislativas "generosamente" presenteadas a nós pela estrutura burocrática que se tornou a União Europeia. Deveras, não compartilho do nivelamento conformista – tão difundido na cena doutrinária – segundo o qual haveria um destino inevitável à recepção acrítica das normas de fonte europeia, mesmo que violadoras dos princípios fundamentais derivados da notável tradição europeia do Estado Social de Direito: seguramente não consigo sequer entender a imotivada "presunção de inocência" amplamente reconhecida às instituições europeias, quando se empenham em uma política criminal (cripto-)autoritária.

Essas questões implicam que na formulação de conceitos e na práxis hermenêutica dever-se-á mirar a unicidade do ordenamento, preocupando-se não apenas em dominar a matéria desde o ponto de vista meramente tecnicista e/ou interno à norma em si, mas em colher com consciência as relações normativas valorativas intrassistemáticas e a praticabilidade de interações com outros sistemas de controle social. Especificamente, deve trata-se de opções que sejam expressões dos princípios do Estado Social de Direito, e isso, concretamente, está a significar o compromisso de assegurar, com efetividade, garantias formais e substanciais, coesas entre si.

III – Os princípios fundamentais a que fazemos referência, os quais emergem da tradição do Estado de Direito e do Estado Social, são tutelados tanto

a partir dos direitos fundamentais da pessoa quanto sob o ângulo do interesse público na defesa social. A sua conformação axiológica e funcional, atualmente, não parece sempre caracterizar atividade normativa e práxis jurisprudencial; e, ademais, ao nível doutrinário a posição frequentemente unitária de defesa das garantias fundamentais começou a ruir sob o impacto da doutrina, aberrante, do direito penal do inimigo, e de suas variantes, mais ou menos indignas para um ordenamento civil.

Em um Estado Social de Direito – ou melhor, em uma democracia – é-se obrigado, ainda que em face de formas graves de criminalidade, a respeitar princípios de legalidade, determinação e taxatividade; de proporcionalidade e racionalidade; de subsidiariedade; de ofensividade; de materialidade; de tutela da dignidade humana; de presunção de inocência; de juiz natural; de inviolabilidade dos direitos de defesa; de sujeição à lei; de motivação obrigatória; de obrigatoriedade da ação penal; de obtenção da prova em contraditório. Quanto às finalidades da pena, legislação e práxis jurisprudencial orientam-se à função de integração social, compreensiva dos aspectos positivos da prevenção especial e geral em combinação com os princípios de proporcionalidade e racionalidade, de subsidiariedade e de tutela da dignidade.

A respeito da fundamental função preventiva do instrumento penal, impõem-se, no que concerne às técnicas de produção legislativa, soluções conotadas de clareza. Simplicidade, coordenação funcional dos textos que, por outro lado, importam ainda em relação à tutela da liberdade e à eficiência do controle.

Sob o prisma axiológico-substancial são, enfim, consideradas também as exigências de coerência do sistema: estas, para além de perspectivas significativas de ordem espistemológico-formal, exprimem, como já se acenou, um notável momento de garantia e de agregação de consensos.

Os princípios e regras esquematicamente relacionados oferecem os critérios úteis à definição dos limites, naturais, dos direitos fundamentais, quanto às exigências de controle dos fatos socialmente danosos. E é em relação a isso que são valorados os traços da involução que atingiu legislação e práxis.

A plena consciência da dimensão funcional que é reconhecida nos princípios sinteticamente aludidos, não apenas no âmbito de perquirições e reconstruções de natureza doutrinária, mas também e sobretudo em referência à atividade legiferante e ao momento de aplicação jurisprudencial, traz à tona o papel instrumental do direito penal; sendo um delicadíssimo *instrumentum regni*, revela, de fato, claramente a sua dimensão política, perseguindo finalidades que refletem imediatamente os precisos objetivos que o Estado realiza e tenciona realizar.

O moderno Estado Democrático deve, pois, limitar-se a assegurar as condições ótimas para o desenvolvimento da personalidade individual e para a pacífica convivência em liberdade. Disso deriva, para o direito penal, que a sua finalidade, a exemplo do próprio Estado, não possa ser outra senão a de proteger o indivíduo e a pacífica coexistência entre os membros do corpo social, não podendo, porém, adotar qualquer meio apto à sua busca, porquanto colocaria em discussão uma das duas tarefas fundamentais: a segurança do indivíduo.

O que se está a discutir não é, portanto, a conveniência do escopo, mas a conformidade de meios emprestados à estrutura fundamental do ordenamento jurídico. Nesta perspectiva, a intervenção penal justifica-se na medida em que logra harmonizar a sua necessidade para o bem da sociedade com o direito, também ele para garantir o respeito à autonomia e à dignidade da pessoa – ele, destarte, jamais será considerado meio para a realização de escopos outros. Dessa forma, o sujeito cumpre com as obrigações de responsabilidade que emergem do cometimento de delitos, à luz do interesse da sociedade de que faz parte, sem por isso degradar-se de "pessoa a coisa".

Para fins processuais, dessa ordem de ideias derivam consequências fundamentais: antes de tudo, a ilegitimidade de técnicas acusatórias fundadas sobre teoremas e não sobre encontros probatórios; ademais, resultam admissíveis, no âmbito do processo penal, somente aquelas declarações que constituam real expressão da livre vontade individual. Na prática, isso conduz à absoluta ilegitimidade do uso de meios ou tratamentos insidiosos, tendentes a obter essa expressão de vontade à força: toda prática extorsiva de declarações não espontâneas equivale, sob o ângulo do respeito aos princípios, ao uso de meios ilícitos como ameaças ou violências, ainda que tudo isso possa objetivamente resultar, de algum modo, útil à satisfação imediata do interesse público. E a obtenção mesma das provas deverá ser caracterizada pelo contraditório, público, entre acusação e defesa, defronte a um juiz delas alheado. Assim como a busca por "consensos" ou "legitimações" externas à instituição judiciária dá vida a distorções decisivas de sua finalidade, com grave prejuízo aos direitos do indivíduo e a uma correta a eficiente administração da Justiça. É exemplar, a respeito, a ação de uma práxis que, consequencialmente à incerteza da resposta sancionatória tradicional, acabou por descarregar no processo as instâncias repressivas, o que se observa também no uso desvirtuado da custódia cautelar.

IV – A exigência de que uma condenação deva fundar-se sobre fatos reais e não sobre suspeitos e/ou presunções é sustentável somente em relação a normas que, desde um ponto de vista conteudista, do objeto da proibição, representem condutas orientadas à realização de eventos e não de brumas socioantropológicas, ou, pior, meras violações formais, distantes da realidade.

O caminho – decidido pelo legislador – rumo a um globalizante, "onívoro" direito penal, exprime o sinal mais evidente da crise, tão grave quanto pouco percebida, de uma cultura juspenalista da legalidade, formal e substancial; e, francamente, desperta preocupação o fato de que, nesse contexto, tem-se verificado uma estranha atitude da doutrina, que parece não se atentar para o quanto está perdendo desta sua cultura.

As leis penais já se tornam, com extrema frequência, simplesmente "regras escritas", de conteúdo fortuito; essas, porém, são ligadas – ou, de toda forma, é possível que o sejam – ainda a uma severa punição, sem que, todavia, do conteúdo da proibição emerja uma fundada justificação para aquele tratamento sancionatório. E isso, além de caracterizar-se por uma evidente irracionalidade, faz que seja de todo improvável uma reconstrução coerente em termos dogmático-sistemáticos dos novos "produtos" normativos.

O mesmo se aplica também às figuras premiais emergenciais, *extra ordinem*. De fato, os esforços conceituais para definir, por exemplo, os limites entre desistência (não punível) e arrependimento eficaz (punível) da tentativa – ponte de ouro, retorno à legalidade, atipicidade,[NT2] entre outros – perdem totalmente significado se se amplia a "regra" sob cuja base qualquer pós-fato positivamente avaliável, quiçá prevalentemente – quando não exclusivamente – em termos de utilidade processual, pode resultar até mesmo no benefício da não punibilidade.

Esse é o presságio, talvez mais evidente, de como pode estar perdida a própria dogmática, não entendida no sentido deteriore de mero exercício tecnicista, mas como estratificação do produto de uma tradição secular de civilidade; e com isso acaba por dissolver-se uma parte não secundária das garantias. Não se olvide, com efeito, que a dogmática com as suas distinções é ainda funcional para garantir a racionalidade das respostas sancionatórias e, assim, serve à efetiva realização, do ponto de vista do sistema penal, do princípio de igualdade, basilar ao Estado Social de Direito e, portanto, da própria democracia. A esse respeito, é significativo que se esteja a se indagar se um direito penal adequado a "novas exigências" de intervenção ainda necessite de uma parte geral: esta, não por acaso, é considerada a expressão mais significativa e densa de valores civis da elaboração dogmático-sistemática.

Como já se notou, a reconstrução em termos gerais e abstratos dos elementos do crime provém de há muito, desde a experiência dos Práticos: a partir

NT2. Nota do Tradutor: A referência, aqui, à atipicidade deriva do fato de parte da doutrina italiana entender que, na desistência, não se aperfeiçoa sequer o tipo da tentativa.

do fato singular – e os arquétipos podem ser considerados *homicidium*, *furtum*, *crimen laesae majestatis* – abstraíam-se elementos como conduta, evento; delineavam-se critérios de imputação objetiva, sobretudo de tipo causalista, conquanto não faltassem aportes em sentido normativo; critérios de imputação subjetiva, normalmente representados pelos elementos da vontade dolosa; às vezes se reprovava ainda a ligeireza da conduta, em termos de culpa: a imputação preterintencional que, de todo modo, era considerada – a menos no plano teórico, dos princípios – excepcional à regra do dolo, à parte o universo heterogêneo do *versari in re illecita*.[NT3]

Deveras, a mim parece que também em relação a fenômenos socialmente danosos de emersão "pós-moderna" – pense-se apenas em agressões sofisticadas ao ambiente, com suas graves implicações relativas à vida e integridade pessoal, ou a letais formas de terrorismo –, assim como acontecia para os seus "antepassados pré-modernos", se se constroem normas que não delineiam pensamentos, categorias, meros modos de ser, mas fatos verdadeiros e próprios, é possível "abstrair" uma conduta, um evento, um título de imputação objetiva, um desvalor pessoal, e, destarte, confiar o acertamento processual da vicissitude concreta a parâmetros probatórios de experimentada eficácia em sua extrema simplicidade.

Ainda, no que diz respeito a eventuais novos bens a serem tutelados, é de se refletir que, em muitos casos, mais que considerar emergentes objetividades jurídicas, trata-se, no fundo, somente de elucidar diferentes, quiçá muito mais complexas, técnicas agressivas, mas invariavelmente referentes a bens tradicionais.

E isso não me parece recair em um ontologismo fora de lugar, mas designar *τόποι*[NT4] de validade comprovada, por meio dos quais cumpre estabelecer uma segura estrutura do delito; com eles dever-se-á continuar a contar, se não se pretende abandonar o terreno das garantias.

Se a fenomenologia de eventuais "novos" fatos delituosos é ligada ao concreto momento histórico, isso, todavia, sob o ângulo dogmático da teoria do crime não lhe modifica a conformação estrutural referente às figuras criminais "originais".

NT3. Nota do Tradutor: aforismo que designa compreensão jurídico-penal anterior à regra *nullun crimen sine culpa*, como fase de transição epistemológica desde a responsabilização objetiva, e estabelecia que quem se colocasse em situação de ilicitude nela permaneceria qualquer que fosse o resultado superveniente, respondendo pelas consequências daquela mesmo que se revelassem fortuitas ou imprevisíveis.

NT4. Nota do Tradutor: de origem grega, o termo *topoi* – aqui, transposto para o alfabeto latino – refere-se a lugares comuns argumentativos, como figuras conceituais típicas.

Em verdade, posto que os fenômenos de deságio social, que se quer prender em consideração do ponto de vista do direito penal, sejam reduzíveis a fatos, e como fatos sejam descritos, aqueles que podem mudar são, então, os termos da sua tipificação, demais dos parâmetros de referência para o regime sancionatório. Nesse diapasão, o problema torna-se exclusivamente político e – tencionando nos deter apenas ao aspecto subjetivo da figura típica – atine ao momento da conduta sobre o qual o legislador decide intervir: de fato, pode-se intervir antes da própria conduta – segundo o esquema da figura "preventiva", ou do "suspeito", conexa a medidas de prevenção; muito antes do evento – figuras de perigo abstrato; após a verificação do evento – figuras de dano.

Mas tudo isso, é bom reforçar, não tem relação alguma com a estrutura do fato: trata-se de uma escolha política ordenada às modalidades concretas de ativação da intervenção legal. Ainda, há que se afirmar que uma tal escolha, em um contexto de democracia, não é, absolutamente, discricionária ao legislador; ao revés, se se deseja mantê-la no âmbito do Estado de Direito, está-se vinculado a margens de ação bem determinadas – atinentes seja à estrutura dos conteúdos dos fatos delituosos, seja à das sanções – assinaladas pelos princípios fundamentais aludido acima. Estes são postos em defesa de garantias irrenunciáveis da pessoa, formais e substanciais.

V – Uma vez abandonadas perspectivas irracionalistas e meramente repressivas em relação à "essência" e funções do sistema penal, para fins de tutela das garantias individuais, mas também da eficiência do controle dos fatos socialmente danosos, o legislador deve escolher entre intervenção penal ou extrapenal, tendo presente que a primeira opção só é legítima se a sanção penal estiver em grau de alcançar o escopo ao qual pode ser chamada a perseguir, e se não se fizerem disponíveis outros instrumentos eficazes e de menor incidência sobre a esfera de direitos da pessoa.

Acrescente-se a isso que a opção subsidiária conduz à pesquisa e à experimentação de formas eficientes de controle, alternativas à penal, redimensionando, assim, perigosas ilusões panpenalistas e/ou panjudiciárias, no mais das vezes destinadas a se resolver em estéreis e iliberais rigorismos de mera repressão.

A valorização de perspectivas de real eficiência entre os critérios que guiam a intervenção penal comporta a ulterior e significativa implicação da inexistência de obrigações éticas de criminalização. Com efeito, a prevalência de critérios pragmáticos no controle de fatos socialmente danosos traz consigo necessariamente o abandono de pontos de vista eticizantes, cuja consideração resulta problemática, mesmo sob o prisma da legitimidade; e, nesse mister, um esforço de "fantasia" em matéria de drogas deveria ser feito para confrontar

seriamente problemas graves e alastrados de micro e macrocriminalidade, comum, econômica e, possivelmente, também política.

"A justiça penal é um mal necessário; se ela supera os limites da necessidade resta somente o mal" (Roxin, *Radius* 1966, *III*, 37). Esta verdade profunda – que sintetiza admiravelmente as aspirações de um direito penal laico, liberal, mínimo, mas também razoável e eficiente – representa de modo impecável uma realidade, normativa e cultural, que vê no respeito ao homem e às suas prerrogativas de autonomia e dignidade, em um contexto de solidariedade, a realização de um ideal comum e elevado de civilidade e de democracia.

Deveras, uma legislação e uma práxis emanadas de um excesso de desenvolto empirismo, expressivo de uma valorização do pragmatismo (tecnicista) de índole pós-moderna, pouco atento ao momento axiológico inspirado à tutela dos direitos fundamentais, traz consigo o dúplice risco de criar confusão do ponto de vista do arranjo legislativo, com o notável corolário da ineficiência, e de negligenciar o aspecto, essencial, das garantias com graves prejuízos aos mesmos direitos fundamentais: nesse sentido, exemplos luminares se extraem dos caprichos legislativos antiterrorismo, ou das práticas autoritárias em matéria de liberdade no campo processual.

Parece-nos, ao revés, que o território em que se mantêm relevantes as instâncias da modernidade, ainda por se realizarem, talvez seja precisamente aquele das relações jurídicas com o compromisso de preservar os valores de fundo, de construir novos modelos de comportamento, de predispor novas modalidades e procedimentos de intervenção, sem renunciar a conquistas de caráter axiológico, como a fixação e a defesa solene dos direitos do homem, a que a civilidade mesma, em seu complexo, não pode renunciar. Esse é o setor em que se busca aquele montante de potencialidade, de experiência positiva a ser recuperada e mantida desde o mundo da modernidade. Devemos pensar que muitas potencialidades da experiência "moderna", muitos de seus impulsos – ao ledo também de seus insucessos – não foram jamais realizados e, talvez, nem mesmo testados.

Por certo, neste momento afigura-se difícil a elaboração de projetos de fôlego – os quais, na linguagem comum, não sem a aspereza de sentidos quase depreciativos, mais parecem utopias – quando a sociedade vive inteiramente submergida ao presente, privada de qualquer senso do passado e, o que é ainda mais grave, do futuro. Desse modo, é o mesmo "princípio de esperança" a ser negado por premissa; mas isso traz consigo uma implicação inquietante: decididamente, a ação do legislador vem a ser reduzida à busca de um interesse que, em seu absoluto imediatismo, irremediavelmente arrisca-se a materializar um mero interesse localizado, e, portanto, de baixíssimo nível. Assistimos ago-

ra mesmo a uma preocupante mistura de ideias-guia, de valores, com um rápido incremento de fundamentalismos superficiais que não conduzem a muito.

A isso se combina a implosão da atividade crítica, que pela experiência juspenalista é confiada a uma incompreendida – e às vezes pouco compreensível – atividade da academia, seguramente pouco visível, contida que é, na maioria dos casos, no afastamento das cidades universitárias. Deve-se, então, buscar remédio correspondente: de início, devemos nos esforçar para experimentar formas simples de comunicação entre ciência jurídica e legislador; pois, do contrário, corremos o risco, de um lado, de nos esterilizarmos em um solipsismo narcisístico, e, de outro – e aqui as consequências são bem mais relevantes na medida em que tocam ao legislador e, destarte, aos cidadãos –, de precipitar um ainda mais tenebroso amadorismo (cripto-)autoritário, em prejuízo todo da própria democracia.

No momento atual se impõe à ciência penal a tarefa de um planejamento estratégico de controle social legítimo, e a de uma atualizada verificação da legislação penal a fim de evidenciar-lhe a tensão em relação às aspirações no sentido de um direito penal mínimo, conciliador, ante a redução da incidência do penalmente relevante e o respeito às garantias individuais, com a abertura para eficientes estratégias, extrapenais e extrajurídicas, de gestão dos conflitos.

Se, de fato, aparece induvidosamente partilhável a ideia de uma conflituosidade social libertada da hipoteca do panpenalismo, não se pode, na projeção de estratégias alternativas, perder de vista o problema do confronto com provimentos normativos e práticas jurisprudenciais preocupantes para as razões do indivíduo: o risco é o de abandonar a realidade do exercício quotidiano do poder punitivo estatal ao arbítrio de atos que, incompatíveis com o respeito às garantias individuais, abrem as portas ao autoritarismo.

E isso é o que menos precisamos para confrontar os inquietantes problemas que a pós-modernidade impõe às nossas existências.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A criminalidade na sociedade pós-moderna, de Sheilla Maria da Graça Coutinho das Neves, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 1, p. 727;

- Crise do direito penal, de Fábio Guedes de Paula Machado, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, organizada por Paulo Affonso Leme Machado, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 1, p. 173; e
- Globalización, post-modernidad y política criminal, de Alicia González Vidaurri, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 1, p. 1207.

62389

DOMICÍLIO, INTIMIDADE E CONSTITUIÇÃO (ANOTAÇÃO CRÍTICA DO ACÓRDÃO 364/2006 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)

3

Domicile, intimacy and the Constitution (a critical analysis on decision number 364/2006 by the Constitutional Court)

MANUEL DA COSTA ANDRADE

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: O artigo analisa o Acórdão 364/2006, exarado pelo Tribunal Constitucional português, no qual se debateu se *os quartos anexos a uma casa de alterne onde as prostitutas recebem, em privado, os seus "clientes" para a prática de actos sexuais, configuram – ou, se se quiser, valem como – durante o tempo em que isso acontece, uma habitação ou um domicílio.* O trabalho expõe as questões examinadas no caso, descrevendo as decisões tomadas pelos Tribunais que o julgaram. Discordando da posição do Tribunal Constitucional português, o autor fundamenta sua concepção a partir da análise do conceito jurídico-constitucional, penal e processual penal de domicílio, bem como do conceito de intimidade e de sua área nuclear e inviolável, com esteio, sobretudo na

ABSTRACT: This paper analyzed decision number 364/2006 enacted by the Portuguese Constitutional Court which addresses whether the bedrooms located at a *Casa de alterne*, a place where prostitutes privately receive their "clients" for the practice of sexual activities, constitute, or if one wants, serve as, during the time that these activities take place, a household or domicile. This paper addresses the questions that have been examined in this case and describes the decisions made by the Court that ruled it. The author, who does not agree with the position taken by the Portuguese Constitutional Court, provides the fundaments for his position based on a legal-constitutional, criminal and procedural concept of domicile, as well as the concept of intimacy and its nuclear and inviolable

jurisprudência alemã. Ao final, estuda a questão atinente à possibilidade ou não de valoração da prova decorrente de violação da intimidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à intimidade - Privacidade - Segredo - Domicílio - Valoração das provas.

area on the basis of German jurisprudence most of all. Last, it addresses the possibility or not of an appraisal of the available evidence due to the violation of intimacy.

KEYWORDS: Right to intimacy - Privacy - Secret - Domicile - Appraisal of the available evidence.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Os problemas e as respostas do Tribunal Constitucional - 3. Nem só de pedras se fazem as casas. Conceito jurídico-constitucional, penal e processual penal de domicílio - 4. Se isto não é intimidade, onde está a intimidade? - 5. Concluindo.

1. INTRODUÇÃO

1. Lê-se nas *Metamorfoses* de Ovídio que, ao contemplar o palácio do Sol – seu pai –, Faetonte ficou esmagado de espanto. Logo pela riqueza da matéria (oiro, fogo, bronze, prata e marfim) com que o palácio fora construído; depois e sobretudo, pela beleza da forma como a matéria fora trabalhada. É que, como, dando conta do mesmo espanto, observa o poeta, "a forma superava a matéria (*materiam superabat opus*)".

Não é esta a impressão que nos deixa um primeiro olhar sobre o Acórdão 364/2006 do Tribunal Constitucional, que nos propomos apreciar e anotar criticamente. Aqui não somos surpreendidos por um desajustamento ou assimetria entre a *matéria* – as soluções jurídico-normativas sufragadas e impostas – e a *forma* – o envolvimento teórico-doutrinal de legitimação, o exercício hermenêutico de sustentação e o discurso de comunicação. A relação entre matéria e forma é aqui de integral cobertura recíproca. De um lado, sobrelevam a insustentabilidade e a impertinência material das respostas vertidas sobre as duas áreas problemáticas coenvolvidas: o *domicílio* e a *intimidade*. Do outro, avulta a frustrante aridez do discurso, asséptico de valorações axiológico-teleológicas, descarnado das referências culturais, sociológicas e antropológicas que poderiam legitimamente esperar-se do discurso de um Tribunal Constitucional chamado a verter direito sobre questões como estas.

É uma impressão que, longe de infirmada, vê a sua plausibilidade confirmada e reforçada, à medida que nos é possível lançar sobre o aresto um segundo e mais detido olhar, uma reflexão mais ponderada e exigente. Quanto mais fundo se vai no exame dos problemas, mais se agigantam e adensam os motivos de discordância face a um pronunciamento jurisprudencial como o que é oferecido pelo Tribunal Constitucional.

2. No que toca à *matéria*, deixamos, desde já declinada, a benefício de lealdade, a nossa discordância frontal quanto às soluções subscritas pelo Tribunal para as duas questões nucleares do processo, tal como ele lhe bateu à porta.

Adiantada sob a forma de tese, é nossa convicção, em primeiro lugar, que *os quartos anexos a uma casa de alterne onde as prostitutas recebem, em privado, os seus "clientes" para a prática de actos sexuais, configuram – ou, se se quiser, valem como – durante o tempo em que isso acontece, uma habitação ou um domicílio*. Isto no sentido que estes conceitos assumem no contexto do ordenamento jurídico, e por vias disso, a gozar do respectivo estatuto e regime jurídico-normativo. Tanto nos termos e para efeitos de direito constitucional e penal substantivo, designadamente na direcção da incriminação da *violação do domicílio*, como nos termos e para efeitos do direito processual penal, designadamente na perspectiva de subsunção no regime das *buscas domiciliárias*.

Em segundo lugar, temos outrossim como seguro que os actos sexuais entre prostitutas e os seus clientes – asserção que vale, a igual título e na mesma medida para as pessoas envolvidas dos dois lados da relação de prostituição – pertencem à *área nuclear e inviolável da intimidade*. Uma área que goza de tutela absoluta, estando subtraída a qualquer juízo de ponderação, concretamente no campo e no interesse da investigação criminal. Mesmo que em causa esteja a investigação e perseguição das manifestações mais drásticas de criminalidade, mesmo da criminalidade organizada ou de terrorismo. Resumidamente, em si e no ambiente que os rodeia, tais actos integram aquela *área nuclear inviolável da intimidade* (*unantastbares Kernbereich privater Lebensgestaltung*), hoje consensual e pacificamente reconhecida por autores e Tribunais, particularmente pelos Tribunais Constitucionais. Consenso que naturalmente se prolonga no axioma da inconstitucionalidade de todo e qualquer enunciado legal que legitime – ou seja interpretado como legitimando – acções, particularmente das instâncias formais de investigação e perseguição criminal, que redundem em atentado ou invasão daquela *área nuclear inviolável*.

As razões do afastamento e da discordância face ao decidido pelo Tribunal Constitucional ganham em plausibilidade e evidência numa consideração compreensiva e unitária do caso, na perspectiva do problema que, em definitivo, o Tribunal foi chamado a decidir. A saber, o problema da admissibilidade ou não da *valoração das provas* recolhidas com as buscas efectuadas nos quartos ao tempo em que as prostitutas nele recebiam clientes e com eles praticavam actos sexuais. Tudo, com efeito, se conjuga no sentido de fazer do caso vertente uma manifestação paradigmática das constelações típicas face às quais tanto a jurisprudência como a doutrina mais qualificada se pronunciam de forma praticamente unânime no sentido da afirmação duma *proibição de valoração*.

Que decorre, linear e unívoca, tanto do regime (constitucional e processual) do *domicílio* como do da privacidade/*intimidade*. Qualquer deles bastante para, só por si, ditar aquela *proibição de valoração*. Não pode ser manifestamente outro o resultado final da confluência ou cumulação de duas linhas de água, que correm no mesmo sentido.

Seria seguramente neste sentido que se pronunciariam, por exemplo, tanto o BGH como o Tribunal Constitucional Federal se o caso fosse colocado ao seu exame e decisão. É o que claramente decorre da doutrina que a instância superior da jurisdição ordinária alemã acaba de sustentar (10.08.2005) no caso da intromissão no quarto que um doente ocupava numa clínica de reabilitação.[1] Enquanto isto, do lado da jurisprudência constitucional, sobreleva claramente a doutrina proclamada no aresto sobre a *grosse Lauschangriff* ("grande devassa"), a que, por mais de uma vez, nos acolheremos no contexto desta anotação.

Devendo, a este propósito, precisar-se que os dois Tribunais cimeiros alemães vêm dizendo direito no horizonte de um ordenamento jurídico (constitucional e ordinário) em tudo idêntico, no que a este específico domínio concerne, ao direito português. De resto, se algumas diferenças significativas subsistem entre os ordenamentos jurídicos (constitucional, penal e processual penal) alemão e português, elas jogam invariavelmente no sentido de tornar a doutrina do BGH e do Tribunal Constitucional Federal mais cogente entre nós.[2] Vale por dizer que a solução da *proibição de valoração* terá de valer entre nós, não só por identidade, mas também por maioria de razões.

---

1. *BGHSt* 50, 206 = *JR*, 2006, p. 215 e ss. De acordo com o "sumário" desta decisão (de 10.08.2005) do Supremo Tribunal Alemão: "A gravação, feita por vigilância domiciliária (*Wohnüberwachung*), do monólogo de um paciente no quarto duma clínica não pode ser valorada contra ele se pertencer à área nuclear protegida pelo art. 13, 1, da Lei Fundamental em conexão com o art. 1, 1 e o art. 2, 1, da Lei Fundamental". Restando antecipar, desde já, que o mesmo Tribunal considerou precisamente que o monólogo em que o paciente se debate com as suas representações e emoções mais fundas e íntimas sobre o crime de homicídio pertencem à *área nuclear da intimidade*, tema a que voltaremos.

2. Basta recordar, como Dorf sublinha, que, ao contrário do que sucede com a Constituição portuguesa, a Lei Fundamental germânica não conhece, pelo menos de forma explícita, os conceitos de "esfera privada", "vida privada" "reserva da vida privada", intimidade ou equivalente. Para sustentar e fundamentar a respectiva tutela, a doutrina e a jurisprudência germânicas invocam, já a protecção da *inviolabilidade do domicílio* e das telecomunicações, já a *dignidade humana* e o *direito geral de personalidade*, decorrente da combinação do art. 2, I com o art. 1, I, da Lei Fundamental, de que representarão uma dimensão não nomeada. Cf. DORF, *NJW*, 2006, p. 951 e ss. Também o direito ordinário, penal e processual penal, alemão não conheceu, durante

2. OS PROBLEMAS E AS RESPOSTAS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. Em ordem a obter uma perspectiva adequada à compreensão dos problemas a equacionar e superar doutrinal e normativamente, recordamos os passos e os dados mais relevantes do processo.

a) A intervenção do Tribunal Constitucional foi motivada por um processo criminal em que o arguido havia sido acusado e condenado como autor de um crime de *lenocínio*, previsto e punido nos termos do n. 1 do art. 170.º do Código Penal. E isto porquanto se provou que o arguido era sócio gerente de uma discoteca, em que trabalhavam como "alternadeiras" várias mulheres, que tinham também relações sexuais com os clientes. O que acontecia em quartos localizados num anexo situado nas traseiras da discoteca.

b) A prova dos factos assentou fundamentalmente nos depoimentos das testemunhas, militares da Guarda Nacional Republicana e agentes da Polícia Judiciária, que realizaram uma busca na discoteca e nos quartos do anexo, ao tempo em que duas das mulheres "alternadeiras" se encontravam nos quartos com clientes. Num dos quartos, os agentes dos órgãos de polícia criminal observaram "um casal em pleno acto sexual, a mulher por baixo do homem, sendo que se encontravam completamente despidos"; no outro encontravam-se "despidos um homem e uma mulher deitados na cama, ele por cima dela, não tendo, no entanto, presenciado em flagrante o próprio acto sexual". Recorda-se ainda que a busca, tempestivamente autorizada por despacho judicial, teve lugar depois das 21h.

c) A defesa veio a seu tempo questionar a validade da busca, sustentando a sua *nulidade* por violação dos arts. 32.º da Constituição da República, 126.º (*Métodos proibidos de prova*) e 177.º (*Busca domiciliária*) do Código de Processo Penal. Advogando, em conformidade, que as provas recolhidas na busca

---

muito tempo o conceito de *privacidade/intimidade* ou equivalente. Que terá tido a primeira consagração positivada no § 68 a) da StPO sob a fórmula "persönlichen Lebensbereich". A que se seguiu, a partir de 2005 e na sequência do veredicto do Tribunal Constitucional Federal (03.03.2004) sobre a *grosser Lauschangriff*, a imposição da *Kernbereich der privaten Lebensgestaltung*, como limite à realização de determinadas medidas de investigação bem como a proibição de valoração das provas obtidas à custa da ultrapassagem daquela barreira. Sobre o tema, infra. No Código Penal alemão, a primeira aparição da privacidade/intimidade (mais precisamente sob a fórmula *höchtspersönlichen Lebensbereich*) como objecto de tutela penal ocorreu em 2004, com a introdução do § 201 *a)*. Para uma primeira aproximação sobre esta nova incriminação, RAHMLOW, M., *HRRS*, 2005, p. 84 e ss.; KARGL, W., *ZStW*, 2006, p. 324 e ss.; BOSCH, N., *JZ*, 2005, p. 377 e ss.; EISELE, J., *JR*, 2005, p. 6 e ss.

não podiam ser utilizadas como fundamento da condenação do arguido, já que sobre elas impendia uma intransponível *proibição de valoração*. Tanto o Tribunal da 1.ª Instância (Alcobaça) como a Relação (Coimbra), denegaram fundamento à pretensão do arguido, por entenderem que os quartos onde teve lugar a busca não gozam do estatuto e do regime do *domicílio*.

De acordo com o Tribunal de Alcobaça, porque se trata de meras "dependências 'reservadas', anexas a uma discoteca de alterne e onde as alternadeiras se deslocavam com os clientes, e apenas e tão só para com eles manterem relações sexuais, durante o horário de funcionamento do estabelecimento de alterne (...) não pode, legalmente, beneficiar da protecção jurídica conferida aos 'domicílio(s)' e 'casas habitadas', entendidas como espaços físicos onde as pessoas (no caso, os 'buscados') pernoitam, descansam, cuidam da higiene diária, tomam as refeições, e convivem com os seus familiares e amigos; o que manifestamente, não será o caso (tanto assim que no interior (d)os reservados não existia qualquer objecto de uso pessoal)".

Na argumentação da Relação de Coimbra porque "nem as mulheres que neles se prostituíam nem outrem aí residia (...) tal espaço físico destinava-se tão só à prática momentânea dos actos sexuais remunerados, i.é, de apoio ao proxenetismo organizado pelo arguido".

d) Já em sede de recurso para a Relação, a defesa do arguido veio ainda invocar a violação da *esfera nuclear da intimidade*, como fundamento alternativo, autónomo e bastante de *proibição de valoração* das provas. Uma proibição de valoração que persistiria intocada e irredutível, fosse qual fosse o entendimento que, em definitivo, viesse a prevalecer quanto à qualificação ou não dos quartos como *domicílio*. E, para além disso, uma proibição de valoração directamente decorrente do reconhecimento e tutela constitucional da *privacidade/intimidade*, nos termos dos arts. 26.º, 32.º, e 34.º da Constituição da República. Dispositivos que determinam, sem mais, a inconstitucionalidade material dos preceitos do Código de Processo Penal (particularmente dos arts. 126.º, 174.º e 177.º), se interpretados no sentido de autorizarem e legitimarem a invasão e devassa da área nuclear e inviolável da intimidade. Nomeadamente, se tal acontecer como meio de obtenção de provas, a qualquer título, para o processo penal. E da sua ulterior valoração como prova em processo penal.

Esta foi, contudo, uma linha de argumentação que não mereceu uma consideração directa e expressa por parte da Relação de Coimbra. Que se limitou a sinalizar em *obiter dictum* que ela só faria sentido à custa de "um apelo a estranho e bizarro conceito de 'vida privada e familiar'".

e) Inconformado com o entendimento que obteve vencimento na jurisdição ordinária, o arguido interpôs recurso para o Tribunal Constitucional. Susten-

tando – e requerendo o correspondente pronunciamento – a inconstitucionalidade material das normas do Código de Processo Penal (particularmente dos arts. 126.°, n. 3, 174, n. 2 e 177.°) se interpretados com o sentido e alcance que lhes fora adscrito pela Relação de Coimbra. A saber, com o sentido de: por um lado, recusar o estatuto e o regime do *domicílio* aos quartos das casas de alterne, ao tempo em que as alternadeiras recebem neles clientes, com quem mantêm actos sexuais; e, por outro lado, legitimar a invasão e devassa da vida íntima das pessoas envolvidas, tanto prostitutas como clientes. Requerendo, em conformidade e em última instância, que o Tribunal Constitucional se pronunciasse pela *proibição de* valoração das provas já à conta da *violação do domicílio*, já como consequência contrafáctica da intromissão ilegítima na *área nuclear da intimidade*.

4. Para prevenir o risco de desvio, recordamos também a definição dos problemas tais como o próprio Tribunal Constitucional os viu e assumiu. O que faremos também em tributo às boas regras metodológicas e às exigências da lealdade argumentativa, segundo as quais a adequada representação e clarificação de um problema é o primeiro passo para a sua correcta e justa solução.

Na formulação do Tribunal, "são duas as questões de constitucionalidade que constituem o objecto do presente recurso.

a) A primeira delas refere-se à norma do art. 177.° do Código de Processo Penal (...). É a norma deste preceito, na interpretação segundo a qual 'os quartos anexos a uma discoteca onde, além do mais, se praticavam relações sexuais entre indivíduos, não se integra no conceito de vida privada ou domicílio', que o recorrente considera ofensiva dos arts. 26.° e 34.° da Constituição.

b) A segunda questão de constitucionalidade diz respeito não apenas à norma do art. 177.° do Código de Processo Penal, mas ainda às normas dos arts. 126.°, n. 3, e 174.°, n. 2. São as normas destes preceitos, na interpretação segundo a qual 'um espaço fechado, onde se travam relações sexuais, é susceptível de ser violado através de mandado de busca judicial', que o recorrente considera ofensivas dos arts. 26.°, 32.° e 34.° da Constituição. Nas alegações, o recorrente imputa a alegada inconstitucionalidade aos arts. 126.°, 174.° e 177.° do CPP. No entanto, como no requerimento de interposição do presente recurso apenas as normas dos arts. 126.°, n. 3, 174.°, n. 2 e 177.° do CPP foram indicadas – e tal requerimento delimita o objecto do recurso –, só estes preceitos legais podem ser considerados".

5. Se os problemas a dilucidar eram, assim, claros, não foram menos unívocas e cortantes as respostas do Tribunal Constitucional. Em ambos os casos, respostas explicitamente contra o invocado, sustentado e requerido pelo arguido; em ambos os casos, respostas de total mimetismo em relação ao julgado e

decidido pelas instâncias da jurisdição ordinária. Um mimetismo que se estende e comunica ao teor das respectivas fundamentações. Deste lado, o Tribunal Constitucional não ultrapassou o quadro de nebulosidade e de impertinência da argumentação – tanto hermenêutica como axiológico-teleológica – a seu tempo mobilizada por aquelas outras instâncias.

a) Por um lado, o Tribunal Constitucional não considerou inconstitucional o art. 177.º do Código de Processo Penal, interpretado no sentido de que *os quartos anexos a uma discoteca onde se praticam relações sexuais, não gozam da tutela jurídica que a lei (constitucional e ordinária, maxime processual penal) dispensa ao domicílio*. Reduzidas as coisas ao seu núcleo eidéctico, onde os problemas verdadeiramente se colocam e decidem e à semelhança do que antes haviam feito os Tribunais da jurisdição ordinária, também o Tribunal Constitucional entendeu que aqueles espaços fechados, naquelas circunstâncias e condicionalismos, não valem como *domicílio* para efeitos de direito constitucional e processual penal.

E é assim, porquanto, considera o Tribunal Constitucional, mesmo adoptando-se "um conceito alargado de domicílio, não pode, porém, deduzir-se que este Tribunal lhe atribua um sentido – que é ao cabo e ao resto, o sentido que o recorrente perfilha – que faça corresponder o conceito constitucional de domicílio ao de qualquer local onde se praticam actos que pertencem à esfera da intimidade ou da vida privada do cidadão. Dito de outro modo: a natureza íntima ou privada dos actos praticados em certo local (nomeadamente os actos de natureza sexual, que são aqueles que o requerente referencia) não implica a qualificação do local em causa como domicílio. É o que decorre, aliás, do disposto no art. 32.º, n. 8 da Constituição, que claramente distingue entre a intromissão na vida privada e a intromissão no domicílio: se sempre que houvesse intromissão na vida privada houvesse intromissão domicílio, nenhum motivo haveria para autonomizar a intromissão neste. É o que decorre também dos arts. 26.º, n. 1 e 34.º da Constituição, que, ao tutelarem o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito à inviolabilidade do domicílio, claramente os autonomizam. É certo que a tutela da inviolabilidade do domicílio protege também a intimidade e a vida privada: mas não é possível daí concluir, face às citadas normas constitucionais, que basta a prática de actos de natureza íntima num espaço fechado para qualificar o local em causa como domicílio". Isto para depois concluir como se deixava adivinhar: "O conceito de domicílio não pode, assim, ser desprendido do conceito de residência – que corresponde, aliás ao seu sentido comum – nenhuma razão tendo o recorrente quando, através de um alargamento desmedido do conceito de domicílio, estende o regime constitucional das buscas domiciliárias às buscas nos quartos anexos a uma discoteca onde se praticam actos de natureza sexual".

Bem vistas as coisas, é possível reconduzir a argumentação do Tribunal Constitucional a dois enunciados distintos:

"Primeiro, a distinção e diferença tanto conceitual como normativa entre *privacidade/intimidade*, por um lado e domicílio, por outro;

Segundo, a extensão do conceito de domicílio pela extensão que lhe dá o 'sentido comum', vinculando-o ao 'conceito de residência'."

b) Por outro lado, o Tribunal Constitucional não considerou inconstitucionais as normas (mais precisamente os arts. 126.º, n. 3, 174.º, n. 2 e 177.º do Código de Processo Penal) interpretadas como autorizando a obtenção de provas à custa da devassa da *intimidade*. Concretamente, à custa da invasão, a título de buscas a "um espaço fechado, onde se travem relações sexuais". Reduzindo, também deste lado, as coisas à sua expressão mais simples, o Tribunal Constitucional considera que, salvo tratando-se de domicílio/residência, é legítimo devassar todos os espaços onde as pessoas se entreguem à expressão livre da sua intimidade, como o são por excelência as relações sexuais. E é assim porquanto, adianta o Tribunal Constitucional, a título de fundamentação, "não existe norma constitucional de que possa retirar-se a completa imunidade de um espaço a buscas judiciais: basta, para o efeito, atentar no disposto no art. 32.º, n. 8, da Constituição, que proíbe a abusiva intromissão na vida privada e no domicílio, o que obviamente significa que existem intromissões constitucionalmente permitidas".

Não era manifestamente esta a fundamentação que poderia legitimamente esperar-se. Descontada a sua impertinência e insustentabilidade normativa e material, que a seu tempo curaremos de pôr a descoberto, sobra desde já a sua debilidade heurística e a sua improcedência conclusiva. Em rigor, a suposta fundamentação não passa de um enunciado tautológico, em clara *petitio principii*. O que é tanto mais estranho e frustrante quanto é certo que as considerações anteriormente tecidas pelo Tribunal, a propósito da contraposição conceitual entre *domicílio* e *privacidade/intimidade*, pareciam apontar em sentido divergente. Isto no contexto de um paradigma jurídico-constitucional a que o Tribunal Constitucional não podia deixar de elevar-se. De resto, se o tivesse feito, apenas se teria elevado a um patamar ou um estádio de desenvolvimento doutrinal e normativo, há muito atingido pelos seus congéneres estrangeiros, com destaque compreensível para o Tribunal Constitucional alemão. Na certeza de que, como deixámos sublinhado, o Tribunal Constitucional germânico foi obrigado a fazer caminho no quadro de um ordenamento jurídico, apesar de tudo, menos propício. E manifestamente mais avaro quanto aos arrimos positivados a favor da privacidade/intimidade.

6. Como a seu tempo curámos de explicitar, empreendemos esta anotação com propósito e intuito assumida e abertamente críticos, dando nota da nossa

discordância – quanto à substância e quanto aos termos – face ao decidido pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão 364/2006.

Na hora de sustentar e fundamentar a nossa própria posição não nos limitaremos a realizar um exame crítico dos argumentos apresentados pelo Tribunal Constitucional, apostando em pôr a descoberto as suas debilidades e infirmar a sua plausibilidade. Para além disso, privilegiaremos uma via alternativa pela positiva, enunciando e sustentando uma construção doutrinal e normativa a que possam fundadamente reconduzir-se as nossas próprias conclusões, de teor e sentido opostos aos que foram subscritos pelo Tribunal Constitucional. Um propósito cuja prossecução nos obriga a um duplo andamento ou registo, assente no tratamento diferenciado e sucessivo de dois nódulos problemáticos, polarizados, respectivamente, em torno do *domicílio* e da *privacidade/intimidade*.

São dois temas indissociavelmente imbricados, certo como é que a tutela jurídica do *domicílio* está, na perspectiva hoje dominante, vinculada à tutela da *privacidade/intimidade*. Trata-se, porém, de áreas problemáticas não inteiramente sobreponíveis: nem no plano fenomenológico da experiência quotidiana nem – menos ainda – no plano conceitual-categorial. Logo porquanto a privacidade e a sua tutela não se esgotam na inviolabilidade do domicílio: a *privacidade/intimidade* actualiza-se e exprime-se muito para além das quatro paredes. E é juridicamente protegida contra manifestações de devassa e indiscrição que nada têm a ver com a ultrapassagem da fronteira física da soleira da porta.

Uma distinção que ganha em clareza e rigor no plano estritamente conceitual, onde avulta a distinção entre *privacidade/intimidade* em sentido *formal* e em sentido material.[3] Na violação do domicílio – à semelhança do que

3. Continuamos a privilegiar a contraposição entre *privacidade em sentido material* e *privacidade em sentido formal*, tradicional e relativamente estabilizada na doutrina e na jurisprudência e cuja fecundidade heurística e operatividade prático-jurídica no contexto do ordenamento jurídico português temos por irrecusáveis. Esta é, em qualquer caso, uma categorização que, como tal, vale apenas pela sua aptidão para enquadrar e arrumar o universo de manifestações e de constelações fácticas pertinentes. Não se descortinam, por isso, razões invencíveis à sua substituição por uma categorização alternativa, assente num outro "código binário", desde que portadora de iguais ou superiores virtualidades para explicar e enquadrar a fenomenologia pertinente. Ela poderia, concretamente, ser substituída, com resultados sensivelmente sobreponíveis, pela contraposição entre *privacidade temática* e *privacidade espacial* (*thematisch/räumlich*), que entretanto começou a ganhar peso no discurso do Tribunal Constitucional Federal (cf. v.g., *BVerGE*, 101, 361 = *NJW*, 2000, p. 1002 e ss., bem como o acórdão de 26.02.2008, *NJW*, 2008, p. 1793 e ss., significativamente

acontece com a intromissão na correspondência, nas telecomunicações etc. – a danosidade social juridicamente relevante ou, se se quiser, o "ilícito material" esgota-se na ultrapassagem duma fronteira ou barreira física ou tecnológica, independentemente do significado das coisas, eventos, lugares, factos observados ou atingidos. Isto é, independentemente da sua pertinência ou não à área de segredo ou reserva que define a privacidade em *sentido material*. Que abrange – e se identifica com – o universo de coisas, factos, eventos, vivências, emoções, lugares etc. que, por serem portadores de lastros irredutíveis de subjectividade, individualidade e pessoalidade, a pessoa quer legitimamente guardar para si e para um número circunscrito de "outros". E que, por isso, detêm a marca do *privado* e do *segredo*. A benefício de ilustração: a entrada não consentida na casa de outrem viola o domicílio, e lesa *hoc sensu* a privacidade em sentido *formal*. E, todavia, pode não lesar a privacidade em sentido material, por não se observar ou descobrir nada de "privado" ou de "segredo". Em termos exactamente iguais ao que sucederia com a abertura e leitura arbitrárias e ilegítimas de uma carta fechada.

Porque é assim e porque no caso vertente, como o Tribunal Constitucional não deixa de assinalar, se colocam também problemas de, *privacidade/intimidade em sentido material, que estão muito para além dos problemas de violação do*

---

dois pronunciamentos associados ao chamado "caso Carolina"), mas que mantém exactamente a mesma divisória. Isto é, acaba por preservar, intocados no seu conteúdo, extensão e compreensão, os dois domínios situados de cada lado da fronteira. É claramente assim do lado da chamada privacidade *temática*, a que é reconduzido precisamente o mesmo universo de constelações fácticas cobertas pela privacidade em sentido *material*. Acolhendo-nos a uma síntese do Tribunal Constitucional de Karlsruhe, também a privacidade temática "se reporta àqueles dados ou realidades que o portador do direito fundamental pretende subtrair à curiosidade e à discussão públicas" (*NJW*, 2008, p. 1794). Numa consideração mais mais explícita e pormenorizada – citando *topoi* como a sexualidade, os comportamentos desviantes, as doenças etc. – *NJW*, 2000, p. 1022. Diferentemente, "à esfera da privacidade em sentido *espacial* pertence uma área de entrincheiramento do indivíduo, que lhe assegura a possibilidade de se encontrar e estar consigo mesmo, e de evasão, o que normalmente acontece no interior do domicílio, mas também em outros espaços fora do domicílio" (*NJW*, 2008, p. 1794). Resta precisar que, se é total e irrestrita a cobertura recíproca entre a privacidade *temática* e a privacidade *em sentido material*, já o mesmo não sucede do outro lado, certo como é que a privacidade *espacial* apenas cobre uma parte da privacidade em sentido *formal*, deixando fora de consideração a inviolabilidade de "esferas" para além do domicílio ou de "espaços" equiparados. Deixando fora, por exemplo, a inviolabilidade da correspondência, das telecomunicações, das comunicações electronicas, também elas inquestionavelmente pertinentes à privacidade em sentido *formal*.

domicílio, somos forçados a caminhar a partir duma separação das águas entre os dois complexos problemáticos referenciados.

3. NEM SÓ DE PEDRAS SE FAZEM AS CASAS. CONCEITO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL DE DOMICÍLIO

7. É pelo *domicílio* que deve começar-se. Recordando, à partida, que todos os problemas que deste lado possam suscitar-se – de índole constitucional, penal ou processual penal – apelam directamente para a solução de um problema prévio e pressuposto, que determina uma decisiva redução da complexidade. Logo porque a sua solução leva implícita a resposta a praticamente todos os demais problemas juridicamente relevantes. Trata-se, concretamente, de *saber se os quartos anexos a uma discoteca em que prostitutas recebem clientes para aí praticarem actos sexuais configuram, durante esse tempo, um "domicílio"*, gozando em conformidade da tutela que a lei constitucional, penal e processual penal lhe reservam e traduzida na expressão *inviolabilidade do domicílio*. Convertendo nomeadamente as intromissões das instancias de controlo em "buscas domiciliárias", com o respectivo "fim de protecção", os seus pressupostos, exigências e limites.

Tudo está em determinar o sentido e alcance do conceito de *domicílio* como "objecto de tutela" do direito constitucional, penal e processual penal. Uma pergunta cuja formulação leva já consigo um início de resposta. Precisamente no sentido de que – *topos* onde começa a ganhar sentido e suporte a nossa discordância face à doutrina e à postura metodológica perfilhada pelo Tribunal Constitucional – o conceito de domicílio aqui relevante não se identifica com o conceito da linguagem corrente ou do "sentido comum". Trata-se, pelo contrário, de um conceito pertinente ao mundo da "ciência" jurídica, tal como esta é praticada e assumida pela doutrina e pela jurisprudência, a um nível de reflexão e de elaboração categorial, que transcende o horizonte do "sentido comum" e da "linguagem corrente" em que ele se actualiza e realiza. E, por isso, um conceito mais extenso e compreensivo. Este é um enunciado normativo a favor do qual convergem tanto os autores (cultores do direito penal, processual penal ou constitucional) como os Tribunais, quer constitucionais quer da jurisdição ordinária. Pelo seu merecido prestígio e pela qualidade e pertinência da sua doutrina, limitar-nos-emos, por razões de economia, a convocar a lição do Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional alemães.

Numa formulação frequentemente repetida, adverte a instância suprema da jurisdição ordinária alemã: "o conceito de habitação no sentido do art. 13 da

Lei Fundamental deve, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, determinar-se não segundo o sentido restritivo da linguagem corrente, mas antes interpretar-se em sentido mais amplo. Para assegurar uma esfera espacial em que a vida privada possa desenvolver-se sem perturbação, ele abrange todos os espaços subtraídos à entrada do público através de uma vedação (*Abschottung*) e convertidos em lugares de realização da vida privada. O que é decisivo para tanto é a vontade, exteriormente reconhecível daquele que, por decisão sua, submete um espaço à tutela da privacidade".[4] "Decisivo – proclama noutra formulação convergente o mesmo Tribunal Supremo – é a determinação exteriormente reconhecivel do fim (dado ao espaço), pela pessoa com legitimidade para o utilizar."[5] Na experiência jurídica portuguesa contemporânea soa outrossim pacífico que o domicílio (ou a habitação), protegido pela Constituição e pela lei penal e processual penal em nome da tutela da privacidade não se identifica, nem na compreensão nem na extensão, com os conceitos de "domicílio" e "residência" consagrados, nos termos e para os efeitos aí previstos, na lei civil (cf. v.g., art. 82.º do Código Civil).

Por isso é que, de todos os lados se reconhece que o *domicílio* ou a *habitação* de que aqui curamos se estende muito para além do conceito físico de *casa* e do conceito jurídico de *residência* ou de conceitos equivalentes ao "nível da esfera do leigo" ou do "sentido comum" e mediatizados pela linguagem corrente. *Domicílio* é, com efeito, todo o espaço fisicamente circunscrito e delimitado (fechado) onde, por mais ou menos tempo a(s) pessoa(s) se entrincheira(m) ou se refugiam para realizar a sua vida privada, imune(s) às perturbações, ruídos ou olhares indesejados do ambiente, resguardadas da indiscrição e devassa arbitrárias. O domicílio é, assim, o lugar onde se realiza o "entrincheiramento da esfera privada em termos espaciais".[6]

---

4. *BGHSt* 50, 206 = *JR*, 2006, p. 216. No mesmo sentido, *BGHSt* 42, 372 = *NJW*, 1997, p. 1018 e 44, 138 = *JZ* 1999, p. 260 e ss. Do lado da jurisprudência constitucional cabe registar que este tem sido o entendimento recorrente e sistematicamente sustentado pelo Tribunal Constitucional. Citamos, dentre as primeiras proclamações, *BVerfGE* 32, 54. E dentre as mais recentes, a que pode considerar-se a sua formulação paradigmática, expressa no pronunciamento sobre a *grosser Lauschangriff*. Do lado da extensa e inabarcável literature, cf., por exemplo, DUTTGE, *JZ*, 1999, p. 262 e ss.; HERDEGEN, *Bonner Kommentar GG*, art. 13, Rn. 26; PAPIER. In: MAUNZ; DÜRIG; HERZOG, art. 13, Rn. 20; BÖCKENFÖRDE, *JZ*, 2008, p. 926.

5. *BGHSt* 44, 138 = *JZ*, 1999, p. 260.

6. Sobre a expressão – "Abschirmung der Privatsphäre in räumlicher Hinsicht" – presente na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, cf. BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 926.

Não deve, por isso, estranhar-se que quando, nesta linha, se procuram referenciar espaços com o estatuto e o regime do domicílio surjam invariavelmente, para além da casa *stricto sensu* e das suas dependências fechadas (garagem, casa de alfaias etc.), o *quarto* arrendado numa casa particular, o *quarto de hotel* tomado por muito ou pouco tempo, o *quarto de uma clínica de reabilitação* ocupado por um doente, uma *rulote*, o compartimento de um *wagon-lit* no comboio, um *barco*, uma tenda etc.[7]

Dentre os espaços consensualmente reconhecidos como domicílio sobressai sistematicamente o *quarto* (de casa particular, de hotel, de clínica),[8] a partir do momento em que a(s) pessoa(s) para tanto legitimadas – não confundir com proprietário – entra(m) para o espaço e fecham a porta, nessa medida actualizando o seu entrincheiramento espacial da vida privada. Se é assim, em geral, assim terá de sê-lo, por ostensiva e patente maioria de razão, com os quartos em que as prostitutas se recolhem recebendo clientes para com eles praticarem actos sexuais, pelo tempo em que tal acontece. Precisamente porque em tais constelações ninguém pode ter dúvidas de que prostitutas e clientes se refugiam num espaço fisicamente delimitado e fechado de um quarto, em nome da realização da sua intimidade. Independentemente de se saber onde o quarto se situa: num hotel de luxo, numa modesta pensão de bairro ou de estrada, numa vulgar "casa de passe". Tudo postas naturalmente entre parênteses todas as representações e tabus de fundo moralista. Em nome das quais se pode, por exemplo, afirmar que só a título de "bizarria" se pode falar aqui de vida privada.

8. Ganha uma primeira perspectiva sobre a extensão do conceito de domicílio e a relativa diversidade fenomenológica das respectivas manifestações con-

---

7. Neste sentido, desenvolvidamente, *BGHSt* 50, 206 e 44, 138 e, do lado da doutrina, SCHÖNKE; SCHRÖDER; LENCKNER; STERNBERGEN-LIEBEN, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 2006 (27. Aufl.), p. 1241; TRÖNDLE, H.; FISCHER, Th., *Strafgesezbuch und Nebengesetze*, 2007 (54. Aufl.), p. 847; LACKNER, K.; KÜHL, Ch., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 2007 (26. Aufl.), p. 615.

8. Discutível, pelas suas especificidades, o caso da *cela na prisão*. Sobre o caso e em sentido negativo, cf. a decisão do Tribunal Constitucional (30.05.1996), *NJW* 1996, p. 2643 e ss. Sobre a *sala de visitas de uma penitenciária*, em que o recluso recebe as visitas, e a sua exclusão da figura e do regime do domicílio, *BGHSt* 44, 138 = JZ, 1999, p. 259 e ss., com anotação de G. Duttge. Já cremos que deverão reconhecer-se e tratar-se como domicílio os espaços prisionais destinados às visitas íntimas dos reclusos, durante o tempo em que tal acontece. Também aqui se cumpre integralmente aquele critério de "intimidade e fechado à chave (*Vertrautheit und Abgeschlossenheit*), que, segundo o Tribunal Constitucional Federal, define a experiência do domicílio".

cretas, ensaiaremos um início de fundamentação teleológico-axiológica, capaz de sustentar aquele primeiro e antecipado ponto de chegada e emprestar-lhe a indispensável legitimação material.

a) Um discurso cujo "círculo hermenêutico" passa obrigatoriamente por três tópicos nucleares – *dignidade humana*, *privacidade/intimidade* e *domicílio* – bem como pelos momentos de comunicabilidade e pelos vínculos de mediação recíproca que medeiam entre eles.

Nada para o efeito mais indicado do que fazer caminho na esteira da doutrina do Tribunal Constitucional alemão, consolidada e decantada numa longa série de arestos pronunciados ao longo das duas últimas décadas. Mas em que avulta como constante a vinculação do domicílio à *privacidade/intimidade*, por sua vez referenciada como dimensão da matricial e fundante *dignidade humana*. O direito fundamental do art. 13 da Lei Fundamental (inviolabilidade do domicílio), pode ler-se num dos seus pronunciamentos convocado de forma perfeitamente aleatória, visa "garantir ao indivíduo, em consideração da sua dignidade humana e no interesse do seu livre desenvolvimento, um elementar *Lebensraum*)".[9] Como pode ler-se na decisão sobre a *grosser Lauschangriff*, a sua versão mais elaborada e a que teve maior impacto directo e indirecto, desencadeando ondas de choque na legislação, na jurisprudência e na doutrina: "Este direito fundamental (inviolabilidade de domicílio) assegura ao indivíduo um *elementaren Lebensraum* garantindo-lhe o direito de nele ser deixado em paz. O art. 13, I, da Lei Fundamental protege a esfera privada espacial (*räumliche Privatsphäre*) (...). A tutela da dignidade humana também se concretiza no direito fundamental do art. 13 da Lei Fundamental. A inviolabilidade do domicílio tem uma relação estreita com a dignidade humana e está ao mesmo tempo em estreita conexão com o imperativo constitucional do respeito incondicional de uma esfera do cidadão para um desenvolvimento exclusivamente privado, um desenvolvimento *höchstpersönliche*. Tem de se assegurar ao indivíduo o direito de ser deixado em paz, precisamente na sua casa".[10]

A dimensão espacial da privacidade, em nome da qual o ordem jurídica dispensa reconhecimento e tutela constitucional, penal e processual penal à inviolabilidade do domicílio, ganha naturalmente em eminência e dignidade à medida que nos aproximamos da *área nuclear inviolável da intimidade*.

b) Mas também deste lado, a expressão e actualização da *Kernbereich* não está necessariamente vinculada à inviolabilidade das quatro paredes. De forma

9. *BVerfGE* 42, 212 = *NJW*, 1976, p. 1735.

10. *BVerfGE* 109, 279 = *NJW*, 2004, p. 1000 e 1002.

sincopada, *entre domicílio e privacidade não medeia uma relação de cobertura recíproca, necessária e total.*

Logo porquanto nem tudo o que acontece no interior de uma casa, mesmo de uma normal casa de *residência* duradoura e permanente, nem tudo pertence *eo ipso* e necessariamente à *esfera nuclear e inviolável da intimidade*. É certo que a entrada arbitrária numa habitação contende sempre com a privacidade em sentido *formal*; o normal será que atente também contra esfera da vida privada *stricto sensu*[11] e mesmo da *intimidade*. Mas não está excluído que no interior do domicílio ocorram eventos ou se desenvolvam processos de comunicação e interacção de inquívoca relevância sistémico-social. E, como tais, pertinentes à esfera da *publicidade* das pessoas envolvidas. O que equivale a dizer: excêntricos e alheios à esfera da vida privada. Constelações paradigmáticas: o planeamento ou mesmo a execução de um crime, uma reunião política, de entono conspirativo ou não etc. Quando tal se dá, a entrada ou permanência arbitrárias no domicílio, configurando seguramente um atentado contra a privacidade em sentido *formal*, não atingem a privacidade em sentido *material*.

Acresce, por outro lado, que *a expressão e actualização da intimidade não estão necessariamente circunscritas ao domicílio*, como se o domicílio figurasse sempre como categoria transcendental da intimidade. Como o Tribunal Constitucional germânico precisa, a privacidade/intimidade reclama um ambiente, espacial ou não, de fuga, entrincheiramento e reserva em que a pessoa possa realizar-se livremente, sem medo de indiscrição, invasão ou perturbação. Essa função é, por via de regra, desempenhada pela casa, o "espaço" normal da fuga e da reserva. Só que, "por causa da vinculação ao desenvolvimento da personalidade, a área de entrincheiramento, não pode, à partida, limitar-se a ela (à casa). Logo porquanto as funções que lhe cabe realizar só podem ser cumpridas quando não termina nas quatro paredes da casa ou nos limites de um jardim. O livre desenvolvimento da personalidade resultaria gravemente prejudicado se o indivíduo só estivesse protegido contra a curiosidade dentro das paredes da casa".[12]

Bem se compreende, por isso, que hoje seja pacífico o entendimento segundo o qual, quando se fala de *intimidade stricto sensu*, "o decisivo é o conteúdo

11. A expressão *vida privada* é aqui empregue como distinta e contraposta à *intimidade*, segundo a terminologia e a topografia da *doutrina das três esferas*. Sobre ela, COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p. 94 e ss.; COSTA ANDRADE, *Sobre a valoração como meio de prova em processo penal das gravações produzidas por particulares*, 1987, p. 46 e ss.

12. *BVerfGE*, 101, 361 = *NJW*, 2000, p. 1022.

da comunicação ou da interacção e não (só) o lugar da comunicação ou o meio da comunicação".[13] A intimidade pode actualizar-se em qualquer lugar e sob qualquer forma de interacção: desde o monólogo ou solilóquio do doente no quarto duma clínica, passando pelo registo escrito nas páginas de um diário ou pelo diálogo através das diferentes formas de telecomunicação (telefone, SMS, correio electrónico etc.) até ao "santuário" (Cícero) do domicílio.

Em síntese, quando se trata de referenciar o núcleo da *intimidade*, directamente decorrente da dignidade humana, é indiferente se "uma conversa íntima entre pessoas muito próximas – v.g., cônjuges ou parceiros de uma vida em comum – ocorre numa habitação, durante uma viagem que ambos fazem ou numa conversação telefónica. Isto pertence também à realidade social em que os intervenientes em todas estas situações detêm a mesma necessidade de tutela".[14] Nesta linha não pode deixar de acompanhar-se Denninger quando recorda que "*não* é o espaço da habitação *como espaço* que justifica a tutela absoluta, mas como o lugar em que o comportamento da *höchtspersönliche Lebens gestaltung* a proteger de forma absoluta, pode realizar-se à margem de perturbações".[15] Isto na linha da proclamação do Tribunal Costitucional alemão de que, o que se exige não é tanto "uma tutela absoluta dos espaços da habitação, mas antes e sobretudo, a tutela absoluta do *comportamento* nestes espaços, na medida em que ele represente o desenvolvimento individual na área nuclear da vida privada".[16]

d) O que não deve, em qualquer caso levar-se à conta de contestação ou de negação da relação privilegiada que medeia entre o domicílio e a privacidade/intimidade: *o domicílio é o espaço normal da intimidade*. Dito de novo com o Tribunal Constitucional Federal, o "desenvolvimento da personalidade na área nuclear da intimidade pressupõe a possibilidade de expressar livremente sentimentos e emoções bem como reflexões, opiniões e vivências de cariz eminentemente pessoal sem medo de ser vigiado por instâncias estaduais. A tutela abrange também a expressão das sensações e da experiência inconsciente bem como as manifestações da sexualidade. A possibilidade de um tal desenvolvimento pressupõe que o indivíduo disponha de um espaço adequado para o

13. BERGMANN, N., *Lauschen im Rechtsstaat*, 2004, p. 75.

14. Idem, ibidem.

15. DENNINGER, *in: Lauschen im Rechtsstaat*, 2004, p. 14. Na formulação convergente de RUTHIG, *GA*, 2004, p. 598: "Também o art. 13 da Lei Fundamental protege as pessoas, não os espaços".

16. *NJW*, 2004, p. 1002.

efeito (...) a habitação é, como último refúgio (*lesztes Refugium*), um meio para garantia da dignidade humana".[17]

9. Esta compreensão teleológico-axiologicamente densificada do *domicílio* condiciona e predetermina, em aspectos essenciais, o respectivo regime constitucional, penal e processual penal. Tanto na direcção dos espaços fechados a reconhecer como domicílio e, reversamente, como *objecto da acção* das manifestações juridicamente relevantes de agressão, como na determinação do universo destas condutas. Seja das condutas típicas no contexto de incriminações como a do art. 190.º do Código Penal; seja, coisa não necessariamente coincidente, das invasões relevantes em sede de processo penal.

No que especificamente concerne à primeira área problemática, sobre a qual recai no presente contexto o nosso interesse cognitivo, soará agora evidente que o conceito de domicílio tenha uma extensão que vai muito para além da que lhe é adscrita pelo "sentido comum" ou pela linguagem corrente. *Domicílio*, para este efeito, é todo o espaço física e exteriormente circunscrito e fisicmente delimitado em que a pessoa – só ou com outros por si escolhidos – se entrincheira para dar livre curso à expressão da sua privacidade/intimidade. Nesta linha e na esteira da doutrina a seu tempo sustentada pelo *Reichsgericht* refere-se que a qualificação de um espaço como domicílio não depende do facto de ele ser ou não usado para pernoitar. "O facto de um espaço servir ou ser adequado para o descanso nocturno não é necessário, embora possa valer como indício significativo de que se trata de um domicílio."[18] Será normalmente imóvel, mas pode ser móvel (tenda de campismo, rulote, barco etc.); pode ser ocupado de forma mais ou menos duradoira, mais ou menos breve ou fugaz. O quarto de um hotel não deixa de ser domicílio, mesmo quando tomado por pouco tempo: o tempo breve de uma hora de repouso, de um encontro amoroso.

Neste contexto soa particularmente clarificadora a já citada asserção do Tribunal Constitucional alemão de que em causa não está tanto a tutela absoluta do espaço da habitação, quanto e sobretudo a "tutela absoluta do comportamento neste espaço, na medida em que ele represente o desenvolvimento individual na área nuclear da privacidade". Tudo, porém, sem perder de vista o carácter objectivado e formalizado da tutela da privacidade no contexto do do-

17. Idem, p. 1002.

18. SCHÖNKE; SCHRÖDER; LENCKNER; STERNBERGEN-LIEBEN, ob. cit. e loc. cit. No mesmo sentido, TRÖNDLE, H.; FISCHER, ob. cit. e loc. cit.; LILIE, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 123, Rn. 11.

micílio. No sentido já sublinhado de que o decisivo não é aqui a "natureza" ou o "tema", (*sic*), o carácter mais ou menos reservado ou íntimo dos processos, eventos, vivências etc., mas antes, a "possibilidade garantida ao *Berechtigter* de se poder comportar na sua habitação de forma não observada e inocente".[19] Vale por dizer que a tutela da privacidade/intimidade está aqui limitada ao "entrincheiramento da esfera privada no interior de um espaço".[20] Só protege, noutros termos, contra a intromissão lograda à custa da ultrapassagem de fronteiras ou obstáculos físicos. "Só há intromissão na área da tutela do domicílio quando as barreiras que delimitam uma habitação (paredes, telhado, o próprio solo) são ultrapassadas precisamente na medida em que elas constituem a área de tutela da habitação como lugar do desenvolvimento não observado. Como obstáculo à devassa física, óptica, acústica ou até olfáctica que entrincheira o indivíduo face ao exterior."[21]

10. Chegados aqui, cremos que sobrará segura a conclusão que começámos por antecipar e segundo a qual *é forçoso reconhecer o estatuto e o regime do domicílio aos quartos anexos a uma discoteca, em que as prostitutas recebem clientes para aí praticarem actos sexuais*. Isto durante o tempo em que tal acontece e suposto que o quarto se mantém fechado para o exterior, não permitindo a entrada de terceiros. Isto é, suposta a já referenciada "Vertrautheit und Abgeschlossenheit".

E é assim porquanto encontram aqui satisfação integral todas as exigências de que a melhor doutrina e a mais qualificada jurisprudência fazem depender a existência e a vivência de um *domicílio*. E que na sua expressão eidéctica podemos significar com a formulação já citada do Supremo Tribunal Alemão. A saber, a de que a habitação abrange "todos os espaços subtraídos à entrada do público através de uma vedação por todos os lados e tornados lugares de realização da privacidade".[22] Ou na fórmula sincrética e concentrada de Kühne, como o "o critério do fechado à chave e do abrigo" (*Absgeschlossenheits – und Obdachkriterium*).[23] Em síntese conclusiva, cremos valerem aqui em toda a linha as considerações noutro contexto feitas pelo BGH, ao sustentar a inscrição de um determinado espaço na área de tutela do art. 13 da Lei Fundamental alemã, com o argumento de que "à semelhança do que sucede com nossa habi-

19. KARGL, W., *JZ*, 1999, p. 935.

20. BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 926.

21. Idem, ibidem.

22. *BGHSt* 50, 206 = *JR*, 2006, p. 216.

23. Apud DUTTGE, G., op. cit., 1999, p. 262.

tação privada, lhe cabe tipicamente a função de área de entrincheiramento para a realização da vida privada".[24]

É uma conclusão cuja pertinência e plausibilidade em nada são infirmadas pela *transitoriedade* ou *relativa brevidade* da ocupação. Nada de significativamente diferente do que se passa com o quarto de hotel: invariavelmente considerado como domicílio durante o tempo em que é ocupado. Mesmo que por tempo breve. E mesmo que os ocupantes sejam uma prostituta e o seu cliente.

11. Não foi este, já o vimos, o entendimento subscrito – e imposto, à custa da liberdade das pessoas concretamente envolvidas – pelo nosso Tribunal Constitucional, que se pronunciou em sentido directamente oposto. Pena é que não tenha tentado mobilizar para o efeito argumentos ou razões pertinentes, fundadas e portadoras da fecundidade heurística mínima para sustentar a tese perfilhada. Isto para não falar já da sua idoneidade para fazer emergir aquela tese como pólo de consenso e de legitimação intersubjectiva mais ou menos generalizada. Ou, numa perspectiva minimalista, que ao menos não tenha logrado lançar mão de razões capazes de abalar, um pouco que fosse, a pertinência e a plausibilidade do entendimento contrário. Uma tarefa que naturalmente convocaria o Tribunal par um discurso argumentativo um pouco mais exigente, já que não poderia ficar-se pelos dois, inócuos e irrelevantes, argumentos a que se acolheu. E que convém recuperar num contexto de exame crítico.

a) O primeiro assenta na distinção – incontestável e incontestada – entre *domicílio* e *privacidade/intimidade*. Na já citada formulação do Tribunal, não pode atribuir-se ao domicílio, um sentido "que faça corresponder o conceito constitucional de domicílio ao de qualquer local onde se pratiquem actos que pertencem à esfera da intimidade ou da vida privada do cidadão (...). a natureza íntima ou privada dos actos praticados em certo local (...) não implica a qualificação do local em causa como domicílio". Uma compreensão das coisas que, no entendimento do Tribunal Constitucional português, tem ainda por si a força dos preceitos da nossa lei fundamental que, a justo título, distinguem e autonomizam entre si os direitos fundamentais correspondentes, por um lado, ao *domicílio*; e, por outro, à *privacidade/intimidade*.

Tendo como pano de fundo o discurso sumariamente enunciado – os tópicos que ele permitiu visitar e os enunciados normativos que permitiu pôr a descoberto – e à vista da experiência jurídica contemporânea, só pode espantar que o argumento tenha sido invocado pelo Tribunal Constitucional. No

24. *BGHSt* 50, 206 = *JR*, 2006, p. 215.

estádio actual da experiência e da consciência jurídica, ninguém – nem dentro nem fora do presente processo – pretende ou pretendeu fazer valer coisa diferente. Ninguém, noutros termos, pretende ou pretendeu referenciar e definir o *domicílio* como um conglomerado compósito de valorações, como uma nebulosa categorial em que domicílio e *privacidade/intimidade* se confundissem e reciprocamente se representassem e implicassem. A única visão das coisas à luz da qual se poderia identificar o domicílio com "qualquer local onde se praticam actos que pertencem à esfera da intimidade". Ninguém, por exemplo, pretende adscrever o estatuto e o regime do domicílio ao banco do jardim, local onde – frequentemente – "se praticam actos que pertencem à esfera da intimidade". Também ninguém pretende tratar como domicílio as cartas – as linhas telefónicas, os sistemas informáticos e os *media* electrónicos – lugares por onde passa tanta da vida *íntima* de tanta pessoa. E a lista poderia alongar-se *ad infinitum*.

A este propósito, é com algum desconforto que se regista que, contra tudo, contra todos os dados do processo – mesmo na versão do processo que chegou à porta do Tribunal Constitucional e foi por ele explicitamente subjectivada – o mesmo Tribunal tenha imputado ao recorrente um entendimento que o mesmo recorrente nunca assumiu nem dele se fez eco. Temos concretamente em vista a parte em que o Tribunal Constitucional atribuiu precisamente ao recorrente a identificação ou confusão entre domicílio e "qualquer local onde se praticam actos que pertencem à esfera da intimidade". O que manifestamente não se dá! Uma asserção que não pode deixar de valer como denúncia de alguma e irredutível "deslealdade" do Tribunal Constitucional. E, como tal, a justificar a subida da alça da crítica e o sublinhado da censura. Não fica bem sobre-simplificar as posições do outro para mais facilmente as infirmar. É que então esconjura-se apenas uma fantasmagórica e inexistente pretensão. Pior ainda se é o próprio Tribunal a criar os fantasmas que depois se compraz em destruir. E enquanto isso, não se consideram as posições e as pretensões que efectivamente se fizeram ouvir no processo e denega-se justiça às pessoas reais que as suportam e sustentam.

b) O segundo argumento apela para o "sentido comum" que, segundo o Tribunal, imprimirá ao conceito de *domicílio* uma compreensão e uma extensão a que não poderão reconduzir-se "os quartos anexos a uma discoteca onde se praticam actos de natureza sexual". E também este um argumento cujas impertinência e irrelevância, na perspectiva que aqui nos ocupa, cremos ter deixado suficientemente expostas. Isto à luz do estádio actual da experiência jurídica – doutrinal, normativa e jurisprudencial – à vista da qual o domicílio tutelado pela lei constitucional, penal e processual penal não se identifica com o con-

ceito – antes o ultrapassa e transcende – de domicílio do "sentido comum", mediatizado pela linguagem corrente.

À semelhança do que acontece em tantos outros domínios do conhecimento e da *praxis*, também aqui a ciência do direito é chamada a ir um pouco além das "certezas" imediatas do "sentido comum". Ou, como se diria em linguagem epistemológica, tentar captar a essência das "cousas", para além das aparências ou das mostrações fenomenológicas que, simultaneamente, as mostram e as ocultam. Um esforço que não seria desmesurado nem exagerado esperar da instância suprema da nossa jurisdição constitucional. Sobretudo quando o *output* das suas locubrações se projecta directamente em sacrifício da liberdade. Além do mais porquanto o caminho estava há muito desbravado e aberto pelo labor convergente e consensual de autores e de Tribunais, a oferecerem um conjunto de *topoi*, que talvez não fosse inteiramente perdulário visitar.

4. SE ISTO NÃO É INTIMIDADE, ONDE ESTÁ A INTIMIDADE?

12. As coisas – e as coisas são aqui a insustentabilidade material das soluções subscritas pelo Tribunal Constitucional bem como a inesperada e surpreendente ausência de fundamentação, minimamente pertinente e idónea – são mais lineares e patentes do lado do tratamento dispensado à *área nuclear e inviolável da intimidade*. A contemplação do que na esteira de Ovídio, designámos por "matéria" e por "forma" provoca um espanto de sentido inverso ao que, segundo o poeta, terá sido vivenciado por Faetonte. Ele não sabia o que mais admirar, se a matéria ou a forma. Nós não sabemos o que menos admirar: matéria e forma concorrem aqui *pari passu* no mesmo sentido negativo, não sendo fácil dilucidar de que lado se terá ido mais longe. Recordamos que, ao ser directamente confrontado com o problema da *intimidade* como barreira à intromissão e devassa das instâncias da justiça criminal, o Tribunal Constitucional se limitou a invocar que *não há espaços imunes às buscas judiciais*. O que, para abreviar as coisas, não estava minimamente em causa. Em causa estava, com efeito, o respeito a tributar à *intimidade qua tale*, independentemente do espaço físico e dos meios através dos quais ela se actualiza e exprime.

Também aqui, antes de sindicar directamente a pertinência e o acerto do decidido pelo Tribunal Constitucional, deixaremos sinalizados os traços fundamentais duma compreensão das coisas, tal como ela é hoje subscrita, de forma tão pacífica como consensual, pela doutrina e pelos Tribunais. E que no contexto do direito positivo português é directamente imposta tanto pela Constituição como pela lei ordinária. Um quadro jurídico-normativo que, para além de retirar o suporte e fundamento à decisão do Tribunal Constitucional, pode, pela positiva, sugerir ou

mesmo impor uma resposta radicalmente oposta aos problemas que, nesta parte, o Tribunal era chamado a solucionar. E atinentes à admissibilidade e validade da recolha de provas (em processo penal) à custa da intromissão e devassa da *área nuclear da intimidade*. Um problema que, por exigência de clareza, nomeadamente para obviar aos ruídos de outras fontes, procuraremos equacionar pondo entre parênteses a circunstância de os eventos e as coisas da vida íntima objecto de devassa terem *in casu* ocorrido no entrincheiramento das paredes e da porta fechada de um quarto. Uma via de abordagem que fará avultar, na autonomia da sua relevância jurídica, o atentado contra aquela *área nuclear da intimidade*.

Como ponto de partida, sobreleva aqui, consolidado e irredutível, um dado: o reconhecimento à pessoa – a *toda* a pessoa e em *todas as circunstâncias* – de uma *área nuclear (absolutamente) inviolável da intimidade*. Sob esta ou outras expressões, próximas e sinónimas,[25] é significado um axiomático enunciado jurídico-normativo, a favor do qual convergem hoje a doutrina e a jurisprudência, sendo, como tal, pacífica e consensualmente aceite e subscrito. Bem podendo mesmo asseverar-se que no actual estádio da civilização e da cultura, aquele enunciado goza da legitimação das coisas "cosmogonizadas". Por razões de economia e de eficácia comunicativa, privilegiaremos a referência à experiência alemã, no contexto da qual procuraremos refazer a trajectória da emergência e decantação deste axioma normativo e assinalar as dimensões fundamentais do seu conteúdo e regime, bem como as suas principais projecções e implicações prático-jurídicas.

13. Falar de experiência alemã neste contexto obriga, mais uma vez, a uma consideração privilegiada da lição do Tribunal Constitucional Federal que tem encabeçado claramente os avanços desta *new frontier* de descoberta, revelação e declaração do direito. E tem erigido um conjunto articulado de proposições normativas que, no essencial, vêm merecendo o aplauso e a adesão generaliza-

25. Para significar esta mesma realidade, vêm fazendo curso na literatura contemporânea e particularmente nas formulações da *praxis* jurisprudencial, expressões como "unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung", "absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung", "letzten unantastbares Bereich menschlichen Friheit". E a lista poderia talvez continuar a crescer. As expressões aqui recenseadas foram todas retiradas de textos de arestos do Tribunal Constitucional alemão, em geral vertidos sobre problemas de investigação recolha e valoração de provas em processo penal. Do lado do direito penal substantivo sobreleva agora a "höchtspersönlichen Lebensbereich" erigida em bem jurídico da nova incriminação do § 201 *a)* entretanto (2004) introduzida no StGB. Recorda-se que a primeira proposta da elevação da "höchtspersönlichen Lebensbereich" à categoria de autónomo bem jurídico-criminal tinha acontecido no § 146 do *Alternativentwurf* (1971).

do da doutrina. Que, aqui e ali, por vezes com um entono ligeiramente crítico, tem curado de assegurar uma mais depurada e rigorosa arrumação categorial-sistemática. E, por vezes, uma mais consequente assunção das implicações e consquências coenvolvidas nos axiomas basilares adiantados pelo Tribunal Constitucional Federal.

E o quadro não é significativamente outro por parte da jurisdição ordinária, *maxime* do BGH. Instância que, com algum atraso, por vezes mesmo à custa de hesitações e incongruências mais ou menos expostas – mas explicáveis, mesmo compreensíveis tendo em conta a maior proximidade face à vida real e a complexidade e conflitualidade dos casos segregados – vem seguindo por um trilho no essencial sobreponível. Exemplar e marcante, ainda aqui, o já citado aresto de 10.08.2005,[26] em que o Tribunal de Karlsruhe *inscreve na área nuclear da intimidade o monólogo em que um doente internado numa clínica se debate com as suas emoções e fantasmas sobre o crime de homicídio*. E, em conformidade, lhe reconhece a tutela jurídica própria desta área, subtraindo-a a toda a ponderação. Mesmo em nome da prossecução dos mais relevantes interesses da Justiça Criminal. Com a consequência natural e linear, expressamente assumida pelo Tribunal, da intransponível proibição de produção e de valoração de provas à custa da invasão daquela área nuclear. E, mais concretamente, da *proibição da valoração* dos registos fonográficos (indevidamente feitos) daquele solilóquio.

É um intenso processo de descoberta e revelação que se vem desenvolvendo nas últimas quatro décadas,[27] período ao longo do qual foi tendo lugar uma série de pronunciamentos do Tribunal Constitucional Federal, que persistem como referências obrigatórias. Isto a partir do aresto pioneiro que ficou conhecido como o *Elf-Urteil* (1957),[28] passando por pronunciamentos como o do *caso do gravador* (31.01.1973),[29] ou do que ficou conhecido como o segundo *caso do diário* (14.09.1989).[30] Tudo a desembocar no já mais próximo (03.03.2004)

---

26. *BGHSt* 50, 206 = *JR*, 2006, p. 214 e ss.

27. Para uma síntese historiográfica, DENNINGER, op. cit., p. 14; LINDEMANN, *JR*, 2006, p. 192.

28. *BVerfGE*, 6, 32 = *NJW*, 1957, p. 297 e ss.

29. *BVerfGE* 34, 228 = *NJW*, 1973, p. 891. Foi aqui que apareceu a primeira versão acabada e sistematizada da *Dreistufentheorie*, em que a área nuclear e inviolável da intimidade aparece como a mais reduzida e central de um conjunto de três esferas concêntricas (esfera da *vida pública*, da *vida privada* (*stricto sensu*) e da *intimidade*). Uma primeira recepção entre nós, COSTA ANDRADE, *Sobre a Valoração...* cit., passim.

30. *BVerfGE*, 80, 367 = NJW, 1990, p. 563 e ss. Também esta decisão persiste como um marco, sobretudo pelo equilíbrio de votos registado (4/4) a favor e contra a inconsti-

e marcante aresto sobre a *grosser Lauschangriff*.[31] Que perfilando-se como um irrecusável momento de continuidade com a doutrina dos pronunciamentos anteriores, significa ao mesmo tempo e a vários títulos, um *novum*. Não sendo mesmo exagerado asseverar-se que na – embora curta – história da *área nuclear inviolável da intimidade* há um antes e um depois deste último aresto.[32]

14. a) A novidade e originalidade começam por avultar no plano *formal-sistemático*, expressas no propósito claro de situar a consideração dos problemas num plano de maior abstracção e generalização.

Até então, e tanto do lado da jurisdição constitucional como ordinária, o tratamento do tema espelhava a fragmentaridade e descontinuidade da vinculação privilegiada aos condicionalismos e aos limites das concretas constelações fácticas que iam provocando a sua problematização. Não faltavam, é certo, referências mais ou menos abstractas e generalizadas à categoria e às implicações normativas da figura. Mas a tendência ia claramente no sentido de um exame assente na "consideração do caso concreto", para nos atermos a uma formulação do Tribunal Constitucional de Karlsruhe.

Diferentemente, o aresto motivado pela *grosser Lauschangriff* aponta decididamente para a elaboração dos conceitos, a formulação dos princípios e a equacionação dos problemas ao nível de uma "teoria geral". A começar pela fundamentação axiológico-teleológica da *área nuclear e inviolável da intimida-*

---

tucionalidade da valoração de um diário pessoal, equilíbrio só desfeito pelo voto de desempate do presidente.

31. *BVerfGE* 109, 279 = *NJW*, 2004, p. 999 e ss. Significativo da importância e do impacto desta decisão é, desde logo, o número invulgar de reacções doutrinárias que provocou, tanto artigos em revistas da especialidade como volumes monográficos. A título de mera ilustração, recordamos, DENNINGER, *ZRP*, 2004, p. 101 e ss.; GUSY, *JuS*, 2004, p. 457 e ss.; HAAS, *NJW*, 2004, p. 3082 e ss; KUTSCHA, *NJW*, 2005, p. 20 e ss.; RUTHIG, op. cit., p. 587 e ss.; LINDEMANN, op. cit., p. 191 e ss.; *Lauschen im Rechsstaat – Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Grossen Lauschangriff*, 2004.

32. Depois do acórdão sobre a *grosser Lauschangriff*, o tema da área nuclear e inviolável tem vindo a ser objecto recorrente de consideração directa e expressa por parte do Tribunal Constitucional Federal como referente de declarações de inconstitucionalidade, umas vezes, de constitucionalidade, outras, das leis ou medidas objecto de controvérsia. Citamos, a título de ilustração, o acórdão vertido (12.04.2005) sobre o recurso ao GPS em processo penal (*BVerfGE* 112, 304 = *NJW*, 2005, p. 1338 e ss.); o acórdão (27.05.2005) sobre escutas telefónicas para a recolha de dados com vista à perseguição futura (*Vorsorge für die Verfolgung*) de crimes (*BVerfGE* 113, 348 = *NJW*, 2005, p. 2603 e ss.); o acórdão (27.02.2008) sobre as chamadas *buscas-online* (*NJW*, 2008, p. 822 e ss.).

de, pela identificação do seu conteúdo e compreensão, pela demarcação das suas fronteiras, até ao enunciado do travejamento basilar do seu específico regime. Em que sobressai, por um lado, o *carácter absoluto da tutela*, com a *subtracção à balança e aos juízos da ponderação*; e, por outro lado, à prescrição de linhas articuladas de defesa e de reafirmação contrafáctica.

Tudo pondo entre parênteses as singularidades do caso concreto e a sua irredutível tendência para a centrifugicidade.

b) O *novum* assoma, depois, no sentido e no teor da decisão de fundo. Foi a primeira vez que um Tribunal alemão se pronunciou pela *ilegitimidade constitucional* de uma concreta medida de investigação processual precisamente por intromissão na *área nuclear e inviolável da intimidade*. Nas diferentes vezes que até então os Tribunais alemães – particularmente o Tribunal Constitucional e o BGH – tinham sido confrontados com o problema, as coisas tinham-se sistematicamente saldado por decisões de cariz preocupantemente "esquizofrénico".

Começava-se sempre pela proclamação ritualística da eminente e inviolável área nuclear da intimidade. Mas acabava-se invariavelmente por concluir pela constitucionalidade da medida em discussão por se considerar que no caso concretamente *sub judice*, ela não atingia, afinal, aquela área nuclear, antes contendia com dados ou factos portadores de uma qualquer valência sistémico-social. Do género: a conversa ou o registo íntimo, versa, por exemplo, sobre crimes concretamente cometidos, o que lhe imprime um cunho ou carácter de facto social e lhe retira *eo ipso* o carácter de coisa privada ou íntima. O mais longe que se terá ido ocorreu no citado *segundo caso do diário*[33] em que se registou um empate entre os juízes do Tribunal Constitucional. Bem se compreendendo, por isso, que se viesse estendendo um manto de desprestígio, mesmo de irrelevância prática, sobre a *teoria das três esferas* em nome da qual vinha sendo sustentada e legitimada a afirmação da área nuclear inviolável.

15. Ao decidir como decidiu no acórdão de 2004, o Tribunal Constitucional como que despertou a *área nuclear da intimidade* da letargia a que, apesar de todas as proclamações, parecia condenada. E fê-la descer do "céu dos violinos" dos conceitos para a vida real, convertendo-a em premissa incontornável dos gestos do legislador ordinário e da *praxis* jurisprudencial. E, por causa disso, constituiu-se no primeiro de uma já relativamente longa série de pronunciamentos do Tribunal Constitucional Federal e do BGH a decidir no sentido da ilegitimidade constitucional, por afronta à área nuclear da intimidade de

33. Desenvolvida e criticamente, na perspectiva da erosão da *teoria das três esferas*, COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova*... cit., p. 200 e ss.

determinadas medidas de intromissão e devassa ou das leis (*maxime* de leis processuais penais) que as autorizam e disciplinam.[34]

a) Do lado das normas é frequente a declaração da inconstitucionalidade já em nome da violação directa da *área inviolável da intimidade*, já em nome da ausência de dispositivos ou mecanismos legais preordenados a acautelar a respectiva inviolabilidade. São, por exemplo, recorrentes expressões como "faltam as provisões legais bastantes para evitar agressões à área nuclear da conformação da vida privada, protegida de forma absoluta". Enquanto isto, do lado das medidas concretas, a declaração de ilegitimidade constitucional tem como reverso a pertinente *proibição de produção de prova* e de *proibição de valoração*.

Nesta linha, o Tribunal Constitucional alemão tem dirigido recorrentes injunções ao legislador ordinário no sentido de, face a determinados meios de investigação e de recolha de provas, particularmente invasivos,[35] adoptar "os procedimentos legais susceptíveis de proteger" aquela área nuclear.[36] Como o mesmo Tribunal Constitucional tem repetida e desenvolvidamente proclamado, a prossecução deste objectivo desdobra-se num conjunto articulado e diacrónico de exigências, susceptíveis de erigir barreiras ao longo do processo de recolha, tratamento, utilização e valoração de dados.

Hão-de, em primeiro lugar, adoptar-se os procedimentos e soluções legais susceptíveis de assegurar que não sejam levadas a cabo medidas que possam atingir a *área nuclear da intimidade*. "Se no caso se admite, na base de factos concretos que uma intromissão (nas telecomunicações) pode vir a atingir conteúdos que pertencem a esta área nuclear, ela já não está justificada, não podendo ser, pura e simplesmente, levada a cabo".[37] Numa formulação convergente, a medida "tem (*muss*), de antemão de ser pura e simplesmente omitida (*unterbleiben*) nas situações em que existem pontos de apoio" que

34. Ver, supra, nota 32.

35. Como sucede particularmente com as diferentes formas de intromissão no domicílio bem como com os diferentes *meios ocultos* de intromissão nas telecomunicações e nos sistemas informáticos de recolha, transmissão, armazenamento e processamento de dados. Desenvolvidamente neste sentido, o recente (27.02.2008) pronunciamento do Tribunal Constitucional sobre as chamadas *buscas online*. Cf. *NJW*, 2008, p. 833 e ss.

36. *NJW*, 2008, p. 833.

37. *BVerfGE* 113, 348 = *NJW*, 2005, p. 2612. Recorda-se que nesta decisão estava em causa a constitucionalidade de medidas de intromissão nas telecomunicações. No mesmo sentido, mas agora do ponto de vista da intromissão no domicílio, a decisão sobre a *grosser Lauschangriff*, *BVerfGE* 109, 279 = *NJW*, 2004, p. 1003.

deixam adivinhar a violação da *área nuclear da intimidade*, que goza de protecção absoluta.[38]

Como facilmente se antecipa e o próprio Tribunal Constitucional Federal não deixa de, insistentemente, sublinhar, não se antolha realista acreditar na possibilidade de, à partida, prevenir e evitar toda a intromissão naquela área. Não raro é já na fase de execução da medida que se dá conta de que a área nuclear da intimidade foi invadida. Quando tal se der, terá de suspender-se imediatamente a medida e proceder-se à destruição de todos os dados obtidos e atinentes à esfera nuclear da intimidade. Se, precisa o Tribunal, contra o esperado, a medida leva à "recolha de informações absolutamente proibidas, ela tem de ser interrompida e os registos têm de ser destruídos. É de excluir toda a utilização de tais dados pertinentes à área de tutela absoluta obtidos em processo penal".[39] A benefício da clarificação permitimo-nos convocar ainda uma formulação-síntese pedida a um dos últimos (27.02.2008) pronunciamentos do Tribunal Constitucional: "A autorização legal de uma medida de vigilância que pode atingir a área nuclear da vida privada há-de, tanto quanto possível, assegurar que dados referentes à área nuclear não sejam recolhidos. Se – como acontece, por exemplo, com a intromissão oculta nos sistemas informáticos – é praticamente inevitável aceder a informações antes de se verificar a sua pertinência à esfera nuclear, terá que se providenciar uma tutela bastante na fase da valoração. Em especial, os dados encontrados e recolhidos com referência à área nuclear têm de ser imediatamente destruídos e a sua valoração excluída".[40]

b) O movimento doutrinal e jurisprudencial de afirmação da *área nuclear da intimidade* desencadeou réplicas naturais do lado da legislação ordinária e, particularmente, do lado do direito processual penal codificado.[41] Onde come-

38. *NJW*, 2004, p. 1003.

39. Idem, ibidem. Em sentido convergente, *BVerfGE* 113, 348, *NJW*, 2005, p. 2612, onde pode ler-se: "têm de ser adoptados procedimentos que assegurem que os conteúdos da comunicação pertinentes à area nuclear eminentemente pessoal não podem ser guardados nem valorados, mas antes ser imediatamente destruídos, se excepcionalmente eles tiverem sido recolhidos. Só que tais procedimentos faltam na lei" cuja constitucionalidade se sindica. E porque era assim, porque a lei em exame não previa aqueles procedimentos, o Tribunal Constitucional decidiu-se pela sua inconstitucionalidade.

40. *NJW*, 2008, p. 834.

41. Do lado do direito penal substantivo alemão assistiu-se a um movimento de sentido convergente, que até aqui teve a expressão mais significativa no já citado novo § 201 *a)* do StGB.

çaram a ganhar lugar dispositivos legais preordenados a assegurar consagração ao programa político-criminal que fica referenciado e vertido nas injunções que o Tribunal Constitucional Federal vem dirigindo ao legislador ordinário.

A primeira pedra deste edifício legislativo foi lançada em 2005, com o aditamento de um novo dispositivo (hoje n. 5) ao § 100 *c*) da StPO que, em decorrência directa das injunções do aresto sobre a *grosser Lauschangriff*, impôs expressamente a *área nuclear da intimidade* como limite intransponível à produção e valoração de provas no contexto da intromissão oculta no domicílio.[42] O quadro conheceu um novo alargamento quando (01.01.2008) a *Lei para uma nova regulamentação da intromissão nas telecomunicações e outros meios ocultos bem como para a transposição da Directiva 2006/24/UE* introduziu um novo n. 4 no § 100 *a)* da StPO, consagrando um regime idêntico para as intromissões nas telecomunicações.

Igualmente significativas as alterações introduzidas, já em 2009, pela *Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt*.[43] Que, por um lado, veio alargar significativamente os meios de investigação ao dispor do *Bundeskriminalamt* no contexto da luta contra o terrorismo. Assim, veio autorizar expressamente[44] a intromissão nas conversações telefónicas através da internet (*Voip*), a chamada "intromissão nas fontes das telecomunicações"(§ 201, 2) e as *buscas online* (§ 20k) e alargar a intromissão oculta no domicílio, prevendo e regulando a vigilância óptica (§ 20h). Mas, por outro lado, impôs a *área nuclear da intimidade* como limite à devassa, à recolha de dados e de provas e à sua utilização e valoração, (v.g., § 20h), 5). Um gesto legislativo cujo significado político-criminal e axiológico neste contexto é manifesto, certo como é que se trata de erigir a área nuclear da intimidade como limite à investigação e perseguição do terrorismo.

---

42. Pelo seu significado doutrinal e normativo e pelo seu relevo simbólico e histórico – para além de ter sido o primeiro enunciado normativo sobre a área nuclear inviolável, este preceito serviu de modelo a ulteriores dispositivos homólogos – recordamos, em versão portuguesa, a parte nuclear do n. 5 do § 100 *c*): "1. A escuta e gravação serão imediatamente interrompidas logo que, durante a acção de vigilância, se revelem pontos de apoio de que decorre que são captadas declarações pertinentes à área nuclear da condução privada da vida. 2. As gravações de tais declarações são imediatamente destruídas. 3. Os conhecimentos devidos a tais declarações não podem ser valorados".

43. Em versão portuguesa: "Lei para a defesa face aos perigos do terrorismo internacional pelo Bundeskriminalamt".

44. Isto é, à margem das dúvidas a este propósito subsistentes no contexto da lei processual comum. Sobre o tema, COSTA ANDRADE, *RLJ*, ano 137.°, p. 332 e ss., jul.-ago. 2008.

16. a) No estatuto e no *regime jurídico da área nuclear da intimidade* sobreleva, sistematicamente reconhecida e proclamada, a sua inviolabilidade *absoluta*. Ou, reversamente, o carácter *absoluto* da tutela que lhe é dispensada pela ordem jurídica, a começar pela ordenação constitucional. Não é, de resto, por acaso que, entre outras designações, ela vem sendo recorrentemente designada como a *absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung*.[45]

Como nesta linha e reportando-se concretamente ao veredicto do Tribunal Constitucional Federal sobre a *grosser Lauschangriff*, acentua Leutheusser-Schnarrenberger, com este pronunciamento quis o Tribunal impor um intransponível e "claro sinal vermelho e de paragem" a todos os intentos de relativização. O que significa que *a área nuclear da intimidade está subtraída a toda a balança ou juízo de ponderação*, não podendo ser sacrificada em nome da realização ou prossecução de quaisquer interesses comunitários. Atendo-nos a uma das mais recentes formulações do Tribunal Constitucional: "nem mesmo os interesses superiores da comunidade podem justificar o seu sacrifício".[46] O que vale de forma paradigmática para os interesses e valores associados à (efectiva e eficaz) realização da Justiça Criminal, em geral referenciados *sub nomine* de *Funktionstütigkeit der Strafrechtspflege*.[47] "Esta tutela – explicita o Tribunal Constitucional – não pode ser relativizada numa ponderação com os interesses da perseguição penal segundo o princípio de proporcionalidade. Naturalmente, haverá sempre formas especialmente gravosas de criminalidade e das correspondentes situações de suspeita que, aos olhos de muitos, possam fazer parecer a eficácia da justiça criminal como interesse comunitário mais importante do que a salvaguarda da dignidade humana do acusado. Só que tal valoração está vedada ao Estado pelos arts. 1, I e 79, III, da Lei Fundamental."[48]

De forma sincopada e definitiva: a realização da justiça criminal, e particularmente a investigação e a recolha de provas, têm de parar às portas da área nuclear da intimidade, que não pode, a nenhum título nem sob qualquer fundamento, ser invadida. É proibida toda a produção de prova que contenda com aquela área; se, no cumprimento de uma normal e legítima acção de investigação, os agentes da investigação se deparam com dados a ela pertinentes,

45. Uma designação que remonta, pelo menos, ao acórdão do Tribunal Constitucional Federal sobre o *primeiro caso do diário*, *BVerfGE*, 34, 245.

46. *NJW*, 2008, p. 833.

47. Para uma síntese, COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova*... cit., p. 200 e ss.

48. *BVerfGE* 109, 279 = *NJW*, 2004, p. 1002.

eles *não podem, pura e simplesmente, ser valorados. Sobre eles impende uma irredutível e intransponível proibição de valoração.*

b) Se as coisas são hoje pacíficas e aproblemáticas no que respeita à existência e aos traços fundamentais do regime da *área nuclear da intimidade*, elas são menos seguras do lado do respectivo conteúdo e extensão, domínio onde, apesar de tudo, se registam algumas hesitações e dissonâncias. O que não impede o reconhecimento generalizado e consensual da pertinência de determinados aspectos àquela área. Tal sucede, concreta e paradigmaticamente, com o que o Tribunal Constitucional Federal designa como "as vivências eminentemente pessoais" em que se integram, como manifestação arquetípica, as "formas de expressão da sexualidade".[49]

Postas entre parênteses as dúvidas e dissonâncias quanto à qualificação de outros domínios ou experiências mais centrífugas e marginais, a verdade é que a *sexualidade*, na plasticidade insindicável das suas manifestações, figura invariavelmente, como experiência que cada um tem o direito de expressar livremente no entrincheiramento intransponível da intimidade. *Absolutamente* imune à invasão e devassa de todos. A começar pelo Estado, sobre o qual impende um dever absoluto e imponderável de renúncia e abstenção, como reverso do inviolável *Abwehrrecht* reconhecido a todos os cidadãos. Como de todos os lados se reconhece e sublinha, sempre que se questiona o alcance da área nuclear da intimidade os problemas e as dissonâncias mais ou menos pronunciadas, colocam-se invariavelmente para além da *sexualidade*. O que está em causa é, noutros termos, saber que manifestações de privacidade, *para além da sexualidade* (e da nudez), devem ser reconduzidas à categoria e ao estatuto jurídico daquela área nuclear. Noutra formulação, do que se trata é invariavelmente de tentar ultrapassar a limitadora "associação à sexualidade e à nudez".[50]

17. À luz do exposto – e no exposto vai apenas sintetizado o essencial da "construção social da realidade" hoje vigente em matéria de *privacidade/intimidade*, expressa por alguns dos seus mais credenciados intérpretes – não pode deixar de estranhar-se a excentricidade e o daltonismo de que dá provas

49. Idem, ibidem. No sentido da pertinência da sexualidade ao núcleo irredutível da intimidade ("unantasbaren innersten Lebenbereich") e tanto no que respeita à concepção e attitude face á sexualidade como no que repeita às suas manifestações práticas, *BVerfGE* 47, 46 = *NJW*, 1978, p. 807 e ss. e *BVerfGE*, 49, 286 = *NJW*, 1979, p. 595 e ss.

50. Cf. neste sentido, por todos, BORGMANN, *NJW*, 2004, p. 2133; TRÖNDLE, H.; FISCHER, Th., op. cit., p. 1297; LACKNER, K.; KÜHL, CH., op. cit., p. 857; SCHÖNKE; SCHRÖDER; LENCKNER; STERNBERGEN-LIEBEN, op. cit., p. 1710.

uma decisão como a vertida no Acórdão 364/2006 do nosso Tribunal Constitucional. Insustentável no conteúdo, impertinente na fundamentação, incompreensível no discurso hermenêutico e argumentativo e censurável pela indiferença e distanciação com que, afinal, pode ter legitimado a condenação das pessoas envolvidas.

Recorda-se que, nesta parte, o Tribunal começa por separar as águas entre *domicílio* e *intimidade*. Para, resumidamente, sustentar que a expressão da intimidade não está vinculada nem limitada ao domicílio, como seu lugar necessário e único de actualização. Afastada a questão do domicílio, esperava-se que o Tribunal afrontasse directa e pertinentemente – na sua densidade emocional, antropológica, constitucional e até política –[51] o problema da *intimidade*. Para surpresa do leitor, o Tribunal desincumbiu-se da tarefa com a asserção que – como resposta ao problema que supostamente cabia afrontar – bem podia ter sido recolhida numa peça de teatro do absurdo: "não existe norma constitucional de que possa retirar-se a completa imunidade de um espaço a buscas judiciais: basta, para o efeito, atentar no disposto no art. 32.°, n. 8, da Constituição, que proíbe a abusiva intromissão na vida privada e no domicílio, o que obviamente significa que existem intromissões constitucionalmente permitidas". Manifestamente, não se antolha fácil descortinar em que medida esta enxuta e desenquadrada afirmação possa contribuir, minimamente que seja, para enquadrar material e formalmente o problema que estava sobre a mesa. A saber, o problema da intimidade, que o mesmo Tribunal acabara de referenciar, depurado e decantado da ganga conceitual conexa e posto a coberto dos ruídos, da perturbação e complexidade emergentes, v.g. do domicílio. Menos ainda se vê que ela possa contribuir para suportar a solução final que o Tribunal Constitucional quis impor.

Valerá a pena recordar a benefício de contraste, a lição que nos vem do lado do Tribunal Constitucional Federal ou do BGH. Que, no contexto de um ordenamento jurídico, apesar de tudo menos propício à tutela da intimidade do que o português, se pronunciam invariavelmente pela intransponível proibição de invasão e devassa da intimidade, mesmo em nome da perseguição das formas mais drásticas de criminalidade, o terrorismo incluído. E que, por isso, colo-

51. Recorda-se, como a seu tempo sublinhava já Tucídides, que o respeito pela privacidade/intimidade configura uma das marcas da democracia. Um *topos* para onde convergem hoje invariavelmente politólogos, filósofos e juristas. De todos os lados, com efeito, se encara a "privacidade do indivíduo como a pedra fundacional da autonomia" e, por vias disso, da democracia. Cf. por exemplo, ETZIONI, Amitai, *La nueva regla de oro. Comunidad y moralidad en una sociedad democrática*, 1999, p. 77 e ss.

cam a coberto de incontornável *proibição de valoração* todas as provas obtidas à custa da intromissão na *área nuclear da intimidade*. Citamos, a benefício de ilustração o acórdão (de 10.08.2005)[52] do BGH. Em que, mesmo estando em causa um crime de *homicídio qualificado*, o Supremo Tribunal Alemão se decidiu pela proibição de valoração da gravação do monólogo feito pelo suspeito no quarto da clínica onde estava internado. Decisão que, segundo o Tribunal, para além de imposta por violação do domicílio, decorria igualmente da *violação da área nuclear da intimidade* – intromissão na verbalização, em solilóquio, das emoções e sentimentos pessoais mais fundos e incomunicáveis – também ela bastante para, só por si, ditar a *proibição de valoração*. Que faria se, em vez de estar em causa a recolha de provas para perseguir um gravíssimo crime de homicídio, se tratasse apenas de um crime de *lenocínio*, mero resíduo atávico de moralismo a que a lei penal portuguesa continua apegada. Precisamente o crime – inconstitucional segundo tantas vozes – em nome do qual o nosso Tribunal Constitucional legitimou a devassa da área nuclear da intimidade de várias pessoas.

Para que não sobrem dúvidas, lembra-se que o Tribunal Constitucional português foi chamado a dizer direito validando provas que os órgãos de polícia criminal recolheram observando "um casal em pleno acto sexual, a mulher por baixo do homem, sendo que se encontravam completamente despidos". Não será possível encontrar na lei fundamental pátria uma norma a proibir, sem equívocos, um tão drástico e paradigmático sacrifício *da área nuclear e inviolável da intimidade*? Seria desmesurado esperar que, à semelhança do que outros fizeram, se apontasse como tal o imperativo constitucional da inviolabilidade da *área nuclear da intimidade*, afinal de contas, outra forma de dizer a *dignidade* da pessoa humana, pedra sobre a qual se erige a edificação da República Portuguesa? E quem melhor colocado para o dizer e proclamar do que o Tribunal Constitucional, precisamente o claustro dos *pontifices maximi* aos quais foi distribuído o carisma de assegurar a leitura autêntica das tábuas da lei constitucional?

5. CONCLUINDO

18. A terminar e para obviar ao risco de perder de vista a floresta, oculta atrás das árvores, convirá recuperar o essencial. E o essencial era para o Tribunal Constitucional um problema de *proibição de valoração de provas*. Um problema que tinha de equacionar e solucionar face a uma constelação fáctica

52. *BGHSt* 50, 206 = *JR*, 2006, p. 214 e ss.

que – ele há horas de sorte! – emergia a todos os títulos e por todas as razões, como uma meridiana e arquetípica manifestação de *proibição de valoração*. Mesmo atentos à imprevisível e irreprimível capacidade da vida para criar o inimaginável e a surpresa, não será realista acreditar que casos como este batam frequentemente às portas dos Tribunais.

Este era, na verdade, um caso que trazia estampados no rosto os marcadores do direito reclamado. Porque nele convergiam três linhas de facto e de direito, cada uma bastante para, só por si e sem mais, impor, uma conclusão de sentido precisamente contrário àquele que mereceu o tributo do Tribunal Constitucional. Para além de imposta pelo direito do *domicílio*, a conclusão pela proibição de valoração resultava também, linear e inescapável, do direito da *área nuclear inviolável da intimidade/sexualidade*. Isto para não entrar em linha de conta com a linha de progressão aberta pela *intimidade/nudez*.

Como se tal não bastasse, sobrava, incontornável, uma consideração global e conjugada de todos os *topoi*. Que, quando levados à balança, a fariam tombar definitivamente para o lado da *proibição de valoração*. Sem nenhuma sombra de dúvida e com toda a luz da evidência.

Foi o que o Tribunal Constitucional pátrio não logrou alcançar. E com isso pode ter legitimado – ele há horas de azar! – a condenação dos recorrentes.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A intimidade e seus reflexos no direito penal, de Ricardo Toledo Santos Filho – *RT* 746/449;
- Investigación penal y protección de la privacidad: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Lorena Bachmaier Winter – *RePro* 152/259;
- O direito à intimidade, de Luciana Fregadolli – *RDCI* 19/196;
- O direito à intimidade na Constituição Federal de 1988, de Maurício D'Olivo – *RDCI* 15/184; e
- Violação de domicílio, de Basileu Garcia – *RT* 760/789.

El actual debate alrededor de la Teoría del Bien Jurídico

4

The current debate around the Legal Right Theory

Bernardo Feijoo Sánchez

Catedrático de Derecho Penal - Universidad Autónoma de Madrid.

Área do Direito: Penal

Resumen: En el trabajo se defiende que no siendo incierto que el Derecho Penal proteja bienes jurídicos, lo cierto es que sólo mediante la estabilización de normas puede cumplir la función de protección de bienes. La pena sólo puede ofrecer seguridad cognitiva o empírica con respecto a los bienes de forma mediata o indirecta ofreciendo seguridad normativa, es decir, mediante el mantenimiento de la vigencia del orden jurídico. Se considera que el principal inconveniente de centrar la función del Derecho Penal en la protección de bienes jurídicos reside en que pone demasiado énfasis en la afectación de bienes dejando de lado la necesaria referencia a la juridicidad. Si el Derecho en el marco de un sistema de libertades más que un maximizador de bienes es un maximizador de libertad, lo decisivo a efectos de determinar la lesión de la juridicidad no es lesionar o poner en peligro un bien sino un uso ilegítimo de la libertad. Cuando

Abstract: This paper argues that while it remains uncertain whether Criminal Law protects legal rights, it is certain that it can perform the function of protecting rights only by stabilizing rules. Penalties can solely offer cognitive or empirical security over rights mediately or indirectly providing regulatory certainty, that is, by maintaining the validity of the legal system. The main drawback of focusing the role of Criminal Law on protecting legal rights is that it puts too much emphasis on the allocation of rights and overlooks the necessary reference to legality. If Law in the context of a system of freedom rather than being a maximizer of rights were a maximizer of freedom, the most important for determining the legal violation would not be to violate or put a right at risk but to use freedom illegitimately. When this illegitimate use involves a certain level of social harmfulness, it deserves a penalty. By building upon these ideas, a critical

dicho uso ilegítimo encierra un cierto nivel de lesividad social se merece una pena. A partir de estas ideas se lleva a cabo un análisis crítico de la Teoría del Bien Jurídico como criterio general de legitimación o deslegitimación de tipos penales. La conclusión a la que se llega es que la Teoría del Bien Jurídico es una fórmula vacía que no puede ofrecer respuesta alguna si no se vincula con la configuración normativa de la sociedad y, por ello, sólo tiene utilidad en casos de evidente falta de legitimidad por ausencia de lesividad social.

Desde la perspectiva político-criminal lo decisivo no es lo que pretenden proteger las normas penales, sino lo que éstas castigan. Por ello la cuestión esencial para el desarrollo de una teoría de la Política Criminal para el siglo XXI no es si se protegen bienes jurídicos, sino cómo se protegen y cómo delimitar la permisión de conductas, es decir, cuál es la técnica especifica de protección de bienes jurídicos que se desempeña mediante la pena, por lo que más que sobre el objeto de tutela la doctrina jurídico-penal debe aportar criterios sobre la forma en la que legítimamente el Derecho Penal puede prestar protección. Para un Derecho Penal que busque legitimidad lo decisivo no es cuándo el Estado puede proteger algo, sino más bien cuándo puede castigar cercenando los derechos de un ciudadano concreto que tiene que soportar una intromisión brutal por parte del Estado.

PALABRAS CLAVE: Teoría del Bien Jurídico – Principio de protección de bienes jurídicos – Funcionalismo – Funciones del Derecho Penal – Fundamento del injusto penal – Merecimiento de pena – Política criminal – Legitimidad del Derecho Penal – Procesos de criminalización.

analysis of the legal theory is made as a general criterion for legitimation or delegitimation of penal types. The conclusion reached is that the Theory of Legal Right is an empty formula that cannot provide any answer if connected to society's regulatory structure and, thus, it is only useful in cases that obviously lack legitimacy for not having social harmfulness.

From the political-criminal perspective, the most important is not what criminal rules intend to protect but rather what they punish. Therefore the key question in creating a Criminal Policy theory for the 21st century is how legal rights are protected and how to limit conduct rather than whether legal rights are protected, that is, what is the specific technique to protect achieved with a penalty, as criminal-legal doctrine should provide criteria for the form Criminal Law will legitimately provide protection rather than for the object of protection. For a Criminal Law that seeks legitimacy, the most important is not when the State can protect, but rather when it can punish by curtailing the rights of a citizen who has to endure a brutal intrusion by the State.

KEYWORDS: Legal Right Theory – Legal Good Theory – Principle of legal right protection – Criminal Law roles – Criminal unjust foundations – Deserving a penalty – Criminal policy – Criminal Law – Legitimacy – Criminalization process.

SUMARIO: I. El estado de la cuestión: I.1 El triunfo de la Teoría del Bien Jurídico; I.2 La Teoría del Derecho Penal sin Teoría del Bien Jurídico. La función social de estabilización normativa como alternativa a la función de protección subsidiaria de bienes jurídicos – II. La alternativa que se propone: protección de bienes mediante estabilización normativa: II.1 Bien jurídico y normatividad; II.2 Bien jurídico y legitimidad: II.2.a La protección de bienes como criterio general de legitimidad; II.2.b La Teoría del Bien Jurídico como criterio de legitimación de criminalizaciones concretas; II.2.c. Conclusión final sobre bien jurídico y legitimidad – III. Conclusiones.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

I.1 El triunfo de la Teoría del Bien Jurídico

Bajo el título "Política criminal y sistema del Derecho Penal" Roxin escribió el epitafio del finalismo que él mismo había empezado a enterrar con su artículo en ZStW 74 de 1962 "sobre la crítica a la Teoría Final de la Acción", dando lugar al alumbramiento de una teoría que se ha venido definiendo –con más o menos fortuna– como funcionalismo teleológico-valorativo, moderado o valorativo y que ha culminado en su monumental manual.[1] Frente al sistema ontológico propio del finalismo Roxin diseñó un sistema teleológico (o político criminalmente teleológico en expresión del propio autor) que se caracteriza por una orientación instrumental a la prevención de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, si bien dicha orientación se encuentra sometida a límites valorativos. El método teleológico-valorativo es el paraguas bajo el que se aúnan una racionalidad de acuerdo a fines o instrumental con una racionalidad valorativa.

V. Liszt, casi un siglo antes, había construido un muro de contención para los excesos de su política criminal preventiva: el Derecho Penal, entendido como "la violencia punitiva del Estado limitada jurídicamente", debía desempeñar el papel de barrera infranqueable de la política criminal.[2] Como Roxin[3] ha destacado, "Liszt intentó llevar a buen término la antinomia por él descrita, dividiendo su ciencia en 'dos reinos': los presupuestos de punibilidad debían determinarse según los principios liberales del Estado de Derecho, exactamente como desde siempre propugnó la Escuela clásica; pero, una vez constatada la punibilidad según el 'método jurídico', la sanción debía medirse exclusivamente por las necesidades sociales. Liszt expresó esas dos tendencias con los conceptos de (dogmática del) 'Derecho Penal' y 'política criminal', que consideraba conceptos opuestos. Sólo con esta divergencia se puede comprender la frase citada anteriormente en la que considera al Derecho Penal como la 'infranqueable barrera de la política criminal'. El Derecho Penal es el dueño y señor absoluto del 'si', y la política criminal, la exclusiva soberana del 'cómo' de la pena". Del Derecho Penal positivo se ocupó v. Liszt

1. Sobre las bases del sistema de este autor, Feijoo Sánchez. *Retribución y prevención general*. Buenos Aires, 2007. pp. 253 y ss., con ulteriores referencias. Vid. recientemente el opúsculo publicado este año por la Universidad de Huelva con motivo de su investidura como Dr. *Honoris Causa*, pp. 27 y ss.
2. Sobre ello Feijoo Sánchez (nota 1), pp. 191 y ss.
3. *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid, 1976. p. 61.

principalmente en su "Tratado de Derecho Penal" y de una política criminal orientada a la prevención especial de forma primordial en sus numerosos artículos y conferencias recogidos en "Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge".

Roxin acaba mediante una labor de síntesis con esta separación entre la dogmática y la política criminal. A diferencia del planteamiento dualista de v. Liszt, pretende unificar la dogmática y la política criminal, superando la visión de este autor de dos mundos tajantemente distintos.[4] En lo que interesa para el discurso de este trabajo, el punto de unión de ambos mundos es la Teoría del Bien Jurídico. La protección del bien jurídico, como tarea legitimante del Derecho Penal, cumple una función dogmática y una función político-criminal y el delito, desde ambas perspectivas, es entendido materialmente como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. La función decisiva del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos y, por ello, hay que analizar cuál es el papel más idóneo de la pena en cada momento para proteger bienes jurídicos y prevenir su lesión o puesta en peligro. En el momento de la imposición de la pena, debido a los límites inherentes al principio de culpabilidad y su incompatibilidad con los incrementos de la pena derivados de la prevención especial y de la prevención intimidatoria, la mejor manera de proteger bienes jurídicos es, según Roxin, la confirmación, afirmación o reafirmación de la conciencia jurídica (prevención general positiva). Con ésta se consigue proteger bienes jurídicos mediante la pena en una medida adecuada, es decir, sin excesos insoportables en el marco de nuestros sistemas constitucionales.

El sistema teleológico de Roxin busca su legitimidad en lo que pretende: protección de bienes jurídicos, evitando que tanto la generalidad como ciertos delincuentes cometan delitos en el futuro. Frente a esta racionalidad teleológica se ha desarrollado una racionalidad vinculada a ciertas garantías del sistema constitucional o a las características del Estado social y democrático de Derecho (en España destacan en esta misma línea Mir Puig y Silva Sánchez).[5]

---

4. Roxin. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona, 1972, p. 19. No es ninguna casualidad que este escrito programático de Roxin comience con referencias a v. Liszt (p. 15). Hace referencia Roxin a estas cuestiones recientemente, contestando a las críticas de que se trata de disciplinas antagónicas, en *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*, Ius humanum, Lampe-FS, Berlín, 2003, pp. 431 y ss.

5. En España se ha desarrollado una fructífera línea teórica y de investigación que plantea soluciones de síntesis entre prevención y garantías. Esta línea de maximización de prevención y garantías fue iniciada por Silva Sánchez siguiendo las aportaciones de su maestro Mir Puig (*Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, 1992.

De esta manera la Teoría del Derecho Penal se ha venido desarrollando sobre dos pilares independientes que carecen de una fundamentación común y a los que, en el marco de su permanente tensión, se les ha ido otorgando una mayor o menor relevancia en detrimento o beneficio del otro aspecto. Esa esquizofrenia teórica se ha desarrollado a través de contraposiciones del tipo prevención/culpabilidad, prevención/garantismo, utilidad/validez, racionalidad instrumental/racionalidad valorativa (v. Weber) o eficacia/garantismo.

La Teoría del Bien Jurídico se convierte en el marco del dominante sistema teleológico-valorativo en el engranaje esencial que consigue mantener unidas todas las piezas del sistema. La referencia a la Teoría del Bien Jurídico, como broche de cierre del sistema, sirve desde esta perspectiva para afrontar tres cuestiones básicas del Derecho Penal:

a) Desde la perspectiva de una teoría general la función básica que legitima el Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos.

b) Desde la perspectiva dogmática el injusto penal es, en esencia, lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

c) Desde la perspectiva político-criminal la Teoría del Bien Jurídico nos sirve para discriminar entre criminalizaciones concretas legítimas e ilegítimas. Si no hay bien jurídico la criminalización es ilegítima.[6]

I.2 La Teoría del Derecho Penal sin Teoría del Bien Jurídico. La función social de estabilización normativa como alternativa a la función de protección subsidiaria de bienes jurídicos

Desde los años 80 la alternativa más relevante a esta forma de ver las cosas que nos ha presentado la doctrina alemana ha sido la teoría funcional de Jakobs, que ha ido sufriendo diversos vaivenes.[7] La posición actual de Jakobs

---

pp. 179 y ss., 241 y ss., 267 y ss. sobre el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, 278 y ss. y, sobre todo, pp. 285 y ss.) y ha sido enriquecida en la misma línea por Alcacer Guirao (*¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona, 2003. pp. 31, 115 y *Prevención y garantías: conflicto y síntesis Doxa 25*, passim).

6. Básica la contribución de Claus Roxin al libro en homenaje a Winfried Hassemer sobre el reciente desarrollo del debate relativo al bien jurídico. Agradezco al Prof. Roxin, siempre abierto al debate científico, haberme facilitado gentilmente el texto antes de su publicación.

7. En profundidad, sobre las bases del sistema de Jakobs, (nota 1), pp. 453 y ss., con ulteriores referencias y La normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría

se puede resumir de la siguiente manera: desde una perspectiva sistémica, las normas, entendidas como expectativas normativas o contrafácticas, configuran la estructura del orden social. La configuración de dichas expectativas es labor de la política, debiendo describir y sistematizar la ciencia del Derecho Penal dichas estructuras normativas (a lo sumo, dejar en evidencia contradicciones o fricciones). El delito es entendido materialmente como defraudación de expectativas del sistema social –no lesión de bienes– y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, la vigencia de la norma. La imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor. Junto a esta función de estabilización el mal que se impone con la pena tiene que ver con su fin preventivo-general: asegurar la probabilidad de seguimiento de la norma. Dicho fin tiene como límite el tratar al delincuente como persona y no como objeto. Sin embargo, esta garantía sólo es posible en la medida en la que el delincuente pueda garantizar su fidelidad en el futuro; de lo contrario, ya no puede ser tratado como persona sino como enemigo.

Desde la perspectiva sistémica la categoría de función parte de la idea de que todo sistema social diferenciado guarda una relación con un problema social. La función explica la emergencia de un sistema diferenciado de comunicaciones. Esa función es exclusiva y fundamenta la reproducción de las comunicaciones (como operaciones genuinamente sociales) del correspondiente sistema. El Derecho, en concreto, se estructura como sistema de comunicaciones que se ocupa de la función de protección o estabilización de expectativas normativas, siendo un elemento central de esta perspectiva que las expectativas están protegidas por sanciones. Jakobs, a diferencia de Roxin, consigue apoyar su teoría global del Derecho Penal en una teoría social de tal manera que la teoría sistémica de Luhmann le permite aportar una teoría de la normatividad de gran solidez.

En la perspectiva funcional de Jakobs la pena se mueve en un plano simbólico o comunicativo vinculado a las necesidades de estabilización normativa y ya no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos. Se trata de comunicación frente al delito que, como acción culpable, no sería

---

sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?. En: Gómez-Jara Díez (ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada, 2005. pp. 435.

La última respuesta de Roxin se encuentra en *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, Festschrift für Winfried Hassemer*, 2009 (en prensa, consultado por gentileza del autor), apartado XI.2.

en esencia una lesión o puesta en peligro –naturalística– de bienes jurídicos, sino básicamente desautorización, quebrantamiento o descrédito de la norma; la pena no debe ser entendida naturalísticamente como un mal que sucede a otro mal, sino comunicativamente como restablecimiento de la validez de la norma.[8] Como consecuencia de esta idea Jakobs ha destacado por su crítica al concepto material de delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos en la medida en que lo relevante comunicativamente es expresar una falta de fidelidad al ordenamiento jurídico. Por ello lo que la pena debe prevenir no es la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino una infidelidad generalizada a la norma. La principal tarea de la pena no es proteger bienes jurídicos sino la fidelidad normativa. Ese concepto de fidelidad se ha ido normativizando y no se entiende en sentido psicológico, sino como una medida normativa. El delito es expresar una fidelidad insuficiente desde una perspectiva objetiva o social.

La teoría funcional del delito de Jakobs se caracteriza porque entiende que el objeto de protección del Derecho Penal es la vigencia de la norma y no los bienes jurídicos de tal manera que tanto él como sus discípulos se han caracterizado por su crítica a la concepción dominante del delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Jakobs ha venido afirmando en diversos trabajos de forma radical que "en correspondencia con la localización del quebrantamiento de la norma y pena en el plano del significado, no se puede considerar como misión de la pena la evitación de lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien la confirmación de la vigencia de la norma"[9] o que "el Derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos"[10] o que "la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma".[11] Para Jakobs el bien jurídico-penal, el objeto de la protección del Derecho Penal, es el aseguramiento (resistencia a las defraudaciones) de las expectativas normativas esenciales o, lo que es lo mismo, la vigencia de la norma en lugar de bienes jurídicos y "el Derecho Penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma".[12] Ello

8. Básico Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid, 1996. pp. 11, 17 y ss.

9. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlín, 1991, 1/11.

10. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* RPDJP 2000 (n. 1), p. 154.

11. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid, 2003. p. 59.

12. (Nota 8), p. 11. Sobre la vigencia de la norma como bien jurídico-penal, vid. (nota 9), 2/1 ss., Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones

viene motivado, más bien, por su comprensión de los bienes jurídicos como intereses puramente individuales y, por ello, ajenos a lo social y a la dimensión simbólica o de significado de los conflictos penales. Por tanto, su crítica va más bien dirigida a una cierta comprensión a-social (o pre-social) o anormativa de los bienes jurídicos.[13] En realidad se viene a criticar una concepción egocéntrica (que no es lo mismo que antropocéntrica) del bien jurídico que muchos partidarios de la Teoría Del Bien Jurídico podrían compartir.

El punto de disenso se encuentra más bien, como ha señalado Roxin,[14] en que la metodología funcionalista-sistémica "deja a un lado el pensamiento político criminal de finalidad racional basado en los principios de un Estado Social de Derecho y aparece como un mero sistema teórico carente de contenido". Hay que darle la razón a este autor en la medida en que la teoría funcional de Jakobs aporta prestaciones insuficientes y, por ello, debe ser enriquecida con otras perspectivas que la propia teoría funcional no puede aportar. A través del funcionalismo sistémico sólo se puede hacer frente a todo lo que tiene que ver en Derecho Penal con una de las dos grandes cuestiones a las que se enfrenta la filosofía social: la estabilidad (cómo es posible el orden social), pero no a lo que tiene que ver con los problemas de legitimidad (si se quiere formular en términos de filosofía moral, los problemas del Derecho Penal desde la perspectiva de la justicia del orden social). Sin embargo, es preciso reconocer que la primera cuestión la resuelve con una consistencia como ninguna otra teoría hasta la fecha.

Si la segunda cuestión queda sin respuesta es porque la teoría funcional de Jakobs se ha movido siempre por un interés descriptivo-funcional. Para este autor la legitimidad es una cuestión ajena al Derecho que corresponde a la política.[15] El Derecho Penal será más o menos legítimo si el sistema que

---

de la vigencia de la norma, PJ n. 49 (1998), pp. 297 y ss. y Strafbegründung und positive Generalprävention. En: Siller; Keller (edits.). *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*. Baden-Baden, 1999. p. 135.

13. En su último trabajo sobre la cuestión en el libro-homenaje a Amelung, ¿Lesión de un bien jurídico o daño social?, todavía inédito, afirma que "las condiciones de subsistencia de una sociedad son una cosa, los bienes jurídicos (los bienes jurídicos individuales), otra".

14. *La evolución de la política criminal. El derecho penal y el proceso penal*. Valencia, 2000. p. 70. En referencia a Stübinger.

15. (Nota 11), p. 70 ("respecto de la tesis de la protección de bienes jurídicos rige lo mismo que para la tesis de protección de normas: ambas concepciones sólo son tan legítimas como lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo derecho retratan").

ayuda a estabilizar es más o menos legítimo. Sin embargo, ello no influye en la teoría. La pena cumple, según la teoría funcional jakobsiana, siempre la misma función en cualquier sociedad con independencia de la valoración que se haga de ella: confirmar la identidad o la estructura de esa sociedad. Jakobs parte de la idea de que su perspectiva funcional no está comprometida con ningún modelo político o ideológico determinado y es esa neutralidad descriptiva la que le ha reportado un mayor rechazo. Esta neutralidad o imparcialidad valorativa es la que le resulta escandalosa a un gran sector doctrinal que señala como ese es el punto más débil de la concepción funcional de este autor. En mi opinión, ese es –coherentemente– uno de los puntos ciegos de la perspectiva funcional-sistémica.

Jakobs ha pretendido con sus trabajos comprender la normatividad en sí y no tratar la legitimidad de las normas.[16] La perspectiva metodológica funcionalista da lugar a que se desarrolle un concepto universal-funcional válido para cualquier tipo de sociedad (allí donde se haya construido de alguna manera un orden normativo). A Jakobs lo que le acaba interesando a través de la abstracción de los problemas de legitimidad es exclusivamente un concepto universal de Derecho Penal válido para cualquier sociedad. Ello, sin dudas, genera problemas. Por un lado, no es tan evidente que las respuestas sean las mismas en una sociedad pluralista que en una pequeña comunidad con una fuerte integración ética y emotiva o en un sistema político de amplia aceptación que en uno fuertemente contestado, con escaso apoyo de la ciudadanía y que sólo se mantiene por la fuerza de las armas. Por otro lado, si bien las teorías funcionales como la de Jakobs no se pueden definir como incorrectas resultan insuficientes. Una teoría del Derecho Penal vinculada a una teoría de la sociedad válida para todo tipo de orden social sólo puede realizar aportaciones de carácter muy limitado para desarrollar una teoría del Derecho Penal de las sociedades democráticas occidentales del siglo XXI.

La teoría de Jakobs parece haber implantado la idea de que una Teoría del Derecho Penal que renuncie a la Teoría del Bien Jurídico es una teoría incompleta que deja de lado el tema de la legitimidad. Sin embargo, que la teoría funcional-sistémica sea –coherentemente– ciega a la dimensión de legitimidad o político-criminal del Derecho Penal, no significa que sólo la Teoría Del Bien Jurídico nos pueda aportar respuestas a esta cuestión.

Los reproches que se han dirigido contra la teoría funcional del catedrático emérito de Bonn por el carácter formal, vago, circular, tautológico o especulativo

16. (Nota 8), pp. 25 y ss., con nota 10.

de su teoría tienen que ver más bien con el nivel de abstracción y, por ello, de formalidad que alcanza. Cada orden social tiene un referente valorativo que una teoría universal válida para todo tipo de sociedad con independencia de sus características no puede tratar o procesar teóricamente.[17] Esta es una consecuencia implícita en los planteamientos metodológicos funcionalistas de Jakobs de la que se deriva que su perspectiva metodológica, que nos obliga a ver las cosas a cierta distancia, tenga vedados muchos aspectos que pueden ser de interés. Ciertas carencias del sistema de Jakobs no son más que una consecuencia lógica de su punto de partida: su teoría general carece de vinculación interna con el orden normativo vigente en la medida en la que intenta describir la función de conceptos esenciales como la pena o la culpabilidad en todo sistema social sin que esa descripción se vea condicionada por elementos o aspectos coyunturales vinculados a las características de una sociedad determinada.

En conclusión, el planteamiento funcional de Jakobs reduce la ciencia del Derecho Penal a una de sus partes, la dogmática, desterrando la perspectiva política-criminal y crítica. Es decir, es sólo una ciencia sobre lo que "es" sin tratar lo que "debería ser" o lo que "no debe ser". A este autor sólo le interesa el sistema jurídico-penal como instrumento del que hacen uso los órganos de justicia, pero no las decisiones legislativas que dan lugar a las normas. Desarrolla una teoría (o una meta-teoría) del Derecho Penal que sólo se ocupa de la dogmática y de la aplicación de las leyes, pero es ciega frente a la política criminal o elaboración de las mismas. En esta línea Jakobs considera que la concreción de los procesos de criminalización que debe desentrañar la dogmática es una competencia exclusiva de la política jurídica y, sobre ello, no hay mucho que decir desde una perspectiva científica.[18] Las siguientes palabras

17. Frente a críticas como las de formalismo por parte de Hirsch o las de decisionismo por parte de Schünemann, señala Jakobs, ib., que "ello es así en todas las concepciones que se mueven en este nivel de abstracción. Ejemplo: que el Derecho Penal es protección de bienes jurídicos –'formalismo', mientras no se determine qué es lo que es un bien jurídico en la sociedad concreta–". Vid. también (nota 12), pp. 135 y ss. Tiene razón Jakobs en la medida en la que esta discusión científica de moda se ha movido en unos altos niveles de formalidad y abstracción por parte de todo el mundo. Concretando, hasta ahora nadie ha explicado satisfactoriamente porque resulta más formal decir que la pena protege normas que vetan la posibilidad de matar o lesionar que decir que la pena protege la vida o la salud (sobre todo cuando la vida o la salud se protegen de muchas maneras en el Derecho Penal positivo y no sólo éste –por suerte– protege dichos bienes).

18. (Nota 10), p. 166 y (nota 11), p. 70.

de este autor no pueden ser más claras: "La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la Ciencia del Derecho Penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial".[19] El sistema funcional de Jakobs manifiesta una renuncia expresa a todo aquello que tenga que ver con la política o la política criminal. Ello es consecuencia de la adopción de un punto de partida sistémico sobre el Derecho como subsistema social. La expulsión de la política criminal viene condicionada por la obsesión de Jakobs en concebir el sistema jurídico como un sistema autorreferente o autopoiético cuyas operaciones no dependen de otros sistemas como la política (que se rige por el código poder/no poder). Por ello la organización protagonista es la Administración de justicia y no los órganos legislativos o parlamentarios.[20]

En este punto se encuentra uno de los principales inconvenientes metodológicos de la teoría funcional de Jakobs, que deja sin tratamiento aspectos básicos. La ciencia del Derecho Penal, en una línea muy luhmanniana, queda reducida a la labor dogmática (dirigida al juzgador) siendo desterrada la labor de política criminal (dirigida al legislador). Sin embargo, ni el Derecho Penal es siempre la mejor opción ni las normas penales existentes representan la mejor opción político-criminal. Lo dado (lo positivizado) no siempre es aceptable ni lo más razonable. Sólo cabe señalar el creciente fenómeno de funcionalización simbólica del Derecho Penal por parte de la política. La perspectiva de Jakobs –coherentemente– mutila las posibilidades críticas de la ciencia del Derecho Penal.

Jakobs tiene razón al señalar que el Derecho Penal no puede ser más legítimo que el sistema que defiende, pero no ha tratado el tema de que puede serlo menos. Que la función social del Derecho Penal radique en esencia en la estabilización de normas esenciales no significa que no sea posible con este

19. (Nota 8), pp. 40 y ss.

20. Sin embargo, las ciencias jurídicas, a diferencia de lo que pasa con las ciencias naturales, están vinculadas objetivamente a textos que pueden ser cambiados con facilidad. Ello hace que se tenga que desarrollar tanto una ciencia de *lege data* (dogmática) como de *lege ferenda* (política criminal). Ello es asumido sin muchos problemas por otros autores claramente influidos por la teoría de los sistemas de Luhmann como Blenckmann. *Strafrechtsdogmatik-wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch*. Friburgo, 2002. p. 44.

punto de partida tratar la legitimidad de las normas penales. En lo que interesa aquí, partir de que las normas y los bienes jurídicos son construcciones sociales, no resuelve el problema de cuándo resulta legítimo intervenir con leyes penales. Si bien es cierto que esta cuestión político-criminal se ha canalizado en la segunda mitad del siglo XX –primero por la doctrina alemana y después por la doctrina española– básicamente a través de la Teoría del Bien Jurídico, ello no significa que sea la única viable para llevar a cabo esta labor.

II. LA ALTERNATIVA QUE SE PROPONE: PROTECCIÓN DE BIENES MEDIANTE ESTABILIZACIÓN NORMATIVA

II.1 Bien jurídico y normatividad

Si bien no es incierto que el Derecho Penal, mediante su instrumento central que es la pena, proteja bienes jurídicos, lo cierto es que sólo mediante la estabilización de normas puede cumplir dicha función. La pena sólo puede ofrecer seguridad cognitiva o empírica con respecto a los bienes de forma mediata o indirecta ofreciendo seguridad normativa, es decir, mediante el mantenimiento de la vigencia del orden jurídico.[21] En este sentido las posiciones más críticas con la Teoría del Bien Jurídico como las de Jakobs, Amelung[22] o Köhler[23] se dirigen más bien contra todos aquéllos que no entienden los bienes jurídicos como construcciones de las normas, sino como bienes vitales de la realidad socio-empírica (v. Liszt); es decir, contra una teoría fáctica e insuficientemente normativizada del bien jurídico que sigue la tradición iniciada por v. Liszt y que insiste más en la seguridad fáctica del bien que en la definición de la juridicidad. Si bien es cierto que

21. Feijoo Sánchez (nota 1), pp. 701 y ss.; El Mismo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid, 2007, pp. 31 y ss.; Freund, Strafrecht. *Allgemeiner Teil*. Heidelberg, 1998, p. 1-5 y ss.; el mismo, MK, antes de 13-63 ss., 136; Kindhäuser. *Gefährdung als Straftat*. Francfort, 1989, pp. 30, nota 6, p. 132 y ss.; el mismo, Strafe. *Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*. Francfort, 1990, pp. 29 y ss.; Robles Planas. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Barcelona, 2003, p. 191 ("puede afirmarse que el Derecho Penal tan sólo protege indirectamente los bienes jurídicos. La función directa del Derecho Penal es el aseguramiento de un determinado orden jurídico").

22. Amelung. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Francfort, 1972, pp. 330 y ss., 350, especialmente contra las concepciones de v. Liszt, Jäger y Roxin del bien jurídico como algo previo al Derecho.

23. Stafrecht. *Allgemeiner Teil*. Berlín, 1997, pp. 24 y ss.

no se habla de bienes en general, sino de bienes jurídicos, es decir, de un disfrute de bienes tal y como es garantizado por el ordenamiento jurídico, la juridicidad ocupa en la referencia a la protección de bienes jurídicos una posición puramente adjetiva.

Sólo en el Derecho Penal de las medidas de seguridad, es decir, de la peligrosidad, pasa a un primer plano la pura seguridad de bienes, quedando la seguridad normativa como un mero efecto latente.

El principal inconveniente de centrar la función del Derecho Penal en la protección de bienes jurídicos y, consiguientemente, definir como elemento esencial del concepto material de delito la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, reside en que pone demasiado énfasis en la afectación de bienes dejando de lado la necesaria referencia a la juridicidad.[24] La única diferencia entre un atropello desafortunado y un homicidio imprudente que se debe castigar no reside en la lesión fáctica del bien, sino en la dimensión comunicativa: la lesión de la juridicidad.

Si el Derecho en el marco de un sistema de libertades como el vigente más que un maximizador de bienes es un maximizador de libertad, lo decisivo a efectos de determinar la lesión de la juridicidad no es lesionar o poner en peligro un bien sino hacer un uso ilegítimo de la libertad. Cuando dicho uso ilegítimo encierra un cierto nivel de lesividad social se merece una pena. Por ello la imputación objetiva no es básicamente una teoría sobre la imputación de resultados lesivos o de peligro a una conducta, sino una teoría sobre la delimitación entre conductas socialmente permitidas o no permitidas. El actual debate alrededor de las "conductas neutrales"[25] es una demostración de las diferencias que pueden existir entre poner un mayor énfasis en la seguridad de bienes o en el uso legítimo de la libertad en una

24. No muy distantes de la idea manifestada en el texto: por diversos lugares Frisch. *Unrecht und Schuld im Verbrechengsbegriff und in der Strafzumessung*. Müller-Dietz-FS, Munich, 2001. p. 253 y ss., con ulteriores referencias y Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Masstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BGH-FG. t. IV. Munich, 2000. p. 278; Jakobs, *Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. Munich, 2000. p. 49; Pawlik, Person. *Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*. Berlín, 2004. p. 87.

25. La última monografía de la que tengo conocimiento sobre esta interminable discusión dogmática es la de Rackow. *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*. Francfort, 2007. Ulteriores referencias y tratamiento dogmático de la cuestión en Feijoo Sánchez, (nota 21), pp. 50 y ss. e Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial. *Revista electrónica InDret Penal* (www.indret.com) n. 2/2009, pp. 41 y ss., 50 y ss.

sociedad de la confianza. Si se comparte este análisis no es extraño que autores como Jakobs, Frisch, Robles Planas o yo mismo reconozcamos un mayor ámbito de impunidad en este ámbito que los defensores de la función de protección de bienes jurídicos como función esencial.[26] Lo mismo se podría decir ejemplificativamente cuando se trata de otorgarle relevancia a la autorresponsabilidad de la persona lesionada o puesta en peligro a efectos de afirmar la atipicidad de una conducta.

II.2 Bien jurídico y legitimidad

En este punto es donde la Teoría del Bien Jurídico parece haberse encontrado más fuerte y disfrutar de una mayor comodidad y, por ello, un análisis crítico de la teoría debe poner un especial énfasis en este ámbito.

Habría, de todos modos, que diferenciar entre la legitimidad que ofrece la teoría en general al Derecho Penal y su utilidad como criterio para medir la legitimidad o ilegitimidad de criminalizaciones concretas.

II.2.a La protección de bienes como criterio general de legitimidad

La fortaleza de la teoría en este punto es meramente aparente. Mi opinión es que en este punto se ha mostrado de forma algo tramposa como fuente de legitimación, cuando en realidad ha venido haciendo uso de criterios de legitimidad ajenos a la teoría. La Teoría Del Bien Jurídico se ha venido mostrando por sus defensores como el principal baluarte de las mejores esencias del Derecho Penal de tradición ilustrada, queriendo hacer ver que va de la mano del "contrato social" como metáfora legitimante de un Estado Democrático de Derecho que tiene como fundamento la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes.[27] De forma muy relevante en la segunda mitad del siglo XX, frente a las fundamentaciones de tipo ontológico, se estableció por parte de la doctrina jurídico-penal más destacada un vínculo, más o menos intenso según los autores, entre la Teoría del Bien Jurídico y la identidad del sistema jurídico como un sistema constitucional. La teoría personal del bien jurídico de Hassemer no sería más que la quintaesencia de esta perspectiva de un amplio sector de la doctrina alemana (M. Marx, Marxen,

26. Rackow (ídem, nota 25), pp. 126, 157 y ss.

27. Representativo, Roxin *Dependencia e independencia del derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión*. ADP 2006, Madrid, 2008. p. 7 (=Küper-FS, Heidelberg, 2008, p. 490 y ss.).

Roxin, Sina) que considera que la referencia al bien jurídico garantiza valores liberales dignos de consideración y, con base en esta idea, han utilizado dicho concepto como estandarte de una política-criminal liberal.[28]

Diversos estudios históricos sobre la Teoría del Bien Jurídico han dejado en evidencia que la vinculación directa entre Teoría del Bien Jurídico y concepción liberal del Derecho no se encuentra materialmente fundada. Esa vinculación tiene su origen en la coincidencia histórica de que la Teoría del Bien Jurídico surge cuando está en auge el pensamiento liberal,[29] pero la evolución histórico-dogmática del concepto demuestra que la confianza que se ha depositado en su papel garantista no tiene mucho fundamento.[30] La Teoría del Bien Jurídico formulada inicialmente por Birnbaum[31] surge precisamente para superar el concepto liberal de delito (Feuerbach) como lesión de un derecho individual o

28. En sentido contrario, existe un amplio sector doctrinal que, en mi opinión, de forma correcta, resalta como el principio de protección de bienes jurídicos no garantiza valores liberales: Amelung (nota 22), pp. 5, 10, 257 y ss.; el mismo, Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit. En: Jung; Müller-Dietz; Neumann. *Recht und Moral*. Baden-Baden, 1991, p. 275; Jakobs. (nota 8), 2/nota 32; Kindhäuser. (nota 21), pp. 182 y ss.; Wohlers. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts-zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlín, 2000, p. 230, que señala correctamente como, a diferencia de lo que señala una extendida interpretación, es erróneo de partida concederle a la Teoría del Bien Jurídico por sí misma un contenido liberal o autoritario; sobre el contenido liberal o autoritario de un ordenamiento jurídico-penal no decide la Teoría del Bien Jurídico por sí misma, sino más bien la concepción esencial vigente de una sociedad plasmada en su ordenamiento constitucional.

29. Amelung, nota 22, 5, p. 14 y ss., 240; el mismo, (nota 28), p. 275 ("la teoría de la protección del bien jurídico como tal no garantiza todavía valores liberales"); Mir Puig. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona, 1976, p. 131; Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*. Francfort, 1994, p. 152 y ss., nota 9.

30. Sobre la discusión con respecto a este punto en la doctrina alemana. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. ed., Munich, 2006, 2-6 que siempre ha señalado, no sin razón, como estas cuestiones históricas no son las decisivas, sino que lo realmente relevante es la función que el concepto de bien jurídico puede desempeñar en la actualidad. Ratifica esta idea en su última contribución sobre este tema en el libro homenaje a Hassemer en prensa (Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, nota 33).

31. Über das Erfordenis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, Tomo 15, 1834, pp. 145 y ss., en especial 175 ss. y Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens, Archiv des Criminalrechts, Tomo t. 17, 1836, pp. 560 y ss. Amelung (nota 22), p. 45, señala como los trabajos de Birnbaum hubieran pasado desapercibidos si Binding no se hubiera remitido a su obra.

subjetivo reconocido por el contrato social,[32] es decir, constituye una alternativa a la Teoría del Derecho Penal más vinculada a la filosofía política original del contrato social. Esta alternativa se construye porque la concepción liberal no servía para proteger intereses colectivos como las convicciones comunitarias acerca de la religión y la moral o las infracciones de policía (que no protegían derechos subjetivos). Había delitos que afectaban a intereses colectivos y, por consiguiente, no se podían definir como vulneración de un derecho. Por ejemplo, Birnbaum considera que la religión y la moral son bienes comunes del pueblo que deben ser protegidos por el Derecho Penal. Con la Teoría del Bien Jurídico Birnbaum legitima la punición de hechos como los atentados contra la religión o los sentimientos éticos que para Feuerbach no eran más que contravenciones policiales en la medida que no lesionaban derechos individuales. En este sentido quizás el concepto de bien jurídico no es tan liberal como parece, tal y como ha señalado convincentemente Amelung,[33] ni garantiza valores liberales. En origen, en la obra de Birnbaum, supuso una referencia legitimadora para la expansión del Derecho Penal más allá de la protección de derechos individuales. Por ello no es extraño que, a pesar de una inicial confrontación de los teóricos de un Derecho Penal totalitario como el del nacionalsocialismo (escuela de Kiel)[34] contra el bien jurídico, al identificarlo con una concepción individualista del mismo en la línea de los derechos subjetivos, en cuanto el Derecho Penal nacionalsocialista se instauró como Derecho positivo absorbió sin muchos problemas el concepto de bien jurídico (sobre todo a través de la escuela de Marburgo con autores como Schwinge y Zimmerl).[35] El nuevo ordenamiento sólo tenía que seleccionar los bienes

32. Básico Amelung (nota 22), pp. 15 y ss., 43 ss. Vid. además Alcaácer Guirao (nota 5), p. 71, con ulteriores referencias; Anastasopoulou. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*. Munich, 2005, pp. 5 y ss.; Günther. *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho penal?, La insostenible situación del derecho penal*. Granada, 2000, pp. 493 y ss.; Krüger. *Die Entmaterielisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*. Berlín, 2000, pp. 70 y ss.

33. (Nota 22), pp. 5, 45 y ss. y (nota 28), pp. 269 y ss. y Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz,. En: Hefendehl/V. Hirsch/Wohlers. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003, p. 160. De acuerdo Jakobs, (nota 9), 2/nota 32. Amelung defendió de esta manera una tesis frente a otros trabajos anteriores que habían establecido la idea contraria como el de Sina. Con independencia de que se le quiera otorgar en la actualidad un contenido liberal al bien jurídico del que carecía en origen, creo que el profundo estudio de Amelung no deja lugar a muchas dudas.

34. En profundidad, Amelung (nota 22), pp. 226 y ss.

35. Amelung (nota 22), pp. 246 ss. 251 y (nota 33), p. 160.

jurídicos propios de los "nuevos tiempos", bienes que no se caracterizaban precisamente por tratarse de derechos individuales sino por estar orientados al pensamiento comunitario en el que la comunidad jurídica se definía por sus bases biológico-étnicas comunes (pureza de la raza, el sano espíritu del pueblo, los valores de la comunidad etc.). Es decir, en palabras de Schaffstein, los bienes del pueblo que deben ser protegidos por la norma. El concepto de bien jurídico fue tremendamente dúctil para acoger en el mismo los valores comunitarios y racistas del nacionalsocialismo,[36] demostrando que no sólo tenía cabida en el marco de un Derecho Penal liberal y democrático y que será tan liberal o tan poco liberal como lo sea el sistema político de referencia.

La idea de que una norma penal que no proteja nada digno de protección es ilegítima y que las normas tienen que proteger elementos que sean valiosos para la comunidad jurídica es una prestación bastante pobre que no precisa de la Teoría del Bien Jurídico en el marco de un sistema constitucional en los que las restricciones de derechos fundamentales de los ciudadanos precisan justificaciones legitimantes y no pueden ser arbitrarias. Nuestro Tribunal Constitucional ha derivado del texto constitucional la ilegitimidad de las normas que protegen bienes o intereses constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes (SSTC 55/1996, fto. jco. 7.°, 111/1993, fto, jco. 9.°, 136/1999, fto. jco. 23), por lo que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como criterio general de legitimación resulta irrelevante en la medida en la que existen instrumentos constitucionales de control de la legitimidad que cumplen la misma función.

II.2.b La Teoría del Bien Jurídico como criterio de legitimación de criminalizaciones concretas

Con independencia de que se compartan las posiciones expuestas hasta este momento, se puede detectar en la literatura especializada una crisis

36. Amelung, (nota 22), p. 328; Günther (nota 32), p. 499; Mir Puig (nota 29), p. 131 ("Que el nacionalsocialismo admitiese el bien jurídico, aunque fuese tras un inicial rechazo es, sin duda, la mejor muestra de la ineficacia limitadora de los conceptos que de aquél se manejaban"); Silva Sánchez (nota 5), p. 268; el mismo, *La expansión del derecho penal*. 2. ed. Madrid, 2001, p. 114 ("la dominante teoría del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos surgió en el siglo XIX con vocación ampliadora frente a la teoría de un derecho penal protector exclusivamente de derechos subjetivos (así en su iniciador Birnbaum); que pese al inicial rechazo, la Teoría del Bien Jurídico fue incluso asumida por los penalistas nacionalsocialistas de la escuela de Kiel; que no es posible controlar ley penal alguna desde la perspectiva de una hipotética vulneración del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos").

y desmitificación de la Teoría del Bien Jurídico, que parece que se está deteriorando y resquebrajando desde dentro. Se puede constatar en la actualidad una tendencia cada vez más generalizada a reducir las esperanzas que se han puesto tradicionalmente en dicha teoría como eje de la política criminal debido al escaso papel de límite que viene desempeñando.[37] La doctrina dominante se encuentra cada vez menos cómoda con la idea de la protección subsidiaria de bienes jurídicos y cada vez es más evidente que se han puesto demasiadas esperanzas en la prestación político-criminal del concepto de bien jurídico para diferenciar entre normas penales legítimas e ilegítimas mientras su aportación ha sido defraudante.[38] Es más, en mi opinión, la Teoría del Bien Jurídico no sólo no nos sirve para identificar las patologías del Derecho Penal moderno, sino que contribuye a dichas patologías (administrativización, expansión etc.), con independencia de que ello no sea de forma voluntaria.

Además, hay que señalar que ante las nuevas condiciones sociales, un sector de la doctrina se plantea la posibilidad de legitimar normas que no tengan que ver directamente con la protección de bienes jurídicos.[39] Es decir, cada vez se siente más, sobre todo con relación a los problemas político-criminales más actuales, la necesidad de discutir sobre la legitimidad de normas penales o de la punición o impunidad de hechos lesivos socialmente al margen de la referencia a bienes jurídicos. Incluso para autores de referencia de nuestra disciplina como Roxin o Stratenwerth[40] algo está cambiando en el horizonte

37. Sobre ello Feijoo Sánchez (nota 1), pp. 773 y ss.

38. Sobre la incapacidad del bien jurídico como canon de criminalización Alcácer Guirao (nota 5), pp. 23 y ss., con ulteriores referencias a esta idea en la literatura de los años 90 del siglo pasado (Stratenwerth; Frisch; Kuhlen; Eser) ("si en algo existe consenso en la actualidad, es que a partir de la mera noción del bien jurídico apenas pueden aportarse parámetros de decisión del legislador, no sólo por la propia vaguedad de su definición, coexistiendo una multiplicidad de acepciones del mismo, sino porque para esa decisión político-criminal (...) se precisa una más amplia perspectiva de análisis y decisión"); Freund, Mk, antes de 13/57. Básico para entender la situación de crisis actual del concepto en la doctrina alemana y el escepticismo existente con respecto a las prestaciones de la Teoría del Bien Jurídico, el libro colectivo Hefendehl/V. Hirsch/wWohlers. *Die Rechtsgutstheorie*, especialmente el resumen final de Wohlers, p. 281 y ss. He realizado ya una recensión a esta obra con el título Sobre la crisis de la Teoría del Bien Jurídico en *Revista electrónica InDret Penal* [www.indret.com] n. 2/2008 (abril).

39. Hefendehl. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Colonia, 2002, pp. 52 ss.; Roxin (nota 30), 2/51 y ss.

40. Paradigmático Stratenwerth, Zum Begriff des Rechtsgutes, Th. Lenckner-FS, Munich, 1989. p. 377 ss. y en la misma línea en V. Hirsch; Seelmann; Wohlers. *Mediating*

político-criminal. Se palpa en el ambiente que la Teoría del Bien Jurídico, en cuanto instrumento suprapositivo de legitimación, se halla en crisis o, al menos, en serias dificultades. Cada vez hay más autores que ponen en duda que resulte sin más convincente la respuesta que, tradicionalmente, ha venido siendo ofertada mediante la (aparentemente sencilla) formula: si se protegen bienes jurídicos la criminalización es legítima y, sobre todo, si no se protegen bienes jurídicos se trata de una tipificación ilegítima.

Llaman mucho la atención las modificaciones y novedades que Roxin introdujo en la cuarta edición de su manual, a pesar de ser el más destacado defensor de una doctrina del bien jurídico como criterio crítico de la legislación penal:[41]

1. Si bien la Teoría del Bien Jurídico sigue siendo el eje central de su desarrollo de una concepción material del delito, existen una serie de cambios significativos. Hasta la tercera edición mantenía con respecto a una serie de preceptos que un sector de la doctrina no acababa de ver la referencia tuitiva a un bien jurídico sino sólo la intervención del Estado para evitar situaciones de conflicto entre ciudadanos, que el bien jurídico protegido era la paz pública.[42] Esta posición, que le permitía legitimar delitos como la ofensa de los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, le había reportado gran cantidad de críticas en la medida en la que con la referencia a la paz pública su teoría del bien hacía aguas como criterio para determinar el alcance legítimo de las tipificaciones penales. Pues bien, tras más treinta años de mantener esa posición de repente niega que la paz pública sea un bien jurídico debido a su excesiva abstracción. ¿Porqué hasta ahora para Roxin la paz pública era un bien jurídico que legitimaba determinadas criminalizaciones y a partir de 2006 ya no lo es?

Principles-Prinzipien der Strafbegrenzung, Zur Legitimation von Verhaltensdelikten. Baden-Baden, 2005, passim y Stratenwerth; Kuhlen, Strafrecht. *Allgemeiner Teil I. Die Straftat.* 5. ed. Colonia y otras, 2004, 2-7 ss., 7-8. Este autor entiende que todos los tipos penales son delitos de comportamiento por lo que la razón de las criminalizaciones concretas no reside en la lesión de determinados bienes jurídicos, sino en la desatención o el menosprecio de normas de conducta fundamentales para el consenso normativo básico de la sociedad. Crítico con Stratenwerth; Roxin (nota 7), apartado XI.1. En tiempos recientes Seelmann. *Verhaltensdelikte: Kulturschutz durch Recht?*, Heike Jung-FS, Baden-Baden, 2007, pp. 893 y ss., demostrando que el debate político-criminal con respecto a la legitimación de criminalizaciones que plantean dudas está sufriendo cambios.

41. Recientemente, participando valientemente en el debate, Roxin (nota 7).

42. Básica la investigación de Hörnle. *Grob anstössiges Verhalten.* Francfort, 2005, pp. 7, 90 y ss. y passim.

2. También es curioso que el papel que cumplía la referencia a la paz pública pasa a ser ocupado por los sentimientos de inseguridad o temor de un sector de la población. Roxin ni siquiera exige que se trate de sentimientos racionales o comprensibles de temor, sino sólo que se encuentren extendidos. Este autor pone un ejemplo significativo: considera que es legítima la punición del exhibicionismo en la medida en la que genere sentimientos de temor de ser víctima de una agresión sexual. Ahora bien, si la percepción social del hecho cambiara y fuera visto sólo como síntoma de una inocua enfermedad mental, el exhibicionismo ya no podría ser castigado con pena.

3. Además de todo esto, Roxin entiende que las nuevas realidades sociales hacen que nos tengamos que plantear si en ciertos casos no habrá que asumir la legitimidad de ciertas normas aunque no tengan que ver directamente con la protección de bienes jurídicos. Por ejemplo, se refiere a la protección de embriones pre-implantatorios o de especies animales o vegetales en peligro de extinción (protección de la diversidad de la creación). Con posterioridad a la última edición y en un reciente trabajo relativo al debate sobre la Teoría del Bien Jurídico como criterio crítico de criminalización, prefiere definir estos supuestos más como ampliaciones del concepto de bien jurídico que como excepciones al bien jurídico como elemento legitimante. De esta manera la protección de las condiciones de vida de las futuras generaciones o la biodiversidad quedan configurados como bienes jurídicos suprapersonales cuya protección es necesaria y constitucionalmente legítima.[43] La razón de estos cambios terminológicos reside en que Roxin se ha dado cuenta que reconocer excepciones supone una bomba de relojería dentro de su sistema. Sin embargo, en realidad lo que demuestran estas "criminalizaciones del siglo XXI" es que con la referencia al bien jurídico lo que se está haciendo es un análisis político-criminal de la necesidad de pena teniendo en cuenta la lesividad social de la conducta y de legitimidad en el marco del vigente sistema constitucional. Estos elementos político-criminales han quedado fagocitados por la Teoría del Bien Jurídico. Paso a profundizar sobre estas ideas.

Problemas conceptuales de la Teoría del Bien Jurídico

En primer lugar, cabe señalar que en cuanto nos salimos del concepto dogmático o formal de bien jurídico, como política-criminal ya realizada a través de una norma, el concepto resulta inaprensible conceptualmente porque

43. (Nota 7), apartado XII.

es un concepto vago y maleable que carece de contenido material.[44] Existe prácticamente una definición de bien jurídico por autor que se ha dedicado al tema y si uno analiza una por una las decenas de definiciones que existen se da cuenta de que o bien se mueven en un plano de abstracción que no aporta nada o bien no pueden abarcar todas las normas penales. Además, se puede apreciar que todas ellas pecan de imprecisión y, en muchos casos, no se puede hablar más que de un hábil y sugerente juego de palabras. No es extraño que Roxin entienda que el escepticismo con relación a la capacidad de prestación del concepto no carece de fundamento.[45] Es más, a estas alturas todavía no resulta claro si el concepto utilizado por la doctrina es un concepto material (heredero del positivismo naturalista-causalista) o bien es un concepto ideal o

44. Amelung, (nota 33), pp. 158 y ss., considera precisamente que en su apertura a cualquier tipo de valoración reside el éxito del concepto de bien jurídico; Appel. *Verfassung und Strafe: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens.* Berlín, 1998, pp. 337, 344 y ss.; Frisch. *An den Grenzen des Strafrechts.* Stree/ Wessels-FS, Heidelberg, 1993, p. 72; el mismo, Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, En: Hefendehl; V. Hirsch; Wohlers. *Die Rechtsgutstheorie.* Baden-Baden, 2003, p. 216; Hassemer; Muñoz Conde. *Introducción a la criminología y al derecho penal.* Valencia, 1989, pp. 103 y ss. (problemas del concepto 105 y ss.), que llegan a afirmar que las definiciones de bien jurídico "son más bien soluciones de compromiso o simples conceptos vacíos que cada uno puede luego rellenar a su arbitrio"; Jakobs (nota 9), 2/12, considerando que es un concepto tan elástico que en el mismo entra cualquier finalidad de una regulación; Koriath. *Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts.* GA 99, pp. 561 ss.; Seher. Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutstheorie. En: Hefendehl; V. Hirsch; Wohlers. *Die Rechtsgutstheorie.* Baden-Baden, 2003, p. 39; Stratenwerth (nota 40), pp. 378 y ss.; Stratenwerth; Kuhlen (nota 40), 2/7; Wohlers (nota 28), p. 279; el mismo, *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur*, GA 2002, p. 16. Intenta responder a esta crítica Roxin (nota 7), apartado IV.
Uno de los más denodados defensores de la Teoría del Bien Jurídico en la doctrina española en los últimos tiempos, Alcácer Guirao, *Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política*, ADP 98, p. 540, parte curiosamente de la idea de que "es de sobra sabido que el concepto de 'bien jurídico', tomado en sí mismo, aparece, a lo largo de su discusión dogmática, como una mera fórmula vacía y susceptible de ser rellenada de cualquier contenido, tanto liberal como moralizante o autoritario. Por ello, lo que haya de entenderse como tal no podrá venir dado desde su propia "'naturaleza"', sino que deberá inferirse de consideraciones diversas y externas al mismo, relativas tanto al merecimiento y la necesidad y posibilidad de protección, como a los límites garantísticos, así como, en última instancia, a presupuestos filosófico-políticos que delimiten los contornos de lo que ha de ser merecedor de prohibición y bajo qué límites".

45. (Nota 30), 2-3.

espiritual.[46] En cuanto se profundiza en estas cuestiones se produce un cierto estupor y desazón.[47] No hay ningún otro concepto que haya tenido tantas definiciones a lo largo de la historia de la ciencia del Derecho Penal y que con un tratamiento tan amplio haya aportado tan poco rendimiento. Ni hay cuestiones que hayan tenido tan ocupada a la doctrina y que hayan aportado tan poca claridad conceptual. En definitiva, el panorama no puede ser más desconsolador y frustrante para cualquiera que pretenda encontrar en la Teoría del Bien Jurídico las bases de una política-criminal legítima más allá de tópicos o afirmaciones genéricas o superficiales. Sin un referente material la Teoría del Bien Jurídico como teoría legitimadora del Derecho Penal es inane y su capacidad crítica queda desactivada.

La habitual referencia al marco constitucional en las reflexiones sobre el bien jurídico aporta algo evidente para cualquier teoría, sea del bien jurídico, de las normas, de la pena o de la culpabilidad: el ordenamiento penal debe ser coherente con el constitucional si quiere ser legítimo. Ello demuestra que no es la Teoría del Bien Jurídico la que garantiza una política criminal legítima, sino que la legitimación viene preestablecida por el sistema constitucional o por principios de filosofía política. Las teorías constitucionales del bien jurídico moderadas o abiertas extendidas en la doctrina en realidad no son propiamente una Teoría del Bien Jurídico, sino una teoría que canaliza a través de un juicio de proporcionalidad límites constitucionales ajenos a la Teoría del Bien Jurídico.[48]

---

46. Básico Amelung (nota 22), pp. 2, 344 y ss., 350. En profundidad sobre esta discusión tradicional alrededor del concepto de bien jurídico vid. pp. 155 y ss., 174 y ss. Sobre el estado de la cuestión desde 1945 en la doctrina alemana vid. Müssig (nota 29), pp. 25 y ss. Un análisis reciente de esta discusión en las dos últimas monografías más importantes en lengua alemana sobre los bienes jurídicos colectivos: Anastasopoulou (nota 32), pp. 16 y ss.; Hefendehl (nota 39), pp. 27 y ss.
Esta cuestión muestra como, aunque no cabe duda de que la doctrina dominante claramente defiende que el concepto material del delito tiene que ver con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, habría que plantearse si cuando se opta o no por un bien jurídico de naturaleza espiritual, ideal o como valor se está hablando de lo mismo que hablan los que optan por un concepto de tipo más fáctico. Que la Teoría del Bien Jurídico haya servido desde el siglo XIX para desarrollar teorías muy diversas del Derecho Penal demuestra la vaguedad y maleabilidad del concepto (y, con ello, quizás, se puede explicar su éxito a lo largo del tiempo).

47. Clásico Welzel, ZStW 58, p. 509, al que sigue Jakobs (nota 9), 2-7. Con el tiempo la situación no ha mejorado: vid. por todos, Frisch, (Stree/Wessels-FS, nota 44), pp. 71 y ss.; Krüger (nota 32), p. 18; Wohlers (nota 28), p. 214, con ulteriores referencias.

48. Ello es para mí evidente, por ejemplo, en las últimas reflexiones de Hassemer. Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?.

La afirmación de que sólo conductas que pongan en peligro o lesionen bienes jurídicos pueden ser objeto del Derecho Penal queda así convertido en un tópico y la Teoría del Bien Jurídico acaba siendo una teoría arbitraria que se puede manejar a antojo (quizás esa ductilidad explique precisamente su éxito). Es más, si se analiza la Teoría Del Bien Jurídico desde su formulación original en 1830 por parte de Birnbaum,[49] se puede apreciar que es un concepto que siempre ha presentado una llamativa ductilidad para amoldarse a lo que cada sistema social ha considerado que debía ser protegido por el Derecho Penal.

La teoría funcional, cuyo principal paradigma es la monografía de 1972 de Amelung, en realidad nos ha demostrado una cuestión muy simple: allí donde quedan definidos más o menos problemas sociales o problemas de organización social surgen nuevos bienes jurídicos. Si la protección de bienes jurídicos como la vida, la salud, la libertad o la propiedad no plantea problemas de legitimidad es porque la función esencial del Estado que legitima su aparición (Hobbes) es la protección de esos bienes. Si en estos casos hablamos de bienes jurídicos básicos o irrenunciables es porque tienen que ver con las necesidades básicas e irrenunciables que tiene que satisfacer un Estado. Un Derecho Penal que renunciara de forma absoluta a la protección de dichos bienes estaría dando fe del final de una concepción moderna del Estado. En origen el Derecho Penal surge para proteger las instituciones básicas del Estado y los intereses más elementales de los ciudadanos, garantizando ciertas normas básicas sin las que no resulta posible la convivencia o la vida sociedad. Podría darse el caso de que una sociedad que no estabilice la prohibición de matar o de mutilar pudiera salir adelante por un cúmulo de circunstancias favorables, pero resulta bastante improbable. Lo que se ha venido denominando Derecho Penal nuclear, con sus bienes jurídicos de indudable legitimidad, tiene que ver con las razones mismas por las que surgen los Estados modernos, incluso antes de que dichos Estados adquieran una mínima legitimidad democrática. Sin embargo, y por suerte, ya no vivimos en sociedades que no pretendan más que garantizar ciertos mínimos

---

En: Hefendehl; V. Hirsch; Wohlers. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003, pp. 59 y ss., sobre la vinculación de la Teoría del Bien Jurídico con la constitución, que parece querer canalizar su teoría personal del bien jurídico a través de una teoría constitucional. Este autor, al igual que otros como Stächelin o Bottke, intentan legitimar la referencia al bien jurídico como elemento necesariamente integrante del principio de proporcionalidad.

49. Amelung (nota 22), p. 47.

de convivencia, sino que se trata de sociedades muy complejas con un alto grado de juridificación de los problemas sociales, por lo que vemos que van cambiando las estrategias de protección jurídico-penal (un paradigma sería el incremento de los delitos de peligro) y el propio sistema jurídico va creando nuevos bienes jurídicos que ya no se corresponden con los intereses básicos de los individuos (vida, salud, libertad, intimidad, propiedad etc.). Por ello hay que asumir que en la medida que el Estado va realizando labores más complejas, con la progresiva complejidad de la sociedad, los bienes jurídicos también van evolucionando. Por ejemplo, la ordenación del territorio se convierte en bien jurídico ya que es uno de los grandes problemas de España en la actualidad o la protección del medio ambiente se ha convertido en una necesidad para las sociedades modernas. Las características técnicas disponibles han obligado también a introducir en el debate sobre la legitimidad de normas la protección de futuras generaciones que ha pasado a ser una nueva necesidad, al igual que la capacidad destructiva de la Alemania nazi obligó a crear un delito de genocidio una vez que se comprobó que los Estados tenían la capacidad de poder hacer desaparecer grupos humanos de determinadas zonas del planeta. Lo que puede ser un bien jurídico queda de esta manera como una cuestión abierta (individual o supraindividual, con o sin referente o substrato material etc.) que sólo depende de la configuración o necesidades de una sociedad concreta en la medida que la funcionalidad o disfuncionalidad sólo se puede definir en referencia a un concreto sistema social. Un bien jurídico-penal es la repuesta jurídica a la existencia de una necesidad social especialmente cualificada que, además, habría que añadir, se considera que se puede resolver imputando hechos concretos a personas concretas. Frente a la concepción político-criminal de bien jurídico de v. Liszt hay que decir que el legislador no se limita a reconocer los bienes jurídicos que existen en la vida social, sino que se dedica a identificar las necesidades de la vida social y convierte la respuesta a dichas necesidades en bienes jurídicos. Los bienes jurídicos son construcciones normativas de respuesta a necesidades sociales detectadas. Por ello la Teoría del Bien Jurídico, como ha dejado en evidencia Amelung con su teoría funcional o institucional, es una teoría relacionada con la lesividad social, es decir una teoría que sirve para controlar si realmente se tipifican conductas que encierran lesividad o dañosidad social y que resultan gravemente disfuncionales para el sistema social vigente. Sin embargo, habría que apuntar que más bien es una teoría de donde no se puede predicar que exista lesividad social. De hecho se echa de menos en la posición de Amelung una teoría desarrollada de la lesividad social, aunque su obra tiene el enorme mérito de ser la primera en intentar vincular la Teoría del Bien Jurídico con una teoría social o, al menos, con las

aportaciones de las ciencias sociales y de la filosofía social.[50] En realidad, la teoría de la lesividad social de Amelung impulsó decisivamente la necesidad de vincular la Teoría del Bien Jurídico a una teoría de la sociedad para poder concederle un contenido material.[51]

En este sentido podemos apreciar como en la actualidad lo normal es que los bienes jurídicos que sirven de referencia a las nuevas criminalizaciones sean creados por el orden primario, de tal manera que la legitimidad viene ya establecida de antemano. En estos casos el elemento central de debate desde la perspectiva de la legitimidad es hasta donde resulta legítima la intervención con penas para proteger esos bienes jurídicos. Como ha señalado Frisch, "en las sociedades modernas la cuestión del bien jurídico está decidida desde hace tiempo y prácticamente en la totalidad de los ámbitos vitales significativos con carácter previo al Derecho Penal".[52] Ello significa para este autor que en el ámbito del Derecho Penal "las consideraciones sobre la incriminación en tal ámbito estructurado y valorado jurídicamente con carácter previo al Derecho Penal deben concentrarse casi por completo en problemas de coordinación, como, por ejemplo, en si lo que extrapenalmente se valora como bien jurídico requiere protección jurídico-penal, en que medida ésta es necesaria y adecuada etc.".[53]

Lo dicho en el párrafo anterior nos demuestra que la teoría funcional de Amelung inició una vía de análisis adecuado en materia político-criminal, pero es una teoría incompleta en la medida que este autor no llegó a vincular su teoría político-criminal con la teoría de la pena; es decir, no vinculó la legitimidad de los procesos de criminalización con la legitimidad general de la intervención del Derecho Penal con penas. Si bien es cierto que todo delito debe ser un hecho lesivo socialmente, no todo hecho lesivo socialmente tiene que ser un delito. Excede de las labores de la ciencia jurídico-penal discutir sobre la lesividad social de los comportamientos, debiendo vincularse la discusión político-criminal sobre la lesividad social a la tipificación de hechos

50. (Nota 22), introducción y pp. 350 y ss.

51. Sobre los intentos de vincular la Teoría del Bien Jurídico a una teoría de la sociedad, Wohlers (nota 28), pp. 229 y ss. Destaca en este punto en la doctrina alemana Müssig (nota 29), pp. 67 ss., 137 ss., 149 ss. ("las teorías del bien jurídico son teorías de la sociedad"), 229 ss. y passim.

52. En Hefendehl (ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007, p. 316.

53. Íb., p. 319.

que justifican la imposición de una pena a una persona derivada de la gravedad del hecho cometido. Lo decisivo es si las normas penales protegen, frente a ataques individualizables, un sector de la realidad social que se merece y necesita protección jurídico-penal.

Un ejemplo concreto: la moderna discusión alrededor de los bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o universales

El debate sobre la legitimidad de la pena para proteger bienes jurídicos colectivos es un modelo de discusión político-criminal actual propiciado especialmente por Hassemer y la denominada "escuela de Frankfurt" en la que las necesidades político-criminales de las sociedades modernas han obligado a la teoría a enfrentarse a sus propias deficiencias e imprecisiones. Los delitos económicos y contra el medio ambiente se han visto situados en el centro de este debate doctrinal. Es curioso que esta cuestión capitalice el debate actual sobre la Teoría del Bien Jurídico cuando son bienes jurídicos que nacen con la propia teoría y, como he señalado, la aportación originaria del iuspositivista Birnbaum tiene como objetivo precisamente la legitimidad de éstos.[54] Lo que demuestra este debate es que la Teoría del Bien Jurídico, tras los colosales esfuerzos empleados con ella, no ha podido perfilar mínimamente el ámbito de los bienes jurídicos que pueden ser relevantes para el Derecho Penal.

Autores como Hassemer han vinculado erróneamente bienes jurídicos colectivos con ausencia de substrato o referente material. Sin embargo, si bien es cierto que un solo vertido no pone en peligro el medio ambiente,[55] tampoco un homicidio pone en peligro la vida humana sobre la faz de la tierra ni un hurto pone en peligro la propiedad como institución ni un delito de lesiones implica que se haya acabado definitivamente con la salud de otra persona. Lo decisivo es si de ese vertido que afecta a un concreto recurso natural del que depende el equilibrio de los sistemas naturales (objeto material u objeto del delito) como, por ejemplo, un lago o un río se puede predicar que encierra una lesividad social cualificada. Si bien es cierto que un bien jurídico colectivo no puede ser destruido con una acción aislada (salvo catástrofe nuclear o similar), ningún bien jurídico (la vida humana, la salud, la libertad etc.) puede serlo. Parece que los nuevos delitos sólo nos están mostrando de forma más clara aspectos que ya estaban presentes en los tipos que podemos denominar más

54. Amelung (nota 22), pp. 44 y ss., 49.

55. Significativo Silva Sánchez (nota 36), p. 107, en una idea que ha protagonizado sus trabajos sobre protección jurídico-penal del medio ambiente.

clásicos. Las conductas delictivas nunca lesionan o erosionan significativamente los bienes jurídicos, sino sólo los objetos materiales que son su concreción como elementos del hecho típico.[56] Lo que es comunicativamente relevante es que los delitos lesionan o erosionan significativamente ciertas normas esenciales. Lo que importa en el hurto más que la propiedad individual (a la víctima concreta le puede afectar muy poco debido a su gran patrimonio) es el respeto de la propiedad de acuerdo con el ordenamiento vigente. En definitiva, muchos injustos que tienen que ver con bienes colectivos o universales pueden resistir sin muchos problemas una comprobación de la nocividad o lesividad social de la conducta si los tipos están correctamente configurados en ese sentido.[57] El problema, pues, no es una excesiva espiritualización o, perdóneseme el neologismo, desmaterialización de los bienes jurídicos,[58] sino de los tipos penales. Parece que muchas objeciones contra los delitos contra bienes jurídicos colectivos vienen motivadas por una incorrecta teorización inicial de los delitos contra bienes jurídicos individuales, cuyas insuficiencias se van haciendo más evidentes a medida que el análisis se aleja más de los tradicionales delitos de homicidio, lesiones o contra la libertad.

Por ejemplo, lo que caracteriza como injusto un delito de homicidio es que se trata de una arrogación absoluta de un ámbito de organización individual o personal (la persona se ve aniquilada); sin embargo, esto sucede prácticamente sólo con los delitos contra la vida, mientras otros injustos evidentes como las lesiones o los delitos contra la libertad ya son más bien arrogaciones parciales de ámbitos de organización ajenos; pues bien, también en relación con los ámbitos de organización colectivos o supraindividuales podemos constatar arrogaciones o lesiones parciales de dichos ámbitos o tipificar comportamientos que tengan que ver con ese tipo de consecuencias. Los problemas dogmáticos se plantean cuando se quiere construir una teoría general inductivamente a partir de un delito concreto como el homicidio o de un grupo de delitos concretos.

---

56. Anastasopoulou (nota 32), pp. 203 y ss., distinguiendo entre lesión del bien jurídico y exterminio global del bien jurídico, con un amplio estudio de figuras delictivas concretas; Roxin (nota 30), 2-85.

57. Vid. como ejemplo el análisis político criminal que realiza Hefendehl, JR 96, pp. 353 ss. sobre los tipos de falsificación de moneda.

58. Sobre este *topos* de la actual discusión político criminal, vid. por todos, Feijoo Sánchez (nota 1), p. 802, con ulteriores referencias; Krüger (nota 32), p. 15 y passim; Müssig (nota 29), pp. 1 y ss., 233 y passim; el mismo, RPDJP 2001, pp. 317 ss., en un trabajo que tiene precisamente por título Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal; Hassemer; Neumann, NK, antes de 1/122 ss.; Wohlers (nota 28), pp. 221 y ss.

Los problemas dogmáticos que plantean los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos no se pueden intentar resolver a partir de una teoría personal del bien jurídico, sino a través de una teoría personal de la imputación. Como ya he expuesto, dentro de la Teoría del Bien Jurídico se encuentra implícita la idea de que una necesidad social se puede resolver imputando conflictos sociales particulares a personas concretas. La cuestión que subyace al debate doctrinal sobre la legitimidad de las normas que protegen bienes jurídicos es si la estructura típica por acumulación legitima la intervención del Estado imponiendo penas a personas concretas o los problemas de los daños sociales producidos por acumulación deben ser resueltos sin recurrir a la imposición de penas. Cuando un sector de la doctrina se refiere a la ilegitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos, en realidad se está refiriendo a la ilegitimidad de la protección de bienes mediante estructuras típicas por acumulación. Con respecto a este debate esencial para la política criminal del siglo XXI la Teoría del Bien Jurídico tiene pocas cosas que aportar.

La Teoría del Bien Jurídico es por sí sola una teoría insuficiente para desarrollar una teoría global del hecho punible

La legitimación del Derecho Penal en la protección de bienes jurídicos es imprecisa no sólo para caracterizar la función específica del Derecho Penal sino también para resolver concretos problemas jurídico-penales. La Teoría del Bien Jurídico como eje político-criminal sin ulteriores referencias sólo puede aportar información sobre qué proteger, pero no puede aportar información político-criminal alguna sobre cómo, cuándo y hasta dónde proteger ese objeto de tutela; es decir, sobre las estructuras típicas. El problema de legitimidad de las figuras delictivas es, pues, mucho más complejo que lo que puede aportar la Teoría del Bien Jurídico. De acuerdo con la posición que se viene manteniendo en este trabajo la política-criminal se debe centrar más que en el objeto de tutela en la forma de desempeñar su labor de protección mediante la pena, que es lo que realmente le distingue de otras instancias sociales. El principal problema político-criminal actual de fondo no es si se protegen bienes jurídicos, sino cómo se protegen y cómo delimitar la permisión de conductas.[59]

---

59. Por todos, Anastasopoulou (nota 32), p. 277, siguiendo a Frisch; Appel. *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?*, KritV 99, pp. 297 y ss.; el mismo, (nota 44), pp. 384 y ss.; Freund (nota 21), 1/11; el mismo, MK, antes de 13-59, 135 y ss.; v. Hirsch. *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur: Eine Annäherung von drei Seiten*,. GA 2002, pp. 9 y ss.; el mismo, Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle', en: Hefendehl; Von Hirsch; Wohlers. *Die Rechtsgutstheorie*,. Baden-Baden, 2003, pp. 19 ss.; v. Hirsch/

La Teoría del Bien Jurídico desde la perspectiva político-criminal o crítica sirve en exclusiva para descubrir los fines protectores de una norma determinada de la parte especial y, discutir de partida, la legitimidad tuitiva de una norma concreta. Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el fin tuitivo es legítimo, ello no significa automáticamente que la norma sea legítima. Por tanto, la Teoría del Bien Jurídico sólo puede resolver algunos aspectos con respecto a la legitimidad de la norma, el problema es que se trata de una teoría que ha tenido el efecto pernicioso de hacer creer que resolvía la mayor parte de los problemas de legitimidad cuando no es así. La Teoría del Bien Jurídico sólo sirve como criterio con respecto a la legitimidad del fin de una norma concreta, pero no con respecto a su contenido.

El problema esencial es que también existen normas no penales, sobre todo sancionadoras, que sirven para proteger bienes jurídicos. Ello es evidente en el ámbito del Derecho Penal económico y demuestra que es preciso profundizar sobre cuáles son las conductas que merecen ser penadas en beneficio de la protección de bienes jurídicos. Y, como ya he señalado, sobre ello la Teoría del Bien Jurídico poco puede aportar. La cuestión político-criminal decisiva no es determinar cuándo existe una protección de bienes jurídicos sino cuándo existe una protección de bienes jurídicos mediante penas legítima. No basta para legitimar una norma que tenga utilidad para evitar lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos. Algunos autores han adoptado por ello el uso del término bien jurídico-penal o bien jurídico penalmente protegido más restringido que el de bien jurídico. Ello debería llevar a la conclusión de que el objeto central de reflexión debe ser el concepto de injusto penal como injusto específico merecedor de respuesta con una pena y no sólo el de bien jurídico.[60]

Wohlers (nota 28), pp. 196 y ss.; Müssig (nota 58), p. 322 ("una teoría crítica del bien jurídico no sólo debe poder indicar qué es lo que son 'bienes jurídicos' y como éstos aparecen en la realidad social, sino que también debe poder explicar cómo funciona en detalle la protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal"); Silva Sánchez (nota 5), pp. 287 y ss.; Wohlers (nota 28), pp. 278 y ss.; el mismo, (nota 41), p. 15; el mismo. En: Hefendehl; Von Hirsch; Wohlers. *Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsskeptikers, Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003, pp. 282 y ss. La idea de Wohlers (con la que ha coincidido v. Hirsch) de que la Teoría del Bien Jurídico sólo tiene sentido en relación a la legitimidad de determinadas estructuras típicas o de imputación coincide esencialmente con la idea manifestada en el texto. También muestran su acuerdo con esta idea, Stratenwerth; Kuhlen (nota 40), 2-16.

60. Frisch, (Stree/Wessels-FS, nota 44), pp. 76 ss. y Jakobs (nota 10), p. 153. Desde la perspectiva del control de constitucionalidad, Lagodny. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tubinga, 1996, p. 163, critica a la Teoría del Bien Jurídico porque no

Un sector de la doctrina considera que la Teoría del Bien Jurídico como elemento esencial del concepto material de delito puede servir para delimitar las infracciones penales de las administrativas. En realidad, se trata de una afirmación que puede quedar bien en un manual para estudiantes, pero que no se corresponde con la realidad. Desde Goldschmidt,[61] que trabajó sobre ciertas ideas de Feuerbach, es evidente que con la mera referencia a la Teoría del Bien Jurídico o a la naturaleza del bien protegido no es posible diferenciar entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, especialmente en la época actual en la que los dos sistemas cada vez se asemejan más.

Un ejemplo concreto: política criminal preventivo-instrumental y expansión y administrativización de las tipificaciones penales

La concepción preventivo-instrumental de la pena orientada básicamente a la prevención de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos es, en mi opinión, una de las principales responsables teóricas de la denominada tendencia expansionista e intervencionista del Derecho Penal. Ésta, como ha señalado la escuela de Frankfurt, es hija de una determinada idea instrumental de prevención que carece de límites y que, paradójicamente, ha acabado convirtiendo la referencia al bien jurídico como legitimante en una nueva forma de hacer política criminal.

No se puede negar que la abundancia de delitos de peligro abstracto mejora fácticamente la protección de bienes jurídicos. Tiene razón Jakobs cuando señala en esta misma línea que "si se pretende que lo decisivo sea la protección de bienes jurídicos, no hay nada más efectivo que intervenir en cuanto antes".[62] Como hace tiempo que viene señalando este autor, el principio mismo de la protección de bienes jurídicos incita las anticipaciones de la punibilidad en la medida en la que "induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede tener una relación positiva con el concepto de bien jurídico".[63] "La manía de la anticipación del delito es en el Derecho Penal moderno un problema, a cuya génesis, sin embargo, no es ajena la tesis del Derecho Penal como protección de bienes jurídicos: si de lo que se trata es de la protección de bienes jurídicos,

---

puede delimitar las cuestiones de legitimidad que tienen que ver con la mera creación de una norma o con la configuración de esa norma como penal.

61. Sobre esta discusión doctrinal a principios del XX, vid. por todos, Amelung (nota 22), pp. 115 y ss.

62. (Nota 11), p. 67.

63. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97, pp. 752 y ss.

entonces, esta protección se querrá efectiva, y desde esta perspectiva no se entendería la renuncia a penalizar las conductas generadoras de un peligro abstracto".[64] Como si fuera el doctor Frankenstein, la doctrina, a partir de la legitimación –con la mejor de las intenciones– de la función de protección de bienes jurídicos ha construido un monstruo que ahora no puede controlar.

Uno de los fenómenos más llamativos que se pueden contemplar en la *praxis* legislativa de los últimos años es la denominada administrativización de los tipos penales mediante la creación de tipos de peligro abstracto, que es una dinámica a la que la Teoría del Bien Jurídico se ha visto incapaz de poner límites. No es, sin embargo, el enriquecimiento de la teoría con propuestas como la teoría personal del bien jurídico la que le va a permitir al Derecho Penal mantener su identidad, sino una teoría personal de la imputación y de los procesos y las modalidades de imputación. En esta línea, cabe afirmar que cuando se trata sólo de mantener la vigencia de normas que estadísticamente se ha comprobado que son útiles para la prevención de lesiones de bienes jurídicos es legítima la intervención del Derecho Penal. La peligrosidad estadística representa, sin duda, una fundamentación suficiente para crear normas que desvaloren ese tipo de conductas, pero no para fundamentar la intervención del Derecho Penal con penas frente a ciudadanos concretos.

La cuestión dogmática general de las estructuras típicas de acumulación se encuentra indisolublemente unida al debate moderno sobre la legitimidad y determinación dogmática de la lesividad social propia de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, con especial incidencia en el ámbito del Derecho Penal económico. En estos casos no se sanciona la conducta por crear por sí sola un riesgo o peligro de entidad suficiente, sino por los efectos nocivos de la repetición o reiteración del mismo tipo de comportamientos. Se trata de un método de imputación estadístico para problemas macrosociales o sistémicos que intenta evitar la creación de riesgos difusos que no tienen una única fuente.[65] Como señala Silva Sánchez,[66] "es inadmisible como criterio

64. Ídem (nota 10), p. 162.

65. Sobre las estructura típicas por acumulación, con ulteriores referencias: Feijoo Sánchez (nota 1), pp. 815 y ss; el mismo, Sobre la "administrativización" del Derecho Penal en la "sociedad del riesgo". Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI, en Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, Liber amicorum en homenaje al Prof. Antonio González-Cuéllar García, pp. 157 y ss.; Frisch. *Gesellschaftlicher Wandel als formende Kraft und als Herausforderung des Strafrechts*. Heike Jung-FS, Baden-Baden, 2007, pp. 197 y ss.

66. (Nota 36), p. 127.

para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho Penal, una sanción '*ex iniuria tertii*'". Y, como ha añadido Alcácer Guirao,[67] el injusto *ex iniuria tertii* es "indudablemente rechazable desde los presupuestos legítimos de imputación configurados en torno a la propia autonomía individual con respecto al menoscabo de una esfera de libertad ajena, que exige un reproche de culpabilidad basado en un hecho lesivo individual, y no una 'culpabilidad colectiva' o vicaria".

La intervención con penas es ilegítima en estos casos porque el peligro abstracto no es entendido como un peligro predicable del comportamiento sino que se trata de un peligro presunto, estadístico o global relacionado con el comportamiento posible de otras personas sobre las que no se dispone ningún tipo de influencia ni se dispone de ningún tipo de vínculo normativo; es decir, en las estructuras de acumulación se hace responsable a alguien de un peligro todavía no existente basado en la hipótesis de que otros se comportarán en el futuro de forma incorrecta (se responde con una pena porque si todo el mundo hiciera lo mismo). Desde un punto de vista individualmente considerado – ajeno a la incidencia de otros comportamientos que, incluso pueden llegar a no producirse nunca- la conducta es un injusto meramente formal (la conducta es peligrosa porque así lo dice la norma aunque en el caso concreto ni siquiera se pueda constatar su peligrosidad abstracta). En los delitos cumulativos el fundamento de la pena no depende sólo del comportamiento individual sino que la razón para el castigo se enmarca en una dinámica de desobediencia en masa. Sin embargo, el tratamiento del tema comportamientos uniformes en masa e imputación colectiva debe quedar relegado al Derecho Administrativo. La pena, por sus características retrospectivas, exige otro tipo de estrategia preventiva que tenga en cuenta aisladamente la peligrosidad del hecho individual con independencia de la dinámica colectiva o social (aunque a veces haya instituciones como la coautoría o la participación que permitan castigar la realización conjunta de un hecho delictivo). No se debe, por ello, prescindir de la categoría de los delitos cumulativos como modelo de análisis crítico o político-criminal de tipos concretos. Se debe aprovechar esta categoría para un objetivo distinto al propuesto por autores como Kuhlen, Hefendehl o Wohlers: para tildar de ilegítimos ciertos tipos penales y dejar claro qué tipos no se merecen el calificativo de hecho punible por lo que deben quedar a expuertas

67. La protección del futuro y los daños cumulativos, ADP 2001, p. 158.

del Derecho Penal. En estos casos la conducta no es socialmente lesiva por sí misma (no se trata de que se vayan acumulando pequeños daños hasta producir uno mayor, sino que sólo es posible lesionar mediante una acumulación de conductas inofensivas por sí mismas) y, por ello, se acaba haciendo responder a una persona de las conductas de otros sufriendo un mal mayor que el que le corresponde por su comportamiento.

La referencia que tiene su origen en la doctrina alemana a bienes jurídicos intermedios espiritualizados o con función representativa[68] para legitimar ciertos delitos contra bienes jurídicos estatales (correcto funcionamiento de la Administración Pública o de la Administración de Justicia) implícitamente plantea los mismos problemas de legitimidad.[69] Se trata de supuestos en los que se pretende compatibilizar ciertos tipos penales con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En realidad la discusión sobre la legitimidad es otra: habrá que ver en estos casos cuándo se está hablando de una imputación individual de lesividad social y, por tanto, la tipificación es legítima y cuándo no se está haciendo más que usar mediante la referencia a bienes jurídicos otra vía de justificación de la lógica de la acumulación y, por tanto, se trata de tipos penales ilegítimos. El problema de fondo es siempre el mismo y tiene que ver con estructuras de imputación, por lo que la referencia a bienes jurídicos de determinadas características no resuelve los problemas esenciales de legitimidad.

Lo mismo que se ha dicho de la ilegítima administrativización del Derecho Penal mediante los denominado delitos cumulativos cabe predicar de los supuestos en los que de forma expresa o tácita se recurre al principio de precaución como criterio de fundamentación de los delitos de peligro abstracto en supuestos caracterizados por la existencia de incertidumbre científica y la posibilidad de daños graves e irreversibles. En estos casos se puede apreciar también como el Derecho Penal se ve inmerso en una dinámica

68. Sobre esta categoría vid. por todos Roxin (nota 30), 11/161.

69. Es representativa en este punto la evolución de Schünemann desde Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits– und Gefährdungsdelikte, JA 75, p. 798 donde propone la existencia y legitimación de un grupo de delitos de peligro bajo esta denominación hasta Vom Unterschichts– zum Oberschichtsstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch? En: Kühne; Miyazawa. *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland.* Berlín, 2000, p. 25 donde se encuentran referencias a la lógica de la acumulación. Sobre cómo Schünemann se ha ido acercando a la idea de la acumulación vid. Anastasopoulou (nota 32), pp. 164 y ss.

administrativizadora con base en la idea de una óptima protección de bienes jurídicos: los bienes jurídicos quedan mejor protegidos si se castigan incluso aquellas conductas de las que no se sabe seguro si encierran peligros para bienes o se sospecha que podrían ser peligrosas. De esta manera los espacios de riesgo permitido se ven restringidos en beneficio del interés en la protección de bienes jurídicos. Mediante el principio de precaución se incide en una política criminal de la seguridad (de bienes) como idea directriz y de esa manera la expansión del Derecho Penal resulta imposible de frenar. Pero en el fondo este tipo de legitimaciones hacen que se utilice la pena para castigar una conducta *por si* podría llegar a ser un injusto o porque se tienen dudas de que lo sea.

En resumen, no hay duda de que la tipificación de los daños cumulativos o la importación del principio de precaución para la legitimación de nuevas criminalizaciones sirven para mejorar la protección de los bienes jurídicos. A pesar de ello no son modelos de intervención del Derecho Penal legítimos porque se rigen por una lógica propia de las sanciones administrativas y del Derecho de Policía. Ello no puede legitimar la imposición de una pena sino de otro tipo de sanciones, pero los criterios para la deslegitimación no se encuentran en la teoría el bien jurídico.

La Teoría ha carecido históricamente de eficacia práctica y sigue careciendo de eficacia práctica ante las actuales condiciones sociales

El intento de establecer límites a la praxis legislativa del Derecho Penal con el instrumental de la Teoría del Bien Jurídico ha sido un fracaso. Sobre todo si se tiene en cuenta que los supuestos éxitos de la Teoría del Bien Jurídico han obedecido a condiciones sociales ajenas a la teoría. Existe una opinión cada vez más extendida en la doctrina de que la teoría político-criminal del bien jurídico ha fracasado en la medida en la que promete más de lo que ofrece o se le ha exigido más de lo que puede proporcionar por sí sola.[70] Más bien ofrece

70. Vid. por todos, Appel (nota 59), pp. 285, 296 y ss., 306 ss., considerando que el bien jurídico no añade ninguna consideración crítica que no esté contenida ya en un juicio general de constitucionalidad; el mismo, (nota 44), pp. 356 (sobre el fracaso real del concepto de bien jurídico como criterio de limitación del Derecho Penal), 381 y ss. (sobre la inidoneidad de la Teoría del Bien Jurídico como concepto para la limitación jurídico-penal), 389 s.; Feijoo Sánchez (nota 1), pp. 823 y ss., con ulteriores referencias; Silva Sánchez (nota 36), p. 115; Wohlers (nota 28), p. 279; el mismo, (nota 44), p. 17; el mismo, (nota 59), p. 281, que entiende que la Teoría del Bien Jurídico sólo puede deslegitimar tipos penales que exijan algo imposible

una apariencia de conducir a resultados a los que, en realidad, se llega con base en baremos externos a la teoría.[71]

Un ejemplo concreto: La ineficacia de la Teoría del Bien Jurídico para deslindar los injustos penales de las infracciones morales

La Teoría del Bien Jurídico ni siquiera resulta eficaz donde parece que se mueve con mayor comodidad para constatar la ausencia de lesividad social. Así, por ejemplo, aunque es dominante la idea de que la referencia al bien jurídico evita que las normas protejan exclusivamente determinadas opciones ideológicas, religiosas, morales o políticas, tenemos muchos ejemplos en el Derecho vigente en los que las normas tienen que ver con la corrección política (*political correctness*) y estamos viendo como los empresarios o gestores ideológicos o morales, es decir, los grupos sociales organizados (feministas, protectores de animales, ecologistas, organizaciones contra la intolerancia y la xenofobia etc.) van consiguiendo su correspondiente criminalización de lo que consideran incorrecto.[72] Esta es una de las tendencias más llamativas de los procesos legislativos modernos y una de las razones de la expansión del Derecho Penal. Todo el mundo quiere su delito para demostrar que su causa es correcta. La escasa relevancia de la Teoría del Bien Jurídico para estas cuestiones se puede apreciar en que junto a la afirmación de partida de que el Derecho Penal no tiene la función de proteger determinadas representaciones o valoraciones religiosas, morales o similares, se suele añadir la coletilla o apostilla de que siempre que no sirvan para proteger ciertos elementos esenciales de la vida social o una convivencia pacífica. Por ese desagüe se escapa todo el supuesto contenido limitador de la Teoría del Bien Jurídico en este ámbito.

En este sentido el legislador se ve presionado en muchas ocasiones a incluir normas que sólo protegen los sentimientos de una mayoría, se haga ello bien

---

desde el punto de vista del estándar de racionalidad de una determinada sociedad o que protegen intereses que de acuerdo con la estructura normativa esencial de una determinada sociedad no merecen ser protegidos jurídicamente.

71. Wohlers (nota 59), p. 281.

72. Tradicionalmente los gestores o empresarios morales se dedicaban a mantener o conservar una determinada moral o ética mediante normas penales. A ello se han sumado los gestores o empresarios de la moral colectiva modernos que pretenden utilizar las normas penales como medio de promoción de una determinada moral o ética. Ya no se trata de mantener el pasado, sino de conseguir determinadas representaciones o valoraciones de cara al futuro.

de forma implícita (arts. 337, 632.2 CP)[73] o explícita (arts. 524 a 526 CP).[74] Un representante tan cualificado de la Teoría del Bien Jurídico como Roxin[75] consideró incluso durante mucho tiempo que la paz pública entendida como la reacción de indignación que provocan determinadas acciones era un bien jurídico digno de protección penal, aunque en la actualidad haya variado su posición inicial.[76] En la actualidad considera, sin embargo, como ya he señalado, que la protección de sentimientos de temor es legítima en el marco de un Derecho Penal protector de bienes jurídicos.[77] Ello nos demuestra

---

73. En profundidad sobre este tipo de tipificaciones Freund, Mk,. antes de 13/49 y ss.; Lagodny (nota 60), pp. 156 y ss., con ulteriores referencias. Intenta legitimarlas sin referencias a bienes jurídicos Roxin (nota 30), 2/55 y ss.

74. En la doctrina han abundado críticas contra la legitimidad los tipos que sólo protegen sentimientos y que, por ello, resultan ilegítimos desde una perspectiva racional. Como señalan Frisch, (Stree/Wessels-FS, nota 44), p. 74 y Jakobs (nota 10), p. 161 en algunos delitos del Derecho Penal alemán sólo la irritante incorrección de la conducta es la que constituye la razón de la prohibición. En la doctrina anglosajona parece que esta es una idea bastante extendida (v. Hirsch, –GA, 2002, nota 59–, pp. 12 s. y – Rechtsgutstheorie, nota 59– pp. 22 y ss., en debate con ciertas ideas de Feinberg). La doctrina dominante en lengua alemana, sin embargo, ha decidido legitimar en casos extremos estos tipos penales como protección de convicciones o valoraciones morales extendidas o profundamente arraigadas, siendo discutido si con ello se protege o asegura en última instancia la paz social a la que se convierte en bien jurídico como han pretendido legitimarlos tradicionalmente Roxin (de otra opinión en -nota 30- 4ª, 2/26 ss., especialmente 2/28) y Rudolphi, SK, 1/11 o una cierta seguridad en la orientación vital, aunque ello no tenga que ver con bienes jurídicos: Amelung (nota 22), pp. 346 y ss., 378; el mismo, (nota 33), pp. 171 y ss.; Frisch, (Stree/Wessels-FS, nota 44), p. 73; Seelmann. *Gefährdungs und Gefühlsschutzdelikte an den Rändern des Lebens*,. E. A. Wolff-FS, Heidelberg, 1998, pp. 492 y ss.; Stratenwerth (nota 40), pp. 386 y ss.; Stratenwerth; Kuhlen (nota 40), 2/9.

75. PG 3.ª, 2/12, 15. En este punto, como en tantos otros, Roxin demostraba continuas inconsistencias en su Teoría del Bien Jurídico, en la medida en la que aceptaba en casos concretos como bienes jurídicos elementos que eran incompatibles con su definición general. Las abundantes críticas, incluso desde los defensores de la Teoría del Bien Jurídico, le han hecho variar su posición. Sobre este debate Feijoo Sánchez (nota 1), pp. 825 y ss., con ulteriores referencias. Por otro lado, la paz pública también es un bien protegido por las normas de policía, con lo cual lo decisivo sería determinar cuando es legítimo proteger la paz pública mediante la imposición de penas y no mediante sanciones administrativas u otras medidas de policía.

76. (Nota 30), 4.ª, 2/46 y ss. Ahora ha cambiado de posición argumentando que un objeto material excesivamente abstracto no puede ser un bien jurídico.

77. (Nota 30), 4.ª, 2/26 y ss., Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts? En: Hefendehl. *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Ímpetus*. Colonia, 2005,

que la Teoría del Bien Jurídico no plantea ningún límite material[78] y que las decisiones sobre la legitimidad son ajenas a la teoría. En casos como éstos en realidad se discute la legitimidad del castigo con el objetivo de evitar potenciales situaciones de enfrentamiento entre personas con concepciones diversas o la legitimidad de la punición de infracciones contrarias a la ética dominante. Por otro lado, existen criminalizaciones que bajo la apariencia de la protección de bienes lo que buscan en el fondo es mantener un cierto código moral. Por ejemplo, la punición de los supuestos de inducción y auxilio al suicidio, incluso en supuestos eutanásicos en los que existen objetivamente buenas razones para querer morir, no se pueden entender sin alguna referencia a la moral estadísticamente dominante. Lo mismo se puede predicar de ciertos delitos relativos a la manipulación genética.[79]

En realidad, cuando se ha llegado a la conclusión de que determinados delitos no protegen bienes jurídicos sino la moralidad (homosexualidad, adulterio, delitos de brujería etc.), lo que se está afirmando es que la sociedad ha evolucionado y el Derecho Penal resulta disfuncional porque se ha quedado anclado en viejas concepciones morales que ya no se corresponden con las nuevas concepciones, esquemas culturales o ideologías imperantes en la sociedad.[80] Este tipo de evoluciones más que con el bien jurídico tienen que ver

---

p. 141 y (nota 27), pp. 17 y ss. (=Küper-FS, pp. 498 y ss.). Incluso si se entendiera, cosa que Roxin no hace expresamente, que serían legítimas las normas que protegen sentimientos de temor razonables o comprensibles, la Teoría del Bien Jurídico no podría aportar nada sobre la delimitación con aquellos supuestos que se podrían entender como irrazonables o incomprensibles. La prueba de ello es que Roxin, (nota 30), 2/63 y (nota 27), p. 18 (=Küper-FS, p. 499), legitima la punición del exhibicionismo en la medida en que tales modalidades de conducta generen el temor de ataques sexuales, pero si la población lo percibiera nada más que como un síntoma inocuo de una enfermedad mental se trataría de una conducta que no se debería castigar.

78. Frisch (Rechtsgutstheorie, nota 44), pp. 216 y ss.

79. (Nota 30), 2/24 y ss.; Seelmann. Rechtsgutskonzept, 'Harm Principle' und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien. En: Hefendehl; V. Hirsch; wohlers. *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, p. 267.

80. Appel (nota 59), p. 285; el mismo, (nota 44), p. 356; Frisch (Stree/Wessels-FS, nota 44), pp. 72 y ss.; Hassemer; Muñoz Conde (nota 44), p. 168; Jakobs (nota 10), p. 160, llegando a afirmar tajantemente que "no existe un límite inamovible entre el bien jurídico y la infracción moral" (p. 169); Stratenwerth; Kuhlen (nota 40), 2/15; Wohlers (nota 28), p. 227; el mismo, (nota 44), p. 17; el mismo, (nota 59), p. 281, señalando este autor en sus contribuciones como la Teoría del Bien Jurídico lo único que exige es la prueba de que lo que protege la norma debe estar en armonía con la estructura de racionalidad o el estándar de racionalidad de una determinada sociedad.

con los cambios del contexto o clima cultural o, de lo que podemos denominar en términos habermassianos, del "mundo de la vida". Eso es lo que en realidad mueve los cambios de la legislación penal. La mejor prueba de ello es que en estos casos la despenalización es absoluta; es decir, se trata de conductas que no sólo dejan de ser prohibidas y sancionadas por el Derecho Penal, sino por el conjunto del ordenamiento jurídico. Lo mismo sucede cuando se transforman bienes jurídicos rancios como la honestidad en nuevos bienes jurídicos como la libertad sexual. Este tipo de cambios van ligados a una transformación social previa (de principios morales y costumbres, modificación del papel social de las mujeres o de la religión en la sociedades modernas etc.). Las experiencias de despenalización de los últimos 30 años[81] sólo demuestran que en las sociedades democráticas occidentales existe una constante variación de principios morales (importante en los últimos años en materia de sexualidad y costumbres[82] y religiosidad). En esta evolución considerada positiva de los Derechos Penales europeos occidentales la Teoría del Bien Jurídico se ha imputado méritos de más; con toda seguridad la evolución habría sido igual

---

Intenta rebatir esta opinión de forma poco convincente, especialmente en relación a la posición crítica de autores como Stratenwerth; Hirsch; Roxin (nota 30), 2/18 y (nota 77), p. 136.

81. En este punto precisamente es en el que Gimbernat Ordeig, Prólogo Alcácer Guirao (nota 5), p. 13, basa su defensa de una política criminal fundamentada en la Teoría del Bien Jurídico: "el movimiento liberal, progresista y descriminalizador que se inicia en los años 60 del pasado siglo, y que propugna –y muchas veces consigue del legislador– la desaparición de los Códigos Penales de conductas como el consumo de drogas, la homosexualidad o la prostitución entre adultos, o el suicidio intentado, entre otras muchas, sólo se puede explicar (...) sino desde la Teoría del Bien Jurídico". Sin embargo, si la Teoría del Bien Jurídico tiene su origen en el siglo XIX (con antecedentes como la concepción del delito como lesión de derechos) y no tiene estos efectos hasta los años 60 del siglo XX es evidente que la explicación tiene más que ver con el "espíritu de los años sesenta" que con la Teoría del Bien Jurídico.

82. Diez Ripolles. *El derecho penal ante el sexo*. Barcelona, 1981, pp. 1 y ss. Este autor, el monografista más importante de esta materia en lengua española, ha señalado recientemente en La racionalidad de las leyes penales, Madrid, 2003, p. 139, nota 101, como "el movimiento político criminal de eliminación de los contenidos inmorales del Derecho Penal, que tuvo lugar en Europa occidental y España en los años sesenta, setenta y ochenta fue en realidad un significativo avance en la configuración de una sociedad más pluralista y tolerante. La despenalización de determinadas conductas que entonces se produjo no respondía siempre a que tales comportamientos eran incapaces de afectar a la convivencia social externa (...)sino a que determinadas incidencias sobre tal convivencia pasaron a ser socialmente asumibles en la sociedad tolerante y pluralista que se configuraba".

o similar aunque la doctrina no dispusiera de una Teoría del Bien Jurídico como medio de argumentación, en la medida en la que se trataba de normas que resultaban ya disfuncionales. Como expone metafóricamente Jakobs,[83] "la contraposición de un bien y la mera infracción moral da lugar a espigar de vez en cuando el Derecho Penal para comprobar si no hay algunos bienes que se han marchitado". Y, como señala Stratenwerth[84] con respecto a la reforma del Derecho Penal sexual de 1973 en Alemania, a pesar de la reforma se mantuvieron ciertas figuras delictivas como la provocación al escándalo público, el exhibicionismo o el incesto[85] que podrían haber sido también cuestionadas desde la Teoría del Bien Jurídico y con los mismos argumentos con que se despenalizaron otras figuras, pero que se seguían correspondiendo con los sentimientos y valoraciones dominantes. Hay que decir que en la actualidad existe una expansión del Derecho Penal sexual[86] a pesar de que la doctrina dominante no haya variado su visión del bien jurídico.

Incluso la referencia a que no se puede tipificar el ejercicio de libertades fundamentales sólo es válida en la medida en la que dicho ejercicio no se contraponga a otros intereses, no pudiendo aportar la Teoría del Bien Jurídico consideraciones de valía sobre esa ponderación.[87] En este caso los controles constitucionales son los que resultan decisivos[88] y son tan válidos para el Derecho Penal como para otras ramas del ordenamiento jurídico de naturaleza

83. (Nota 10), p. 161.

84. (Nota 40), p. 389. Este autor concluye que en la reforma del Derecho Penal sexual en Alemania el concepto de bien jurídico tuvo menos capacidad de prestación que la que le fue reconocida por muchos autores.

85. El Tribunal Constitucional alemán ha considerado conforme a la constitución el castigo del incesto entre hermanos (sentencia publicada en NJW 2008, pp. 1137 y ss.).

86. Vid., por ejemplo, arts. 188.1 *in fine*, 189.2 y .7 CP, todos reformados mediante la LO 15/2003, así como las reformas del Código Penal alemán de 1998 y 2003 en las que se castiga el exhibicionismo y la realización de actos sexuales en público ante adultos, la difusión entre adultos de pornografía violenta o con animales o la posesión de pornografía infantil.

87. Tiene razón, Roxin (nota 30), 2/13, cuando señala que tampoco los críticos con el concepto de bien jurídico aceptan leyes penales arbitrarias que se encuentren motivadas ideológicamente o que resulten contrarias a derechos fundamentales, pero la Teoría del Bien Jurídico resulta superflua en estos casos.

88. Sobre este tipo de controles constitucionales referidos, por un lado, a la norma de conducta y, por otro, a la norma de sanción vid., por todos, el extenso estudio de Lagodny (nota 60,), pp. 77 y ss.

sancionadora. La Teoría del Bien Jurídico no aporta en este punto ningún tipo de control que no pudiera existir sin ella.[89] Por ejemplo, si no es legítimo prohibir toda reunión de personas que se produzca al aire libre, ello es tan válido para el Derecho Penal como para el Derecho Administrativo o el Derecho de Policía. Además cabe señalar que si tras toda norma se encuentra un conflicto de intereses que puede tener relevancia constitucional, a veces esos intereses son tan abstractos como la paz social o pública a los que no queda más remedio que reconducir la fundamentación de algunos delitos cuando la conducta no aporta utilidad social alguna y puede tener efectos fácticos indeseables (reacciones violentas informales, lesión de sentimientos de un colectivo importante etc.).[90] Por esta vía se introduce muchas veces la criminalización de infracciones de carácter ético o moral. Dicho de forma radical, históricamente sólo se han expulsado del Derecho Penal las representaciones valorativas, religiosas,

89. Frisch (Rechtsgutstheorie, nota 44), pp. 224 y ss.

90. Jakobs (nota 9), 2/19 y ss., que se refiere en estos casos a normas sin bienes jurídicos, pareciendo querer heredar la posición de su maestro Welzel sobre la existencia de delitos sin bienes jurídicos que sólo castigan el desvalor del acto. Por mucho que le cueste asumirlo a Jakobs, se trataría más bien de normas sin bienes jurídicos legítimos en el ámbito del Derecho Penal (aunque puede que cumplan una función social como en su día argumentó Amelung, nota 22, pp. 344 y ss.). La paz social o el orden público pueden ser en sentido formal o de *lege data* bienes jurídicos. En este sentido, la diferencia esencial de Jakobs con la doctrina dominante en este punto es básicamente terminológica: mientras Jakobs (nota 9), 2/ 21, 25, diferencia entre normas que protegen bienes jurídicos y normas que protegen la paz social (ambas serían para él normas que encierran lesividad social), la doctrina dominante no establece distinciones de este tipo. En este punto, como ha señalado Peñaranda Ramos, Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del derecho penal, RPDJP 2001 (n. 2), pp. 425 y ss., "las diferencias entre la posición de Jakobs y la de la doctrina hoy dominante son más bien escasas y se reducen a algunos matices en la definición del concepto de bien jurídico y a una cierta aceptación más resignada que entusiasta (y en cualquier caso inadecuada) de la paz social como objeto directo de protección de algunas, muy contadas, normas penales". Sobre esta discusión Alcácer Guirao (nota 5), pp. 76 y ss., que tampoco acaba de ofrecer una solución clara desde la perspectiva de la teoría dominante.
Wohlers (nota 28), p. 270, considera que la paz pública como bien jurídico carece de un contenido argumentativo propio, sino que no se trata más que de una fórmula vacía. En este caso Wohlers acierta al tratar la cuestión como un problema de legitimidad de lo que protegen las normas. Vid. también Seher (nota 44), pp. 49 y ss., que, influenciado por la obra de Feinberg, considera que la legitimación de estos delitos se debe tratar al margen de la Teoría del Bien Jurídico y que con independencia de dicha teoría se pueden delimitar las criminalizaciones legítimas de las ilegítimas referidas a hechos que perturban a otras personas.

morales o ideológicas que ya no eran necesarias para mantener la identidad de una determinada sociedad o prevenir la desintegración social.

Existen, pues, bases normativas más consistentes que la Teoría del Bien Jurídico como, por ejemplo, el carácter pluralista del sistema político vigente (art. 1 CE) para desarrollar un debate científico sobre la ilegitimidad de determinados procesos de criminalización[91] que no castigan en realidad la afectación de otro u otros ámbitos de organización reconocidos por el ordenamiento jurídico. El argumento deslegitimador de fondo es que un Derecho Penal de un Estado Democrático de Derecho no puede estabilizar o potenciar un pensamiento hegemónico o una determinada concepción de lo correcto por mucho que determinadas expresiones provoquen reacciones contrarias de un sector importante de la población. La evidencia de que la Teoría del Bien Jurídico como teoría penal tiene poco que aportar en estos asuntos es que la sanción para la protección de determinadas representaciones o valoraciones es tan ilegítima para el Derecho Penal como para las restantes ramas del Derecho sancionador y de policía (sería tan ilegítimo castigar la blasfemia o la herejía con una pena de multa como con una multa administrativa). Ello demuestra que la ilegitimidad se deriva de criterios normativos externos a la Teoría del Bien Jurídico como, por ejemplo, la neutralidad estatal respecto de representaciones o convicciones morales o religiosas de sus ciudadanos.

El proceso de racionalización del Derecho Penal moderno en las sociedades occidentales a través de la disociación entre legalidad y moralidad (ya presente en la teoría kantiana del Derecho) tiene unas raíces mucho más profundas que la Teoría del Bien Jurídico y obedece a una continuada dinámica más amplia de racionalización de los Estados desde la época de la Ilustración. Todo ello tiene que ver con los procesos propios de las sociedades occidentales que Weber ha definido como "desencanto del mundo" o Habermas como "descentramiento de las concepciones del mundo". Lo único que sucede es que en el marco del debate interno a la ciencia del Derecho Penal esta dinámica se ha canalizado argumentalmente en algunas ocasiones mediante referencias a la Teoría del Bien Jurídico.[92]

---

91. Amelung, (nota 22), pp. 318 ss.

92. Alcácer Guirao (nota 5), pp. 71 y ss., 99. Estoy de acuerdo, pues, con este autor cuando señala que "el concepto de bien jurídico no es, por sí solo, un instrumento adecuado para delimitar lo merecedor de protección penal, sino que son otros factores, ético-políticos, pragmáticos etc., los que deben regir la decisión. Más importante que el mero concepto de bien jurídico es, entonces, el 'programa' ético-político del que deban emanar los fundamentos y los argumentos, de lo que se considera valioso".

Como he señalado anteriormente, la Teoría del Bien Jurídico, que prácticamente toda la literatura existente reconoce que tiene su origen

---

Alcácer considera que "el liberalismo político aparece como la mejor opción, en la medida en que se halla en la base del ideal democrático actualmente plasmado en las Constituciones occidentales" (p. 99). En lo que no estoy de acuerdo es en que si el programa político-criminal general nos lo da el propio sistema (constitucional), se deba defender "un concepto de bien jurídico susceptible de englobar al menos algunos de los presupuestos definidores de ese programa ético-político". Eso significa científicamente mantenernos en la comodidad del autoengaño al seguir manteniendo una política criminal basada en la Teoría del Bien Jurídico no sólo con muchos desaciertos sino que, además, se imputa aciertos que no son suyos sino del programa ético-político que hemos construido intersubjetivamente (Stratenwerth (nota 40), pp. 388 y ss. y Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter. En: Hefendehl; V. Hirsch; Wohlers. Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden, pp. 255 y ss.). En este sentido, el bien jurídico sólo se mostrará resistente a la comunitarización mientras el programa ético-político no sea comunitarista. Ya señaló hace más de treinta años Amelung (nota 22), p. 10 y passim que la legitimidad de la normas penales depende necesariamente de la legitimidad del orden social cuya estabilización el Derecho Penal colabora a mantener.

Además, hay que objetarle a Alcácer Guirao que su argumento encierra trucos. En su discurso contrapone continuamente un concepto concreto (concepto liberal, personalista y material de bien jurídico) a un concepto abstracto (vigencia de la norma) para demostrar la mayor utilidad político-criminal del primero. La cuestión en realidad no es esa, sino la siguiente: ¿Qué diferencias político-criminales se pueden establecer entre bien jurídico y norma (conceptos abstractos) o entre bienes jurídicos liberales, personalistas y materiales y normas penales de contenido liberal, personalista y material (conceptos concretos)? También se puede desarrollar un concepto político-criminal de norma susceptible de englobar al menos algunos de los presupuestos definidores de ese programa ético-político liberal y que resulte igual de resistente a la comunitarización y a la moralización del Derecho Penal. Ello demuestra que no es el concepto de bien jurídico el que resuelve las cuestiones axiológicas, sino el metaplano con el que se vincula, que se encuentra fuera de la Teoría del Bien Jurídico.

Una argumentación similar es utilizada por Jakobs (nota 10), p. 166, aunque desde su perspectiva de desinterés por todo lo que "huela" a política criminal: "si lo decisivo es la protección de normas, y no de bienes predados, entonces, según reza la objeción principal, puede protegerse cualquier orden normativo, sin consideración de su contenido, por medio del Derecho Penal; el Derecho Penal, por consiguiente, perdería su potencial crítico. Esta objeción es errónea porque tampoco la teoría de la protección de bienes jurídicos conoce potencial crítico alguno: lo que no existe no puede perderse. Ciertamente, algunos de los representantes de esta doctrina creen disponer de un punto de partida para la crítica del legislador porque la protección del Derecho Penal (...) habría de servir a los bienes jurídicos de la persona y especialmente a su libertad. Se dice, por tanto, que sería imposible convertir

en Birnbaum, surgió precisamente en un sentido contrario a esta corriente para corregir las consecuencias de una tajante separación entre el Derecho (como protector de derechos individuales) y la moral. La teoría de Birnbaum, aprovechada dogmáticamente con brillantez por Binding, acabó precisamente con la tradición del delito como lesión de derechos que había triunfado con la obra de Feuerbach. No es extraño, por ello, que la Teoría del bien jurídico haya convivido durante mucho tiempo con la concepción del Derecho Penal como mínimo ético (vinculada a la idea de la pena como estabilizadora de la ética social) que tan nefastas consecuencias político-criminales ha tenido y sigue teniendo con las nuevas estrategias de creación de opinión pública por parte de organizaciones profesionales y políticas que buscan convertir en dominante una determinada cultura o una determinada ética social (ecologista, feminista etc.). Un análisis histórico-dogmático serio y sin prejuicios[93] de la Teoría del Bien Jurídico demuestra que ésta no siempre ha sido fruto de una idea liberal de la política criminal que diferencie tajantemente entre Derecho y ética e, incluso, en muchas ocasiones, ha sido precisamente el punto de acoplamiento entre el mundo jurídico y el mundo de la ética o de los valores culturales.[94]

En definitiva, lo que provoca sucesivas despenalizaciones de delitos que tienen que ver con representaciones valorativas (morales, políticas etc.) no es que de repente se descubra que esos delitos no protegen bienes jurídicos, sino más bien que esa representaciones ya no están generalizadas o ampliamente reconocidas o no tienen que ver con la autocomprensión de la sociedad o con el estado en que se encuentra un determinado orden social. La mera referencia a la protección de simples infracciones morales en contraposición a una legítima protección de bienes jurídicos peca de superficial y no describe

---

en bien jurídico la protección del Estado *per se*, la existencia de un determinado partido o incluso la pureza de una raza humana. Por muy simpáticas que puedan resultar estas opciones políticas, no mantienen relación más intensa con la Teoría del Bien Jurídico que con la de la protección de normas: también desde esta perspectiva se puede optar políticamente por normas para la regulación de la vida libre de personas, teniendo entonces el mismo punto de partida crítico del cual se vanagloria la teoría de la protección de bienes jurídicos, pero se trata de un punto de partida político, no científico".

93. Básico Amelung (nota 22), pp. 235 y ss. y passim.

94. Este acoplamiento se ha producido especialmente a través de aquellas teorías que han concebido el bien jurídico como un valor (cultural, social etc.) y que han tenido un lugar relevante en la doctrina alemana. Sobre esta cuestión, con una profundidad que excede las posibilidades de este trabajo, vid. Amelung (nota 22), pp. 155 ss., 175 ss. y Müssig (nota 29), pp. 50 y ss.

adecuadamente los procesos de criminalización y descriminalización que hemos vivido y que estamos viviendo.[95] Como hemos visto, la función político-criminal del bien jurídico carece de la relevancia que se le ha venido otorgando en relación a los dos aspectos que parecía que ofrecían mayores prestaciones: la delimitación de infracciones penales de las meras infracciones morales y de las infracciones administrativas.

Habría que añadir a todas estas consideraciones que, si se quiere apuntar como saldo positivo de la teoría ciertos procesos despenalizadores, como en materia de Derecho Penal sexual, también habrá que apuntar como saldo negativo el que la idea de bien jurídico presenta una resistencia a la despenalización en ámbitos que pertenecen al Derecho Penal clásico o tradicional (eutanasia, homicidio y lesiones por imprudencia leve, consentimiento en las lesiones, aborto etc.) cuya permanencia como injustos penales tiene mucho que ver con la idea de que detrás de esas criminalizaciones se encuentran bienes jurídicos importantes o básicos.[96] En al menos alguno de esos casos resulta difícil disipar la sospecha de que la Teoría del Bien Jurídico está ayudando a mantener infracciones morales en el ámbito del Derecho Penal o hechos de los que hace tiempo que este sector del ordenamiento no se debería ocupar.

II.2.c. Conclusión final sobre bien jurídico y legitimidad

En esencia, lo que se pretende con la Teoría del Bien Jurídico como teoría político-criminal es enjuiciar si el objeto de protección o *telos* de una norma de la parte especial (con independencia de los fines o motivos del legislador) es ilegítimo teniendo en cuenta la configuración normativa de una determinada sociedad. Si el fin tuitivo de la norma es ilegítimo la norma será de partida ilegítima. Pero la Teoría del Bien Jurídico es una fórmula vacía que no puede ofrecer respuesta alguna si no se vincula con la configuración normativa de la sociedad. En los países que conforman nuestra tradición jurídica, los

95. Jakobs (nota 9), 2/21 y (nota 10), pp. 151 y ss., concluyendo que no existe ningún límite absolutamente válido entre conductas simplemente inmorales y lesiones de bienes jurídicos, de deberes especiales o de la paz social; Wohlers (nota 28), pp. 201, 207 y ss., 213, utilizando como ejemplos el Derecho Penal relativo a drogas y la regulación de la protección de embriones.

96. (Nota 27), p. 21 (=Küper-FS, p. 502), hablando de una sintonía entre la ética cristiana y la protección jurídico-penal de la vida en los casos de tipificación del homicidio a petición.

valores elementales y los principios básicos se encuentran plasmados en la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico. Sin la referencia a dicho contexto valorativo y axiológico la teoría no puede deslindar lo legítimo de lo ilegítimo. Si ello es así, la teoría sólo tiene utilidad en casos de evidente deslegitimidad por ausencia de lesividad social por lo que la teoría resulta prácticamente superflua.

Si bien la Teoría del Bien Jurídico puede haber sido un criterio históricamente necesario, en el actual marco constitucional no aporta criterio relevante alguno que no se encuentre implícito en los controles constitucionales. El potencial crítico-sistemático de la Teoría del Bien Jurídico no viene predeterminado a través del concepto de bien jurídico, sino que depende de los baremos normativos y de legitimidad política que se tienen que incorporar externamente a dicha teoría. Por ejemplo, en los países de nuestro entorno la homosexualidad entre adultos libre no puede ser delito con independencia de la Teoría del Bien Jurídico. En realidad, en todos los países de nuestro entorno jurídico y cultural no existe un delito de relaciones sexuales entre personas adultas del mismo sexo en virtud de consideraciones derivadas del libre desarrollo de la personalidad como principio básico del sistema constitucional y del derecho a no ser discriminado por la condición o circunstancias personales (arts. 10.1, 14 y 16 CE). Y ello con independencia de que la mayoría de la población vea con malos o buenos ojos este tipo de comportamientos y de las posibles reacciones que puedan suscitar. De acuerdo con las bases del sistema jurídico se trata de un ejercicio libre de derechos fundamentales. Por las mismas razones el Tribunal Constitucional ha declarado anti-constitucional mediante la STC 235/2007 parte del art. 607.2 CP sin tener que recurrir a la inexistencia de un bien jurídico y aunque a la mayoría de los integrantes de la sociedad española nos cause una profunda repulsa o repugnancia la negación del holocausto o de ciertos genocidios y se hubieran aportado desde diversas instancias argumentos a favor de su legitimidad basados en la protección en último término de bienes jurídicos de la máxima importancia.

A modo de conclusión final, si la función social que puede cumplir y que *legitima* al Derecho Penal reside en la estabilización de normas indispensables para evitar la desintegración del orden social, desde la perspectiva político-criminal lo decisivo no es lo que pretenden proteger las normas penales, sino lo que éstas castigan.[97] La ciencia del Derecho Penal no puede más que aportar criterios sobre cómo intervenir racionalmente con un instrumento

97. Feijoo Sánchez (nota 1), pp. 848 y ss.

como la pena, pero, más allá de los límites constitucionales, carece no sólo de la posibilidad sino también de la legitimidad de fijar qué puede ser digno de protección para una determinada sociedad. Por ello la cuestión esencial para el desarrollo de una teoría de la Política Criminal para el siglo XXI no es si se protegen bienes jurídicos, sino cómo se protegen y cómo delimitar la permisión de conductas, es decir, cuál es la técnica específica de protección de bienes jurídicos que se desempeña mediante la pena, por lo que más que sobre el objeto de tutela la doctrina jurídico-penal debe aportar criterios sobre la forma en la que legítimamente el Derecho Penal puede prestar protección. Dejando de lado que después de más de cien años la doctrina no ha podido fijar unos criterios mínimos para determinar cuando la valoración de un interés como digno de protección es legítima, habría que decir que en el Derecho Penal lo decisivo no es cuándo el Estado puede proteger algo, sino más bien cuándo puede castigar cercenando los derechos de un ciudadano concreto que tiene que soportar una intromisión brutal por parte del Estado. Por tanto, lo decisivo no es cuándo al Derecho Penal le parece algo bien, sino lo contrario: el desvalor, cuándo algo le parece mal; es decir, cuáles son los criterios por los que una conducta es considerada tan negativa para la pervivencia social que debe ser castigada.

En definitiva, "conducta que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos" no es una expresión equivalente a "conducta merecedora de pena". Los problemas de legitimidad son mucho más complejos. Los partidarios de la Teoría del Bien Jurídico, como Roxin y alguno de sus discípulos directos o indirectos como Schünemann o Hefendehl, han emprendido una línea de defensa frente a ideas como las que se han expuesto en este apartado considerando que la Teoría del Bien Jurídico sigue siendo válida, aunque haya que enriquecerla con otros criterios normativos. Si es así, la orientación político-criminal básica ya no puede ser lo que protege la norma, siendo en mi opinión la única orientación plausible que queda lo que la norma castiga. Esa es la perspectiva o punto de partida que debe determinar u orientar los criterios normativos relevantes a efectos de legitimación en el marco un sistema constitucional como el vigente que encierra determinadas exigencias ineludibles para que el Estado pueda llevar a cabo restricciones brutales de derechos fundamentales como las que contempla el Derecho Penal. Sobre ello seguiremos discutiendo los próximos años porque los nuevos procesos de criminalización del siglo XXI nos obligarán a ello, al igual que la anterior generación de penalistas tuvo que enfrentarse bajo el banderín de enganche de la Teoría del Bien Jurídico a los problemas político-criminales de las nuevas sociedades que surgieron a partir de la postguerra.

III. CONCLUSIONES

Bien jurídico y normatividad

1. No siendo incierto que el Derecho Penal, mediante su instrumento central que es la pena, proteja bienes jurídicos, lo cierto es que sólo mediante la estabilización de normas puede cumplir la función de protección de bienes. La pena sólo puede ofrecer seguridad cognitiva o empírica con respecto a los bienes de forma mediata o indirecta ofreciendo seguridad normativa, es decir, mediante el mantenimiento de la vigencia del orden jurídico.

2. El principal inconveniente de centrar la función del Derecho Penal en la protección de bienes jurídicos y, consiguientemente, definir como elemento esencial del concepto material de delito la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos reside en que pone demasiado énfasis en la afectación de bienes dejando de lado la necesaria referencia a la juridicidad. La única diferencia entre un atropello desafortunado y un homicidio imprudente que se debe castigar no reside en la lesión fáctica del bien, sino en la dimensión comunicativa: la lesión de la juridicidad.

3. Si el Derecho en el marco de un sistema de libertades como el vigente más que un maximizador de bienes es un maximizador de libertad, lo decisivo a efectos de determinar la lesión de la juridicidad no es lesionar o poner en peligro un bien sino un uso ilegítimo de la libertad. Cuando dicho uso ilegítimo encierra un cierto nivel de lesividad social se merece una pena. Por ello la imputación objetiva no es básicamente una teoría sobre la imputación de resultados lesivos o de peligro a una conducta, sino una teoría sobre la delimitación entre conductas socialmente permitidas o no permitidas.

Bien jurídico y legitimidad

La protección de bienes jurídicos como criterio general de legitimidad

1. Diversos estudios históricos sobre la Teoría del Bien Jurídico como el de Amelung han dejado en evidencia que la vinculación directa entre Teoría del Bien Jurídico y concepción liberal del Derecho o su concepción como garantía de valores liberales no se encuentra materialmente fundada. En la formulación original de Birnbaum representa, incluso, una alternativa a la teoría del Derecho Penal más vinculada a la filosofía política original del contrato social.

2. La idea de que una norma penal que no proteja nada digno de protección es ilegítima y que las normas tienen que proteger elementos que sean valiosos para la comunidad jurídica es una prestación bastante pobre que no precisa

de la Teoría del Bien Jurídico en el marco de un sistema constitucional en los que las restricciones de derechos fundamentales de los ciudadanos precisan justificaciones legitimantes y no pueden ser arbitrarias. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como criterio general de legitimación resulta irrelevante en la medida en la que existen instrumentos constitucionales de control de la legitimidad que cumplen la misma función.

La Teoría del Bien Jurídico como criterio de legitimación de criminalizaciones concretas

1. La Teoría del Bien Jurídico no sólo no sirve para identificar las patologías del Derecho Penal moderno, sino que contribuye a dichas patologías (administrativización, expansión etc.) aunque ello no sea de forma voluntaria.

2. Pueden existir normas que superen un juicio de legitimidad jurídico-penal aunque no esté claro si protegen algo que se merezca el nombre de bien jurídico.

3. Los principales problemas de la Teoría del Bien Jurídico como criterio de legitimación de criminalizaciones concretas son los siguientes:

a) No está claro qué es un bien jurídico. Es un concepto que siempre ha presentado una llamativa ductilidad para amoldarse a lo que cada sistema social ha considerado que debía ser protegido por el Derecho Penal. Allí donde quedan definidos más o menos problemas sociales o problemas de organización social surgen nuevos bienes jurídicos. Lo que puede ser un bien jurídico y sus características (individuales o supraindividuales, con o sin referente o substrato material etc.) son cuestiones abiertas que sólo depende de la configuración o necesidades de una sociedad concreta en la medida que la funcionalidad o disfuncionalidad sólo se puede definir en referencia a un concreto sistema social. Un bien jurídico-penal no es más que la repuesta jurídica a la existencia de una necesidad social especialmente cualificada que, además, habría que añadir, se considera que se puede resolver imputando responsabilidad a personas concretas. Dentro de la Teoría del Bien Jurídico se encuentra implícita la idea de que una necesidad social se puede resolver imputando conflictos sociales particulares y penas a personas concretas. El legislador no se limita a reconocer los bienes jurídicos que existen en la vida social, sino que se dedica a identificar las necesidades de la vida social y convierte la respuesta a dichas necesidades en bienes jurídicos.

b) La Teoría del Bien jurídico es una teoría insuficiente para desarrollar una teoría global del hecho punible. La Teoría del Bien Jurídico como eje político-criminal sin ulteriores referencias sólo puede aportar información sobre qué

proteger, pero no puede aportar información político-criminal alguna sobre cómo, cuándo y hasta dónde proteger ese objeto de tutela; es decir, sobre las estructuras típicas. El principal problema político-criminal actual de fondo no es si se protegen bienes jurídicos, sino cómo se protegen y cómo delimitar la permisión de conductas. La Teoría del Bien Jurídico sólo sirve como criterio con respecto a la legitimidad del fin de una norma concreta, pero no con respecto a su contenido. En la ponencia se ejemplifica como el debate protagonizado por la legitimidad los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos en realidad es un debate sobre la legitimidad de las estructuras típicas por acumulación.

c) La teoría ha carecido de eficacia práctica. Los supuestos éxitos de la Teoría del Bien Jurídico como la despenalización de parte del Derecho Penal sexual en los años setenta han obedecido a baremos externos o condiciones sociales ajenas a la teoría. La teoría político-criminal del bien jurídico ha fracasado en la medida en la que promete más de lo que ofrece o se le ha exigido más de lo que puede proporcionar por sí sola. Las experiencias de despenalización sólo demuestran que en las sociedades democráticas occidentales existe una constante variación de principios morales (importante en los últimos años en materia de sexualidad y costumbres y religiosidad). En esta evolución considerada positiva de los Derechos Penales europeos occidentales la Teoría del Bien Jurídico se ha imputado méritos de más; con toda seguridad la evolución habría sido igual o similar aunque la doctrina no dispusiera de una Teoría del Bien Jurídico como medio de argumentación, en la medida en la que se trataba de normas que resultaban ya disfuncionales. Existen bases normativas más consistentes que la Teoría del Bien Jurídico como, por ejemplo, el carácter pluralista del sistema político vigente (art. 1 CE) para desarrollar un debate científico sobre la ilegitimidad de determinados procesos de criminalización. La evidencia de que la Teoría del Bien Jurídico como teoría penal tiene poco que aportar en estos asuntos es que la sanción para la protección de determinadas representaciones o valoraciones es tan ilegítima para el Derecho Penal como para las restantes ramas del Derecho sancionador y de policía (sería tan ilegítimo castigar la blasfemia o la herejía con una pena de multa como con una multa administrativa). Ello demuestra que la ilegitimidad se deriva de criterios normativos externos a la Teoría del Bien Jurídico como, por ejemplo, la neutralidad estatal respecto de representaciones o convicciones morales o religiosas de sus ciudadanos.

d) La función político-criminal del bien jurídico carece de la relevancia que se le ha venido otorgando en relación a los dos aspectos que parecía que ofrecían mayores prestaciones: la delimitación de las infracciones penales de las infracciones administrativas, que también protegen bienes jurídicos, y de

las meras infracciones morales. La mera referencia a la protección de simples infracciones morales en contraposición a una legítima protección de bienes jurídicos peca de superficial y no describe adecuadamente los procesos de criminalización y descriminalización. Es más, históricamente el bien jurídico ha sido un punto de acoplamiento entre el mundo jurídico y el mundo de la ética o de los valores culturales.

Conclusión final sobre bien jurídico y legitimidad

1. La Teoría del Bien Jurídico es una fórmula vacía que no puede ofrecer respuesta alguna si no se vincula con la configuración normativa de la sociedad. La teoría sólo tiene utilidad en casos de evidente deslegitimidad por ausencia de lesividad social, resultando prácticamente superflua.

2. Si bien la Teoría del Bien Jurídico puede haber sido un criterio históricamente necesario, en el actual marco constitucional no aporta criterio relevante alguno que no se encuentre implícito en los controles constitucionales. El potencial crítico-sistemático de la Teoría del Bien Jurídico no viene predeterminado a través del concepto de bien jurídico, sino que depende de los baremos que se tienen que incorporar externamente a dicha teoría. Por ejemplo, en los países de nuestro entorno la homosexualidad entre adultos libre no puede ser delito con independencia de la Teoría del Bien Jurídico. En realidad, en todos los países de nuestro entorno jurídico y cultural no existe un delito de relaciones sexuales entre personas adultas del mismo sexo en virtud de consideraciones derivadas del libre desarrollo de la personalidad como principio básico del sistema constitucional y del derecho a no ser discriminado por la condición o circunstancias personales (arts. 10.1, 14 y 16 CE).

3. Desde la perspectiva político-criminal lo decisivo no es lo que pretenden proteger las normas penales sino lo que éstas castigan. La Ciencia del Derecho Penal no puede más que aportar criterios sobre cómo intervenir racionalmente con un instrumento como la pena, pero, más allá de los límites constitucionales, carece no sólo de la posibilidad sino también de la legitimidad de fijar qué puede ser digno de protección para una determinada sociedad. Por ello la cuestión esencial para el desarrollo de una teoría de la Política Criminal para el siglo XXI no es si se protegen bienes jurídicos, sino cómo se protegen y cómo delimitar la permisión de conductas, es decir, cuál es la técnica específica de protección de bienes jurídicos que se desempeña mediante la pena, por lo que más que sobre el objeto de tutela la doctrina jurídico-penal debe aportar criterios sobre la forma en la que legítimamente el Derecho Penal puede prestar protección. Dejando de lado que después de más de cien años la doctrina no ha podido fijar

unos criterios mínimos para determinar cuando la valoración de un interés como digno de protección es legítima, habría que decir que en el Derecho Penal lo decisivo no es cuándo el Estado puede proteger algo, sino más bien cuándo puede castigar cercenando los derechos de un ciudadano concreto que tiene que soportar una intromisión brutal por parte del Estado. Por tanto, lo decisivo no es cuándo al Derecho Penal le parece algo bien, sino lo contrario: el desvalor, cuándo algo le parece mal; es decir, cuáles son los criterios por los que una conducta es considerada tan negativa para la pervivencia social que debe ser castigada.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões, de Davi Castro Silva, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 1, p. 1209.

HUMANIDADE, ESPÉCIE HUMANA E DIREITO PENAL

5

Humanity, the human species and Criminal Law

MIREILLE DELMAS-MARTY

Professora Honorária do Collège de France.

Traduzido por

PRISCILA AKEMI BELTRAME

Mestre em direitos humanos. Doutoranda em direito penal pela Faculdade de Direito da USP. Advogada.

PEDRO AUGUSTO SIMÕES DA CONCEIÇÃO

Acadêmico da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Penal

RESUMO: No artigo, a autora reflete sobre as questões ligadas ao relativismo e ao universalismo da proteção jurídica conferida à humanidade, passando pela tensão existente entre os processos de hominização (ou evolução biológica do homem) e humanização (ou evolução cultural do homem). O contexto é o da tipificação do crime contra a humanidade e o aparecimento, no cenário internacional e estatal, de

ABSTRACT: In this paper, the author proposes a reflection about questions concerning the relativism and universalism of legal protection given to humanity also addressing the existing tension between the two different process of "hominization" (or the biological evolution of the human species) and "humanization" (or the cultural evolution of mankind). The background is the criminal classification of crime against

um direito penal do inumano, em referência à proteção aos animais e meio ambiente, chegando à proposição de consagração de metaprincípios para a correta interpretação deste direito penal do terceiro milênio.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa humana - Humanidade - Espécie humana - Direito penal.

humankind and the appearance of the "non-human" criminal law in the international and national realms, providing special protection to animals and the environment, thus leading to the establishment of meta-principles for the appropriate interpretation of this third millennium criminal law.

KEYWORDS: Human person - Humanity - Human species - Criminal Law.

SUMÁRIO: 1. O direito penal revelador de tensões - 2. O direito penal perturbador: 2.1 Desumanizar o ser humano; 2.2 Humanizar o não humano - 3. O direito penal regulador: 3.1 Protegendo a vítima humanidade: direito penal do inumano; 3.2 Responsabilizar a humanidade autora: direito penal do ecossistema.

Neste[1] atual momento[NT] de mundialização[2] permanece a humanidade marcada ao mesmo tempo tanto pelo relativismo de cada cultura (em muitas línguas, a palavra "homem" designa, antes de mais nada, aquele que integra o mesmo grupo, em detrimento do bárbaro, do estranho estrangeiro, daquele apenas humano) e pelo universalismo que inspira – ou deveria inspirar – a ideia em si de um humanismo jurídico. Um universalismo recentemente inscrito em noções como "patrimônio comum da humanidade", "família humana" ou "crime contra a humanidade".

O paradoxo se explica, talvez, se combinarmos, como propõe o título deste trabalho, os conceitos de humanidade e de espécie humana.

À primeira vista, ambos os termos aparentam mostrar duas faces de uma mesma realidade, a qual os sistemas jurídicos protegem sem distinguir. Ocorre, porém, que os dois termos remetem a processos de evolução diferentes, quiçá, contrários. A "espécie" remete ao processo de evolução biológica (hominização), em

1. Publicado na *Révue de Science Criminelle*, em 2012, baseado em discurso proferido quando do recebimento do prêmio Silvia Sandaro, em Roma, Itália, em 14.05.2012.

NT. Nota dos Tradutores: o resumo é apresentado pelos tradutores, não constando do original em francês.

2. No original, *mondialisation*. Mantivemos o neologismo derivado de "mundo" e não de "globo" (globalização), como é mais comum em português, pois vários filósofos e sociólogos influentes na França (e que podem ter influenciado a escolha do vocábulo pela autora) diferenciam mundialização de globalização, entre eles, por exemplo, Jacques Derrida.

seu caminho para a consecução de uma só espécie humana. O próprio Darwin constatou que as subespécies comportam tantas particularidades em comum que "não seria possível explicá-las a menos que recorrendo a um ancestral comum". Trata-se, assim, de um processo unificador, que conduz ao universalismo. Por outro lado, a "humanidade" remete ao processo de evolução cultural (humanização), que se exprime pela emergência de normatividades (morais, religiosas, jurídicas e, sobretudo, penais) típicas de cada grupo humano. Trata-se, portanto, de um processo diversificador que conduz, antes, ao relativismo.

Durante muito tempo, a contradição permaneceu pouco visível, pois ela emergia de dois universos diferentes (de um lado, do universo das ciências da natureza e, de outro, do universo das ciências humanas e sociais). Ela não surgiu, sequer, na mesma escala temporal (graduada, de um lado, em milhões de anos e, de outro, em milhares), nem mesmo de critérios (autopreservação da espécie, de um lado, promoção da dignidade da pessoa humana, de outro).

Mais precisamente, entramos em uma nova fase, onde a mundialização tecnológica e o universalismo ético relançam a distinção: com a mundialização tecnológica, os conhecimentos científicos (biotecnologias e tecnologias da informação e da comunicação ou TI) permitiriam mudar o modo de reprodução (clonagem) e/ou as características da espécie humana (manipulações genéticas, estímulos neurais), ou, até mesmo, fabricar híbridos, homens-animais ou homens-máquinas, como se a evolução biológica (hominização) implicasse, de agora adiante, a diversificação da espécie humana. Com o universalismo ético, inversamente, as normas jurídicas (notadamente, as penais) exprimem um movimento em direção à unificação, cujo emblema seria, justamente, o crime contra a humanidade. Tudo se passa como se a evolução cultural ou ética (humanização) tendesse a uma unificação das culturas a tal ponto que fosse necessária uma declaração (2001) seguida de uma convenção da Unesco (2005) para lembrar que a diversidade cultural é patrimônio comum da humanidade, uma lembrança que simboliza, talvez, a aflição de se ver a diversidade sob ameaça.

Mesmo sem tocar a hipótese extremada da inversão dos dois processos, as tensões se tornam perceptíveis (humanização/hominização, universalismo/relativismo) e o direito penal se apresenta na linha de frente destas tensões já que, após o crime "contra a humanidade" aparece, no Código Penal francês, o crime contra a espécie humana.[3]

3. A autora se refere, aqui, aos novos arts. 214-1 a 214-4 do *Code Pénal*. Entre outras condutas, tornaram-se típicas a eugenia, a clonagem e uma subespécie de "formação de quadrilha" para a prática de tais crimes (N.T.).

Temos, assim, a questão que será nosso fio condutor: dada a emergência destes valores comuns que são a humanidade e a espécie humana, qual o papel do direito penal?

Exploraremos três possibilidades: que seja o direito penal simples elemento *revelador*, limitando-se a simplesmente exprimir as tensões por meio dos valores que ele protege pelas incriminações penais; que seja o direito penal um novo elemento *perturbador*, o qual dilata as tensões, tendo em vista o risco de conflitos que possam conduzir a uma desumanização; que seja, por fim, um elemento plenamente *regulador* e transforme as tensões em interações, as quais poderiam contribuir na consolidação do processo de humanização.

1. O DIREITO PENAL REVELADOR DE TENSÕES

Em um primeiro momento, o direito penal protege tanto a espécie humana, incriminando os atentados à vida humana, pelos tipos mais antigos ligados às diversas formas de homicídio e, posteriormente, punindo também as violações da dignidade humana, em sentido mais forte, pelos crimes contra a humanidade que prolongam o direito de guerra (que tentara humanizar as guerras). Mas o estudo de cada incriminação revela tensões entre os dois polos.

A incriminação do homicídio é, aparentemente, a mais próxima do processo de hominização, pois se pode pensar que, pelo seu caráter universal, a proibição de matar protege a espécie humana e constitui instrumento de sobrevivência.

As representações, porém, variam consideravelmente quanto ao começo e o fim da vida. Hannah Arendt compara a vida humana, marcados por um começo e um fim (*bios*) ao movimento cíclico que a natureza (*zôé*) impõe a todo ser vivo, "não conhecendo nem morte nem nascimento, no mesmo sentido que entendemos estas palavras". Ela concluir: "o nascimento e a morte dos seres humanos não são apenas acontecimentos naturais". A fórmula explica a diversidade das representações, donde as concepções penais de aborto e de eutanásia variarem tanto de um país a outro.

Mesmo na Europa, onde as tensões são reveladas pela jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem – CEDH, a qual reconhece neste campo uma importante margem nacional de apreciação. A motivação dos julgados é particularmente interessante.

Em matéria de aborto voluntário, a Corte é prudente. Ela sempre evitou fixar o debate em termos de direito à vida, preferindo invocar os direitos da mãe (saúde, vida privada) e do pai (vida familiar) para admitir o aborto quando ele é previsto, mas sem que seja imposto aos Estados que o limitem ao aborto

terapêutico (na visão restritiva do direito irlandês ou polonês, por exemplo).[4] Acerca do aborto involuntário, notadamente o provocado por um médico em decorrência de um erro, a questão girava em torno de manter ou não a qualificação jurídica de homicídio culposo.[5] E, aqui, vemos a mesma prudência por parte da Corte: "o ponto de partida do direito à vida mantém uma margem de apreciação dos Estados dentro dos quais a Corte tende a considerar que ela deve lhes reconhecer este espaço, ainda que no quadro de uma interpretação evolutiva da convenção". A motivação da Corte marca bem a tensão, pois, no seio dos Estados, a solução não é estabilizada e o caso cita a convenção de Oviedo (sobre os direitos do homem e a biomedicina) e invoca a hominização: "ademais, tem-se como denominador comum a pertença à espécie humana". Mas, então, ela retorna à humanização: "a potencialidade do embrião e sua capacidade de se tornar uma pessoa" devem ser protegidos em nome da dignidade humana "sem que, para isso, considere-a uma 'pessoa' que teria direito à vida nos termos do art. 2". Disto resulta uma gradação jurídica do embrião que não é totalmente uma pessoa (visto que ele não tem o direito à vida e sua destruição pode ser permitida sob condições específicas); mas ele é mais que uma simples coisas e é proibido violá-lo em sua dignidade "desumanizando-o", por exemplo, pelo seu uso na fabricação de produtos cosméticos – o que deixa em aberto as discussões sobre as pesquisas com o uso de embriões. De toda forma, não se trata, somente, de se certificar da sobrevivência da espécie, mas também de proteger a dignidade humana.

Assim o é no debate da eutanásia, ilustrado por um caso emblemático, o caso *Pretty*. A CEDH rejeitou a demanda da senhora Pretty que, paralisada por uma doença neurovegetativa, desejava a ajuda de seu esposo para por fim aos seus dias e contestava a proibição que lhe foi apresentada pelo Reino Unido. A resposta da Corte é sutil. De um lado, o direito à vida foi "concebido para proteger o caráter sagrado da vida",[6] e a Corte recusa opor a este direito ao da dignidade (art. 3.°), visto que ele não vincula os Estado a agirem contra a vida.

4. CEDH, 20.03.2007, n. 5.410/03, *Polônia*, D. 2007.2648, nota por P. Hennion-Jacquet; RDSS 2007. 643, notas por D. Roman; RTD civ. 2007. 292, obs. J.-P.Marguénaud; JCP 2007.II. 10071, notas por B. Mathieu.

5. CEDH, 08.07.2004, n. 53.924/00, AJDA 2004. 1809, chron. J.-F.Flauss; D. 2004.2456, e observações, notas por J. Pradel; ibid. 2535, observações por I. Berro-Lefèvre; ibid. 2754, observações por G. Roujou de Boubée; ibid. 2801, chron. E. Serverin, revistaem 2005. 135, obs. F. Massias; RTD civ. 2004.714, obs. por J. Hauser; ibid. 799, obs. por J.-P. Marguénaud, § 82.

6. CEDH, 29.04.2002, n. 2.346/02, *Pretty c/ Reino Unido*, AJDA 2003. 1383, nota B. Le Baut-Ferrarèse; D. 2002. 1596, e obs. por; RDSS 2002. 475, notas P. Pedrot, revista em

Portanto, a constatação de uma tensão entre os dois polos conduziu a Corte a associar, pela primeira vez, o princípio da autonomia da pessoa ao respeito da vida privada, por meio da noção de qualidade de vida: "sem negar o princípio do caráter sagrado da vida, a Corte considera que (...) a noção de qualidade de vida se reveste de pleno sentido".

Ela se refere, a seguir, à sofisticação médica que é crescente e a um aumento da esperança de vida, para então constatar que "inúmeras pessoas se opõem à ideia de serem forçadas a permanecer vivas até uma idade muito avançada (ou em estado grave de debilidade física ou mental) contrariamente à percepção que tais pessoas têm de si próprias e de suas identidades pessoais".

Dito de outro modo, conforme a Corte, as práticas biomédicas modificaram a percepção de vida e morte provocando uma transformação de valores e exigência normativas que orientam nossas representações enossas escolhas. E esta noção mais subjetiva de qualidade de vida, ou seja, de vida conforme a dignidade humana, distingue-se da sobrevivência no sentido biológico do termo. É por esta razão que a dignidade, em sua acepção humanista, pode entrar em conflito com a sobrevivência, em sentido biológico. E o direito penal revela estas tensões, da forma como ele as revela acerca do crime contra a humanidade, mas em sentido contrário, pois é a dignidade que é posta em primeiro plano e é a biologia que se convida para integrar o debate.

*A incriminação do crime contra a humanidade*ocorreu muito depois da incriminação do homicídio, e, significativamente no plano internacional, depois da Segunda Guerra Mundial (estatuto do tribunal de Nuremberg). Aparentemente ligado ao processo ético (humanização), este crime visa aos ataques à dignidade humana, mas a proteção da vida não se encontra distante, sendo mais ou menos perceptível conforme o caso.

Em se tratando do crime contra a humanidade em sentido estrito, a lista é extensível, mas heterogênea, desde o princípio. O art. 6, *c* (Estatuto de Nuremberg) enumera os ataques à vida, como assassinato ou exterminação, e o estatuto do Tribunal Penal Internacional adiciona os desaparecimentos forçados: os ataques à igual dignidade, porém, também estão presentes – escravidão, deportação e "quaisquer outros atos 'inumanos' cometidos contra todas as populações civis, antes ou durante a guerra", ou, ainda, as "perse-

---

2002. 645, obs. por F. Massias; RTD civ. 2002. 482, obs. por J. Hauser; ibid. 858, obs. por J.-P. Marguénaud. *Adde* CEDH, 20.01.2011, n. 31.322/07, *Haas c/ Suíça*, D. 2011. 925, e obs., notas por E. Martinent, M. Reynier e F. Vialla; ibid. 2012. 308, obs. J.-C. Galloux e H. Gaumont-Prat; RTD civ. 2011. 311, obs. por J.-P. Marguénaud e *Koch c/ Alemanha*.

cuções por motivos políticos, raciais ou religiosos", aos quais o Estatuto das Cortes Penais Internacionais (resolução do conselho de segurança da ONU, 1993, 1994) adiciona, ainda, a tortura e o estupro e o estatuto do TPI afirma que "qualquer outra forma de violência sexual de violência comparável", notadamente a escravidão sexual, a prostituição forçada, a gravidez forçada ou a esterilização forçada.

A tensão fica mais clara com o genocídio: sendo no início confundido com o crime contra a humanidade, veio a ser posteriormente consagrado pela Convenção da ONU sobre a prevenção e a repressão do genocídio (1948) como crime internacional autônomo, o qual pode ser cometido em tempos de paz ou de guerra (art. 1.º), os casos diversos sendo acolhidos pela competência do TPI. A definição de genocídio, retomada no estatuto das Cortes Internacionais (arts. 2.º e 4.º) e do TPI (art. 6.º), repousa sobre um critério essencial: a destruição seletiva (discriminação de tipo nacional, étnica, racional ou religiosa) que remete à dignidade humana naquilo em que ela implica uma despersonalização ou desumanização da vítima, de um ser humano reduzido à sua pertença a um grupo, mas a ameaça à vida permanece presente e forte, pois se trata de uma destruição em massa.

Enfim, com as novas tecnologias, surge a questão do crime por fabricação de vida (a saber, "eugenia" ou clonagens e quimeras), daí advindo a tentação de ligar a proibição ao único processo de hominização, como faz o Código Penal francês, ao isolar as infrações relativas à *éticabiomédica* (proteção da espécie humana, do corpo humano e do embrião). Se parece surpreendente isolar de tal forma a ética biomédica, é ainda mais surpreendente separar o crime contra a espécie humana (eugenia e clonagem) do crime contra a humanidade (genocídio, desaparecimentos forçados, *apartheid*, escravidão, discriminação). Separar a evolução biológica (hominização) e cultural (humanização) anuncia um direito penal perturbador.

2. O DIREITO PENAL PERTURBADOR

Sugerir que a espécie humana seria outra coisa que a humanidade é admitir que um ser biologicamente humano poderia pertencer à espécie sem que isso signifique sua pertença à humanidade, ou seja, sem que faça parte da comunidade humana. Dito de outro modo, aceitar a concepção que consiste em separar o crime contra a espécie humana do crime contra a humanidade é correr o risco de legitimar a desumanização do ser humano.

É preciso, porém, também considerar o inverso, ou seja, que no momento em que o direito penal trata um ser vivo não humano, um animal ou a natu-

reza, como um verdadeiro ser humano – humanizar o não humano – poderia, indiretamente, levar a legitimar formas de desumanização.

2.1 Desumanizar o ser humano

Todas as nações praticaram desumanizações, especialmente sob a forma da escravidão (direito romano, direito americano). Não nos esqueçamos de que no século XVI os humanistas do Renascimento se perguntavam, ainda, se os índios eram homens: na célebre "controvérsia de Valladolid" foi preciso ainda a força de convicção de Las Casas para defender a ideia, então pouco corrente, de que os índios teriam os mesmos direitos humanos que os cristãos.

E o risco de desumanizar o criminoso é ainda apresente no direito penal. Não somente pelo jogo das penas e tratamentos desumanos ou degradantes, mas pela antropologia que sustenta o debate responsabilidade/periculosidade.

No fim do século XIX, os argumentos pretendiam-se científicos: ainda vivo, Darwin tentou evitar os desvios de uso racista ou eugênico de sua teoria da evolução, mas ele encontrou uma forte resistência. Lombroso se utilizará de Darwin e do evolucionismo para trazer novamente à tona a ideia de responsabilidade penal e justificar na continuidade entre animal e homem o atavismo de certas formas de criminalidade:[7] os criminosos, que ficaram para trás no processo evolutivo, constituiriam uma verdadeira raça à parte com estigmas precisos, biológicos ou psicológicos. Mas isso era apenas o começo.

No século XX o discurso pseudo-científico[8] vai alimentar teorias eugênicas que, em nome de uma normalidade inalcançável, fazem surgir a figura do anormal, um descendente do monstro da Idade Média, um tipo de humano inacabado, algo entre o humano e o inumano, legitimando medidas de esterilização dos criminais, daí as políticas de castração e de eliminação da Alemanha hitlerista.

No século XXI, conhecem-se novos monstros: com os terroristas, "inimigos combatentes ilegais" (foras da lei porque não são nem criminosos nem combatentes legais); ou com os pervertidos sexuais (o ressurgência do criminoso nato), renasce uma antropologia criminal que admite a tortura e transpõe o princípio de precaução, cunhado para o meio ambiente e para os produtos perigosos aos seres humanos.

---

7. C. Lombroso, Prefácio, *Anthropologiecriminelle*, 1890, p. 7 s.

8. No original, a autora usa a expressão "discurs savants", ou seja, uma voz corrente nem por isso aderente ao conhecimento científico, usado de maneira indiscriminada conforme a cosmovisão de seus utilizadores, por isso traduzimos por "pseudociência".

Assim, o direito penal francês, como o direito alemão, acrescentam às formas de punição a medida de segurança, uma sançãode duração indeterminada, quiçá perpétua, fundada sobre um prognóstico de recidiva. É um verdadeiro meio de eliminar um ser humano etiquetado de "perigoso", tal como um animal ou um produto perigoso. O dispositivo alemão finalmente foi afastado pela CEDH, mas somente com base no art. 5.°,[9] especificamente porque a noção de "periculosidade" é muito genérica para motivar uma privação de liberdade; por outro lado, a Corte não manteve o argumento de violação da dignidade humana (art. 3.°).

Poderíamos pensar, então, como Hegel, que a pena é um "direito na relação com o criminoso ele-mesmo", pois ao punir "estaríamos honrando-o como ser racional. Esta honra não lhe é conferida se o conceito e a medida de sua pena não são atribuídas à natureza de sua ação, assim como se ele for considerado apenas um animal deletério, que se deve deixar de alimentar ou um ser quer aniquilar".[10] Trata-se, claramente, de desumanização.

Mas a regressão pode vir, também, a partir de uma situação inversa, como efetivamente se espera, consistente em assimilar o não humano ao humano.

2.2 Humanizar o não humano

Um primeiro exemplo, conhecido em vários países, mas já pertencente à história, é o do animal considerado como criminoso. Por outro lado, reconhecer o animal ou a natureza como sujeito de direito a ser protegido, e como vítima em caso de violação de seus direitos, é uma novidade no ocidente. Se se considerar as correntes ecológicas mais radicais, esta novidade traduziria a passagem de uma concepção dualista que inspirou o direito internacional (art. 1.° da Declaração Universal dos Direitos do Homem) para uma concepção monista que conduz, em casos extremos, ao uso do direito penal para proteger seres vivos não humanos.

Assim, uma declaração dos direitos do animal (adotada por ocasião de uma conferência da Unesco em 1978) não hesita em definir como "genocídio" todo ato "que comprometa a sobrevivência de uma espécie selvagem e toda decisão que conduza a tal ato" (art. 8.°). De modo mais moderado, o Código Penal francês se contenta, em 1992, a acrescentar ao lado dos crimes contra as pes-

9. Os artigos citados neste parágrafo dizem respeito à Convenção Europeia de Direitos do Homem, sendo o 5.° referente aos direitos à liberdade e à segurança e o 3.° à proibição à tortura (N.T.).

10. *Principes de philosophie du droit*, trad. A. Kaan, Gallimard, 1940, § 100, p. 135 s.

soas e os bens, uma nova categoria: "outros crimes e delitos", a qual reagrupa diversos comportamentos voluntários e involuntários contra os animais.[11]

Em 2004, um alargamento que abarcará os serviços de natureza sexual: um julgado da Câmara Criminal da Corte de Cassação em 04.09.2007 anota que o animal (no caso, um pônei com o qual seu proprietário tinha por hábito a prática de atos de sodomia), sendo incapaz de "manifestar qualquer vontade que seja, nem de se abster daquilo que lhe era imposto" estava, assim, sendo "transformado em objeto sexual".

Quanto à natureza, alguns dispositivos vão bem longe, como a Constituição do Equador que reconhece como sujeitos de direitos "as pessoas, a comunidade e a natureza". Mais perto de nós, a Suíça faz da diversidade biológica um sujeito de direito e liga a ela um valor intrínseco ao ser vivo não humano.

Entre a personificação do animal e a da natureza, o não humano não se separaria mais de modo nítido do humano, em uma nova concepção de mundo que parece preferir o monismo, correndo o risco de favorecer, indiretamente, à despersonalização, ou seja, a desumanização, uma vez que todo ser vivo se torna igual a uma pessoa.

Trata-se, porém, somente das correntes mais radicais. É ainda possível conceber um direito penal diferente, de tipo regulador: no lugar de exacerbar as tensões entre hominização e humanização, transformá-las em interações.

3. O DIREITO PENAL REGULADOR

Propomos separar em dois os gruposenunciados acima para nos lançarmos em um pequeno exercício de futurologia penal. Em se tratando da dupla humano/inumano, o objetivo consiste em proteger a humanidade contra os tratamentos inumanos, e o desenvolvimento de novas tecnologias incita a alargar a noção de tratamentos inumanos. É, ainda, preciso, para respeitar o princípio da legalidade penal, que implica definições precisas e previsíveis dos comportamentos criminais, levar em consideração as interações entre a humanização e a hominização ou entre a humanidade e a espécie humana.

Tal é o objeto do "direito penal do inumano", categoria ainda inacabada. Em se tratando da dupla humano/não humano, o objetivo é evitar a assimilação do ser vivo não humano pelo ser vivo humano (monismo radical) sem que isso signifique uma renúncia à proteção do animal e da natureza, daí tentativa de responsabilizar a humanidade presente em relação às gerações futuras e ao

11. J. P. Marguenaud, *L'animaldansle nouveau codepénal*, D. 1995. Chr. 187.

ser vivo não humano. Trata-se do direito penal do ser vivo não humano ou, mais precisamente, do ecossistema (ainda em gestação).

3.1 Protegendo a vítima humanidade: direito penal do inumano

Do crime contra a humanidade aos "outros tratamentos desumanos" incriminados pelo Estatuto do TPI, definir o inumano seria necessário para esclarecermos a legalidade da interpretação restritiva. Daí a tentativa de explicitar por "metaprincípios" o que se entende pela noção de humanidade como valor comum.

Efetivamente, parece possível separar a lista dos comportamentos elencados pelos textos jurídicos de duas categorias que distinguiriam estes crimes dos crimes ordinários. Assim, aparecem duas categorias indissociáveis – inextrincáveis mesmo, pois uma se nutre da outra e reciprocamente – a singularidade de cada ser humano (ligada ao processo cultural de humanização), bem como sua igual pertença a uma comunidade humana (ligada ao processo biológico de hominização).

Não se trata, somente, de erigi-los a metaprincípios para orientar a interpretação, uma vez que o comportamento criminal não se funda não mais na destruição, mas na fabricação da vida. Ou seja, a extensão do crime contra a humanidade para abarcar também a eugenia, a clonagem e a outras formas de fabricação do ser humano supõe a afirmação de um terceiro metaprincípio, o princípio da indeterminação, que até o presente momento permanece sem formulação específica.

Este princípio de indeterminação parece necessário tanto à espécie humana como à humanidade, pois ele se situa na encruzilhada da evolução biológica e ética: de um lado, os biologistas constatam a importância excepcional da variabilidade epigenética no homem, mostrando que a indeterminação é certamente necessária para a sobrevivência da espécie, pois ela favorece a criatividade e a adaptação ao ambiente;[12] de outro lado, juristas e filósofos sabem que a indeterminação, por menor que seja, dá margem a um sentimento de liberdade, que institui o homem como tal, em sua dignidade e responsabilidade humanas.

A combinação de três metaprincípios permitiria reunificar a espécie humana e a humanidade, o CCH e o CCE,[13] com a finalidade de proibir não só os atos de destruição (genocídio, desaparecimentos forçados, assassinatos) ou

12. J. P. Changeux, in Darwin: deux cents ans.

13. Refere-se, a autora, ao crime contra a humanidade e ao crime contra a espécie humana, como foram previstos no Código Penal francês, abordado no presente artigo, inclusive pela NR4 (N.T.).

de degradação (escravidão, *apartheid*, discriminações, escravidão sexual) mas também os de predeterminação de um ser humana, quer seja ele etiquetado como perigoso ou fabricado conforme a um modelo preestabelecido (eugenia ou clonagem reprodutiva).

Não se trata de criminalizar toda e qualquer conduta. A CCH permanece excepcional. Um atentado voluntário ao princípio da singularidade, também pertencente à humanidade, ou de indeterminação seria uma condição necessária, mas não suficiente. É preciso, também, que haja uma prática generalizada ou sistemática comportando uma dupla dimensão coletiva: em relação ao autor (Estado ou organização tendo por objetivo tais práticas, incluindo – no caso da biotecnologia – grandes laboratórios) e quanto à vítima, definida em relação às populações civis presentes.

Quanto às gerações futuras, elas representam uma transição com a próxima questão, pois elas não podem exprimir sua vontade como sujeitos de direito, mas devem receber atenção por um dever de proteção, como tudo que é da responsabilidade da humanidade face ao ecossistema.

3.2 Responsabilizar a humanidade autora: direito penal do ecossistema

Trataremos, agora, do direito penal do ecossistema, ainda em gestação, pois os objetivos são difíceis de definir para escapar do dualismo radical – que mantém uma estrita oposição entre o humano e o não humano – sem que se caia no monismo absoluto, o qual marca uma continuidade excessiva.

Sem dúvida, precisamos de categorias novas: para o animal, nem pessoa nem coisa, mas ser sensível; para a natureza, nem patrimônio da humanidade, nem sujeito autônomo, mas, antes, um bem comum; para o homem, cujas gerações futuras devem marcar não só o direito internacional, mas também o interno como atesta o preâmbulo da Carta Constitucional francesa para o meio ambiente, de 2005: "as escolhas destinadas a responder aos anseios do presente não devem comprometer a capacidade das gerações futuras e dos outros povos a satisfazer suas próprias necessidades".

Considerando que a humanidade "exerce uma influência crescente sobre as condições de vida" e que "a diversidade biológica, a satisfação pessoal e o progresso das sociedades humanas são afetados por certos padrões de consumo ou produção e exploração excessivos dos recursos naturais", a Carta comporta o enunciado, raro em matéria de textos constitucionais, de um dever: "toda pessoa deve tomar parte na preservação e na melhoria do meio ambiente" (art. 2.º).

Como aponta o biologista Alain Porchiantz: "se nós protegemos os animais é porque nós somos seres racionais que escapam, em parte, às leis da nature-

za". Mas, se escapamos das leis da natureza, em contrapartida, obedecemos às leis humanas: como seres racionais, a humanidade tem deveres em relação ao ecossistema e deveria ser considerada como responsável caso não respeite esses deveres.

O dever de proteger o ecossistema seria um metaprincípio em nome do qual o direito penal poderia incriminar os comportamentos mais graves, que colocasse em risco a segurança do planeta, que causasse a destruição da natureza como bem comum ou sofrimentos inutilmente impostos a animais, seres sensíveis, quando se trata de uma ação massiva e sistemática.

Em resumo, o direito penal do ecossistema não teria como único objetivo proteger a sobrevivência da espécie humana, mas responsabilizar a humanidade e colocar o direito a serviço da relação entre humanos e demais seres vivos.

Para concluir este exercício que fica, de certo modo, no ramo do direito penal imaginário, eu diria que a inovação jurídica se torna necessária face ao progresso dos conhecimentos científicos e à aceleração das inovações tecnológicas. Necessária para permitir ao direito, em geral – e em primeira mão ao direito penal suposto exprimir e proteger os valores comuns –, antecipar e não somente reagir quando já é tarde demais. Esta função de antecipação do direito penal já começou, como prova a incriminação, em certos países (e a proibição pelo direito internacional) em relação à clonagem reprodutiva de humanos.

Mas a inovação não deve balançar para ser uma sociedade do medo onde a tendência é tudo proibir (tudo criminalizar), em nome de uma precaução generalizada, mas sob o risco de paralisar toda iniciativa, nem em direção de uma sociedade do "saber" onde a tendência inversa é de permitir tudo em nome da ciência, correndo o risco de deixar a lei do mercado (oferta e demanda) decidir por nós (tudo descriminalizar), nem em direção a uma sociedade do saber na qual a tendência inversa é de tudo permitir em nome da ciência, sob o risco de deixar a lei do mercado (oferta e demanda) decidir por todos nós (tudo descriminalizar). Donde a necessidade de explicitar os objetivos por meio de metaprincípios que permitiriam renovar o imaginário jurídico pelos dois novos ramos invocados acima (o direito penal do inumano e do ecossistema).

Para além da alternativa entre sociedades do medo e sociedades do saber, pode-se desejar a vinda de sociedades da esperança (fundadas sobre uma confiança crítica e vigilante) com a qual o direito penal pode contribuir. Trata-se de uma forma de consagrar um humanismo de proteção, mas também de responsabilidade: "consciente de seus deveres, discreto sobre suas virtudes e disposto a pagar pelo preço de tudo isso" (René Char).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Proteção dos direitos humanos por organismos internacionais: controle e coercibilidade: Tribunais Penais Internacionais, de Giselle Ferreira de Araújo – *RDCI* 58/280.

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA EN EL DELITO DOLOSO

6

Subjective and objective imputation in crimes of intent

URS KINDHÄUSER

Profesor Dr. Dres. h.c. en la Universidad de Bonn, Alemania.

Traduzido por NURIA PASTOR MUÑOZ

Doctora en Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: La teoría de la imputación objetiva intenta excluir las cadenas causales penalmente irrelevantes en el nivel de los elementos objetivos de la definición del delito (*actus reus*) y por lo tanto antes del examen de los elementos subjetivos de la definición del delito (*mens rea*). Para ello, toma en cuenta dos criterios: 1) causar un resultado no debe ser objetivamente imputable si falta la direccionalidad de la meta objetiva del acto, debido a que el resultado parece ser sólo un efecto accidental de la conducta del agente; 2) la imputabilidad objetiva de un resultado pre-

ABSTRACT: The theory of objective imputation attempts to exclude criminally irrelevant causal chains on the level of the objective elements of the offense definition (*actus reus*) and thus before examination of the subjective elements of the offense definition (*mens rea*). To do so, it takes two criteria into account: 1) causing a result should not be objectively imputed if the objective goal directedness of the act is lacking, because the result appears to be only an accidental effect of the actor's conduct; 2) objective imputability of a result presupposes

supone que el riesgo inadmisible creado por el agente se materializa en causar el resultado. Este artículo se basa en una teoría personal de delito criminal que hace el derecho penal conducir deberes dependientes de la capacidad concreta del agente de actuar voluntariamente. Busca demostrar que el resultado siempre puede ser imputado objetivamente a menos que la conducta del agente que realmente causa el resultado no contradiga el objetivo de protección de la norma del derecho penal. De lo contrario la teoría de la imputación objetiva -al menos para los delitos dolosos- o llega a conclusiones incorrectas o mezcla elementos de las definiciones de delitos subjetivos y objetivos. Aún así, el criterio de contexto de riesgo es un instrumento adecuado para imputar un resultado a la intención del agente sobre el nivel subjetivo de la definición del delito para delitos dolosos, asumiendo los elementos objetivos y subjetivos del acto están precisamente separados.

PALABRAS CLAVE: Imputación objetiva - Imputación subjetiva - Riesgo permitido - Prohibición de regreso - Dolo - Capacidad de acción.

that the risk the actor has impermissibly created materializes in causing the result. This article is based on a personal theory of criminal wrong that makes criminal law conduct duties dependent on the concrete actor's ability to act voluntarily. It attempts to show that a result can always be objectively imputed unless the actor's conduct which actually causes the result does not contradict the protective purpose of the criminal law norm. Otherwise the theory of objective imputation - at least for crimes of intent - either comes to incorrect conclusions or mixes elements of the subjective and objective offense definitions. Still the criterion of risk context is a suitable instrument to impute a result to the actor's intent on the subjective level of the offense definition for crimes of intent, assuming objective and subjective elements of the act are precisely separated.

KEYWORDS: Objective imputation - Subjective imputation - Allowed risk - Return prohibition - Intent - Action capacity.

SUMARIO: 1. Introducción - 2. La pretensión de la imputación objetiva - 3. Sobre el llamado riesgo permitido - 4. Prohibición de regreso - 5. Relación de riesgo - 6. Relación de riesgo e imputación subjetiva - 7. Resumen.

1. INTRODUCCIÓN

1. Del principio de culpabilidad[1] se deduce que un sujeto solamente puede ser penalmente responsable de aquellas consecuencias de su comportamiento que, como ciudadano fiel al Derecho, podría y debería haber evitado. Por tanto, la responsabilidad jurídico-penal está limitada por el poder individual de una persona.[2] La delimitación de la responsabilidad según el criterio de

1. Título original: "Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt", en Festschrift für Joachim Hruschka.

2. Sobre el análisis, desde la perspectiva de la teoría de las normas, de la relación entre poder [Können] y deber [Sollen], cfr. HRUSCHKA, "Zwei Axiome des Rechtsdenkens", en Ackermann/Albers (eds.), FS Reimers, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, p. 459 y ss.

las capacidades individuales se puede denominar *imputación subjetiva*. En lo que atañe a las capacidades de la persona, se puede hacer una distinción adicional entre la capacidad de acción y la capacidad de motivación. Tiene capacidad de acción quien está física e intelectualmente en condiciones de comportarse de tal manera que pueda alcanzar determinadas metas; tiene capacidad de motivación quien está psíquicamente en condiciones de decidir según preferencias qué acción lleva a cabo de las que le son posibles.

La capacidad de motivación jurídico-penalmente relevante implica la capacidad de poder orientar su comportamiento a las normas del derecho y, en la construcción usual del delito, se examina en el marco de la culpabilidad.[3] La capacidad de acción jurídico-penalmente relevante, en la que se entra con más detalle a continuación, implica la capacidad de comportarse de tal manera que no se realice el tipo de un delito. A esta capacidad pertenece, junto al necesario dominio del propio cuerpo, también y sobre todo la posibilidad de poder valorar acertadamente las modificaciones causales producidas por el propio comportamiento. Quien realiza un tipo, pese a estar intelectual y físicamente en condiciones de evitarlo, realiza un injusto jurídico-penal. En la dogmática jurídico-penal actual, esta atribuibilidad de una realización del tipo, puesta en relación con la capacidad individual de acción del autor, se denomina *injusto personal*.[4]

2. En la comprobación del injusto personal se valora la efectiva capacidad de acción del autor. Que esta valoración se realice según criterios objetivos no modifica el hecho de que las capacidades individuales del autor son el fundamento y el límite de la constitución del injusto personal de acción. En el delito doloso, el injusto consiste en que el autor se comporta de una determinada manera, pese a que considera tan probable la causación del resultado a través de su actuar, que, como ciudadano fiel al derecho que decide racionalmente, debería omitir esa acción en aras a la evitación del resultado.[5] Aunque es cierto que en la imprudencia el autor no considera probable el

3. Cfr., sobre la estructura del delito, Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2. ed., 1988, p. 260 y ss.; Kindhäuser, "Zur Logik des Verbrechensaufbaus", en Harald Koch (ed.), Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen, Berlin, Berlin Verlag Arno Spitz, 1997, p. 77 y ss., con más referencias.

4. Esencialmente, Welzel, Das Deutsche Strafrecht, Berlin, Walter de Gruyter, 11. ed., 1969, p. 62, con más referencias.

5. Con gran énfasis, Puppe, Vorsatz und Zurechnung, Heidelberg, Decker & Müller, 1992, p. 35 y ss., con más referencias.

resultado, tiene suficientes puntos de apoyo para, en caso de utilizar el cuidado que le es posible, poder reconocer y evitar la causación del resultado a través de su comportamiento.[6]

Por consiguiente, el punto de partida tanto para la imputación a título de dolo como para la imputación a título de imprudencia es la cuestión de qué sabía verdaderamente el autor sobre una determinada relación de causalidad entre su comportamiento y un resultado típico. Respecto a *estos conocimientos efectivamente existentes*, hay que analizar si se cumplen los presupuestos de las reglas según las cuales hay que imputar un resultado a título de dolo o de imprudencia. O, formulado con otras palabras: los conocimientos efectivamente existentes del autor son la base sobre la que construyen todos los demás elementos constitutivos del injusto personal. También el reproche de que el autor ha podido y debido saber algo concreto –en caso de emplear el cuidado que se esperaba de él–, solamente tiene fundamento si los conocimientos efectivamente existentes dan pie suficiente a adquirir los conocimientos que faltan o a omitir un actuar sin haber cubierto antes las lagunas de conocimiento.[7]

La teoría personal del injusto diferencia entre un tipo objetivo y uno subjetivo. Al tipo objetivo pertenece el acontecer que se le reprocha al autor, esto es, el contenido de la imputación subjetiva. Al tipo subjetivo pertenecen los conocimientos del autor, los cuales son el fundamento y el límite de la imputación, esto es, el dolo y –según una opinión acertada–[8] también la imprudencia.

3. Una teoría extendida en la ciencia jurídico-penal alemana considera que la fundamentación y delimitación subjetivas del injusto penal que se acaban de bosquejar no son suficientes y exige, además, una imputación objetiva de los resultados.[9] En las consideraciones siguientes se ahonda, desde una perspectiva

6. Con más detalle, Hruschka, (nota 3), p. 182 y ss.; además, el mismo, "Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit", en Kaufmann/Bemmann/Kraus/Volk (eds.), FS Bockelmann, München, C.H. Beck, 1979, p. 421 y ss.; Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, Frankfurt am Main, Klostermann, 1989, p. 62 y ss.

7. Lo aclara Struensee, "Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", GA, 1987, p. 97 (p. 99 y ss.).

8. Hruschka (nota 3), p. 228 y s., p. 325 y ss.; Kindhäuser, "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit", GA, 1994, p. 197 (p. 200 y ss.). El hecho de que la doctrina todavía dominante clasifique la imprudencia subjetiva en la culpabilidad no afecta a que la evitabilidad individual de la realización del tipo tenga como contenido la capacidad de acción.

9. Cfr., por todos, Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2. ed., 1991, p. 200 y ss; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner

crítica, en la pretensión que tiene esta teoría de ser válida para el delito doloso de resultado.

2. LA PRETENSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. La teoría de la imputación objetiva pretende dejar fuera del ámbito de la responsabilidad jurídico-penal por las consecuencias a los cursos causales irrelevantes. Esta imputación se concibe de manera objetiva porque hasta ahora deja totalmente de lado la parte subjetiva del hecho. Para esta teoría, lo decisivo es si una persona cualquiera en la situación del autor debía omitir el comportamiento en cuestión en aras a la evitación del resultado y, por tanto, puede ser responsable por la producción del resultado.[10] Si este no es el caso, ya no se plantea la cuestión de la imputación subjetiva del resultado al autor concreto. La limitación de la responsabilidad se fundamenta con ayuda de dos criterios:

Por una parte, la causación de un resultado no es objetivamente imputable cuando la producción del resultado aparece solamente como efecto casual del comportamiento del autor. En este caso, la causación del resultado no es gobernable; falta la *finalidad objetiva*. La causación de consecuencias casuales del comportamiento humano no puede ser prohibida y, por ello, es jurídico-penalmente irrelevante ya en el nivel del tipo.

Por otra parte, la causación de un resultado solamente puede ser objetivamente imputable cuando en la producción del resultado se *realice* precisamente el *riesgo no permitido* creado por el autor, pues jurídico-penalmente no se puede pedir cuentas a nadie por las consecuencias de un comportamiento permitido.

2. Según Hruschka,[11] la exigencia de limitar la responsabilidad mediante el criterio de la finalidad objetiva deriva de que objetivamente *ex ante* –esto es, en principio, temporalmente antes o durante la ejecución de una acción– debe existir la posibilidad de verificar si la ejecución de la acción está o no prohibida, pues, si el resultado se produjera de manera objetivamente

---

Teil, Berlin, Duncker & Humblot, 5. ed., 1996, p. 286 y ss.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre, München, C.H. Beck, 3. ed., 1997, p. 310 y ss.; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau, Heidelberg, C.F. Müller, 34. ed., 2004, p. 64 y ss., con más referencias en cada uno de ellos.

10. Cfr. referencias de la nota 9.

11. Hruschka (nota 3), p. 403.

inesperada e inesperable como consecuencia de una acción, sería absurdo explicar posteriormente que la acción en cuestión estaba prohibida. Desplazar a un momento posterior a la ejecución de una acción el juicio decisivo sobre su prohibición significa dejar a los destinatarios de la prohibición desprotegidos frente a la prohibición. Por ello, incurre en una auto contradicción quien, por una parte, dice que el resultado, como consecuencia de la acción, no era previsible y, al mismo tiempo, afirma que se ha realizado el tipo de delito correspondiente al tipo de prohibición.[12]

Esta argumentación describe con precisión el enunciado esencial del derecho penal de la culpabilidad, pero deja abierta la cuestión de en qué medida el criterio de la finalidad objetiva podría ayudar al destinatario de la norma en su decisión a favor del comportamiento conforme a derecho, pues quien pronuncia el juicio sobre la finalidad objetiva en el momento del hecho es el juez, quien emite el juicio sobre el injusto del hecho en un momento posterior. Por consiguiente, este juicio necesita de la ficción de un observador objetivo, si es que en el mismo momento del hecho ya se debe ofrecer un pronóstico definitivamente vinculante sobre las potenciales consecuencias de la acción. Sin embargo, este pronóstico ficticio de un observador objetivo es *de facto* tan inaccesible para el destinatario de la norma como el conocimiento del espíritu del mundo de Laplace. Y, además, si se tomara realmente en serio la figura del observador objetivo, puesto que éste *ex hypothesi* solamente puede disponer de conocimientos limitados, también se le debería conceder la posibilidad del error, con la consecuencia poco atractiva de que ese mismo derecho basado en el juicio de un observador fingido no podría decir sin equivocarse si era efectivamente necesario o no omitir una acción en aras a la evitación de un determinado resultado. Con la ficción de un observador objetivo se introduce una tercera medida epistémica que, a diferencia de los conocimientos efectivos del autor *ex ante* y de los conocimientos que efectivamente puede adquirir el juez *ex post*, no tiene un lugar real en el mundo y, por ello, tampoco puede influir en la realidad.

Así, la exigencia de Hruschka de libertad de contradicciones solamente se puede cumplir cuando el acontecer típico se contempla únicamente desde dos puntos de vista, a saber, desde la perspectiva *ex post*, por el juez y, desde la perspectiva *ex ante*, por el mismo sujeto que actúa. *Ex post* hay que reconstruir el curso del acontecer objetivamente típico que es objeto de la imputación. Y este curso del acontecer es (subjetivamente) imputable al autor si este último disponía de los conocimientos necesarios y de la capacidad física para poder lograr la

12. Ídem, p. 404.

evitación de la realización del tipo. Con otras palabras, para el deber de evitar el acontecer típico prohibido –deber que se ha de definir en el momento del hecho–, solamente es decisiva la finalidad subjetiva del destinatario de la norma.

De todos modos, apenas se puede percibir en qué medida la exigencia de una finalidad objetiva podría contribuir en el delito doloso a una restricción razonable de la responsabilidad. En la medida en que el autor no haya pronosticado acertadamente el curso causal que conduce al resultado, este último no se le puede imputar a título de dolo, con independencia de que, para un observador objetivo, el acontecer se presente como previsible o como casual. En cambio, en la medida en que el autor haya pronosticado acertadamente el curso causal que conduce al resultado, no hay ningún motivo obvio por el que este último no se le deba imputar, porque si el autor ha pronosticado acertadamente el curso causal, no se puede decir que este curso causal no era objetivamente previsible. Solamente podría decirse que el curso causal no era previsible para un observador fingido (con conocimientos medios), porque el autor disponía de conocimientos especiales. Pero entonces, se debería fundamentar por qué en el delito doloso se debe absolver al autor cuando dispone de conocimientos especiales. Un médico que sabe casualmente que su esposa sufre una alergia muy poco frecuente y que aprovecha esos conocimientos para matarla, ¿no debe ser castigado por homicidio doloso por el hecho de que un médico o un marido medio no dispongan de sus conocimientos? Sería difícil, pues el deber en el delito doloso solamente puede consistir en que quien sabe que un determinado comportamiento conduce a un determinado resultado debe omitir ese comportamiento. Una conclusión diferente no sería compatible con el sentido y el fin de la protección jurídico-penal de bienes jurídicos.

En el delito imprudente, la previsibilidad objetiva del resultado tampoco es un elemento constitutivo del objeto de la imputación. Al autor imprudente no se le reprocha que no se haya representado conforme al cuidado el pronóstico de un observador objetivo (fingido). Más bien, actúa imprudentemente quien conoce circunstancias que, en su situación específica y en su rol social, habrían dado suficiente pie a un destinatario de la norma fiel al derecho a no llevar a cabo (de ese modo) ese comportamiento. Es cierto que la previsibilidad del resultado también pertenece a la valoración de la situación que se espera del autor,[13] pero esta previsibilidad no es previa a la imputación subjetiva, sino precisamente un criterio decisivo de esta última. Con ayuda del criterio de la

13. Así, en todo caso, correctamente, la doctrina dominante, cfr. Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 260 y ss., p. 265 y ss., con más referencias, también sobre la opinión contraria.

previsibilidad hay que averiguar si alguien que dispone de los conocimientos efectivos del autor (suponiendo que haya motivación fiel al derecho),[14] podría y debería deducir que debía omitir un determinado actuar en aras a la evitación del resultado. El análisis de esta conclusión se dificulta por la terminología que va unida a la separación entre la parte objetiva y la subjetiva, pórque la previsibilidad decisiva para el juicio de la imprudencia debe ser orientada a criterios objetivados, al igual que la evitabilidad de un error de prohibición del § 17 StGB o la evitabilidad de una situación exculpante del § 35 apdo. 2 StGB han de constatarse con la ayuda de criterios de decisión objetivados. Lo que ocurre es que la objetividad de esos criterios no altera el hecho de que hayan de ser clasificados en la imputación subjetiva, porque esta última sirve al fin de averiguar cuál es el grado adecuado de accesibilidad de los conocimientos que le faltan al autor. Las dificultades terminológicas desaparecen cuando se diferencia entre el objeto de la imputación, que hay que constituir en el marco del tipo objetivo, y la imputación de este objeto al injusto personal, que hay que efectuar en el ámbito del tipo subjetivo, según el criterio de la capacidad de acción del autor. Entonces queda claro que, en la imprudencia, la previsibilidad objetiva del resultado no delimita el tipo objetivo, sino que –en la terminología de Hruschka–[15] tiene su lugar lógico en el sistema de reglas de la imputación extraordinaria de la realización objetiva del tipo al autor.[16]

3. Según el segundo criterio de la imputación objetiva, un resultado solamente es objetivamente imputable cuando en él se ha realizado un riesgo no permitido creado por el autor. *Esta* restricción de la responsabilidad es de gran importancia

14. Sin la correspondiente motivación no hay ninguna necesidad práctica de deducir la correspondiente conclusión; cfr. Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 23 y ss., p. 31 y ss.; Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 70 y ss. Sin embargo, la falta, de la que hay que responder, de la correspondiente motivación es ante todo contenido de la imputación a la culpabilidad y, con ello, hay que examinarla en el nivel del tipo; cfr., solamente, Jakobs (nota 9), p. 140 y s.; Kindhäuser, "Zur Unterscheidung von Tat-und Rechtsirrtum", GA, 1990, p. 407 (p. 416).

15. Hruschka (nota 3), p. 274 y ss., y passim; sobre la perspectiva histórica, cfr., por todos, Hruschka, "Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf", ZStW, 96 (1984), p. 661 y ss.

16. Así, en la diferenciación adecuada de HRUSCHKA entre reglas de comportamiento y reglas de imputación –Rechtstheorie, 22 (1991), p. 449 y ss.–, la finalidad objetiva pertenece a las reglas adscriptivas y no a la materia de prohibición (construida por el tipo objetivo).

para el delito doloso, porque, según la teoría de la imputación objetiva, el autor no realiza el tipo objetivo cuando ha causado el resultado mediante un riesgo permitido, tampoco en el caso en que haya actuado con dolo respecto a la causación del resultado. Para poder valorar estas tesis hay que responder a dos preguntas: ¿Qué es un riesgo no permitido? Y, ¿bajo qué presupuestos puede decirse que un riesgo no permitido se realiza en un resultado?

3. SOBRE EL LLAMADO RIESGO PERMITIDO

1. A toda producción de un resultado que sea causalmente explicable le precede un estado en el que es posible la causación del resultado. Este estado puede denominarse riesgo o peligro. Objetivamente, este estado se da siempre antes de la producción de un resultado, también en el caso de los acontecimientos naturales con los que nadie cuenta *ex ante*. Por ejemplo, en todo caso, la vida de quien está en su jardín y es alcanzado mortalmente por un meteorito se encontraba en peligro poco antes de la muerte.[17] En consecuencia, quien ha incitado a la víctima a ir al jardín también ha contribuido objetivamente a la puesta en peligro de la víctima. El hecho de que esta persona podía contar tan poco como la misma víctima o cualquier otro observador con la caída de un meteorito no altera en absoluto la existencia objetiva del peligro. Lo único que falla es la atribuibilidad subjetiva del resultado a título de dolo o de imprudencia.

Así, puesto que a todo resultado le precede un estadio en el que existe el riesgo de la producción del resultado, todo aquél que ha interpuesto una causa para el resultado ha creado también un riesgo para el resultado. En esta medida, la exigencia de la teoría de la imputación objetiva según la cual el resultado debe estar condicionado por un riesgo creado por el autor conduce a una restricción del tipo objetivo.

2. La posibilidad de una restricción deriva, en primer lugar, de la amplia exigencia de que el riesgo en cuestión debe ser *no permitido*. Puesto que este riesgo es un elemento del tipo objetivo, no permitido significa que, en general, no está permitido, pero que, en situaciones de justificación especiales, puede estar totalmente permitido.[18] Por ejemplo: quien dispara a otro con un arma crea un riesgo no permitido en general, puesto que con su comportamiento aumenta de modo importante la probabilidad de la producción de un resultado.

17. Sobre la discusión de este ejemplo en cuanto al aspecto de la finalidad objetiva, Hruschka (nota 3), p. 402 y ss.

18. Jakobs (nota 9), p. 203.

Sin embargo, este riesgo puede estar permitido en un caso concreto cuando, por ejemplo, se cumplen los presupuestos de la legítima defensa.

La cuestión que ahora se plantea reza: sin considerar una posible situación de justificación, ¿puede estar también permitido y, con ello, no ser típico crear el riesgo de la producción del resultado?

3. Que existe *una* posibilidad de tales características está, en gran parte, fuera de discusión. Se trata de la constelación de la llamada *disminución del riesgo*. Según Roxin, esta última existe "cuando el autor modifica el curso causal de tal manera que disminuye el riesgo que ya existía para la víctima, esto es, cuando mejora la situación del objeto de la acción".[19] Por ejemplo: A empuja a O hacia un lado, de manera que el ladrillo no da a O en la cabeza, sino solamente en el hombro. Ciertamente, en este caso, hay que ver el empujón de A como causa del concreto resultado de lesión, puesto que este comportamiento debe ser tenido en cuenta para poder explicar causalmente la producción del resultado. Sin embargo, habría que negar la imputación objetiva del resultado, porque A interviene en el acontecer de tal manera que O no muere, sino que solamente sufre unas lesiones. Con otras palabras, A reduce el peligro de muerte a un peligro de lesiones.

Ahora bien, la plausibilidad de la solución de este caso puede ocultar fácilmente la dificultad de su fundamentación, porque lo decisivo no es la disminución del riesgo, sino la mejora de la situación del objeto de la acción –lo cual solamente aparece en la definición de Roxin en la oración subordinada–. La disminución de un riesgo como tal no conduce en absoluto a una exclusión de la responsabilidad. Por ejemplo, un garante no está solamente obligado a disminuir un riesgo para su protegido, sino que debe eliminar el riesgo. Pero tampoco la mejora de la situación del objeto de la acción es un criterio definitivo que *per se* impida la realización del tipo objetivo –esto es, la constitución del objeto de la imputación–. Más bien, en el caso de los bienes individuales la última palabra la tiene el titular. Que esto se haya podido obviar en el caso del ejemplo se debe a que en él se dan evidentemente los presupuestos de un consentimiento presunto. Sin embargo, supongamos que a un padre que, pese al grave riesgo para su vida, quiere salvar a su niño, que se está ahogando, se le impide mediante violencia corporal que salte a las aguas violentas. En este caso, difícilmente se puede negar la concurrencia de lesiones y coacciones solamente con el argumento de que mediante la intervención en el curso causal se ha disminuido el riesgo para la vida para el padre.

19. Roxin (nota 9), p. 314.

Por tanto, tras la exclusión del injusto mediante disminución del riesgo se esconden cuestiones de valoración a las que –según la situación– hay que responder con ayuda de la regla general del consentimiento, del consentimiento presunto o del estado de necesidad. La fórmula breve y manejable de la disminución del riesgo puede ser de ayuda para la enseñanza académica, pero no sirve para hacer frente a la problemática desde una perspectiva dogmática.

4. Otro caso en el que se reconoce ampliamente la posibilidad de una causación del resultado objetivamente atípica es el de la *asunción del riesgo* por el lesionado. El hecho de que la asunción autor responsable de riesgo por parte de la víctima bloquee la competencia de otro sujeto que actúe tiene su fundamento en que, en este caso, el otro no interviene de manera no permitida en una esfera jurídica ajena. Las autolesiones puras son jurídico-penalmente irrelevantes y solamente debe responder de ellas quien las asume. En esa medida, también las acciones a través de las cuales se provocan, se posibilitan o se favorecen autolesiones autor responsables son irrelevantes desde una perspectiva jurídico-penal.[20]

Por lo demás, el tipo objetivo no solamente se excluye cuando el lesionado desea precisamente el resultado, sino también cuando solamente asume el riesgo de manera responsable y cree que puede evitar el resultado. Un ejemplo sería el caso de quien presta a su torpe vecino un hacha con la que este último se hiere por descuido al cortar leña. Ciertamente, el vecino no quiere herirse y, por ello, no consiente al resultado. Sin embargo, ha asumido conscientemente el dominio sobre el riesgo de lesionarse a sí mismo y, con ello, ha liberado a quien le ha prestado el hacha de la responsabilidad de protegerle de las lesiones que el hacha le pueda ocasionar.

Como en el caso de la disminución del riesgo, en la asunción autor responsable del riesgo, la exclusión (objetiva) del injusto tampoco se basa en un principio de imputación que abarque todas las normas del derecho penal, sino que lo decisivo en ella es el ámbito de protección específico de los bienes jurídicos individuales, el cual se define esencialmente mediante los intereses del titular y su soberanía para disponer de los bienes que le han sido adjudicados. Es decir, se trata de la determinación de la materia de prohibición[21] según el criterio del fin y ámbito de protección de la norma.

---

20. En lo esencial, también en este sentido, BGHSt 24, 342; con más detalle, Kindhäuser (nota 13), p. 92 y ss., con más referencias.

21. En esta medida, no es terminológicamente nada afortunado hablar de "imputación" objetiva. Hay que responder a preguntas prescriptivas y no adscriptivas.

4. PROHIBICIÓN DE REGRESO

1. Hasta aquí se puede afirmar –en realidad, solamente como fórmula práctica heurística– que, cuando la producción del resultado está de acuerdo con el interés del lesionado, no se ha realizado el tipo objetivo de un delito de resultado. Algunos de los representantes de la teoría de la imputación objetiva van más allá de estos límites de la responsabilidad y niegan la atribuibilidad de un resultado también en casos en los que el comportamiento a juzgar contradice la voluntad del titular del bien jurídico protegido. Estos casos se discuten bajo la palabra clave "prohibición de regreso".[22] La (más reciente) teoría de la prohibición de regreso afirma que no puede hacerse responsable a una persona por un resultado si lo ha causado mediante un comportamiento que es adecuado a su rol social; a través de un comportamiento adecuado al rol no se crea un riesgo no permitido. Quiero ilustrar esta tesis con dos ejemplos:

(a) Un estudiante de biología que escribe su trabajo de examen sobre setas trabaja durante las vacaciones como camarero en un restaurante. Un día se da cuenta de que en el plato que debe llevar a un cliente hay unos hongos extraños que son muy venenosos. Según la teoría de la prohibición de regreso, el estudiante no ha realizado el tipo objetivo de unas lesiones, porque se ha comportado de acuerdo con su rol social de servir y porque nadie espera de un camarero que tenga conocimientos sobre hongos venenosos extraños.

(b) El conductor de taxi T traslada por la tarifa normal a dos ladrones al lugar de los hechos. La teoría de la prohibición de regreso afirma que el conductor del taxi no interviene como cómplice en el robo porque se ha comportado de acuerdo con su rol social de conducir taxis y porque este comportamiento no ha adquirido, a través del contacto con los dos ladrones, ningún sentido delictivo común.

Es evidente que en el caso (a) no se puede fundamentar una posible exclusión de la imputación con vistas al fin de protección de la norma. La prohibición de las lesiones, como puro delito de resultado, protege totalmente la integridad corporal y la salud de una persona. No prohíbe en concreto solamente aquellas lesiones que se realizan bajo trasgresión de un rol social.

Difícilmente puede discutirse que, en el ejemplo (b), el acontecer descrito como "T traslada a dos ladrones al lugar de los hechos", tiene un sentido

22. Decisivo, Jakobs, "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt", ZStW, 89 (1977), p. 1 y ss.; el mismo (nota 9), p. 697 y ss.; cfr. también Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg, C.F. Müller, 1988, p. 280 y ss., p. 295 y s.

delictivo, al igual que, por lo demás, toda introducción de un comportamiento en un contexto delictivo otorga a este comportamiento un significado delictivo. Esta descripción no se ve falsada por el hecho de que exista la información adicional de que T ha actuado como conductor de taxi. Por esa razón, habría que fundamentar la prohibición de regreso respecto al auxilio a los dos ladrones precisamente haciendo referencia al hecho de que T es conductor de taxi. Sin embargo, no se puede encontrar una razón para ello porque, desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos, que quien conduce al ladrón al lugar de los hechos lo haga como particular o como conductor de taxi no supone una diferencia jurídico-penalmente relevante.

2. Si se observa con más atención, resulta evidente que la teoría de la prohibición de regreso mezcla dos ámbitos de problemas. El rol social no libera a nadie de su deber de evitar la creación de los riesgos que conoce, porque el rol social que reviste a una persona no le da el derecho a actuar conscientemente en perjuicio de la víctima. En cambio, el caso es distinto cuando el autor no conoce las circunstancias que hacen que su comportamiento sea arriesgado. En ese supuesto, se plantea en qué medida hay que exigir al autor que adquiera conocimientos para la evitación del resultado. Para responder a esta pregunta puede ser importante el rol social del autor. Si alguien crea riesgos en un determinado ámbito de la vida, es de esperar que también observe las reglas de seguridad vigentes en este ámbito de la vida. Puesto que los camareros solamente sirven platos y no los preparan, no esperamos de un camarero que examine si unas setas que no conoce son nocivas para la salud.

Así pues, el rol social limita el nivel de cuidado esperado de una persona y, en esa medida, libera en el caso de la responsabilidad por imprudencia.[23] Sin embargo, no autoriza a causar el resultado sobre la base de los conocimientos existentes.

5. RELACIÓN DE RIESGO

1. Según las consideraciones realizadas hasta el momento, los casos en los que el riesgo creado por el autor está permitido y, por ello, no da lugar a responsabilidad por las consecuencias se limitan a las situaciones en las que el hecho no contradice el fin de protección de la norma por falta de una intervención lesiva en los intereses del titular. Sustancialmente más relevante que estas restricciones de la materia de prohibición parece ser la otra exigencia

23. Cfr., también, Kindhäuser (nota 8), p. 215 y ss.

de la teoría de la imputación objetiva según la cual, en la producción del resultado típico, se ha de realizar precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Esta relación entre el riesgo no permitido creado por el autor y la producción del resultado –y esto es lo que se cuestiona en el presente contexto– es, según esta teoría, un elemento del tipo objetivo.

2. El siguiente ejemplo ilustra la problemática: A dispara a B con su escopeta para matarlo. Sin embargo, la bala da a B solamente en el brazo. En el hospital en el que se atiende a B, unos terroristas detonan una bomba por la noche. Se produce un incendio y, debido al humo, B sufre una intoxicación mortal. En este caso, solamente se puede castigar a A por una tentativa de homicidio y no por un homicidio consumado. Según la interpretación habitual, se trata de un caso de error de tipo que excluye el dolo. El contenido del dolo no es solamente el resultado, sino también el curso causal que condiciona el resultado en su forma concreta. En el delito doloso, el autor debe haber pronosticado este curso causal en sus rasgos esenciales.[24] Sin embargo, en el caso del ejemplo, hay una desviación esencial del curso causal representado: A partía de que iba a alcanzar a B mortalmente mediante un disparo de escopeta; no había pensado en la posibilidad de que B muriera debido a una intoxicación por el humo que se produciría como consecuencia de un atentado cometido por terroristas.

La teoría de la imputación objetiva traslada la solución del problema del tipo subjetivo al tipo objetivo, en la medida en que afirma que el riesgo creado por el autor no se ha realizado en el resultado.[25] Según esta teoría, el autor ha creado el riesgo de muerte a través de un tiro de escopeta, pero B ha fallecido realmente por un riesgo de muerte debido a una intoxicación por el humo. Según esta teoría, falta, en esta medida, la relación de riesgo necesaria, porque solamente hay una relación de riesgo cuando "para la explicación de daño se necesitan todas las informaciones sobre el acontecimiento de las que surge el carácter no permitido del riesgo".[26] Por consiguiente, para la explicación causal de la efectiva producción del resultado, deben ser necesarias todas las

24. Cfr., entre otras, RGSt 70, 257 (259); BGHSt 7, 325 (329); 38, 32; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld, Gieseking, 11. ed., 2003, p. 477 y ss.; Cramer/Sternberg-Lieben, en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, München, C.H. Beck, 26. ed., 2001, § 15, núm. marg. 55; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, Vahlen, 4. ed., 2002, p. 478; Fischer, en Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München, C.H. Beck, 52. ed., 2004, § 16, n. marg. 7; Wessels/Beulke (nota 9), p. 311 y ss.

25. Así, explícitamente para tal caso, Roxin (nota 9), p. 311 y ss.

26. Jakobs (nota 9), p. 226.

circunstancias que hacen que el riesgo creado por el autor sea no permitido. En el caso del ejemplo, el comportamiento de A se convierte en no permitido porque ha aumentado de manera relevante la posibilidad de que B muera como consecuencia de la lesión de una bala de escopeta. Sin embargo, en el desarrollo ulterior del acontecer, a este riesgo le sigue el estado permitido de una estancia en el hospital; ser atendido médicamente en un hospital no constituye un riesgo no permitido. Para la explicación causal de la producción de la muerte, solamente es necesario que, además, en el momento del comienzo del incendio, B, sea por el motivo que fuere, se encuentre en el hospital. Así pues, entre el riesgo originariamente introducido mediante el tiro de escopeta y la efectiva producción de la muerte mediante intoxicación por el humo no existe una concatenación generalmente válida de modificaciones causales que sean no permitidas a causa de las condiciones introducidas por el autor. Según esta teoría, la estancia en el hospital interrumpe la posibilidad de la imputación objetiva. Los riesgos de una estancia en el hospital son riesgos generales de la vida con los que debe cargar cada paciente, siendo indiferente por qué motivo haya llegado al hospital.[27]

3. En el delito doloso, la construcción de una relación de riesgo objetiva solamente puede calificarse de inadecuada. Falta fundamentar que precisamente el riesgo del disparo es decisivo para la realización del tipo objetivo por A. Realmente, para la explicación causal de la producción de la muerte es necesaria toda una serie de circunstancias. Y no se podrá negar que la víctima no habría muerto si no se hubiera alojado en el hospital en el momento del atentado con bomba. En esa medida, la estancia en el hospital era para la víctima un riesgo no permitido adicional que el autor creó mediante la herida hecha con la escopeta. Por medio de cada circunstancia a través de la cual se causa un resultado, se crea, desde una perspectiva puramente objetiva, un riesgo no permitido para *esa* producción del resultado. Por ello, no existe ninguna posibilidad de entresacar del curso causal una combinación de condiciones y definirlas como riesgo decisivo de la imputación del resultado.

En esta medida, en el caso del ejemplo, no puede desempeñar papel alguno de qué manera haya introducido alguien una causa del riesgo de que B pueda morir mediante intoxicación por el humo. En especial, es irrelevante si esta causa ha sido o no introducida mediante un comportamiento que, considerado aisladamente, se presenta como un riesgo no permitido adicional. No implica ninguna diferencia si B fue al hospital porque A le disparó o porque A le dio el

27. Ídem, ibídem, con más referencias.

consejo amistoso de que se sometiera a una revisión médica profunda. En ambas variantes, A ha introducido una causa de que B muera en el incendio de una intoxicación por el humo. Solamente en el marco de otros niveles del análisis del delito pueden ser de importancia circunstancias que excluyen totalmente o en parte la punibilidad. Por ejemplo, puede faltar el dolo o la antijuricidad. Así, el último caso se daría si A hubiera disparado a B concurriendo los presupuestos de la legítima defensa.

4. Para ilustrar esta crítica a la exigencia de una relación objetiva de riesgo se modifica sólo un poco el caso del ejemplo. Supongamos que A ha *sabido* del atentado planeado y que, desde un principio, quiere herir a B sólo de manera leve, para que este último sea tratado en el hospital en el momento clave y muera en el atentado. Desde una perspectiva puramente objetiva, no hay ninguna diferencia entre este supuesto y el caso de partida. Por tanto, si la teoría de la imputación objetiva fuera correcta, en este caso tampoco se podría haber realizado el tipo objetivo del delito de homicidio, pues la diferencia solamente se da en el tipo subjetivo.

Sin embargo, en el segundo caso, no hay ningún motivo para castigar al autor solamente por tentativa, puesto que el curso objetivo del acontecer concuerda en su totalidad con su representación. Si A sabe que unos terroristas quieren cometer un atentado contra un hospital, no le está permitido provocar que nadie de ninguna manera se encuentre de buena fe en el hospital en el momento del atentado. Así, ni puede recomendar a alguien que se someta a examen médico, ni puede herirle con un tiro de escopeta. Haga lo que haga A, ello se presenta, teniendo en cuenta que sabe que se va acometer el atentado, como reclamo hacia una trampa peligrosa para la vida. Así, en el primer caso, la punibilidad por delito consumado tampoco puede fallar por falta del tipo objetivo, sino solamente por un error que excluye el dolo.

Esto conduce a que la pregunta de qué riesgo es decisivo para la imputación de un resultado no se pueda responder sin tener en cuenta la representación del autor. Con ello, la cuestión de si existe una relación de riesgo entre el comportamiento del autor y la producción del resultado no puede pertenecer al análisis del tipo objetivo, sino solamente a la imputación subjetiva.[28]

28. Cfr., también Hirsch, "Zur Lehre von der objektiven Zurechnung", en Eser/Schittenhelm/Schumann (eds.), FS Lenckner, München, C.H. Beck, 1998, p. 119; Arm. Kaufmann "'Objektive Zurechnung' beim Vorsatzdelikt", en Vogler (ed.), FS Jescheck, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 251; Lampe, "Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion", en Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (eds.), GS Arm. Kaufmann, Köln/Berlin/Bonn/München, Heymanns, 1989, p. 189.

6. RELACIÓN DE RIESGO E IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. Además, si la construcción de una relación de riesgo se tiene en cuenta en la imputación subjetiva a título de dolo, se puede solucionar una serie de problemas. A continuación se selecciona uno de ellos y se aclara de la mano de un ejemplo:[29] con intención de matar a su víctima, el autor la empuja desde un puente alto que se tiende sobre un amplio río. Creyendo que su víctima no es nadadora, piensa que ésta se ahogará en el río. Sin embargo, en realidad, la víctima muere porque, al caer, se golpea contra la base de uno de los pilares del puente y se rompe la nuca.

Desde luego, está claro que en este caso el autor ha cometido una tentativa de homicidio. Sin embargo, se discute si se le puede imputar el resultado a título de dolo. Por un lado, se niega una imputación del resultado a título de dolo y, con ello, un delito consumado de homicidio, porque entre el riesgo que se ha realizado objetivamente en el resultado –el riesgo del golpe mortal– y el riesgo que se ha representado el autor –el riesgo de ahogarse– no hay identidad.[30] En cambio, la jurisprudencia y la doctrina dominante afirman la imputación del resultado a título de dolo si, como en el caso del ejemplo, la desviación del curso causal real respecto al representado queda todavía dentro del marco de la experiencia de la vida y no requiere ninguna valoración adicional del hecho.[31]

2. Sin embargo, estas dos soluciones apenas pueden convencer: la negación de la imputación del resultado resulta difícil de comprender, porque el autor sólo puede prever *ex ante* hasta el detalle un curso causal en casos excepcionales y, por otra parte, qué detalles pronostique acertadamente el autor es algo que depende más o menos de casualidades. Además, se privilegiaría al autor que planifica su hecho del modo más preciso posible y que no cuenta con determinadas circunstancias que, sin embargo, se producen, mientras que el autor que se conforma con la creación de un peligro global debería responder siempre por el resultado. Así, en el caso del ejemplo, el resultado debería imputársele al autor si empujó a su víctima desde el puente suponiendo de manera no concretada de que la víctima ya "encontraría" la muerte de alguna manera.

La opinión dominante no parece estar sujeta a esta objeción, pues aquella hace que la imputación del resultado a título de dolo dependa de una consideración valorativa según el criterio de la experiencia de la vida. Parece

29. Según Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 346.

30. Jakobs (nota 9), p. 295 s.

31. Cfr. BGHSt 23, 133 (135); BGH, NStZ, 2000, p. 29 (p. 30); más referencias en la nota 25.

que la cuestión de si quien es empujado desde un puente se ahoga o se golpea contra el fundamento de un pilar no afecta a la naturaleza del hecho y que, por ello, carece de importancia para la imputación del resultado. Sin embargo, esta conclusión es algo precipitada: si el dolo tiene como contenido la representación del curso causal que se hace el autor, a este último no se le puede imputar sin más como conocido algo que él no ha tomado en consideración o que incluso quería evitar, porque bien podría ser que, para el autor del caso del ejemplo, fuera importante que la víctima se ahogara, para poder hacer que el hecho pareciera un accidente ocurrido al nadar. Además, recurrir a una perspectiva valorativa resulta sumamente impreciso, porque no hay criterios precisos con los que se pueda comparar el curso causal representado con el real.

3. De esto se sigue que, en el caso del ejemplo, puede ser adecuado imputar al autor la muerte de la víctima a título de dolo. Sin embargo, esta imputación debe poder fundamentarse con precisión y de acuerdo con el fin de la responsabilidad por dolo. Para tal fundamentación se proponen los criterios de la relación de riesgo. Como ya se ha dicho, según la teoría de la imputación objetiva, hay una relación de riesgo cuando el autor crea un riesgo no permitido y los factores que hacen que el riesgo sea no permitido son necesarios para la explicación causal del resultado. Trasladada al tipo subjetivo, esta fórmula reza: el autor actúa dolosamente cuando considera su comportamiento tan arriesgado que, como ciudadano fiel al derecho que decide racionalmente, lo debería haber omitido en aras a la evitación del resultado. Entonces, según la fórmula de la relación de riesgo, si el resultado se produce, éste es imputable al autor a título de dolo precisamente en el caso en que los factores de riesgo conocidos por el autor sean necesarios para explicar causalmente el resultado.[32]

Aplicado al caso del ejemplo, esto significa que el autor que empuja a alguien desde un puente alto ocasiona con ello una situación que puede conducir de modos diversos a la muerte de la víctima: la víctima se puede ahogar, perder la consciencia al impactar con el agua, padecer un shock, golpearse contra una roca o contra el fundamento de un pilar del puente –y mucho más. Todos estos son cursos causales que pueden resultar de la caída desde el puente. Sin embargo, no desempeña papel alguno en cuáles de estos cursos causales piensa el autor y cómo de probables los considera en concreto, puesto que sabe suficiente respecto al riesgo de partida de la caída desde el puente, para omitir, como ciudadano que decide racionalmente, la acción de empujar. Puesto que para la explicación causal de la muerte concreta –ruptura de la nuca debido

32. En sentido semejante, Puppe (nota 29), p. 549 y ss.

al golpe contra el fundamento del pilar– debe tenerse en cuenta el hecho de que la víctima fue empujada desde el puente, el riesgo que el autor conocía se ha realizado en el resultado. Por consiguiente, la muerte de la víctima le es imputable a título de dolo.

7. RESUMEN

Resumiendo las consideraciones anteriores en pocas palabras: un resultado no es objetivamente imputable en caso de que la causación efectiva de este resultado mediante el comportamiento del autor no contradiga el fin de protección de la norma. Y este es solamente el caso de la disminución del riesgo y de la asunción autor responsable del riesgo por parte del lesionado. En todos los demás supuestos, la teoría de la imputación objetiva o bien conduce a conclusiones inadecuadas o bien mezcla elementos del tipo objetivo y del subjetivo. En cambio, si se separan con exactitud los elementos objetivos del hecho de aquellos que son subjetivos, queda claro que el criterio de la relación de riesgo es un instrumento adecuado para fundamentar en el tipo subjetivo del delito doloso la imputación de un resultado a título de dolo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A teoria da imputação objetiva, de Claus Roxin – *RBCCrim* 38/11;
- O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva, de Luyla Cavalcante de Souza – *RBCCrim* 66/77;
- Relação de causalidade e imputação objetiva do resultado, de Danielle Souza de Andrade e Silva – *RBCCrim* 43/109; e
- Teoria da imputação objetiva do resultado: uma abordagem crítica, de Luiz Régis Prado – *RT* 798/445.

- A imputação objetiva no direito penal brasileiro, de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, coordenada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, vol. 1, p. 253.

LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE UN APARATO DE PODER COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PASADO

7

Indirect perpretation through an organized structures of power as an instrument for the legal elaboration of the past

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España).

ÁREA DO DIREITO: Internacional

RESUMEN: La teoría de la autoría mediata por control de aparato de poder elaborada por Claus Roxin en 1963 ha sido utilizada por algunos Tribunales nacionales, principalmente en Argentina y Perú, pero también en Alemania tras la caída del Muro de Berlín para castigar a los responsables y jefes militares por los crímenes cometidos por el aparato de poder que controlaban durante los regímenes dictatoriales. En el presente artículo se muestran las ventajas e inconvenientes que tiene esta teoría como instrumento para la elaboración jurídica del pasado.

PALAVRAS CLAVE: Autoría mediata por control de aparato de poder – Elaboración jurídica del pasado – Responsabilidad penal de los dirigentes políticos por los crímenes cometidos por el aparato estatal.

ABSTRACT: The notion of indirect perpetration through an organized structure of power created by Claus Roxin in 1963 has been used in some Latin American courts, namely Argentina and Peru, as well as in Germany after the fall of the Berlin Wall. The notion of indirect perpetration through organized structures of power has come to play a key both in portraying the criminal liability of senior political leaders and high military commanders that make use of the organizations that they control to affect the commission of the crimes and as an instrument for the legal elaboration of past dictatorships.

KEYWORDS: Indirect perpetration – Transitional Justice – Criminal liability of political leaders in state criminality.

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. La tesis de Roxin – 3. La aplicación de la tesis de Roxin en la jurisprudencia de los Tribunales nacionales – 4. La aplicación de la tesis de Roxin en los Tribunales Internacionales – 5. Resumen y conclusiones: la teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder como medio para la elaboración jurídica del pasado.

1. INTRODUCCIÓN

En 1962 cuando el entonces joven penalista Claus Roxin recién habilitado en la Universidad de Hamburgo quiso publicar una parte de su escrito de habilitación en la que desarrollaba su tesis sobre la "autoria mediata por dominio de un aparato de poder" como artículo independiente en la prestigiosa revista jurídica alemana *Juristenzeitung*, esta revista rechazó su publicación. Así estaban todavía las cosas en la República Federal de Alemania a principios de los años sesenta respecto a la elaboración jurídica del pasado régimen nacional socialista. Naturalmente, parece lógico que la tesis de Roxin de que en los pocos casos de este tipo juzgados por los tribunales alemanes, no había mera complicidad sino autoría directa de los ejecutores y mediata de los jefes y cargos intermedios burocráticos del aparato de poder de las SS, no gustara mucho en una época en la que la jurisprudencia alemana seguía aferrada a una teoría subjetiva de la participación, según la cual lo importante no era la intervención material en el hecho delictivo, sino el ánimo o voluntad con la que se actuaba, de forma tal que si el sujeto que llevaba a cabo el hecho delictivo lo hacía siguiendo las órdenes impartidas por otro y no en su propio interés, es decir, con lo que se denominaba con la expresión latina *animus socii*, todo lo más podía responder como mero cómplice con las consecuencias que ello representaba en orden a la aplicación de una pena, que conforme al Código Penal alemán puede ser en casos de delitos graves una pena de prisión de escasa duración que podía incluso ser suspendida condicionalmente.

Tras la permanencia de esta vieja jurisprudencia que perduró todavía mucho tiempo después de la II Guerra Mundial estaba, aunque no se reconociera expresamente, la idea, no creo que inocente, de elaborar y liquidar el pasado nacionalsocialista de muchos de los que habían intervenido directamente en los atroces hechos que durante el régimen nacionalsocialista dieron lugar al Holocausto y al asesinato de millones de personas en los Campos de Exterminio, haciendo borrón y cuenta nueva, aplicando, en los pocos casos en que se aplicaron, penas meramente simbólicas que ni siquiera llegaron a ser cumplidas.

Pero sobre todo hay que tener en cuenta que en el momento en el que Roxin escribía su artículo y su escrito de habilitación a principios de los años

60 del pasado siglo, ocupaba la primera página de los medios de comunicación internacionales el "caso de Adolf Eichmann", un antiguo miembro de las SS, que había intervenido en la reunión que tuvo lugar en Wannsee, en Berlin a principios de los años 40, en la que se decidió el exterminio de la población judía, encargándose él como mero burócrata (*Schreibtischtäter*) de organizar el trasporte de miles de judíos a los Campos de Concentración y de Exterminio donde eran asesinados en las cámaras de gas o morían como consecuencia de las malas condiciones en las que vivían, sometidos a trabajos forzados, malos tratos, deficiente alimentación etc. El citado Eichmann había conseguido huir tras la Guerra a Buenos Aires, donde vivió con nombre supuesto durante varios años hasta que fue detenido ilegalmente por un comando israelí, que lo trasladó secretamente a Israel donde fue juzgado, condenado a muerte y ejecutado. En aquel proceso, que despertó y aún hoy despierta gran interés, tanto el abogado de Eichmann, el Dr. Servatius, y buena parte de la opinión pública alemana, consideraban que Eichmann no tenía ninguna responsabilidad, puesto que jamás había intervenido en la ejecución directa de aquellos hechos y su labor se había limitado a la de ser un mero burócrata organizando el trasporte a los Campo de Concentración de los miles de judíos que eran detenidos en muchos lugares y ciudades del Este de Europa, alegando que lo que después se hiciera con ellos no era de su incumbencia. En todo caso, lo más que podían admitir era, conforme a la teoría subjetiva de la participación, la tesis de la complicidad.

Parece, pues, lógico que en aquel ambiente de olvido intencional, de amnesia, que se pretendía que fuera colectiva, del pasado nacionalsocialista, el artículo de Roxin no tuviera muy buena acogida y fuera rechazada su publicación por la revista *Juristenzeitung* En el fondo, se trataba también de una forma especial, jurídicamente refinada, de "elaboración del pasado", bien negándolo, bien minimizando su importancia.

Hubo que esperar hasta 1994, tras la caída del Muro de Berlin y la consiguiente Reunificación alemana, para que la jurisprudencia alemana, en una sentencia del Tribunal Supremo condenara a los ex dirigentes de la antigua República Democrática Alemana por los asesinatos u homicidios de quienes durante la etapa de la Guerra Fría intentaron pasar a la República Federal de Alemania saltando el Muro que dividía la ciudad de Berlin y cayeron acribillados por los disparos de los Guardias fronterizos, que obedecían las órdenes que les daban sus superiores. Para fundamentar esta condena, el Tribunal Supremo alemán recurrió por primera vez en su historia a la teoría que Roxin había expuesto 30 años antes, abandonando la teoría subjetiva de la participación, admitiendo que además de la autoría directa de los guardias fronterizos que realizaron

los disparos, había una autoría mediata de los dirigentes que impartieron las órdenes de disparar a quienes intentaban huir a la otra Alemania.

En este cambio jurisprudencial se trasluce sin duda algo más que un mero cambio en la elaboración dogmática de la teoría de la autoría. Cualquier que sea la opinión que se tenga ahora respecto a la tesis de la autoría mediata propuesta por Roxin, no cabe duda de que en esta nueva orientación jurisprudencial se reflejaba también una forma de "elaboración jurídica del pasado" diferente a la que se había realizado en los años 60 en relación con el pasado nacionalsocialista. La teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder se convertía así no sólo en un instrumento jurídico perfectamente idóneo para exigir responsabilidades penales a los dirigentes de un régimen dictatorial por los crímenes cometidos pos sus subordinados siguiendo sus órdenes y un plan preconcebido, sino también en un medio a través del cual podía elaborarse el pasado más reciente de la historia alemana.

Mientras tanto, la teoría de Roxin, como tantas otras de sus construcciones y de otros autores representativos de la Dogmática alemana, no sólo había trascendido del ámbito alemán a los de otros países cuya doctrina está especialmente vinculada a la Dogmática alemana, sino también a algunas decisiones jurisprudenciales de los tribunales de estos países que la han utilizado como un medio especialmente idóneo para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos por los regímenes dictatoriales que dominaron en esos países, y también como un instrumento para la elaboración jurídica del pasado. Pionera en esta dirección fue ya una trascedente decisión de la Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires[1] en la que se condenó a los máximos responsables de la Dictadura argentina, bajo cuyo mandato se cometieron graves violaciones de derechos humanos, asesinatos, torturas, secuestros, desapariciones y adopciones ilegales de los hijos de las personas asesinadas.

Efectivamente, con fecha 09.12.1985, la citada Cámara condenó a los Comandantes de las Juntas Militares argentinas que entre 1976 y 1983 gobernaron de forma dictatorial el país, como responsables de los crímenes cometidos por patrullas del ejercito, policiales y parapoliciales, contra miles de ciudadanos (supuestos miembros de grupos radicales de izquierda opuestos

1. Fallos CS tomo 29, I-II, p.36-1657. El texto de esta sentencia y la de la Corte Suprema citada en nota siguiente, se puede ver en Internet [www.derechos.org/nizkor/arg/causa13], con índices elaborado por el Equipo Nizkor. Agradezco a Verónica Yamamoto su valiosa ayuda en la búsqueda del material jurisprudencial, legal y doctrinal argentino en relación con este tema.

a la Dictadura militar, o simplemente considerados subversivos, a los que detuvieron ilegalmente, torturaron y en muchos casos hicieron desaparecer o asesinaron). Entre asesinados y desaparecidos se cuentan unos 18.000, según las cifras oficiales; y unos 30.000, según otras fuentes. Esta sentencia fue luego en parte confirmada por la Corte Suprema argentina el 20.12.1986,[2] aunque siguiendo una distinta fundamentación jurídica.

Independientemente de los avatares que luego se sucedieron y que motivaron que los condenados en estas resoluciones judiciales consiguieran librarse de las largas penas privativas de libertad a las que fueron condenados, en base a una discutida "Ley de Punto Final" que luego veinte años más tarde fue declarada inconstitucional por la misma Corte Suprema,[3] interesa ahora analizar desde el punto de vista dogmático los criterios en que se apoyaron los mencionados tribunales para fundamentar sus sentencias condenatorias, tanto en el caso del Tribunal Supremo alemán, como en el del Tribunal argentino.

Tratándose, como suele ser habitual en estos casos, de sujetos que no intervinieron directamente en la fase ejecutiva de los crímenes de los que eran acusados, lo primero que se plantearon entonces los Tribunales argentinos que juzgaron el caso, fue si las concepciones tradicionales sobre la autoría dominantes en la doctrina y la jurisprudencia argentina en aquella época eran aplicables a este tipo de casos.

---

2. Fallos CS, t. 39 II, p.1689-1923. Sobre estas sentencias y sus fundamentos jurídicos véase SANCINETTI, Marcelo, *Derechos humanos en la Argentina posdictatorial*, 1988; SANCINETTI, Marcelo; FERRANDO, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1999; NINO, Carlos. *Juicio al mal absoluto, prólogo de Raul Alfonsín*, Buenos Aires 2006 (trad. del orginal en inglés, *Radical evil on trial*, 1996); MAIER, Julio, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107, 1995, p. 146 ss.; DONA, Edgardo Alberto, El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid 2001, p. 545 ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, parte general*, 2. ed. Buenos Aires, 2002, p .779 s.

3. Al respecto, véase Malamud, Jaime, Game without end, Oklahoma 1996; NINO, Carlos, Juicio al mal absoluto a. cit., 261 ss.; y los trabajos de PARENTI, Pablo, *La persecuzione penali di gravi violazioni dei diritti umani in Argentina.* A 25 anni dal ritorno della democracia; Mazarino, Ezequiel. Il volto represivo della recente giurisprudenza argentina sille grave violazioni dei diritti umani. Un´analisi della sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione del 13.08.2005 nel caso Simón; PASTOR, Daniel, Processi penali sólo per conoscere la veritá? L´esperienza argentina; en Il superamento del passato e il superamento del presente, La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana, a cura di Emanuela Fronza e Grabiele Fornasari, Universitá degli Studi di Trento, 2009.

El punto de partida era un concepto objetivo-formal de autoría, según la cual, autor sólo es quien realiza o interviene directamente en la ejecución del delito.[4] Con este concepto no cabe duda que quedan fuera del ámbito de la autoría los que preparan, planifican, dirigen, organizan, inducen o de algún otro modo cooperan a la realización del delito, sin intervenir directamente en su ejecución. Pero inmediatamente hay que decir que ello no significa para esta concepción de la autoría que estos sujetos queden impunes o se beneficien de una menor punibilidad, pues, como en otros muchos Códigos Penales, también en el art. 45 del Código Penal argentino se castiga con la misma pena que al autor propiamente dicho al inductor, al que la doctrina clásica llamaba autor moral o intelectual, y al cooperador necesario, es decir, a los que cooperan a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera cometido. De ahí que finalmente tanto la Cámara como la Corte Suprema recurrieran a este último precepto para fundamentar legalmente sus sentencias condenatorias.[5]

Pero, aunque desde el punto de vista de la gravedad de la pena, tanto el inductor, como el cooperador necesario son castigados con la misma pena que el que ejecuta directamente el delito, parece ciertamente insatisfactorio unificar conceptualmente formas de intervención en la realización de un delito que tienen diferente naturaleza. Así, por ejemplo, el inductor puede y debe ser

4. En el Fundamento séptimo la sentencia de la Cámara Federal argentina se hace una exposición de esta teoría y se citan los autores que en aquel momento la mantenían en la doctrina penal argentina (SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Bs. As. 1978, t. II, p. 244; NÚÑEZ, Carlos. *Derecho penal argentino*", Bs. As. 1960, t. II, p. 280; FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de derecho penal*. Bs. As. 1966, p. 414; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. Bs. As. 1980, p. 501; TERÁN LOMAS, Roberto. *Derecho penal*. Bs. As. 1980, t. II, p. 147; FIERRO, Guillermo. *Teoría de la participación criminal*. Bs. As. 1964, p. 211); aunque acto seguido reconoce que un sector más moderno asume la teoría del dominio del hecho, citando a este respecto a BACIGALUPO, Enrique. *La noción de autor en el Código Penal*. Bs. As. 1965, p. 45; TOZZINI, Carlos. El dominio final de la acción en la autoría y en la participación. en *Revista de Derecho Penal Criminología*, n. 3, p. 81. 1968; HERRERA, Lucio Eduardo. Autoría y participación, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 3, p. 342. 1971; SIERRA, Hugo M. La autoria mediata, en La Ley 1978-B-789; ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de derecho penal*. Bs. As. 1982, t. IV, p. 305). Sobre las distintas concepciones de la autoría, véase DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal penal*, Barcelona, 1991.

5. Dice así el art. 45 del Código Penal argentino: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo". Para más detalles véase infra 3.

castigado con la misma pena que el autor ejecutor, pero no cabe duda de que su intervención siempre es accesoria, en la medida en que viene condicionada por lo que haga el inducido, que incluso puede cometer un delito distinto, de mayor o menor gravedad que la del delito al que fue inducido, o incluso dejar de cometerlo o desistir cuando ya ha comenzado a ejecutarlo.[6]

Por otra parte, mucho de los casos llamados de "inducción" no son más que una forma de instrumentalización de personas irresponsables, generalmente inimputables, niños o enfermos mentales, pero también de personas que actúan correctamente, sin saber que están cometiendo un delito. Es evidente que en estos casos hay más que inducción y que el que verdaderamente controla la realización del delito, aunque no intervenga personalmente en su ejecución, es el que instrumentaliza al ejecutor, y, por tanto, aunque su intervención es indirecta o mediata, se trata de un verdadero autor. De ahí que para fundamentar la punibilidad de este tipo de sujetos, la doctrina alemana elaborara el concepto de autoría mediata (*mittelbare Täterschaft*), aplicando la teoría del "dominio del hecho", que obviamente en estos casos tiene el llamado autor mediato, cuya relación con la realización del delito es sin duda más estrecha y similar a la autoría propiamente dicha que a la inducción.[7]

Algo parecido sucede con la cooperación necesaria, que supone que el sujeto que coopera en la realización del delito no interviene directamente en su ejecución, por lo que su contribución en cierto modo también depende de la acción del ejecutor. Pero también aquí nos encontramos con un supuesto de cooperación de tanta importancia que sin ella el delito no podría haberse llevado a cabo, con lo que difícilmente se puede decir que se trata de una participación meramente secundaria o accesoria de la del autor ejecutor. De ahí que también en muchos Códigos penales, como el argentino o el español,[8] se

6. Sobre estos supuestos de desviación entre el inductor y el inducido, véase GÓMEZ RIVERO, Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Valencia, 1995.

7. La figura de la autoría mediata ha tenido general acogida en la doctrina penal de habla española e incluso expresamente en los Códigos Penales de muchos países latinoamericanos. En el art. 28 del Código Penal español de 1995 se dice expresamente que es autor, además del autor directo y el coautor, quien realiza el hecho "por medio de otro del que se sirve como instrumento".

8. La figura de la cooperación necesaria se recoge en el art. 28, *b)*, del Código Penal español, que también considera autores, además de al inductor, a "los que cooperan a su ejecución con un acto con un acto sin el cual no se habría realizado". Esta ampliación del concepto de autor, incluyendo la figura de la cooperación necesaria junto con la de la inducción, ha llevado a un sector de la doctrina española a decir que la misma no es propiamente autoría en sentido estricto; aunque algún sector considera que si

le castigue expresamente con la misma pena que al autor ejecutor, y que, bajo determinados presupuestos, igualmente aplicando la teoría del dominio del hecho, se le pueda considerar coautor, ya que la necesidad de su cooperación, independientemente del criterio que se elija para medir o determinar esa "necesidad", implica un control sobre el acto de similar importancia al que tiene el autor ejecutor.

Por todo ello y aplicando la teoría del dominio del hecho, que fue elaborada conforme a los postulados de la teoría final de la acción por el penalista alemán Hans Welzel,[9] y luego desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemanas, se

---

el cooperador necesario interviene luego en la fase ejecutiva sí puede considerársele como coautor; véase, por todos, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. *La responsabilidad penal del coautor*. Valencia, 2001. En mi opinión (cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. en: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*. 8. ed., Valencia, 2010, p. 438), la cooperación necesaria puede también constituir coautoría, definida en el art. 28 1. como realización "conjunta" del hecho, en la medida en que implique un dominio funcional del hecho en base a un reparto de roles, en el que unos realizan actos ejecutivos y otros de preparación u organización, conforme a un plan previamente acordado. En mi opinión, la otra forma de cooperación necesaria a que se refiere expresamente el art. 28, *b)*, del Código Penal español, y que por tanto no entra en el concepto de coautoria, sólo es aplicable a casos aislados en los que sin concertación previa y sin un plan previamente establecido entrega, por ejemplo, un arma a quien en ese momento está metido en una pelea con otro contendiente al que mata con esa arma. En este supuesto el cooperador necesario recibe también la misma pena que el ejecutor, pues igualmente se le considera autor, pero su contribución no puede calificarse de coautoría, al faltar el primer requisito de la misma: el acuerdo previamente establecido conforme a un plan entre los distintos intervinientes. La cooperación no necesaria constituye sólo complicidad, definida en el art. 29 del Código Penal español como la cooperación "a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos", que no se hallen comprendidos en el artículo anterior (es decir, en el art. 28). La pena aplicable al cómplice es, conforme dispone el art. 63 del Código Penal español, "la inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito". De ahí que en la práctica, el problema principal que se plantea en la jurisprudencia española sea la distinción entre autores y cómplices, y no la inclusión de una determinada participación en el delito en alguna de las formas de autoría previstas en el art. 28. Sobre los distintos criterios utilizados en la doctrina y jurisprudencia para diferenciar entre cooperación necesaria y complicidad, véase LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia, 1997; PÉREZ ALONSO. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*. Granada, 1996.

9. Las primeras referencias a la misma se encuentran ya en su artículo, Studien zum System des Strafrechts, publicado en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1939, t. 58, p. 491 ss., posteriormente fue acogida y matizada en su Lehrbuch des Strafrechts, hasta su última edición, la 11, 1969.

ha llegado ahora a una concepción de la autoría propiamente dicha, que distingue tres clases o formas de aparición de la misma: la autoría individual, la coautoría y la autoría mediata; siendo común a todas ellas que los sujetos que pueden incluirse en alguna de estas categorías tienen un efectivo control o dominio sobre la realización del delito, aunque en algunos casos, como principalmente sucede en la autoría mediata, pero también según mi concepción[10], en la coautoría, no intervengan directamente en la ejecución del mismo.

Fuera del concepto de autoría propiamente dicha quedan otras formas de intervención en el delito, calificadas como *participación*, en la que los sujetos, aunque pueden ser castigados con la misma pena que el autor propiamente dicho, no dominan la realización del delito, quedando su participación supeditada a lo que hagan el autor o autores propiamente dichos. Estos casos de participación en el delito que no son de verdadera autoría, son la inducción y la complicidad.

Actualmente, la distinción entre las diversas formas de autoría y la participación en el delito es generalmente aceptada en la doctrina alemana y en la de otros muchos países de su área influencia (principalmente España, Portugal y la de casi todos los países latinoamericanos), aunque dentro de la misma se han ido desarrollando variantes y correcciones que sin cuestionar la distinción de referencia, profundizan y matizan estos conceptos. Una de las aportaciones más importantes realizadas en los últimos 50 años por la Ciencia penal alemana en esta materia fue sin duda la fundamental y genial aportación de Claus Roxin, quien en su obra de principios de los años 60 del siglo pasado sobre Autoría y dominio del hecho, trazó nuevos caminos para fundamentar la autoría en general, y especialmente en los supuestos que constituyen el objeto principal de nuestra contribución, para determinar la responsabilidad de los dirigentes políticos y altos cargos militares por crímenes cometidos dentro de un sistema o aparato de poder por sus subordinados.

2. La tesis de Roxin

Como se acaba de decir, en 1963, Claus Roxin acuñó, en su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* su teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados.[11] Y todavía en el mismo año, escribió un artículo, que

10. Véase Muñoz Conde, Francisco en Muñoz Conde; García Arán, *Derecho penal, parte general* cit.

11. Cfr. Roxin. Täterschaft und Tatherrschaft, 1. ed. 1963, pp. 242 ss. (esta primera edición es la que se toma aquí como referencia y punto de partida de los siguientes

en parte coincidía con uno de los capítulos de su libro y que, como se ha dicho antes, fue rechazado para su publicación por la Revista *Juristenzeitung* y publicado posteriormente en el *Goltdammer's Archiv*.[12]

Punto de partida de esta teoría son las dificultades que presenta la teoría tradicional para fundamentar la autoría de los dirigentes de los aparatos de poder organizados por los delitos cometidos por miembros de los mismos.[13] Para poder superar estas dificultades, Roxin desarrolla una nueva concepción

---

comentarios) (Esta obra ha alcanzado ya 8 ediciones, en las que se mantiene el texto original, pero se le han añadido apéndices en los que se informa sobre el reflejo que la misma ha tenido en la teoría del derecho penal y en la jurisprudencia, tanto alemana, como la de otros países. Hay traducción española de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Autoría y dominio del hecho, Madrid, 2000).

12. Cfr. ROXIN. *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, Goldtdammers'Archiv, 1963, pp. 193-207 (véase la versión al inglés de este artículo contenida en Journal of International Criminal Justice, t. 9, n. 1, 2011, en el que se recogen además diversos comentarios de distintos autores sobre la aplicación de esta teoría por los Tribunales penales nacionales e internacionales). Posteriormente, Roxin ha publicado varios artículos en el que actualiza y en parte matiza algunas de las tesis mantenidas en su primer artículo; véase, por ejemplo, su contribución Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, en Festschrift für Grünwald, Baden-Baden 1999, p. 549 ss. De este trabajo hay una versión traducida al español, véase ROXIN, en: FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLO (edits.). *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, Huelva 1999, p. 91 ss. También hay otro trabajo posterior de Roxin. El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista Penal*, 2006. Algunas de estas traducciones al español se han publicado también en diversas revistas especializadas en diversos países latinoamericanos. Para una exposición resumida de la tesis y de las opiniones divergentes a la misma, véase ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. II, 2003, p. 17 ss. Más recientemente, 2012, ha publicado un nuevo artículo en la revista Goltdammer's Archiv, en el que además de mantener la tesis originaria ya expuesta cincuenta años en la misma revista, responde a las críticas que contra la misma se han formulado en estos años, véase ROXIN. *Zum neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, GA 2012, p. 395 ss. Según el mismo Roxin menciona este artículo ha sido traducido al español y publicado en diversas revistas de Argentina, Perú y Colombia, a las que no he tenido acceso.

13. Täterschaft, p. 243: "Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como las que aquí se analizan, no pueden comprenderse adecuadamente únicamente con los criterios del delito individual (...). De aquí que se deduzca que las figuras jurídicas de la autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida del delito individual, no pueden ajustarse a un suceso colectivo de esta índole, si se les contempla como fenómeno global (...). Pero eso no nos exime de la obligación de considerar las conductas de

de la autoría mediata en la que, a diferencia de la concepción tradicional, que sólo admite esta figura cuando el sujeto que ejecutar el delito es un mero instrumento no responsable del delito que comete, también la aplica cuando el ejecutor del hecho es plenamente responsable. Y frente a la tesis subjetiva mantenida todavía en aquella época por la jurisprudencia alemana según la cual autor solo era quien tenía *animus auctoris*, independientemente de su intervención material en el hecho, mientras que el que solo tenía *animus socii* todo lo más podía ser considerado como cómplice, aunque interviniera materialmente en la ejecución del hecho,[14] Roxin argumenta con la teoría

---

los participantes a título individual en tales acontecimientos también desde el punto de vista dogmático del delito individual".

14. Cfr., por ej., BGH 18, 87: Caso Stachynskij (en este caso se condena como complice al Agente del Servicio secreto soviético que mató a otro con un arma envenenada, considerando que meramente actuaba siguiendo las instrucciones de dicho Servicio secreto y no en propio interés). Según la teoría subjetiva, dada la equivalencia causal de todas las contribuciones en la realización de un delito, la diferenciación entre autoría y participación debe hacerse según la intención o ánimo que tuviera el sujeto en cuestión; si ésta era la de ser autor (*animus auctoris*) entonces el sujeto se consideraba autor; pero si su intención era la de ser mero partícipe (*animus socii*) entonces el sujeto sólo podía ser considerado como partícipe y dentro de esta categoría incluso como mero cómplice (para una exposición de esta teoría véase Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil cit., t. II, p. 14 s.). Esta teoría es criticable no sólo por los problemas probatorios que plantea, sino también porque al no tener en cuenta la contribución material en la realización del delito, permite imponer, por ejemplo, la pena del cómplice (mucho menor que la del autor) a sujetos que habiendo ejecutado directamente el delito en cuestión (a veces graves crímenes como asesinatos), lo hacían sin interés directo o propio, sino como servidores o por encargo de otros que eran los que tenían el ánimo de los verdaderos autores. La supervivencia de la tesis subjetiva en la jurisprudencia alemana tras la Segunda Guerra Mundial determinó, sin embargo, que muchos autores materiales de los crímenes cometidos en los Campos de Concentración nazis, fueran condenados, las pocas veces que lo fueron, con la pena del cómplice y pronto puestos en libertad (véase la critica a esta jurisprudencia en Just Dahlmann; Just, Die Gehilfen, Frankfurt am Main, 1988). La crítica que Roxin formuló en su artículo de 1963 (véase supra nota 12) no sólo se dirigía contra la tesis subjetiva en general, sino también especialmente contra la calificación como cómplices de los llamados "delincuentes de escritorio" (*Schreibtischtäter*) que, como en el caso de Adolf Eichmann, decidían desde sus despachos el destino de miles y miles de judíos que eran mandados a los diversos Campos de Concentración y/o de Exterminio. No deja de ser, por tanto, sorprendente que en aquella época un monografista español, muy apegado por lo general a otras tesis de Roxin, se apartara en el caso Eichmann claramente de su posición y la criticara, manteniendo que el tal Eichmann todo lo más podía ser considerado como cómplice de los millones de

del dominio del hecho que, en su opinión, también debía aplicarse aquí para comprender materialmente las particularidades de estos casos y poder fundamentar el castigo por autoría (mediata) del que sin intervenir directamente en la ejecución material del hecho tenía el dominio del aparato de poder. A este respecto decía acertadamente Roxin que "el fundamento para ello no puede basarse en las especiales actitudes anímicas del que da las órdenes, sino en el mecanismo de funcionamiento del aparato, en cuyo marco se actúa".[15] Y en este sentido destaca tres elementos que, en su opinión, son los que deben estar presentes para aplicar su nueva concepción de la autoría mediata:

– El primer elemento de este mecanismo funcional es, para Roxin, el *dominio de la organización*.[16]

---

asesinatos llevados a cabo en los campos de concentración nazi, de cuya estructura burocrática y funcionamiento él era uno de los principales responsables (véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid 1966, p. 176 ss, 187 ss, especialmente p. 197, donde dice: "Si la actividad de Eichmann se mantuvo dentro del marco de la llamada "solución final", su conducta, a pesar de la alta posición que ocupó en el aparato de poder, sólo sería de complicidad en cada una de las muertes perpetradas"). Si se tiene en cuenta que, conforme al parágrafo 49, 1 del Código Penal alemán, la pena del cómplice en este caso puede ser de prisión de tres años, mientras que la del autor es de prisión perpetua, no cabe duda que, de hecho, con la calificación de complicidad y la aplicación de la libertad condicional y de otros beneficios penitenciarios, la condena de Eichmann, en el caso de que hubiera sido juzgado por un Tribunal alemán y éste hubiera seguido la tesis de Gimbernat, habría sido puramente simbólica. La calificación de complicidad en este caso habría sido además especialmente escandalosa, porque el tal Eichmann fue uno de los que el 20.01.1942 asistió a una reunión con otros importantes dirigentes nazis a orillas del lago Wannsee en Berlin, en la que se acordó la llamada "solución final de la cuestión judía", es decir, el exterminio de millones de judíos en los Campos de Concentración nazis (véase ROSEMAN, Mark. La villa, el lago, la reunión, La conferencia de Wannsee y la "solución final", Barcelona, 2001, trad. de Claudio Molinari del original inglés "The Villa, the Lake, the Meeting"). A la vista de ello, es difícil entender que alguien pueda mantener que la posterior conducta de Eichmann, "en la medida en que se mantuvo dentro del marco de la llamada "solución final" (*sic* Gimbernat), se deba calificar de mera complicidad. Desde luego, no fue de esta opinión el Tribunal de Jerusalen, que calificó a Eichmann como coautor y lo condenó a la pena de muerte (sentencia del Jerusalem District Court, de 12.12.1961, confirmada por la Supreme Court de 29.05.1962).

15. Täterschaft, p. 244.

16. Täterschaft, p. 248: "Si como punto de partida nos dejamos llevar, sin un análisis más detallado, de una comprensión cotidiana del concepto de "dominio del hecho", se nos pone inmediatamente de relieve, que un alto funcionario encargado de organizar el asesinato de los judíos o la dirección de un servicio secreto que ordena un atentado

– Un segundo factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos, era, para Roxin, la *fungibilidad del ejecutor*. Es decir, el ejecutor debe ser "libremente intercambiable".[17]

– Finalmente añadía un tercer elemento que denominaba como "limitación del dominio de la organización a aparatos al margen del Derecho".[18]

Esta ampliación del concepto de autoría mediata propugnada por Claus Roxin no tuvo al principio una buena acogida en el ámbito doctrinal alemán, en parte, porque ésta seguía aferrada al concepto tradicional de autoría mediata que exige que el instrumento ejecutor sea irresponsable del delito;

político dominan la producción del resultado de una manera distinta a como lo hace un inductor. Nadie dudaría en atribuir al que da las órdenes una posición clave en el hecho en su conjunto, que no puede equipararse a la posición del que da las órdenes en los casos de criminalidad "habitual (...) de un modo general se puede decir: quien está conectado con un aparato organizativo en cualquier lugar y de una manera que pueda impartir órdenes a sus subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que tiene, si emplea sus facultades para que se cometan hechos punibles; siendo irrelevante que actúe por propia iniciativa o en interés o por encargo de más altas instancias. Pues para su autoría lo único importante es la circunstancia de que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida, sin tener que confiar a otros la realización del delito".

17. Täterschaft, p. 245: "En este grupo de casos (...) no falta la libertad y la responsabilidad del ejecutor inmediato, que debe ser castigado como autor de propia mano culpable. Pero estas circunstancias son para el dominio del hombre de atrás irrelevantes, porque desde su posición el ejecutor no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como una figura intercambiable y anónima. El ejecutor, por más que no pueda ser desconectado del dominio de la acción, no es más en todo momento que un engranaje sustituible en el conjunto del aparato de poder, y esta perspectiva es lo que hace que el hombre de atrás ocupe también junto a él el centro del suceso".

18. Täterschaft, p. 249: "De la estructura de la organización se deduce, que ésta sólo puede existir allí donde el aparato actúa como un todo al margen del Ordenamiento jurídico. Pues en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se sientan vinculados a un Ordenamiento jurídico independiente de ellos, no puede tener la orden de realizar acciones punibles el efecto de un dominio del hecho, ya que las leyes tienen un valor jerárquico superior, excluyendo en el caso normal la realización de mandatos antijurídicos y con ello el poder configurador de la voluntad del hombre de atrás". Un cuarto elemento que posteriormente añadió a su tesis, en el que consideraba que el ejecutor material debería tener una "elevada disponibilidad a ejecutar el hecho", lo ha abandonado posteriormente en el trabajo anteriormente citado publicado en GA 2012, p. 412, considerando que esa elevada disponibilidad "ciertamente existe, pero que no es un presupuesto autónomo del dominio de la organización, sino que se deriva de los tres anteriores elementos".

en parte también porque, como ya se ha dicho, tenía una relación directa con el caso Eichmann y con la responsabilidad de los dirigentes nazis y de los integrantes del aparato de poder que constituían las SS en los crímenes contra la Humanidad y el Holocausto, temas sobre los que entonces la Dogmática penal alemana prefería no hablar o hablar lo menos posible y no enfrentarse directamente a una jurisprudencia[19] que, en las pocas veces en que se ocupó de

19. Un ejemplo concreto de esta jurisprudencia se estudia en profundidad en la monografía de Katrin Stoll, Die Herstellung der Wahrheit, Strafverfahren gegen ehemalige Angehörige der Sicherheitspolizei für den Bezirk Bialystok Berlin 2012, Esta extensa y documentada monografía que constituyó la tesis doctoral de su autora tiene como base el proceso penal que se llevó a cabo entre 1967 y 1969 en la ciudad alemana de Bielefeld contra algunos miembros de la Policía nazi de seguridad del Distrito polaco de Bialystok acusados de haber ordenado y dirigido la deportación en 1943 de más de cien mil judíos que vivía en aquella zona a los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinkla, donde fueron asesinados. Además algunos de ellos fueron también acusados de haber cometidos hechos individuales de homicidios, robos, detenciones ilegales etc., tales como el fusilamiento de cien hombres, mujeres y niños judíos en un acto de represalia porque el día antes un padre de familia para evitar que se llevaran a su mujer vertió ácido sobre la cara de uno de los soldados que fueron a detenerla, y de otros muchos que ofrecieron resistencia individual o colectiva en el levantamiento que hubo en el Ghetto de Bialystok en el verano de 1943, se ocultaron, o intentaron huir. El proceso terminó tras más de dos años de complicadas sesiones y búsqueda de material probatorio con la aplicación de penas relativamente leves, entre cinco y nueve años de prisión, a algunos de los principales responsables de la deportación, considerándolos, siguiendo la teoría subjetiva de la participación entonces todavía dominante en la jurisprudencia alemana, como meros cómplices, y dejando sin condenar, por falta de pruebas o porque se les consideró como meros homicidios y no asesinatos y se les aplicó la prescripción, porque se les consideraba como meros "excesos" individuales cometidos antes de la deportación como los homicidios y otros abusos, malos tratos etc., cometidos contra la población judía. En el capítulo III se ocupa de los problemas de carácter jurídico material y procesal que se presentaron a la hora de enjuiciar en la República Federal Alemana los crímenes de los nazis, como, por ejemplo, el argumento de que no era posible considerar como delito lo que conforme al derecho vigente en el momento en que se cometieron los hechos eran perfectamente legales e incluso de obligado cumplimiento. Aquí se ocupa Stoll de la discusión habida en los años sesenta en Alemania sobre si las órdenes que daba Hitler eran de obligado cumplimiento, pero también de la aplicación retroactiva de los nuevos plazos de prescripción o no prescripción de los delitos cometidos en la época nacionalsocialista. También en este capítulo se ocupa del tema, ya antes mencionado, de por qué se consideraba por la jurisprudencia de aquella época a quienes habían colaborado directamente en la ejecución de miles de personas como meros cómplices y no como verdaderos autores; y de si era correcto llamar como testigos a los que realmente habían sido

estos casos, llegaba todo lo más con la calificación de complicidad a imponer penas de escasa gravedad y puramente simbólicas. Pero esta actitud fue cambiando paulatinamente en Alemania, sobre todo tras la caída del Muro de Berlin y la subsiguiente Reunificación alemana, y la tesis de Roxin pronto fue acogida por la jurisprudencia del Bundesgerichtshof que la aplicó en el proceso llevado a cabo contra algunos Altos Cargos del Gobierno de la antigua República Democrática Alemana por las las muertes ocasionadas en el Muro de Berlin por los Guardias Fronterizos que dispararon a las personas que intentaron pasar a la República Federal de Alemania.[20]

Fuera de Alemania, la tesis de Roxin cada vez tuvo más partidarios, sobre todo en España, Portugal y numerosos países latinoamericanos, aunque también ha sido objeto de críticas. Por lo que respecta a la jurisprudencia,

---

autores de los hechos que se estaban enjuiciando (véase mi comentario bibliográfico a este libro en *Revista Penal* 2012).

Sobre la jurisprudencia alemana en relación con estos casos y sobre la actitud observada ante ella por los penalistas de la República Federal de Alemania en aquella época, los esposos Just-Dahlmann/Just escribieron un libro, *Die Gehilfen* ant. cit. , en el que entre otras cosas se informa en las pp.160 y ss., que se había enviado un cuestionario a todos los profesores alemanes de Derecho penal para que manifestaran su opinión respecto a esa jurisprudencia. A este cuestionario sólo contestaron nueve profesores (Karl Peters, Günther Spendel, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Geerds, Jescheck, Rüter, Roxin, Baumann). Algunos, los menos, expresaron su disconformidad con la escasa gravedad de las sentencias dictadas, pero casi todos declinaron hacer algún comentario por no tener conocimiento de los detalles o por considerar que los problemas de determinación de la pena (que es, en definitiva, lo que supone la calificación de cómplice) se sustraen a valoraciones generales. Muy interesante y reveladora es la respuesta que dio el entonces joven docente Claus Roxin, quien tras mostrar su disconformidad con dicho proceder jurisprudencial, se remite a su trabajo citado anteriormente, comunicando que lo ha enviado para su publicación a la revista Juristenzeitung, y que si ésta no lo publica lo remitirá a otra (efectivamente, apareció publicada en la revista Goltdammer's Archiv). El 12.09.2001, en una conversación privada mantenida por el autor de este trabajo con Roxin, durante un Congreso celebrado en Seúl, Corea, comentando el atentado ocurrido el día anterior en las Torres Gemelas de Nueva York, Roxin me comentó que es la única vez que un trabajo suyo ha sido rechazado para su publicación en una revista alemana. Posteriormente Roxin ha referido este episodio en un artículo recogido en la recopilación de varios sus trabajos, traducidos por Manuel Abanto, que se contiene en un volumen publicado en Lima (véase ROXIN. *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, 2007, p. 513, nota 1). También informan Just-Dahlman/Just (p. 174), de la actitud de Jürgen Baumann, quien se esforzó en vano por conseguir una toma de postura oficial de los profesores de Derecho penal en la Strafrechtlertagung de 1963.

20. BGHSt 40, 268.

también se ha aplicado en algunos casos muy importantes relacionados con la responsabilidad de dirigentes políticos y altos cargos militares por los crímenes ejecutados por miembros de los aparatos de poder creados o controlados por ellos. Finalmente, la teoría de Roxin ha sido aplicada también por algunos Tribunales internacionales en casos de este tipo relacionados con los crímenes internacionales cuyo enjuiciamiento les corresponde. De ello nos ocupamos seguidamente en los siguientes apartados.

3. LA APLICACIÓN DE LA TESIS DE ROXIN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

La tesis de Roxin fue contestada desde el principio y aún hoy es contestada por buena parte de la doctrina, no sólo alemana[21], sino también por la de otros muchos países influenciados por la doctrina alemana, como por ejemplo sucede en algún sector de la doctrina española.[22] Este sector doctrinal se

21. Véase, por ejemplo; JESCHECK, Hans Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 509, quien se inclina en estos casos por la calificación de coautoría (también JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. ed. 1998, p. 670. La tesis de Jescheck, através que de la traducción de la segunda edición de su Tratado hicieron en 1983 Mir Puig y Muñoz Conde, es citada y acogida expresamente por la Corte Suprema argentina). En contra de que el dominio de la organización pueda fundamentar una autoría mediata, se han pronunciado expresamente HERZBERG, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en: KNUT AMELUNG (ed.). *Individuelle Verantwortung und Beteiligunsverhältnisse bei Staftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesselschaft*, 2000, p. 33 ss.; ROTSCH, Thomas. *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft, en Zeitschrift für die gesamte Strarechtswissenschaft*, 112 (2000), p. 518 ss., y Weigend, Thomas, en el t. 9, n. 1, del Journal of International Criminal Justice, anteriormente citado, dedicado a comentar la aplicación de la tesis de Roxin en la Justicia Penal Internacional y en algunos tribunales latinoamericanos.

22. Entre los monografistas españoles que se han ocupado del tema, véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*, Granada 1996, p. 257 ss., quien se inclina por la tesis de la cooperación necesaria; El mismo, La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2006; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*. Barcelona, 2000. Una buena exposición de las opiniones doctrinales en contra y a favor de la teoría de Roxin en la doctrina penal alemana y de habla española se encuentra en un primer artículo de Ambos, Kai, Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, revista de *Derecho penal y Criminología*, 1999, recogido y ampliado posteriormente en su obra *La parte general del derecho penal internacional*, Bases para una elaboración dogmática, trad.

apoya sobre todo en que el concepto de autoría mediata sólo tiene sentido y es aplicable cuando el sujeto instrumentalizado es irresponsable por falta de imputabilidad, por actuar sin ser consciente de que comete un delito o incluso de forma justificada en la medida en que lo hace en una situación provocada dolosamente por el autor mediato; pero no en el caso, como sería el que aquí nos ocupa, en los que el que ejecuta el delito es también plenamente responsable.

Sin embargo, como ya se ha dicho, en los últimos años ha ido ganando cada vez más adeptos y no sólo en el ámbito doctrinal, sino también en el jurisprudencial, habiendo sido utilizada ya por muchos Tribunales de Justicia para fundamentar sentencias condenatorias de dirigentes políticos y altos cargos militares por los delitos cometidos por sus subordinados dentro de un sistema de aparato de poder.

Pionera en esta materia fue la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires en el caso de los Comandantes de la Junta militar argentina, que argumentaba en su sentencia condenatoria del siguiente modo: "Los procesados tuvieron el *dominio de los hechos* porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes lo ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos etc.), que supone toda operación militar".[23]

---

de Enrique Malarino, Bogotá, 2006, p. 216 ss.: El mismo, Internationales Strafrecht, Munich, 2. ed., 2010, p. véase también Werle, Gerhard.

23. Cfr. Sentencia de la Cámara de Apelaciones, citada supra nota 1, p. 1601 (Fundamento séptimo, apartados 5 y 6). Sobre esta sentencia ha habido ya diversos comentarios tanto de autores argentinos como de otros países; para una exposición más completa de las decisiones judiciales que a partir de la misma se han venido produciendo en los últimos años en relación con la autoría mediata por control de aparato de poder, tanto en la misma Argentina, como en otros países latinoamericanos, me remito al artículo de Muñoz Conde; Olasolo, La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América latina y España: desde el juicio a las Juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo, publicado en *Revista Penal* 2011, y en diversas revistas latinoamericanas (existe una versión en inglés, "The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain", Journal of International Criminal, t. 9, n. 1, 2011, pp. 113-135; publicada también en New Philosophy

A pesar de esta contundente afirmación, la fundamentación de la condena de los Comandantes, basada claramente en la tesis de Roxin, fue rechazada posteriormente por la Corte Suprema argentina, que, por mayoría y con el voto en contra de dos magistrados, consideró que esta tesis no era lo suficientemente concreta y que no gozaba en el momento en que se cometieron los hechos de reconocimiento doctrinal y jurisprudencial en el Derecho penal argentino.[24] En consecuencia, la Corte Suprema argentina fundamentó la condena de los Comandantes en la figura de la cooperación necesaria, que tiene reconocimiento expreso en el art. 45 del Código Penal argentino y que de todas formas impone la misma pena a los cooperadores necesarios que a los autores directos.

No obstante, posteriormente, algunos tribunales argentinos que han juzgado casos concretos de crímenes cometidos durante la Dictadura por miembros de su aparato de poder, han aplicado la teoría de Roxin, o al menos se han planteado esta forma de imputación de la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, sucede en el caso juzgado en la sentencia del Tribunal Oral Federal de Tucumán (Argentina) de 04.09.2008, en la que se impone la misma pena (prisión perpetua e inhabilitación perpetua) a los dos procesados, "que integraban la cadena de mandos superiores en la maquinaria de poder en que se convirtió a las Fuerzas armadas" ((*sic*), p. 101 de la sentencia), y que en virtud de ese poder decidieron la entrada ilegal en el domicilio del Senador Vargas Aignasse, sospechoso, según ellos, de pertenecer a un grupo subversivo, los Montoneros. Vargas Aignasse, tras ser detenido en su propio domicilio delante de su mujer e hijos menores, fue trasladado a un centro militar, donde

---

of Crime and Punishment in the Era of Globalisation, Pekin 2011, p. 47 ss. Una version más amplia de este trabajo se ha publicado también, en doble versión inglesa y china, en Organized Crime and its Coutnermeasures in the Era of Globalisation, HE BINGSONG y LIU YANPING (edit.). Pekin, 2010, p. 153 ss.(versión inglesa, y p. 431 ss., versión china).

24. Cfr Sentencia de la Corte Suprema citada supra nota 3, p. 1701 ss. Los argumentos que emplea la Corte Suprema para rechazar la tesis de Roxin se encuentran en los fundamentos 20 y ss de su sentencia, en donde se exponen la polémica doctrinal suscitada por la misma y las razones por las que, según la Corte Suprema, no puede ser acogida en el derecho penal argentino. De esta opinión también Nino, Carlos, Juicio al mal absoluto cit., p. 241, quien considera que "la teoría de la coautoría hubiera sido suficiente". Sin embargo, dos Magistrados de esta Corte Suprema, los Dres. Petracchi y Bacqué, se pronunciaron en voto particular a favor de la tesis de Roxin, interpretando en este sentido el art. 514 del Código de Justicia militar argentino, que mantiene la responsabilidad del militar que imparte ordenes, aunque el subordinado que la cumple sea también penalmente responsable del delito que comete.

tras ser torturado, finalmente se le hizo desaparecer, fingiendo que había sido secuestrado por un grupo desconocido en su traslado a otro centro militar. El Tribunal, tras exponer pormenorizadamente la tesis de Roxin y mencionar la sentencia de la Cámara de Apelaciones argentina que en primera instancia juzgo a los Comandantes, y la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) en relación con los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana en la que igualmente se aplicó la tesis de Roxin, cita otras resoluciones de Tribunales argentinos en las que ya se había aplicado en casos similares, mencionando expresamente "las resoluciones del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1 de La Plata en las causas "Etchecolatz" (Sentencia de Septiembre de 2006) y "Von Wernich" (Sentencia del 01.11.2007); el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. I de Córdoba, en la causa "Menéndez Luciano Benjamín, Rodríguez Hermes Oscar, Acosta Jorge Excequiel, Manzanelli Luis Alberto, Vega Carlos Alberto, Díaz Carlos Alberto, Lardone Ricardo Alberto Ramón, Padován Oreste Valentín por privación ilegítima de libertad, imposición de tormentos agravados y homicidio agravado" –Expte 40/M/2008– (Sentencia del 24.07.2008); y fue confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa "Etchecolatz" (Sentencia del 18.05.2007). Además el tribunal de Tucumán fundamenta su sentencia condenatoria aplicando los criterios de la imputación objetiva y de la responsabilidad en comisión por omisión de los que tienen la posición de garante respecto al control del comportamiento de sus subordinados.

En otra sentencia más reciente del Tribunal Oral Federal de San Martín, n. 1 de 12.08.2009, en el llamado caso "Floreal Avellaneda", se plantea también este problema. Igual que en los casos anteriores se trataba de la detención ilegal, seguida de torturas de Floreal Avellaneda padre, su mujer, Iris Avellaneda, y de su hijo, Floreal, menor de dieciséis años, cuyo cadáver, maniatado y con señales de haber sido salvajemente torturado, apareció después en las costas uruguayas, probablemente arrojado desde un avión militar. El Tribunal tras realizar un análisis exhaustivo de la prueba, se ocupa de fundamentar la condena de los procesados, pero en lugar de la tesis de Roxin, y sin apenas mencionarla, tras hacerse eco de algunas críticas formuladas contra la misma, por ejemplo por Kai Ambos, cuyo artículo sobre el tema cita expresamente, se inclina por la calificación de coautoría, mantenida por otros autores como Jakobs y su discípulo argentino Sancinetti. No obstante, y aunque condena al principal responsable a la pena de prisión e inhabilitación perpetúa, impone a los otros "coautores" penas inferiores de privación de libertad entre 8 y 25 años.

Por lo que respecta a España, la tesis de Roxin ha sido en general bien acogida, aunque con algunas matizaciones, por buena parte de los que se

han ocupado expresamente del tema,[25] pero no por la jurisprudencia, que si bien en algunas ocasiones se ha referido o incluso ha recogido literalmente argumentos basados en esta tesis, aunque sin citarla expresamente, finalmente ha aplicado la figura de la inducción o la cooperación necesaria a la hora de imponer una condena.[26]

Visto desde la situación política actual, es evidente que en una situación de normalidad democrática y de respeto a los derechos humanos, no es muy frecuente que se puedan dar casos de comisión masiva de delitos contra

---

25. Véase por ejemplo, mis diferentes trabajos al respecto: Muñoz Conde, en Ferré Olivé; Anarte Borrallo (edit.), *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, Huelva, 1999; El mismo, ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones "no desvinculadas del Derecho", *Revista Penal* 2000 (versión alemana publicada en Festchrift für Claus Roxin, 2001, p. 609 ss.; El mismo, La superación del conjcepto objetivo formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales, en Luisiada, II Serie, n. 3, Lisboa 2005, p. 57 ss.; El mismo, Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, *Revista Penal* 2002 (también en Varios, Derecho penal económico, Manuales de formación continuada, 14, Madrid, 2001; hay una versión resumida de este trabajo en Modernas tendencias en la Ciencia del derecho penal y la Criminología, Madrid, 2001). Para una exposición resumida de esta posición, véase MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN. *Derecho penal*. cit. p. 448 ss. Posteriormente se han ocupado expresamente del tema, adhiriéndose a la tesis de Roxin, FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia, 2004; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada, 2006. También han aceptado, en parte, la tesis de Roxin o por lo menos han planteado como una posibilidad su aplicación a los directivos de las empresas en el ámbito del derecho penal económico, otros autores como Ambos, Muñoz Conde, Pérez Cepeda, García Cavero, Nuñez Castaño, Martín de Espinosa, Caruso Fontán, Ferré Olivé, Gómez-Jara Díaz, etc, pero la exposición de este tema excede de nuestro trabajo. En la doctrina portuguesa se pronuncian a favor de la tesis de Roxin, FIGUEIREDO DIAS, Jorge, en FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLO (edits.). *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizad* cit., p. 99 ss.; SERRA, Teresa, *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, 5, p. 103 (1995).

26. Cfr., por ejemplo, STS 02.07.2004 (caso Hipercor), 01.10.2007 (caso Scilingo), 17.07.2008 (atentado de la Estación de Atocha en Madrid). Para una exposición del reflejo de esta teoria en la jurisprudencia del TS español, véase GIL GIL, Alicia. La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2008, p. 53 ss. También BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *La teoria del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en La Ley 2008.

derechos humanos utilizando el aparato de poder estatal. Los pocos casos que se han dado de este tipo tras la reinstauración de la democracia en España, han sido el intento de Golpe de Estado de 23.02.1981, juzgado finalmente en la STS de 22.04.1983, y el llamado "Caso Marey", en el que el TS en su sentencia de 28.07.1998 condenó al Ministro del Interior y a otros altos cargos del mismo Ministerio, por el secuestro de un presunto miembro del grupo terrorista ETA. Pero en ninguno de ellos se aplicó y ni siquiera se mencionó el tema de la autoría mediata por utilización de aparatos de poder. En el primer caso, quizás porque aún no era lo suficientemente conocida por la jurisprudencia de aquella época, además de que en tanto en el Código Penal como en el Código de Justicia Militar vigentes en aquel momento había ya preceptos específicos, que, igual que en el actual Código Penal de 1995 (arts. 472 ss.), regulan la responsabilidad de los Jefes y responsables de la rebelión. En el segundo caso, porque se consideró que se trataba de un hecho aislado y no fue considerado como parte de una actividad generalizada que se practicara por grupos ilegales (los llamados GAL) dentro del propio aparato de poder del Estado.[27]

Mayores oportunidades ha tenido la jurisprudencia española en aplicar esta teoría en los procesos contra los dirigentes de la banda terrorista ETA, como responsables de los atentados llevados a cabo por comandos de la misma. Sin embargo, tampoco en estos casos ha hecho un uso directo de la teoría de Roxin para fundamentar las condenas de los dirigentes de esta organización terrorista, que señalan la víctima o el objetivo del atentado y dan las órdenes correspondientes que otros ejecutan; y aunque en la redacción de sus fundamentos jurídicos se observa claramente la influencia que la tesis de Roxin, ampliamente difundida a través de las traducciones y de la mucha bibliografía existente en España sobre la misma, ha tenido en muchos de los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo, al final la condena se basa en la figura de la inducción para los dirigentes, o en la de la cooperación necesaria para los que colaboran directamente con el comando ejecutor.[28]

---

27. No obstante, a mi juicio, no hay ningún inconveniente en aplicar la teoría de Roxin también en estos supuestos; véase al respecto MUÑOZ CONDE, Francisco. *Revista Penal* 2002 cit.

28. Cfr. STS 02.07.2004, 22.02.2007. Véase la exposición que de esta jurisprudencia hace GIL GIL, ob. cit., p. 65 s. Tampoco en las sentencias de la Audiencia Nacional (65/2007) y del Tribunal Supremo (505/2008) pronunciadas en relación con el atentado terrorista cometido en la estación de Atocha de Madrid el 11.03.2004, en el que murieron 191 personas y hubo casi dos mil heridos, se menciona la teoría de Roxin, aunque era claro que los ejecutores materiales actuaron como miembros de una organización terrorista internacional (Al Qaeda), que muestra todas las

Mayor interés tiene para nuestro tema la jurisprudencia habida en los países latinoamericanos donde se han juzgado más recientemente este tipo de delitos cometidos por dominio del aparato de poder de sistemas dictatoriales, y en los que se ha planteado la responsabilidad de los dirigentes políticos y los altos cargos militares del sistema dictatorial.

Además del juicio ya mencionado contra los Comandantes de la Junta militar argentina, un caso similar fue en Chile el "caso Contreras", en el que se juzgó al Jefe del Servicio Secreto de la dictadura de Pinochet, la llamada Dina, que durante la dictadura planificó y ordenó el atentado que se llevó a cabo en Washington y costó la vida al General Letelier, un destacado opositor de esa dictadura que se encontraba en el exilio. Sin embargo, en la sentencia ni siquiera se menciona la posibilidad de aplicar la tesis de Roxin.[29]

Tampoco se hacer referencias a la tesis de Roxin en el auto de procesamiento que, tras haber solicitado su extradición, dictó el Juez español Baltasar Garzón contra el General Pinochet por los Crímenes contra la Humanidad, Tortura y Genocidio cometidos por el aparato de poder de la dictadura que durante varios años mantuvo Pinochet en Chile, aunque en él se contienen argumentos claramente inspirados en esta tesis, aún sin mencionarla expresamente, ni referirse a la figura de la autoría mediata.[30]

---

características requeridas por Roxin para fundamentar la autoría mediata por control de aparato de poder. A mi juicio, no hay tampoco inconveniente en aplicar también la tesis de Roxin y considerar autores mediatos de los atentados cometidos por los comandos de las bandas terroristas los dirigentes de las mismas (sean nacionales, como es el caso de ETA, o internacionales, como es el caso del grupo terrorista islamista Al Qaeda); sobre ello, véase MUÑOZ CONDE, ob. cit.

29. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia chilena 30.05.1995, en la que apenas se planteó si el Jefe de la DINA, el General Contreras, se podía considerar inductor o autor mediato de los autores materiales del atentado costó la vida al líder opositor, empleando ambos conceptos de forma equivalente e igualmente subsumibles en la definición de inducción que da el art. 15 del Código Penal chileno (véase razonamientos 17 a 20 de la mencionada sentencia). Pero en ningún momento se plantea la responsabilidad de otros cargos políticos o militares superiores, ni se menciona la figura de la autoría mediata de los mismos sirviéndose del aparato de poder.

30. Auto de procesamiento de Augusto Pinochet, del Juzgado de Instrucción n. 5 de la Audiencia Nacional (Juez Baltasar Garzón), 10.12.1998: "Como Jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la república tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anina, dando las órdenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa a través de la Jefatura exclusiva de la DINA". Sin embargo,

En Colombia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema se ha planteado la aplicación de la autoría mediata en algunos de los casos de asesinatos cometidos por los grupos paramilitares, aunque finalmente se decidió aplicar la figura de la coautoría.[31]

En Uruguay la sentencia del 09.02.2010 del Tribunal Penal de Uruguay n. 7 condenó a Juan Maria Bordaberry Arocena, ex-presidente del Uruguay desde 1972 a 1976, como coautor de nueve hechos de desaparición forzada de personas y dos homicidios por razones políticas, sin plantear siquiera la posibilidad de aplicar la teoría de la autoría mediata.[32]

Excurso: Especial consideración de la jurisprudencia peruana en esta materia.

Especialmente interesante en relación con este tema es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú. En este país una Sentencia de 07.04.2009 de la Sala Especial de la Corte Suprema condenó al ex-Presidente de Perú Alberto Fujimori por diversos delitos contra la vida, detenciones ilegales etc., cometidos

---

en este auto la intervención de Pinochet se califica unas veces de inducción y otras de coautoría, pero no se menciona la autoría mediata. Tampoco menciona la teoría de Roxin el mismo Juez Garzón en su discutido auto de apertura de un procedimiento penal contra el General Franco y los principales responsables del Golpe de Estado del 18.07.1936. Sobre la elaboración jurídica del pasado dictatorial franquista durante la transición a la democracia en España, véase MUÑOZ CONDE. *La trasnformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho*, en FRANCISCO MUÑOZ CONDE; THOMAS VORMBAUM (dirs.). Humboldt-Kolleg. *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*. Valencia 2009 (hay también versión alemana con el título *Abrechnen aber wie? Die rechtliche Transformation der europäischen Diktaturen nach 1945: Der Fall Spanien*, publicada en FRANCISCO MUÑOZ CONDE; THOMAS VORMBAUM. *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*. Humboldt Kolleg an der Universität Pablo de Olavide, Sevilla 07-09.02.2008, Berlin 2010, p. 29.ss; tambien en Journal für juristische Zeigeschichte, 2008, y en Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 2008. Versión española también en *Revista Penal* 2008).

31. Sentencias pronunciadas en los casos *Machuca* del 07.03.2007, *Yamid Amat* del 08.08.2007 y *Gabarra* del 12.09.2007; para una información más detallada sobre las mismas, véase MUÑOZ CONDE; OLASOLO, ob. cit.

32. Sobre esta sentencia, véase con más de talles MUÑOZ CONDE; OLASOLO, lug., cit.: También el articulo de Pablo Galain Palermo, The prosecution of International Crimes in Uruguay, en International Criminal Law Review, 2010, p. 601 ss; El mismo, Ubergansjustiz und Vergangeheitsbewältigung in Uruguay, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechteswissenschaft, 2013. Sobre la elaboración jurídica del pasado de las dictaduras en Chile, Argentina, España, Alemania e Italia, vease también FRANCISCO MUÑOZ CONDE; THOMAS VORMBAUM. *La transformación de las dictaduras en democracias* a. cit.

durante su mandato por grupos militares, policiales y parapoliciales.[33] En el capítulo III de la Tercera Parte de este sentencia se realiza en más de 30 páginas toda una exposición doctrinal del estado de la teoría de Roxin en la doctrina peruana y de habla española, mencionando las distintas variantes que se le han dado, y los argumentos esgrimidos en pro y en contra de la misma, para terminar afirmando que es perfectamente compatible con la regulación que hace el Código Penal peruano de la autoría mediata y, por tanto, aplicable en el caso Fujimori, en la medida en que en el mismo se dan los requisitos expuestos por Roxin: Existencia de un aparato de poder a cuyo frente se encontraba el ex-Presidente Fujimori, de una relación jerárquica entre los miembros del mismo en sus distintos niveles, fungibilidad de los ejecutores, actuación al margen del Derecho o, como se dice en la sentencia, "apartamiento del Derecho" (entendiendo por tal tanto el Derecho nacional, como el internacional) y, lo que ya hemos visto Roxin ya no exige expresamente, "una elevada disponibilidad de los ejecutores a realizar el hecho". También se hacen referencias en este Fundamento jurídico a las diferencias entre la figura de la autoría mediata por control de aparato de poder y la responsabilidad del superior militar en el Estatuto de Roma, y se citan otras decisiones judiciales en las que se ha aplicado la teoría de Roxin, como las ya señaladas anteriormente de la Cámara de Apelaciones argentina en el caso de los Comandantes de la Junta militar, o del Bundesgerichtshof alemán en el caso de los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana. Pero también se menciona otra sentencia de la propia Corte Suprema peruana en la que con una fundamentación similar se condenó al líder de la organización terrorista "Sendero Luminoso" Abimael Guzmán por los diversos atentados terroristas llevados a cabo por dicho grupo terrorista en la década de los 80 en el siglo pasado. La posible aplicación de la teoría de Roxin al caso Fujimori había sido también ya planteada por la Corte Suprema chilena en la sentencia de 21.09.2007, por la que se concedió la extradición a Perú de Alberto Fujimori.[34]

Esta sentencia de la Corte Suprema peruana constituye sin duda la más directa y clara aplicación de la tesis de Roxin en la jurisprudencia de un país latinoamericano. Con ella parecía claro que podía ser aplicada en cualquier

33. Sentencia de la Sala Penal Especial en el Expediente n. AV 19-2001 (acumulado), del 07.04.2009. Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE, recogida en: [www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=detalle_noticia&codigo=10409].

34. Véanse Considerandos nonagésimo cuarto y nonagésimo quinto de esta sentencia. Un comentario a la misma hace LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo. en *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, p. 114 ss.

otro de los procesos en el que tuvieran que juzgarse casos relacionados con los crímenes cometidos durante el régimen de Fujimorí. Pero no sólo no ha sido así, sino que en otra sentencia (Ejecutoria, se le llama) más reciente de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Perú, de 20.07.2012, se abandona expresamente la teoría de la autoría mediata por medio de un aparato de poder organizado y, en su lugar, se aplica la tesis de la coautoría para condenar como coautores a los responsables de la llamada operación Colina o Barrios Altos, en la que un grupo paramilitar siguiendo órdenes de importantes dirigente del Gobierno y la cúpula militar, asesinó a varias personas, supuestamente implicadas con el grupo terrorista "Sendero Luminoso". En esta sentencia se rechaza también que dichos crímenes puedan ser considerados como crímenes contra la humanidad, por no tratarse de hechos realizados como parte de una "política de exterminio", y la calificación de asociación ilegal, por no haber sido objeto de acusación específica por parte del Ministerio Fiscal. Y en la calificación de la intervención de los acusados en la masacre de Barrios Altos se rechaza expresamente la tesis de Roxin y en su lugar se aplica la de la coautoría apoyándose para ello expresamente en la tesis formulada por Jakobs en su artículo: "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori, publicado en el volumen La autoría mediata, Caso Fujimori, Ara editores, p. 105-114, citado expresamente en la p. 191, nota 157 del texto de la misma sentencia que se encuentra en Internet. Para ello, se asume la concepción tradicional de la autoría mediata, según la cual el instrumento ejecutor debe ser irresponsable del hecho que realiza, por tanto, si los ejecutores en la masacre de Barrios Altos son también responsables, no cabe aplicar esta calificación. Y en su lugar opta por la calificación de coautoría, considerando que hubo un reparto competencial de papeles, en el 'uno aportan la decisión, y otros la ejecución, siendo ambos responsables penalmente' (Fundamento 204), entendiendo además que, a diferencia de lo sostiene la concepción tradicional de la coautoría, en ésta no es necesario que el coautor intervenga materialmente en la ejecución del hecho".

No deja de ser sorprendente y, a mi juicio, contradictorio, que para rechazar la tesis de Roxin se invoque como algo irrefutable la concepción tradicional de la autoría mediata, según la cual el instrumento ejecutor debe ser irresponsable, mientras que para acoger la tesis de Jakobs se abandone la concepción tradicional de la coautoría, según la cual el coautor debe intervenir también en la ejecución del hecho. Pero independientemente de esta contradictoria fundamentación, lo que más sorprende en esta sentencia es que con la calificación de coautoría sin una ulterior matización, sitúe en un mismo plano y bajo una misma calificación a los que deciden y controlan el aparato de poder y a los que luego, en un momento posterior a veces muy

alejado del momento en que se adopta la decisión e incluso sin relación directa o personal con los anteriores, ejecuten la decisión criminal, confundiendo así dos planos y momentos distintos: la decisión por unos y la ejecución por otros. Como indicaré más adelante, no creo que haya ningún problema en calificar como coautores a los que, controlando en sus diversos niveles el aparato de poder, deciden la realización del hecho delictivo, pero su relación con los ejecutores materiales y, por tanto, autores directos, no puede ser otra que la de la autoría mediata.

En todo caso no deja de ser sorprendente que en un caso de tanta trascendencia para la elaboración jurídica de la responsabilidad por los delitos cometidos durante el pasado régimen dictatorial de Fujimori se traslade a una decisión judicial una polémica puramente doctrinal, sin mayor trascendencia, como en la propia sentencia se indica, en la magnitud de la pena aplicable. Si por eso fuera no se entendería muy bien la polémica que suscitó en la opinión pública peruana este fallo y el inmediato recurso que se presentó contra la misma ante la Corte Internacional de Derecho humanos de San José de Costa Rica. Evidentemente, y como seguidamente vamos a ver, en dicha Corte no se planteó el problema de si la calificación jurídica de los responsables de la masacre de Barrios Altos debía ser la de autoría mediata, o la de coautoría, sino si la misma podía dar lugar a algún tipo de impunidad, sobre todo teniendo en cuenta que en la citada sentencia se abandona, no sólo la tesis de Roxin aplicando en su lugar la de Jakobs, sino también la calificación de este hecho como un Crimen de Lesa Humanidad con todas las consecuencias que de esta calificación se derivan, como pueden ser por ejemplo, la imprescriptibilidad de estos delitos o la imposibilidad de aplicar Leyes de Punto Final o Amnistías a los responsables de los mismos.

Con sorprendente rapidez esta Corte Internacional, ha pronunciado el 24.09.2012 otra sentencia,[35] en la que se anula la de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema peruana de 20 de julio. Se basa para ello en anteriores resoluciones que ya había emitido en relación con el régimen de Fujimori, en el que, según la misma Corte Internacional (véase por ejemplo, su sentencia de la misma de 14.03.2001) se cometieron graves violaciones de derechos humanos que bien podían ser constitutivas de crímenes internacionales, imponiendo al Estado peruano "la remoción de todo obstáculo que impida la investigación y juzgamiento de los hechos y, en su caso, la sanción de todos los responsables de las violaciones declaradas así como la búsqueda de la verdad". Para ello

35. Se puede consultar en Internet en PDF: [es.schribd.com/Resolución-de-la-Corte-FDH-en-Caso-Barrios-Altos].

advierte que la impunidad no sólo puede darse cuando el Estado dicta Leyes de Amnistía, sino también cuando el Poder judicial no procede a investigar y juzgar hasta sus últimas consecuencias casos concretos en los que se hayan producido esas violaciones.

En este sentido, considera que el hecho de que la sentencia de la Corte Suprema peruana de 20 julio rechace la calificación de Crimen de Lesa Humanidad para la masacre ocurrida en barrios Altos, no es claramente compatible con los hechos probados, en los que claramente se observa que el ataque se realizó de manera indiscriminada contra miembros de la población civil "en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos (Considerando 45).

Aunque la Corte Internacional no dice cuál sería la calificación exacta de este "Crimen internacional" es claro que se está refiriendo a los Crímenes de Lesa Humanidad tal como se definen en el art. 7 del Estatuto de Roma,[36] al decir: "En el presente caso, resulta innegable que los hechos perpetrados por el Grupo Colina no responden a "delitos comunes" o meras vulneraciones de los "derechos humanos", sino que están dentro de aquellas violaciones más graves que atenten contra la consciencia universal".

La Corte Internacional de Derechos humanos de Costa Rica no se plantea siquiera si la calificación jurídica de la participación de los responsables de los crímenes debe ser la de la autoría mediata o la de coautoría, sino la impunidad que pueda generarse, si no se califica de crimen internacional con todas sus consecuencias que ello pueda suponer para *todos los responsables* (subrayado del autor de este articulo). Dicho en pocas palabras: La Corte Internacional no entra en la discusión dogmática de si hay autoría mediata o coautoría, sino que de lo que trata es de, siguiendo con ello la idea incorporada al Preámbulo del Estatuto de Roma, de evitar la impunidad y proteger los derechos de las víctimas a la verdad y a que todos los responsables sean condenados penalmente. Y desde este punto de vista no cabe duda de que tanto la tesis de la autoría mediata, como con la de la coautoría, pueden ser útiles para conseguir esa meta.

En consecuencia, pocos días después de haberse emitido la sentencia de la Corte Internacional, la misma Sala Permanente de la Corte Suprema peruana ha decidido el 29.09.2012, por unanimidad, anular la anterior sentencia cuestionada a nivel internacional, disponiendo que otro Tribunal resuelva el recurso de nulidad.

---

36. Sobre estos delitos y sus elementos véase WERLE, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*. 2 ed. Valencia, 2001, p. 462 ss. (p. 375 ss., de la 3. ed. Alemana de su Volkerstrafrecht, 2012).

4. LA APLICACIÓN DE LA TESIS DE ROXIN EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

En relación con nuestro tema, también es interesante la jurisprudencia habida en los Tribunales internacionales en los casos en los que los delitos cometidos entran dentro del ámbito de su competencia.

Una de las tareas más importantes, con la que se enfrenta el Derecho penal internacional, sobre todo a partir de la aprobación del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional, es la elaboración de una Teoría General que se pueda servir como una Gramática jurídica universal común a las diferentes legislaciones nacionales, que permita el entendimiento entre los operadores jurídicos de los procesos penales que se lleven a cabo en los Tribunales internacionales, por más que pertenezcan a diferentes naciones y hablen diferentes lenguas.

Actualmente, coexisten, al menos en el mundo occidental, dos sistemas jurídicos diferentes, el del Common Law y el Civil Law o sistema continental europeo, cada uno con peculiaridades que los distinguen y separan entre sí, incluso más allá de los diferentes idiomas en los que se expresan. El sistema del Common Law, dominante en los países integrantes del antiguo Imperio Británico, cuyo idioma oficial es el inglés, está basado sobre todo en el precedente judicial, vinculado al caso concreto, y es poco proclive a construcciones teóricas o sistemáticas generalizadoras. En cambio, el sistema del *civil law*, se preocupa especialmente, sobre todo en Alemania, por la elaboración de una *teoría general del delito*, que a su vez ejerce gran influencia en los países latinos de Europa (Italia, España, Portugal, con la importante excepción de Francia), y prácticamente sin excepción en todos los latinoamericanos.

Ambos sistemas tienen sus ventajas e inconvenientes y se hace difícil elaborar una síntesis que permita integrarlos o unificarlos. No obstante, en los últimos años se está produciendo una aproximación entre ambos, en la que fue pionero George P. Fletcher con su Rethinking Criminal Law.[37] Y también en la bibliografía aparecida en los últimos años en el ámbito del Derecho penal internacional se puede observar, en mayor o menor media, un intento de aproximación entre ambos sistemas, sobre todo en las obras generales de

37. Boston/Toronto, 1978. En la misma línea se mueven otras obras suyas posteriores como Basic Concepts of Criminal Law, 1991 (hay traducción española de MUÑOZ CONDE. Valencia, 1998), y Grammar of Criminal Law, 2007 (hay traducción española de MUÑOZ CONDE. Buenos Aires 2008); véase al respecto Muñoz Conde, Franciso, Universalizing Criminal Law, en Tulsa Law Review, 2006.

Antonio Cassese,[38] Gerhard Werle,[39] Kai Ambos,[40] Hector Olasolo[41] y Alicia Gil Gil[42] entre otros muchos autores. La mejor prueba de ello son las recientes decisiones adoptadas por los Tribunales internacionales, en cuyos fundamentos jurídicos se introducen cada vez más, junto a criterios argumentativos propios del Derecho penal del *common law*, conceptos de la dogmática penal alemana; sobre todo en materia de autoría y participación, cuya distinción se asume cada vez con mayor frecuencia a través de una interpretación del art. 25 del Estatuto de Roma.

Pero antes de llegar a ello se ha tenido que recorrer un largo camino que comenzó tras la Segunda Guerra Mundial con la jurisprudencia creada por los Tribunales de Nuremberg, y que ha llegado hasta las últimas decisiones de los Tribunales ad hoc de la ex Yugoeslavia y Ruanda, y de la Corte Penal Internacional en casos como los llamados Lubanga, Katanga y Al Bashir,[43] en las que por primera vez para fundamentar las decisiones se ha recurrido a la tesis de Roxin, lo que ha provocado que se haya dedicado a este tema el t. 9, n. 1 del año 2011, del Journal of Internacional Criminal Law, con aportaciones de Werle; Burghardt, Weigend, Ambos, Muñoz Conde; Olasolo, Fletcher, y Manacorda/Meloni.[44] Estas decisiones tomadas una especie de Juicio

38. International Criminal Law, Oxford, 2003.

39. Véase principalmente su *Völkerstrafrecht*, 3. ed. 2012.

40. Especialmente su Internationales Strafrecht a. cit. También El mismo, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung, 2. ed., Berlin 2004 (Hay una versión al español de esta obra traducida por MALARINO, Ezequiel. *La Parte General del Derecho penal internacional* a. cit.).

41. Criminal responsability of political and military leaders as principals to international crimes, 2008.

42. Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio, Madrid, 1999.

43. Sobre esta jurisprudencia véase OLÁSOLO, Hector. El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata, en Derecho penal contemporáneo, Revista Internacional, 27, abr.-jun. 2009, Bogota, p. 71 ss.; El mismo, Joint Criminal Enterprise and its extended form: A theory of co-perpetration giving rise to principal liability, a notion of accessorial liability, or a form of partnership in crime, Criminal Law Forum, 2009, y más extensamente, en El mismo, Criminal responsability of political and military leaders as principals to international crimes, a. cit.. También WERLE, Gerhard. Individual Criminal Responsability in Article 25 ICC Statute, en Journal of Internacional Criminal Justice, 5 (2007), 953 ss.; MANACORDA, Stefano. Imputazione collettiva e responsabilitá personale, Uno Studio sui paradigma ascrittivi nel diritoo penale internazionali, Torino, 2008.

44. Ant. cit. (véase mi recensión a este volumen en *Revista Penal*, 2011).

preparatorio (Pretrial) han culminado finalmente en una reciente sentencia de la Corte Penal Internacional de 14.03.2012, cuya Sala de Primera Instancia I condena a Thomas Lubanga y posteriormente el 10 de julio le impone una pena de 14 años de prisión, como coautor, de los crímenes de guerra de reclutar o alistar niños menores de 15 años de edad y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.[45]

Tanto en esta sentencia, como en las anteriormente citadas de otros tribunales internacionales se acoge la teoría de la coautoría, pero configurándola en el sentido de Roxin como una "coautoría mediata, en el sentido que, ya hemos señalado anteriormente, de que combina el criterio de la distribución o reparto de funciones, característico de la coautoría, con el del dominio de la organización, característico en la teoría de Roxin de la autoría mediata por control de un aparato de poder. Esta tesis que ya ha sido defendida algunos autores[46] tiene perfecto encaje en el art. 25 del Estatuto de Roma y ha sido también acogida por Roxin en su más reciente artículo sobre el tema, como perfectamente compatible con su concepción originaria.[47] La tesis discrepante en la sentencia del caso Lubanga, del Magistrado Fulford, quien apoyándose en una interpretación literal del art. 25 del Estatuto de Roma, considera que no es necesario recurrir a ninguna teoría especial para fundamentar la responsabilidad del que directa o indirectamente, por si sólo o junto con otros, interviene en la realización del delito, al entender que dicho precepto acoge en realidad un concepto unitario de autor, que hace innecesario la distinción entre autoría mediata y coautoría.[48] Pero es evidente que en ese art. 25, 2, *a)*, al distinguir claramente entre "el que cometa el crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable" se están acogiendo una teoría diferenciada entre distintas formas de autoría, por más que a efectos de pena todas puedan ser castigadas del mismo modo. E igualmente en el

45. Sobre esta sentencia de la ICC, con un extenso comentario a la misma, véase KAI AMBOS. El primer fallo de la Corte Penal Interncional, en la *Revista Electrónica InDret*, 2012.

46. Váse por ejemplo. Olasolo MUÑOZ CONDE. ob. a. cit.; WERLE, Tratado cit. p. 300 ss. (y especialmente ya en la tercera edicción alemana de Volkerstrafrecht, 2012, p. 518 ss., donde distingue entre, coautoria mediata" y, autoria mediata en coautoría"; ver también WERLE; BURGHARDT. Co-autoría mediata, ¿Desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?, traducción de Jaime Couso, en *Revista Penal*, 2011, p. 197 ss. (original alemán en Festschrift für Maiwald, 2010, p. 849 ss.).

47. Véase su artículo en GA 2012, citado supra nota 13, p. 414.

48. Véase la critica a esta posición en el artículo de KAI AMBOS en *InDret*, ant. cit.

inciso que se refiere a cometer el crimen "por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable", se puede incluir sin ningún problema tanto la autoría mediata utilizando un instrumento ejecutor no responsable, como un instrumento ejecutor responsable, en la línea propuesta por Roxin.

Por lo que a los casos tratados en los Tribunales internacionales es claro que la tesis de la coautoría mediata es la que mejor se adapta a las características de un aparato de poder organizado: la distribución o reparto de funciones y el dominio de la organización, lo que unido a las otras dos características, relación jerárquica entre sus diversos miembros y fungibilidad de los ejecutores, fundamentan la tesis de Roxin.

5. RESUMEN Y CONCLUSIONES: LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE UN APARATO DE PODER COMO MEDIO PARA LA ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PASADO

Aunque con distintas variantes, y aunque en algunas sentencias anteriormente señaladas no se recojan o incluso se rechace expresamente la tesis de Roxin, en general se puede decir, que ésta ha supuesto, no sólo en el ámbito doctrinal, sino también en el de la praxis judicial, un magnífico instrumento jurídico para fundamentar la responsabilidad de los dirigentes políticos y altos cargos militares por los delitos ejecutados en el marco de un sistema de aparato de poder, y con ello también, al mismo tiempo, un instrumento útil para elaborar jurídicamente el pasado de los regímenes dictatoriales. Aunque no pueden ignorarse las críticas ya apuntadas y las dificultades que la misma representa para adaptarse a las diversas situaciones y formas de funcionamiento de los regímenes dictatoriales que han dado lugar a las sentencias judiciales anteriormente transcritas, no cabe duda de que nos encontramos ante un magnifico instrumento jurídico para poder fundamentar sin grandes dificultades la responsabilidad de los principales responsables de los aparatos de poder a través de los cuales se han cometido los más graves delitos contra las personas.

Cuando Roxin formuló su tesis en 1963, se refería expresamente, aunque no sólo, a un caso muy peculiar de la historia reciente de Alemania, y concretamente a los crímenes calificados luego en el Derecho penal internacional como Crímenes de Guerra, de Lesa Humanidad y Genocidio, llevados a cabo de forma sistemática y planificada por un aparato de poder específicamente creado para llevar a cabo esta tarea, las llamadas SS, a cuya cabeza se encontraban Hitler, Himmler y otros miembros del aparato de poder nazi, en sus diversos escalones o grados jerárquicos. Con su tesis Roxin no

sólo superaba la teoría subjetiva que en aquella época era dominante en la jurisprudencia alemana, sino también otros planteamientos jurídicos que todo lo más consideraban que los máximos dirigentes nazis, ya fallecidos, podían ser considerados como inductores, y los cargos intermedios como cómplices, de los crímenes que luego otros ejecutaban directamente. La tesis de Roxin se refería además al caso Eichmann; es decir, a un burócrata, al que, a pesar de que no intervino directamente en la ejecución de los crímenes, se le podía considerar como verdadero autor (mediato), en la medida en que era un engranaje (muy importante) dentro del aparato burocrático de poder de las SS y se encargaba de organizar el transporte a los Campos de Concentración y Exterminio, de miles y miles de judíos y miembros de otras etnias capturados en diversos países de Este de Europa, ocupados por las tropas nazis o por gobiernos que colaboraban con el gobierno nazi alemán (recuérdese que además el tal Eichmann participó en la Conferencia de Wannsee, en la que se decidió la "solución final del problema judío").

Del mismo modo, la posterior acogida de la tesis de Roxin por el Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) fue el instrumento jurídico del que se sirvió dicho tribunal para considerar como autores (mediatos) por los disparos realizados en el Muro de Berlin por los guardias fronterizos, que costó la vida a muchos ciudadanos que intentaron pasar al otro lado del Muro, a algunos dirigentes de la antigua República Democrática Alemana, que habían dado la orden disparar.

Sin embargo, la tesis de Roxin se ha aplicado por los Tribunales de Justicia latinoamericanos anteriormente citados principalmente para fundamentar la responsabilidad de los Jefes militares y Altos dirigentes políticos que controlaban el aparato de poder, incluso al más alto nivel (Comandantes y Jefes militares en la dictadura argentina, o de la del Presidente Alberto Fujimori en Perú), dejando en la mayoría de los casos impunes o fuera de los procesos penales a los que cumpliendo sus órdenes, eran ejecutores directos de los crímenes cometidos. Esta "selección" de los acusados, limitando la acusación sólo a unos pocos o a un único responsable, deja la impresión de que en su aplicación también pueden haber pesado razones de oportunismo político, buscando con la condena del Jefe o Jefes y de sus principales colaboradores una especie de "cabeza de turco" o de "chivo expiatorio" que pague por todos, dejando en la impunidad a otros intervinientes en los hechos, grados intermedios, o incluso ejecutores directos, torturadores y asesinos, que se ven así liberados de su responsabilidad. Eso es especialmente evidente en la Jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales que sólo se han ocupado o se ocupan de algunos de los dirigentes, Altos cargos o Jefes bajo cuyo mandato, bien por

orden expresa suya o con su consentimiento, se cometieron por otros los graves asesinatos por los que luego ellos han sido acusados o incluso condenados.[49]

Sin duda, los crímenes cometidos dentro del sistema de un aparato de poder, son crímenes, en expresión de Carlos Nino, de "múltiples manos", y es muy difícil por no decir, imposible depurar las responsabilidades individuales de todos los que en mayor o menor medida contribuyeron a su realización. Por otra parte, enjuiciarlos a todos ellos, bajo un mismo baremo, en centenares de procesos penales o en un macro proceso a que daría lugar su enjuiciamiento, parece también tarea imposible. Pero a cambio de seleccionar y acusar sólo a uno o unos pocos, como únicos responsables, se corre el riesgo de dejar prácticamente en la impunidad a otros que en mayor o menor medida contribuyeron a la realización de los delitos, o incluso los ejecutaron directamente.

Este proceder, por comprensible que sea, no deja de ser objetable y desde luego no se atiene estrictamente a lo propugnado por Roxin, quien, como ya hemos visto, califica de "autores mediatos", no sólo a los dirigentes principales del aparato de poder, sino también a los miembros intermedios, que como Eichmann, ocupaban un lugar importante dentro de la relación jerárquica del mismo, aunque sólo tuvieran funciones puramente burocráticas. Pero siempre queda el problema de donde poner el límite y si dentro de los distintos miembros del apartado de poder cabe diferencias distintos grados de responsabilidad. Así, por ejemplo, es posible que la secretaria personal de Eichmann u otros empleados de su oficina, tuvieran conocimiento de lo que sucedía en los Campos de Concentración, y de que, por tanto, con su trabajo, estaban facilitando lo que allí sucedía, pero ¿hasta qué punto habría que exigirles también a ellos responsabilidad penal? Y si se les exige, ¿habría que considerarlos también autores mediatos, en base a que eran también miembros de un aparato de poder que actuaba al margen del Derecho? ¿Y los conductores de los trenes que llevaban directamente a los prisioneros a los Campos de Concentración? ¿Y los vigilantes de los mismos?

---

49. El argumento mantenido por algunos autores de que el enjuiciamiento de los ejecutores corresponde a los Tribunales de Justicia nacionales no me parece convincente, porque normalmente incluso en los casos en que tras el régimen dictatorial se restablece una cierta normalidad democrática, los Tribunales del nuevo régimen no tienen la imparcialidad ni la independencia requerida para juzgarlos objetivamente. Por no hablar de los casos en los que los ejecutores y muchos de los dirigentes y cargos intermedios en el regimen dictatorial se integran en el nuevo sistema, abjurando de o negando su colaboración en el régimen anterior.

A mi juicio, la tesis de Roxin puede ser utilizada para fundamentar la responsabilidad penal como autores mediatos de los principales responsables del aparato de poder criminal, bien en la cúspide, bien en niveles intermedios, pero no para calificar a todos los integrantes del mismo. Una tal ampliación llevaría demasiado lejos y desnaturalizaría el concepto de dominio del hecho, del que precisamente parte Roxin.

Para evitar estos inconvenientes, a los que sin duda una aplicación demasiado amplia de la tesis de Roxin puede conducir, me parece preferible, la tesis que siguiendo la línea también admitida por Roxin en su último trabajo, considera, sin embargo, que en el caso de los dirigentes y altos cargos del aparato de poder relacionados directamente entre si más que de autoría mediata habría que hablar aquí de "coautoría mediata" por control o dominio del aparato de poder. Esta es una figura que tiene, por un lado, en el plano vertical las características de la relación jerárquica y de la fungibilidad de los meros ejecutores; pero que, por otro lado, en el plano horizontal tiene las características de la coautoría, es decir, el de actuar conforme a un plan común previamente concertado, en distribución de roles y funciones, unas de carácter organizativa, otras de carácter más cercano a la ejecución, pero no necesariamente en la ejecución misma. Fuera de esta coautoría mediata quedarían los casos de mera cooperación ocasional o de complicidad con actos puntuales no indispensables para la realización de la acción. Y por supuesto, siempre quedarían como responsables o autores directos los que lleven a cabo los actos delictivos, de detenciones ilegales, torturas, asesinatos etc., lo que no excluye que a su vez se les pueda considerar como "instrumentos" de los dirigentes principales del aparato de poder que serían coautores mediatos.

Esta variante de la tesis de Roxin[50] y que el propio Roxin acoge ahora, me parece más adecuada a los distintos supuestos que han sido ya juzgados o que puedan serlo en el futuro por Tribunales penales nacionales e internacionales.

---

50. No me ocupo en este lugar de si el aparato de poder debe ser uno que de forma global actúe "al margen del Derecho". En principio, al tratarse en estos casos de crímenes, que ningún Ordenamiento jurídico, nacional o internacional, del mundo civilizado puede permitir, las actuaciones de este tipo que se llevan a cabo dentro del aparato de poder son ya de por sí "al margen del derecho". Sin embargo, se ha planteado este tema en el caso de los "tiradores del Muro de Berlin", en la medida en que actuaban cumpliendo las órdenes que le daban sus superiores y de las Leyes de fronteras de la antigua República Democrática Alemana. El Tribunal Supremo Federal alemán, ni siquiera se planteó este tema, cuando condenó a los responsables de estos hechos, y, desde luego, no se puede decir, que el aparato de poder de aquel Estado, cualquiera que fueran las críticas que se podían dirigir contra su sistema político, fueran un

No obstante, debe reconocerse que, fuera del ámbito de la responsabilidad de los principales responsables del aparato de poder, presenta también algunos inconvenientes y dificultades probatorias para castigar a los miembros del aparato de poder que ocupan dentro de los mismos puestos de menor relevancia o importancia jerárquica. De todos modos, el recurso a otras posibles calificaciones jurídicas, como la inducción, la cooperación necesaria o la complicidad, presenta iguales o mayores dificultades probatorias y no se ajustan a la peculiar naturaleza de estos aparatos poder, que igualmente pueden darse en otros ámbitos de la criminalidad no estatal, paraestatal, terrorista, organizada, o incluso económico-empresarial.[51]

Todavía hay que añadir algo que me parece especialmente importante para la praxis jurisprudencial e incluso para las repercusiones que ésta puede tener en la opinión pública de los países afectados por este tema en su pasado histórico reciente. Ciertamente, la dogmática penal tiene como misión sistematizar y refinar del modo más preciso posible los argumentos jurídicos en los que se apoyan luego las opiniones doctrinales y las decisiones jurisprudenciales para resolver un caso determinado. Pero lo que en ningún caso se puede olvidar es que además de la precisión y exactitud de los conceptos, lo que realmente importa es que estos ayuden a la consecución de la Justicia material; es decir, a que la resolución de un caso sea lo más satisfactoria posible conforme a los criterios de justicia imperantes en un Estado Democrático de Derecho respetuoso con

---

sistema completamente al margen del derecho (véase al respecto mi contribución al Festschrifft für ROXIN, Claus cit., p. 613 ss. También AMBOS. La Parte General, cit., p. 234 ss. dedica varias páginas a discutir este aspecto de la teoría de Roxin, llegando a la conclusión de que no es un requisito fundamental de la misma. De todas formas, Roxin ha insistido en su último trabajo publicado en el 2012 en el tema y lo ha matizado en el sentido de que este requisito se refiere *sólo a los hechos incriminados*, y no a todo el ámbito de la organización" (ya en su artículo en el Festschrift für Grünwald a. cit. p. 556, y ahora en el artículo publicado en Goltdammer's Archiv, 2012, p. 409-410). Sobre este tema véase también la sentencia de la Corte Suprema peruana en el caso Fujimori, citada anteriormente.

51. Esta posibilidad la he discutido ampliamente en mis trabajos anteriormente citados en la nota 27, y ha sido también planteada por otros muchos autores citados también en la misma nota. Sin embargo, Roxin es bastante cauto al aceptar la posibilidad de que su tesis pueda ser aplicada también fuera del ámbito de la criminalidad estatal e incluso la rechaza expresamente (véase su Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. II; y su trabajo en Goltldammer's Archiv, 2012, p. 396, donde dice expresamente que la posible aplicación de su tesis en el ámbito del Derecho penal económico, que admite la sentencia del Tribunal Supremo alemán está "en contra de sus intenciones" ("entgegen meinen Intentionen").

los derechos humanos y los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Desde este punto de vista hay que reconocer que tanto la tesis de la autoría mediata, como la de coautoría, y en menor medida la de la inducción y la cooperación necesaria, pueden satisfacer por igual ese sentimiento de Justicia, en la medida en que todas asumen que la pena aplicable a los responsables de los crímenes cometidos en los regímenes dictatoriales es en todo caso la misma. Lo que no puede admitirse es que el bizantinismo jurídico al que a veces tienden algunos juristas con su eterna discusión sobre si "los perros son galgos o podencos" empañe gravemente el sentimiento de Justicia, minimizando la responsabilidad de los sujetos que desempeñaron un papel importante en la realización de los delitos cometidos en los regímenes dictatoriales, o incluso dejándolos impunes dispuestos a seguir en sus puestos o incluso en otros de superior categoría en el nuevo sistema democrático que vino a sustituir el anterior régimen dictatorial en el que tan fervorosamente sirvieron.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A culpabilidade e sua exclusão no direito penal, de Claus Roxin, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 3, p. 191;
- Autoria e participação delitiva: da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva, de Guilherme Guimarães Feliciano, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 1305; e
- Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal, de Ricardo Breier, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 1073.

NEUROCIÊNCIAS E CULPABILIDADE EM DIREITO PENAL

8

Neuroscience and culpability in Criminal Law

WINFRIED HASSEMER

Prof. em. Dr. Dr. h. c. mult.

Traduzido por HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Doutora da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente texto reflete acerca dos desenvolvimentos mais recentes das neurociências e suas possíveis consequências para o Direito Penal. Discutem-se os instrumentos e o alcance das ciências, bem como sua estrutura e como pode ser estabelecida a discussão entre diferentes ciências. Examina como a concepção penal da responsabilidade se funda na compreensão normativa cotidiana e destaca que responsabilidade e imputação encontram seus fundamentos em razões sociais, e não em razões humano-biológicas. Por fim, analisa como a lei penal trata desta questão.

ABSTRACT: This paper reflects upon the most recent developments of neuroscience and its possible consequences for Criminal Law. We address the instruments and the outreach of Sciences as well as their structure and how we can establish this discussion between several Sciences. We also analyze how the criminal conception of responsibilities is based on a normative everyday understanding and also highlight that responsibility and imputation find their principles in social reasons and not in human-biological reasons. Lastly, we analyze how criminal law addresses this issue.

PALAVRAS-CHAVE: Neurociência - Culpabilidade - Livre-arbítrio - Responsabilidade - Poder agir de outro modo - Causas de exclusão da culpabilidade.

KEYWORDS: Neuroscience - Culpability - Free-will - Responsibility - Be able to act differently - Cause of culpability exclusion.

SUMÁRIO: 1. O canto das sereias - 2. A controvérsia sem consequências - 3. A controvérsia sem fim - 4. A ciência e o cotidiano da Justiça Penal - 5. A controvérsia desigual - 6. A pior constelação possível - 7. Concepção de responsabilidade - 8. Erro categorial - 9. Estrutura das ciências - 10. Imputação - 11. A medida do saber - 12. A lei.

Do campo das neurociências, onde se examina o processo de formação das decisões humanas, alcança-nos, penalistas, há alguns anos, o canto das sereias: venham para cá, ouçam-nos, nós temos algo importante a lhes dizer, algo que vai mudar seu mundo – assim elas nos chamam.

1. O CANTO DAS SEREIAS

Eu[NT1] segui o canto das sereias e li nos últimos meses como um monge. Durante este tempo, uma impressão, decisiva não somente para a forma e para o conteúdo deste texto, destacou-se e consolidou-se. Ela aparenta ser o seguinte:

2. A CONTROVÉRSIA SEM CONSEQUÊNCIAS

Os penalistas não ansiaram pelas sereias, a maioria de nós não é, tampouco, viciada em suas canções, mas seu canto atualmente é tão inflado, que nós não podemos mais fechar os ouvidos diante dele. Tanto em termos de conteúdo, quanto estratégica e retoricamente, o canto me lembra a duas ondas que alcançaram o direito penal, e sobretudo a sua ciência, no passado recente: os antropometristas italianos, como Lombroso e Ferri, que com a autoconfiança e o vigor das jovens ciências naturais exatas miraram no coração do direito penal da culpabilidade, ao criar e levar adiante a figura do "criminoso nato", e psicólogos e cientistas sociais como Arno Plack, que na onda intelectual da crítica institucional e da fragmentação de sistemas dos anos 70 defendiam a abolição do direito penal e não tinham nada melhor a oferecer como alternativa do que um direito de medida de segurança aflitivo e decidamente menos amigável.[1]

NT1. Nota do Tradutor: O resumo e as palavras-chave são de responsabilidade da tradutora.

1. Arno Plack, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974; as "bases para um mero direito de medidas de segurança" encontra-se às p. 380 e ss.

Isso vale para todos os antropometristas de todos os tempos e leva à reflexão: eles combatem a culpabilidade e o livre arbítrio como leões, mas são comportados como carneiros ou se calam completamente no que tange às consequências de um direito penal que consiste exatamente no fardo do livre arbítrio e na censura à culpabilidade. Por que em realidade não arriscamos também as belas moções de liberdade de conduta e de persecução penal, após libertarmos o direito penal do livre-arbítrio? Qual é exatamente a razão a justificar a contínua persecução penal e a privação de liberdade de pessoas que não podem ser culpáveis (palavra-chave: custódia de segurança)?[NT2]

3. A CONTROVÉRSIA SEM FIM

O que igualmente chama a atenção: os neurocientistas discutem entre si aproximadamente como nós penalistas o fazemos, o que tem, por sua vez, uma consequência importante para a justiça penal, para a ciência penal e também para esse texto. Eles discutem entre si sobre abordagens e sobre resultados, e às vezes corrigem ou mesmo amenizam uma de suas opiniões anteriores.[2] O postulado da liberdade desempenha para uns o *bad guy*, para outros o *good guy*; um anuncia o fim da liberdade, outro a relativiza – como ocorre mesmo em uma ciência, quando ela é vista sob os olhares dos folhetins.

Não se vislumbra um fim da controvérsia e ninguém provoca sequer a impressão,de que adoraria alcançar um tal fim; trata-se apenas de uma controvérsia entre cientistas. Vai acabar-se, como Thomas S. Kuhn e outros método-niilistas (tomando como exemplo as ciências naturais, note bem!) teriam descrito laconicamente o fim de uma controvérsia científica:[3] qualquer dia, Deus sabe porque, os grandes temas se vão e esfacelam-se os paradigmas e, então, os cientistas procuram novos temas e discutem, a partir daí, sobre eles. Isto está certo, é a liberdade da ciência; mas para nós não é tão simples; a nós causam

---

NT2. Nota do Tradutor: o texto original refere-se a *Sicherungsverwahrung*, medida de segurança aplicável juntamente com a pena privativa de liberdade para casos considerados de particular gravidade, nos termos da previsão do § 66 do Código Penal alemão. Por se tratar de instituto característico de um sistema duplo-binário, tem recebido inúmeras e acirradas críticas.

2. Notadamente, por exemplo, W. Singer, Determinismus oder Freiheit. In: *Summa*. Festschrift D. Simon, 2005, p. 529 e ss., vide p. 531 e ss. com respeito a que a decisão de uma pessoal consiste de "interações neuronais", que "seguem leis naturais determinantes", e p. 536 e ss. com respeito às consequências para culpabilidade e sanção, mas a permitir um completo diálogo com elas.

3. Thomas S. Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1967.

problemas em nossa ciência, na nossa praxis judicial e, além disso, a mim, nesse texto.

4. A CIÊNCIA E O COTIDIANO DA JUSTIÇA PENAL

As consequências das controvérsias humano-biológicas para a Justiça Penal são evidentes. Pode-se apenas recomendar à Justiça Penal que contorne amplamente essa controvérsia. Se ela se deixar arrastar pela controvérsia, então seu trabalho chegou ao fim. Ela não tem escolha, seu problema é estrutural e não pode ser resolvido com boa vontade e uma postura aberta:

A Justiça Penal tem tarefas, cuja realização, também no interesse de melhores compreensões futuras, não pode ser postergada, e essas tarefas apresentam-se modo transversal à opinião do determinismo humano-biológico.

A Justiça Penal deve, dia a dia, avaliar se alguém é ou não imputável, se agiu dolosa ou culposamente, se circunstâncias mitigadoras em sua personalidade o favorecem. Com cada avaliação desta natureza, a Justiça Penal pressupõe faticamente a possibilidade do livre arbítrio e da culpabilidade e a reconhece.

Ela não pode postergar suas decisões até o fim da controvérsia sobre o livre arbítrio, o que pode durar décadas ou séculos, ou seja: ela não pode fazer valer para si o determinismo. Os juízes e promotores precisam executar o princípio da culpabilidade durante a semana e somente no fim de semana poderiam redigir um parecer inflamado a favor do determinismo.

Vislumbra o leitor um fim deste dilema ou mesmo uma solução deste problema? Eu não.

5. A CONTROVÉRSIA DESIGUAL

A ciência penal é posta, por meio da controvérsia humano-biológica, entre uma pressão específica e uma relação assimétrica; ambas não pode a ciência penal obter.

Os neurocientistas desenvolvem conhecimentos que, caso sejam corretos e adequados, retiram a base de uma boa parte de nossas suposições sobre o direito penal e seu mundo, e as reações da ciência jurídico-penais são correspondentes a isso.[4] Tais reações não permitem vislumbrar um caminho.[5] Elas se estendem

4. Uma útil análise, detida e refletida, dos argumentos em: Krauß, *Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?*, In: Festschrift Heike Jung, 2007, p. 411 e ss.

5. Isso vai se alterar pouco a pouco; cf. por exemplo o resultado de um workshop do Instituto de Ciências Criminais de Götting em Duttge (ed.), *Das Ich und sein Gehirn. Die Herausforderungen der neurobiologischen Forschung für das (Straf-)Recht*, 2009.

de uma jocosa alienação teórico-científica[6] até contra modelos radicais, que pretendem instalar uma trilha de salvação entre o canto das sereias e a dogmática jurídico-penal da culpabilidade;[7] revelam um esforço desesperado de preservar vivo o direito penal da culpabilidade também sob a batida da biologia humana,[8] e formulam, por fim, também o ingênuo desafio à ciência jurídico-penal de não se fingir mais de cega e surda, mas, em vez disso, agarrar a chance de repensar a imputação de culpabilidade penal e a atribuição de responsabilidade.[9]

O fato de ficarmos tão divididos e perplexos diante dos neurocientistas tem sua razão: nós não participamos das idas e vindas dos seus trabalhos de pesquisas: a nós chegam apenas, ocasionalmente, alguns resultados. Como em uma eleição papal, os penalistas contemplam de fora a fumaça que sobe dos caldeirões e cadinhos dos biólogos e tentam apontar as consequências que geram para a sua disciplina. O que os penalistas e os sociólogos quase conseguiram no final do século passado foi: uma discussão em pé de igualdade, uma acomodação e integração de fragmentos sistêmicos, um desenvolvimento de ambas as ciências lado a lado – isso está, no que tange à biologia humana, fora de alcance.

Isso está correto dessa maneira e provavelmente assim permanecerá. Cada ciência é livre na determinação de seus objetos, métodos e instrumentos, ninguém pode reclamar quanto a isso, tampouco ter sucesso em algo semelhante a uma colaboração; nós não somos nem nos tornaremos neurocientistas e não podemos com eles dialogar – e vice-versa. Contudo, temos de assegurar a posição na qual estamos: não somos participantes, somos recipientes. Isto é o começo de uma compreensão, que eu gostaria a seguir de desenvolver, depois que eu tiver me lamentado sobre problemas enfrentados pelo meu texto.

6. A PIOR CONSTELAÇÃO POSSÍVEL

Meu texto estará, em razão do atual estado da discussão nas neurociências e das reações da ciência jurídico-penal, submetido a uma enorme restrição de meios. Diante de mim, há mais portas fechadas do que abertas.

---

6. Exemplar: Lüderssen, *Wir können nicht anders. Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?* In: FAZ de 04.11.2003.
7. Exemplar: *Burkhardt, Wie ist es, ein Mensch zu sein?*, In: Festschrift Eser, 2005, p. 77 ff.
8. Exemplar: Hillenkamp, *Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung.* In: JZ 2005, 31 e 3 ss.
9. Schiemann, Kann es *einen freien Willen geben? – Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht.*, In: NJW, 2004, 2056 e ss. (2059).

Uma exposição sobre o estado da biologia humana é uma porta fechada para mim, mesmo que ele gere consequências para a concepção penal de culpabilidade. A orquestra humano-biológica tem vozes demais para tanto[10] e minhas capacidades para analisar esse jogo fidedignamente são limitadas; eu não poderia me responsabilizar por uma tal análise – e, tampouco, por um prognóstico.[11] Para mim, também está fechado o caminho de considerar os pressupostos básicos das ciências humano-biológicas e jurídico-penais em conjunto e concretizá-los, continuando a desenvolvê-los um aos outros em um tal processo integrado. Para isso, o que os neurocientistas e os penalistas até agora produziram é muito divergente; não se pode sequer dizer que tudo que está em disputa está disposto no mesmo nível.

Portanto, resta-me somente um caminho em aberto. Vou seguir um caminho simples: o cenário da pior constelação, do *worst case*.

Eu vou descrever, dentre as constelações de visões humano-biológicas que podem ser esperadas ou já concretizáveis, a mais típico, não a mais próxima e tampouco a mais completa ou, mais facilmente, a mais plausível, mas sim a pior. E "pior" significa, naturalmente, em nossa concatenação de pensamento, aquilo que causa os maiores estragos aos fundamentos jurídico-penais, caso seja verdadeiro e adequado. Eu não vou recontar nem reconstruir essa visão, não vou interpretar e não vou valorar, mas apenas citar. E minha esperança, falando cá entre nós, consiste em que os fundamentos jurídico-penais, mesmo diante do *worst case*, possam resistir.[12]

Seguindo-se esse caminho, pode-se ter a esperança de chegar a uma margem segura: se nós realmente encontramos a pior constelação possível, então a réplica da ciência penal à biologia humana valerá não apenas para ela, mas também englobará suas irmãs menos danosas.

Meu paradigma para a constelação humano-biológica que atingiria de forma mais devastadora os princípios penais do livre-arbítrio, culpabilidade e responsabilidade, caso se revelasse verdadeira e adequada, é o neurocientista

---

10. Exposição e crítica em: Lüderssen, *Das Subjekt zwischen Metaphysik und Empirie. Einfluss der modernen Hirnforschung auf das Strafrecht?*. In: Duncker (ed.). Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie, 2006, p. 189 e ss. (193 e ss.).

11. Breve panorama em: Tonio Walter, *Hirnforschung und Schuldbegriff. Rückschau und Zwischenbilanz*. In: Festschrift für E-C. Schroeder, 2006, 131 e ss. (136 e ss.).

12. Este método pode ser encontrado, não raramente, na literatura científico-penal sobre as pesquisas do cérebro e suas consequências para o direito penal; cf. por exemplo Walter, Hirnforschung, cit., p. 142 e ss.

Gerhard Roth. Ele escreveu que[13] o ato de vontade consciente (não poderia) de forma alguma ser causa do movimento, porque esse movimento já houvera sido determinado anteriormente por meio de processos neuronais.

Essa é uma transcrição precisa e lúcida do diagnóstico que nós imaginamos sobre o livre-arbítrio: antes do "ato consciente de vontade" há um processo neuronal que o determina. E pior não pode ficar. Nossa decisão sobre a própria conduta é zero, ela somente aparenta existir. Na verdade ela é a consequência determinada por processos neuronais. Nessa "caixa" não há espaço para o livre-arbítrio, tampouco para consciência intermitente.

7. CONCEPÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Essa âmbito é, evidentemente, o âmbito da biologia humana – não da psicologia, da antropologia filosófica, da ciência da história, da teologia, da pedagogia, da ciência jurídico-penal ou das outras ocupações, disciplinas e instituições, que discutem liberdade e responsabilidade em nosso mundo. Eu gostaria de pontuar que as ciências empíricas sobre a pessoa não têm a única palavra sobre a liberdade, assim como não têm a última. Essa única e última palavra, nomeadamente, não existe nesse mundo.

8. ERRO CATEGORIAL

Existe um pecado mortal no âmbito da teoria do conhecimento e da ciência. Eu o denomino de erro categorial e vejo que ele é cometido frequentemente por humanobiólogos atrevidos, e não raramente também por penalistas amedrontados. Humanobiólogos cometem esse pecado por meio da convicção de que seus resultados contrariam a possibilidade de livre arbítrio e responsabildiade; penalistas cometem esse pecado por meio da convição de que humanobiólogos teriam razão e então o direito penal deveria ser adaptado e o processo penal deveria aferir novos conhecimentos necessários.

O erro categorial decorre da violação de um princípio teórico da ciência e do conhecimento. Esse princípio estabelece que cada ciência vislumbra somente aquilo a que seus instrumentos permitem o acesso e somente encontra uma resposta no campo em que seu instrumentário lhe permite formular perguntas que correspondam, categorialmente, a uma resposta. Aquilo que pertence ao

13. Roth, *Worüber dürfen Hirnforscher reden – und in welcher Weise?* In: C. Geyer (ed.), Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004, p. 66 e ss. (73).

instrumentário de uma ciência é definido de acordo com seu objeto formal. Se uma ciência atua como ciência fora do seu âmbito de acesso, ela causa confusão nos objetos e categorias e gera o caos todas as vezes em que essa ciência for amplamente notável e poderosa naquele momento; quando se presta atenção a ela e se a acolhe, em vez de, oportunamente, colocar-lhe limites.

As ciências naturais são atualmente prestigiadas e poderosas. Sua metodologia de observação domina, no presente, nossa cultura cotidiana e, naturalmente, também a coleção de conhecimentos no processo penal de modo completo e livre de concorrência; quem não consegue sustentar seus argumentos em observação, é, aos nossos olhos, um louco. Enquanto a teologia expiou longamente na cultura ocidental seu erro categorial – de que poderia explicar a criação da terra, exceto por alguns remanescentes criacionistas –, não poucos entre nós ainda apreciam a tola ideia de que o legista, ao abrir, com um corte, o cadáver, não encontra nenhuma alma – e, por via de consequência, ela não existiria.

9. ESTRUTURA DAS CIÊNCIAS

O fato de que ciências diferentes[14] têm diferentes concepções e instrumentos do seu conhecimento não é, tampouco, secundário. Isto é consequência de uma característica central, que distingue cada ciência e as diferencia das outras: seu objeto formal, como já se disse uma vez,[15] ou seja, a "consideração especial" sob a qual uma ciência contempla e trata seus objetos concretos de pesquisa. Eu denomino de objeto formal de uma ciência a sua estrutura e nisso compreendo o sistema de tarefas, paradigmas, métodos e instrumentos que, em dado momento, caracterizam tal ciência. Esse sistema é há muito tempo estável e não termina somente por meio de " revoluções científicas", no sentido de Kuhn, mas está em constante e lento movimento. O que uma ciência propõe-se como tarefa, quais convicções fundamentais e verossimilhanças ela aceita, quais métodos e instrumentos ela aplica como veículo do seu trabalho

14. No contexto desse raciocínio, não se cuida da difícil questão sobre o que seria precisamente "ciência"; nesse âmbito, estou prontamente disposto a incluir também outras atividades consistentes como o ensino da arte, de ofícios manuais ou práticas de fé neste contexto. Discuti extensamente o conceito de ciência, à luz da ciência penal, em minha conferência: *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (ed.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende.* Rückbesinnung und Ausblick, 2000, p. 21 e ss. (24 e ss.).

15. Sobre esse conceito e sua descrição tradicional: Arthur Kaufmann. *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung.* 2. ed. (1976), p. 63 e ss. com outras indicações.

e quais ela refuta está sujeito – dentro dos limites das leis – à sua decisão autônoma e, assim, somente ela pode ser responsabilizada por isso.

Isso se deixa compreender no nosso exemplo de liberdade e responsabilidade. Diversas ciências têm uma concepção de liberdade, e suas concepções não estão, entre si, em acordo. Elas variam a depender das tarefas e convencimentos fundamentais que uma ciência reconhece para si e de acordo com o método e os instrumentos de pesquisa que deles deduz; a teologia tem uma concepção diversa de liberdade daquela da psicanálise ou de uma psicologia empírica, e na medida desta concepção as sondas, com as quais se buscará a liberdade, são fabricadas. A própria questão prévia sobre se uma determinada ciência sequer é capaz de recepcionar alguma concepção de liberdade, se, pois, a liberdade pertence ao seu horizonte, se ela, em consequência, deve desenvolver instrumentos para a busca pela liberdade, somente pode ser discutida à luz de seu objeto formal, de sua estrutura.

Ciências que trabalham empiricamente têm problemas específicos com a concepção de liberdade. Seus instrumentos não se adequam a esta concepção, como o legista corretamente diagnosticou, mas erroneamente compreendeu. Algumas dessas ciências poderiam medir reflexos de liberdade, como vivências de liberdade humanas ou, então, sua tristeza em razão de um frustrado rompimento de um relacionamento em público. Mas a liberdade como objeto de pesquisa não se torna, por conta disso, acessível a tais ciências; ela torna-se apenas uma informação mediata – uma noção.

Agora, posso descrever sucinta e precisamente meu conceito de erro categorial. Esse erro consiste em assumir que ciências que trabalham empiricamente poderiam cientificamente descobrir se outras ciências devem ou não desenvolver uma concepção de liberdade, ou seja: se essa liberdade "existe" ou não. Uma tal concepção pressupõe obrigatoriamente uma hegemonia entre ciências, e essa hegemonia não existe. Tampouco existe uma concepção geral de liberdade, que paire sobre todas as ciências, e tampouco existiria um poder de estipulação das ciências empíricas, caso houvesse uma tal concepção.

O que existe é a liberdade de cada ciência de determinação de sua estrutura, é a possibilidade de uma discussão científica dessa ciência com outras sobre essa estrutura e a oportunidade de que tal ciência passe por uma situação embaraçosa diante da objeção de outras ciências de que ela não seria uma ciência.

10. Imputação

A ciência penal está longe de se encontrar em uma situação vexatória na discussão sobre sua estrutura com outras ciências; sua estrutura é rica, bem ordenada e experimentada.

À estrutura da ciência penal pertence, já há algum tempo, a concepção fundamental de responsabilidade, e essa concepção é, também, profundamente fundada em nossa compreensão normativa cotidiana. Ela repousa em um pilar da cultura europeia, nomeadamente no princípio da personalidade e da dignidade humana, que não se tornou determinante para nós somente com o art. 1 da Lei Fundamental alemã, mas sim a partir de cada reflexão sobre pessoa, sociedade e estado à altura de seu tempo.[16] O princípio da dignidade humana, manifestado na condição de pessoa, perpassa nossa ordem jurídica inteira como foi condutor, desde o bem-estar da criança no direito de família até a posição de sujeito do envolvido num processo jurídico. No direito penal material, é efetivo sobretudo no princípio da imputação; esse princípio apanha uma orientação cotidiana e a molda para a específica estrutura do direito penal; sem o princípio da imputação nosso mundo seria totalmente diverso – no direito e no cotidiano. A essa realidade as ciências empíricas sobre a pessoa não têm acesso imediato ou integral.

A imputação objetiva fundamenta a conexão entre comportamento humano e evento. Ela analisa a questão sobre se um evento pode ser tido como consequência de um comportamento. Sem a categoria da imputação objetiva faltaria ao nosso mundo uma orientação basilar. Nós não saberíamos nada sobre causação, tampouco sobre autores de eventos. Nossa imagem do mundo seria subcomplexa, não conseguiríamos ordená-lo com segurança e não estaríamos imunes a surpresas desconcertantes.

A imputação subjetiva funda a relação entre evento e responsabilidade da pessoa que causou o evento, pelo evento. Ela fundamenta a culpabilidade. Ela pressupõe a imputabilidade objetiva e imputabilidade e impulsionam seu questionamento à concepção de pessoa. Ela indaga sobre se uma pessoa teve ou não culpa para aquele evento causado por si e trata da questão sobre se a pessoa deve ser tida como responsável pelo evento ou se ela não foi culpada por ele, pois não podia fazer nada a respeito.

A imputação subjetiva permite além disso a diferenciação racional e valoração de graus de culpa, a participação interna da pessoa em seu evento, do dolo à culpa inconsciente. Também essa diferenciação pertence à cultura de imputação e está profundamente ancorada em nosso cotidiano normativo.

16. Para um penalista como eu é agradável e tranquilizador que a concepção de pessoa também nos contextos humanobiológicos possam ter um espaço – e nem sempre marginal. Cf. por exemplo R. Merkel et. al.,*Intervening in the Brain*. Changing Psyche and Society, 2007, p. 189 e ss.

A lesão por descuido é para nós algo totalmente diverso da lesão deliberada – algo que não é objetivo, mas sim subjetivo, pessoal. Essa diferenciação somente se deixa perceber caso a ideia de pessoa responsável integre o arsenal da estrura científica.

Quem – seja por qual motivo – nega que a pessoa possa ser responsável por aquilo que ela faz retira uma pedra angular não apenas de nossa ordem jurídica, senão também de nosso mundo. Atinge, assim, as bases normativas de nossos contatos sociais, o reconhecimento como pessoa. A base desse reconhecimento é a expectativa mútua de que o encontro humano ocorre não como um sistema de ossos, músculos e nervos, mas que o outro percebe-nos igualmente como pessoa e se guia de acordo com essa percepção.[17]

Nós imputamos ao outro, quando não há contra-indicações aparentes, a responsabilidade que nós experimentamos em nós mesmos e da qual nos valemos – não porque humanocientificamente ela foi confirmada ou refutada, mas porque, sem esse crédito mútuo, não conseguiríamos viver uns com os outros. Nós temos nossa experiência sobre que tipo e quanta responsabilidade nós podemos esperar – de crianças, de quem está na puberdade, de pessoas senis, de bêbados, de egoístas e de covardes, e nós somos frequentemente, de modo doloroso e surpreendente, corrigidos quanto a isso. Isto, entretanto, não nos convenceu de que nosso mundo é povoado por máquinas humanas.

Isso tudo nós fazemos não porque ainda não tomamos conhecimento ou compreendemos a mais recente reputação humano-biológica da responsabilidade; eu também não conto com mudanças essenciais no reconhecimento mútuo entre as pessoas e na imputação de responsabilidade no nosso cotidiano normativo e no sistema jurídico, quando os conhecimentos da humano-biologia se tiverem espalhado.

Isto porque responsabilidade e imputação não repousam em conhecimentos humano-biológicos, mas em razões sociais. Elas não sobrevivem de desconhecimento e irracionalidade, mas de juízo e experiência. Elas se abrem a um modo de observação empírica somente na medida em que esse modo tenha um olhar para o social e o normativo: em que possam ver que pessoas, por meio da imputação mútua de responsabilidade, transitam umas com as outras, e em que possam compreender que elas têm boas razões para tanto. Elas não são fic-

17. Eu compartilho desse enfoque com Klaus Günther, embora não o faça quanto à conclusão sobre uma proximidade da neurociência e do "direito penal do inimigo". Klaus Günther, *Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts*. In: Schleim et al (ed.). Von der Neuroethik zum Neurorecht?, 2009, p. 214 e ss.

ções necessárias ao Estado,[18] mas instrumentos que se adequam ao seu tempo e condizem com o objeto formal do direito penal.

11. A MEDIDA DO SABER

Saber mais sobre a liberdade alheia (e também sobre a própria!) não é possível. Saber mais tampouco é necessário para desempenhar a principal tarefa do direito penal: possibilitar que se faça a justa imputação.

Arthur Kaufmann, com relação à constatação da culpabilidade penal, referiu-se a um "juízo de consciência suplente do juiz",[19] e eu acredito que isso estava no mérito correto, abrindo-nos, em tal perspectiva, os olhos para que esse objetivo, em princípio, não é alcançável.

A questão: quando se reconstroem o princípio da culpabilidade, o da responsabilidade penal e o da imputação subjetiva às suas bases, como Arthur Kaufmann fez, então não resta, ao final, qualquer mínima exigência quanto à medida do saber possível necessário para uma imputação bem sucedida. Como poderia o juiz determinar, de modo responsável, que o sentenciado poderia, naquela situação, ter agido diversamente do que ele agiu, quando ele não possa perceber, completa e concretamente, seu livre-arbítrio em seu íntimo – ou seja, em sua consciência?

A perspectiva: como deve ser possível ao juiz penal, tendo em vista as possibilidades de conhecimento humano e as condições estruturais e postas em longo prazo do processo penal, proferir um "juízo de consciência suplente" sobre o sentenciado – que na maioria das vezes, ao mesmo tempo, é tambem uma "condenação de consciência suplente" – e, sobretudo, se responsabilizar por ele? Isso não acontece sequer uma vez no normal cotidiano de uma experiência afetiva. Sob quais pressupostos poderiam pessoas que têm muito mais tempo e melhores caminhos para o conhecimento do que o juiz penal, mesmo com relação a pessoas próximas a si e com longa vida em comum, responsabilizar-se por um juízo no sentido de que essa pessoa poderia, naquele momento e naquele local, ter agido diversamente?[20]

---

18. Kohlrausch, *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*. In: Festschrift für Güterbock, 1910, p. 2 e ss. (26).

19. *Das Schuldprinzip*, cit., p. 197 e ss.

20. Semelhante, em resultado, a reconstrução constitucional do livre arbítiro em Heun, *Die grundgesetzliche Autonomie des Einzelnen im Lichte der Neurowissenschaften*. In: JZ 2005, p. 853 e ss.

Não existe conhecimento suficiente à fundamentação de decisão no sentido de que uma pessoa poderia na situação da ação ter agido de outro modo. Considerando-se ainda o bem fundado e radicalmente limitado conceito de verdade processual e acrescentando-se as distorções de descoberta da verdade no processo penal real, além da praxis de acordos como frustração sistemática da busca da verdade, fica evidente que a possibilidade de verificação do poder agir de outro modo é um autoengano do penalista.

Esse autoengano, com sua ousada alegação de que o juiz criminal poderia penetrar cognitivamente no espaço em que a liberdade do sentenciado de agir diversamente aflora, poderia, assim imagino, ter incitado um ou outro árido neurocientista a aproximar-se com sua afiada agulha de pesquisa do balão da retórica jurídico-penal da liberdade.

12. A LEI

Evidentemente, nós podemos facilmente renunciar a essa mentira. A própria lei assinála-nos o caminho e também o abre.

No Código Penal, não se percebe nada da retórica da liberdade que a ciência jurídico-penal alemã e, seguindo-a, a praxis jurídico-penal exibem. É que a lei mostra-se muito diversamente de cerimoniosa; ela é formulada cuidadosa e cautelosamente e implementa, com tal cautela, uma sábia relação com o critério da culpa no direito penal. Com isso também o discurso científico pode aprender, assim eu acredito.

Para o nosso contexto, é determinante que o § 20 do Código Penal alemão–[21] e o objetivamente seguinte § 21 do Código Penal alemão –[22] não exige qualquer constatação positiva da culpabilidade de uma pessoa em um determinado caso concreto e, portanto, tampouco a constatação da liberdade e do poder agir de outro modo em uma determinada situação. Ele exige algo bastante diverso: a ausência de alterações que fundamentariam a incapacidade de culpabilidade. Ele não determina um procedimento positivo, mas sim um procedimento duplamente negativo.

---

21. "Age sem culpabilidade quem, ao cometer um fato é incapaz de compreender a ilicitude do fato ou de atuar de acordo com essa compreensão, em razão de uma perturbação psíquica patológica, por perturbação profunda da consciência ou por debilidade mental ou por outra alteração psíquica grave."

22. "Se a capacidade do autor de compreender a ilicitude do fato ou de atuar de acordo com essa compreensão, por uma das razões descritas no § 20, estiver consideravelmente reduzida, então pode a pena ser diminuída (...)."

A constatação positiva de liberdade e culpabilidade, de um lado, e a dupla exclusão negativa de causas de exclusão da culpabilidade de outro lado podem resultar, em um sistema lógico-formal, no mesmo, mas para a praxis judicante elas concretizam uma diferença fundamental. De acordo com o § 20 do Código Penal alemão o juiz não é obrigado a fazer perguntas que não possa responder, a coletar conhecimentos que não possa encontrar e a manejar provas que não domina. Seu programa é reduzido às suas possibilidades de conhecimento, está em harmonia com elas. Isto é, assim sustento, uma forma madura de racionalidade: um tal proceimento probatório exige constatações somente na medida em que se adequem categorialmente às possibilidades de conhecimento humano.

E, por fim, o § 20 abre também a porta pela qual os conhecimentos consolidados das ciências empíricas sobre a pessoa alcançam a determinação penal da culpabilidade: são as causas de exclusão da culpabilidade.

Categorias de exclusão da culpabilidade são constelações nas quais o direito penal e as ciências empíricas sobre as pessoas se tocam, ou se atravessam. O campo dessas categorias está aberto no futuro. Seu objeto é o resultado de desenvolvimentos a longo prazo nas ciências empíricas, mas também da decisão penal sobre a relevância de tais desenvolvimentos para a imputação de culpabilidade penal.

O direito penal, sua ciência e sua praxis nunca repeliram conhecimentos das ciências naturais sobre o objeto "culpabilidade" *a limine*;[23] ao contrário, demandaram por eles; elas são obrigadas a uma tal demanda, se quiserem manter a dogmática da culpabilidade atualizada. Mesmo que, como apontado, não possam fazer nada a partir de um rechaço fundamental da categoria da responsabilidade, elas têm sim, desse modo, um ouvido aberto aos conhecimentos das ciências empíricas que possam levar a uma exclusão da responsabilidade. Na dogmática da culpabilidade, concretizada no § 20 do Código Penal alemão e vinculada a uma constelação de casos concretos, encontram-se aqueles conhecimentos das ciências biológicas que são relevantes para o direito penal.

No âmbito das causas de exclusão da culpabilidade enuncia-se cada cultura de imputação de responsabilidade no direito penal, que, como aqui reiteradamente se ressaltou, exorta a imputação de responsabilidade no cotidiano. Causas de exclusão da culpabilidade decidem, em um processo penal, sobre

23. Sobre o tema, vide também Lüderssen, *Das Subjekt zwischen Metaphysik und Empirie* cit., p. 203 e ss.

quais estados reconhecíveis e mensuráveis de uma pessoa o direito penal pode alcançar para excluir sua responsabilidade.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais, de Salo de Carvalho – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, organizada por Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, São Paulo, Ed. RT, 2010.

O princípio da igualdade, o Direito Penal e a Constituição

9

62395

The principle of equality, Criminal Law and the Constitution

José de Faria Costa

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto. Membro do Conselho Superior de Magistratura de Portugal. Presidente do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Membro eleito do Conselho Geral da Universidade de Coimbra. Presidente da Assembleia Geral do Centro de Direito Biomédico (FDUC). Presidente da Assembleia Geral do Instituto Jurídico da Comunicação (FDUC). Presidente do Grupo Português da *Assaciation Internationale de Droit Pénal.*

Área do Direito: Internacional; Penal; Constitucional

Resumo: O artigo analisa o sentido do princípio da igualdade, bem como sua relação com o direito penal e a Constituição. Em uma perspectiva onto-antropológica, o princípio da igualdade aparece como elemento absolutamente fundante não só do nosso modo de ser comunitário, mas também da própria juridicidade penal.

Palavras-chave: Princípio da igualdade – Direito penal – Constituição.

Abstract: This article analyzes the meaning of the principle of equality and its relationship with Criminal law and the Constitution. In an onto-anthropological perspective, the principle of equality appears as an element which is absolutely foundational not only to the way we act in the community but also to criminal juridicity.

Keywords: The principle of equality – Criminal law – The Constitution.

SUMÁRIO: 1. A razão de ser de uma questão - 2. O horizonte do problema - 3. Densificações - 4. A igualdade normativa - 5. Afloramentos de igualdade normativa a partir do cruzamento entre direito penal e Constituição: 5.1 Diferenciação do direito penal e unidade da ordem jurídica; 5.2 Condicionamento da construção dos tipos legais de crime; 5.3 Uniformização das legislações nacionais; 5.4 Âmbito pessoal de aplicação do direito penal; 5.5 Determinação da pena; 5.6 Articulação da dogmática - 6. Conclusão.

1. A RAZÃO DE SER DE UMA QUESTÃO

Trazer* o problema do princípio da igualdade em direito penal para a ribalta de uma discussão pública, para mais chamando, concomitantemente, o direito penal e a Constituição, pode parecer um pouco estranho e até um tanto deslocado. Não é, pois, verdade que, se há território normativo onde o princípio da igualdade assentou arraiais, desde os primórdios da sua consagração legal no séc. XVIII, esse foi e é o território narrativo do direito penal? Ora, se isso é desse jeito, a que título, por qual razão, ou devido a que motivo se vem falar, hoje, do princípio da igualdade em direito penal, quando tudo parece estabilizado e sem perturbações doutrinárias ou dogmáticas? Mas será que tudo é tão pacífico e que tudo está doutrinalmente tão estabilizado? Mostremos pequenas frestas por onde se pode ver algum desconcerto que interroga o princípio da igualdade.

Em primeiro lugar, por tudo quanto é sítio questiona-se, e bem, acrescente-se, o primado de uma igualdade formal e exalta-se a procura de uma igualdade material. E o que é que se passa no território normativo e doutrinal do direito penal? Será que o direito penal deve continuar a ser o último dos baluartes da igualdade formal ou, também aqui, se intrometem já vinculações da ordem da igualdade material? Eis uma janela pela qual se vêem dúvidas e se recebem interrogações. Depois, começam a sentir-se vozes, cada vez mais ruidosas, sobre o sentido profundo das escolhas atinentes que levam à produção das normas de incriminação. Expliquemo-nos. Se há, por exemplo, normas incriminadoras relativas a todos os que nas empresas públicas dolosamente cometem actos que se mostram ruinosos, por qual razão o mesmo não deve acontecer quando se está perante actos idênticos levados a cabo por governantes? Não será que se está a tratar desigualmente aquilo que deveria ser visto e valorado como igual? Mais: para actos substancialmente iguais deveriam corresponder normas incriminadoras também elas tendencialmente iguais. Vale por dizer: o que

* O texto foi também publicado em Portugal, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 3974 (2012), p. 282-296.

aqui se questiona prende-se, indubitavelmente, com o problema das escolhas do legislador. Em que medida é que nos critérios que determinam as escolhas das valorações que vão levar às diferentes incriminações não deve estar também presente, e na primeira linha, o princípio da igualdade. Por fim não pode deixar de se referir toda uma imensa reflexão que questiona a desigualdade de género que os Códigos Penais, em algumas das suas regiões normativas, parecem ainda espelhar ou reflectir.

Como se vê aquilo que parecia pacífico antes destas últimas considerações mostra-se agora infinitamente complexo e intricado. Mas avancemos no nosso esforço de compreensão e de clarificação de horizontes, mesmo quando estes se apresentam críticos e até cruzados, salientando, desde já que, no âmbito deste trabalho, nos vamos centrar, em linha de máxima, sobre a igualdade material e formal e sobre os critérios que determinam as escolhas da incriminação. O que vale por dizer que, neste âmbito, não nos iremos preocupar com toda a complexa e sensível problemática da desigualdade de género.

2. O HORIZONTE DO PROBLEMA

A Constituição Portuguesa cristaliza, com a norma prevista no art. 13, n. 1, o princípio da igualdade, através da seguinte formulação: "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei". E o n. 2 do mesmo dispositivo acrescenta: "ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual".

Eis, de uma forma que se quer e pretende lapidar, bem ao estilo da tonalidade constitucional dos primitivos textos deste teor, a expressão do texto-norma[1] constitucional que dá cobertura a toda uma outra camada mais densa e espessa que só uma aproximação material pode desnudar ou pode desimplicar, tornando-a, assim, susceptível de uma apreensão racional consequente. Está, por conseguinte, bem determinado o objecto,[2] não só das nossas preocupações

1. Sobre este conceito e ainda sobre o conceito "norma-texto" vejam-se as nossas lições: *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta* iuris poenalis). 2. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 146 e ss.

2. Categoria do pensamento que cada vez menos se vê em textos de rigor ou de ciência mas que convém recuperar para bem de todos mas, por sobre tudo, para bem, precisamente, do rigor, da acribia, da acuidade e ainda para afastamento dos "fal-

mas, e de forma vincada, das nossas "ocupações", enquanto cultores de disciplinas de rigor: o direito penal e a filosofia do direito. É este o nosso campo narrativo e é ainda este o também nosso horizonte crítico.

Antes, entretanto, de iniciarmos o nosso passeio analítico pela região da igualdade, convém expressar algumas ideias sobre as complexas – e não raro mal percebidas – conexões que o direito penal e a constituição estabelecem entre si. Como se sabe, os cruzamentos entre estas duas autónomas zonas do *multiversum* da ordem jurídica costumam ser compreendidos à luz de um modelo de supra-infra-ordenação. Para esta tradicional leitura, as relações operam segundo uma lógica estrutural de tipo piramidal, a partir da constituição para o direito penal. Trata-se de uma concepção determinada pelo vector vertical, como movimento de cima para baixo, o que nos remete de imediato para a arquitectura kelseneana e a *forma mentis* que ela inoculou mesmo no seio dos seus maiores críticos. Levada ao extremo, esta lógica conduziu aos exageros de uma difundida visão pan-constitucionalística da juridicidade, alicerçada sobre a radicalização do eixo vertical enquanto pilar em torno do qual deve girar a compreensão do direito. Mas as coisas não têm de ser necessariamente assim. Como já tivemos oportunidade de destacar, em um sentido material, as conexões entre direito penal e constituição podem muito bem ser vistas a partir de uma perspectiva exactamente contrária ou inversa. Por outras palavras ainda: no plano material, a interrogação postulante pode e deve partir da ordem jurídico-penal para a ordem jurídico-constitucional.[3]

---

sos" cientistas, mesmo quando estes se denominam "cientistas das ciências sociais". Quando pensamos em uma óptica de rigor dificilmente nos podemos afastar do binómio sujeito cognoscente e objecto cognoscível. Bem sabemos, e ignorá-lo seria erro grosseiro indesculpável, que esta contraposição sofreu e continua a sofrer justas críticas. Porém, uma coisa parece indiscutível: começar-se por esta contraposição torna tudo mais claro, muito embora no fim saibamos que podemos encontrar nebulosas. Certamente. Mas manda a simples e elementar lei de uma qualquer boa razão que é bem melhor assim do que se começar desde o primeiro momento com o horizonte inexpugnável de uma opaca e espessa nebulosa.

3. Ao chamarmos a atenção para a importância de uma metódica que se não baseie unicamente no segmento vertical, não deixamos de reconhecer que a passagem de uma lógica dedutiva para uma lógica indutiva em nada altera o processo de inteligir e raciocinar o direito na base de uma hierarquia verticalmente articulada. No entanto, repetimos, a inversão postulada tem antes a ver com uma compreensão em que as referências e as implicações são recíprocas e também sucessivamente enriquecedoras, em forma de espiral hermenêutica altamente fecunda. Sobre tudo isso, conferir o nosso *O perigo em direito penal*. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 190 e ss.

O fundamento do direito penal coincide com o próprio fundamento do processo de hominização. Por isso, o direito penal tem uma dimensão constitutiva do nosso modo-de-ser social. Ele assume-se, onto-antropologicamente, como raiz essencial ao nosso modo-de-ser enquanto mulheres e homens necessária e historicamente inseridos em comunidade. Neste sentido, o direito penal não deixa de ser, *ab initio*, constitutivo. É, digamo-lo abertamente, em si e por si, materialmente constitucional, fundante. Pois o direito penal foi, de um ponto de vista histórico, um *prius* face à ordem constitucional. Eis o dado. Eis a evidência.

Ao serem assimilados ou reconhecidos pelos textos positivos da constitucionalidade, os princípios do direito penal – enquanto seus verdadeiros "fundamentos espirituais" – apenas discursivamente reassumem, na versão moderna da expressão das determinações constitutivas e fundacionais do direito, o lugar que materialmente sempre ocuparam. Nunca se deve esquecer que o aparecimento dos textos positivos constitucionais são, na história do direito e na história da humanidade, quase nossos contemporâneos, ou seja, são textos da modernidade. Daí que os textos da Lei Fundamental não venham legitimar ou fundamentar o direito penal, mas antes limitar o âmbito do penalmente relevante, de modo a circunscrever as margens da punibilidade. Obviamente, no plano estritamente formal, a constituição segue como fonte legitimadora do ordenamento infra-constitucional que o direito penal representa. Porém, como facilmente se percebe, não é só dentro dessa órbita – nem sequer preferencialmente – que nos movemos.[4]

Chegados a este ponto, cabe indagar: quais são os concretos afloramentos da complexa relacionação entre direito penal e constitucional? Em primeiro lugar, a Lei Fundamental reconhece certos limites ou proibições à criminalização. Não por acaso, o texto constitucional condiciona a restrição de direitos, liberdade e garantias – como a liberdade e o património, no caso da intervenção penal – não só à finalidade de protecção de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, mas também ao princípio da proporcionalidade (*CRP*, art. 18, n. 2). Como consequência, a única compreensão substancial do delito compatível com as características do Estado de direito democrático (organização laica e pluralista, que assenta sobre o poder soberano do povo e a dignidade da pessoa humana) consagrado na constituição é o modelo do crime como ofensa a bens jurídicos. No âmbito formal, a limitação ocorre sobretudo com o princípio da legalidade criminal, que veda, entre outras coisas, a incriminação através de analogia (CRP, art. 29).

4. Assim, *Noções fundamentais de direito penal* cit., p. 70-71 e 125.

Em segundo lugar, não há coincidência plena e absoluta entre os bens tutelados pela ordem constitucional e os bens que o direito penal tenciona proteger. Existem, pois, curvas de desvio ou incongruência. Em todo caso, cabe reconhecer, no plano do merecimento de tutela penal, uma relação de tendencial aproximação entre o acervo de bens jurídico-constitucionais e os bens jurídico-penais. A Constituição aparece, de certo modo, como impulso de criminalização. Geralmente, apenas os valores protegidos na Lei Fundamental se podem "candidatar" à protecção do direito penal. Mas como a própria juridicidade penal assume um carácter materialmente fundante ou constituinte, em situações excepcionais o legislador ordinário estará autorizado a transformar em bens jurídico-penais valores ou interesses que não encontram uma correspondência imediata ou directa no texto constitucional (como é ilustração o caso da protecção do meio ambiente na Alemanha).

Por último, também em regra a constituição não impõe obrigações de criminalizar determinadas ofensas a bens constitucionalmente tutelados. O legislador ordinário possui, portanto, uma considerável margem de discricionariedade na valoração acerca da necessidade ou carência de tutela penal. Excepcionalmente, contudo, a própria Lei Fundamental, tendo em vista pontuais considerações político-criminais derivadas de um específico e marcante contexto histórico, encarrega-se de antecipar aquelas valorações e considera o direito penal como o único meio suficientemente eficaz para proteger determinado bem jurídico, ordenando expressamente ao legislador ordinário a criminalização de certo tipo de condutas (v.g., o art. 117, n. 3, da CRP). Por outro lado, não existem implícitas obrigações constitucionais de criminalização.[5]

Uma vez fixada a trave-mestra da nossa compreensão acerca dos cruzamentos axiológico-normativos entre o direito penal e a Constituição, estamos já em condições de avançar. Comecemos a desnudar e a trazer ao de cima – isto é, à visibilidade do senso comum –[6] aquilo que de mais profundo esconde o princípio da igualdade, bem como a tornar claras as diferentes implicações nos

5. Sobre estes afloramentos, conferir *O perigo em direito penal* cit., p. 193 e ss.; *Noções fundamentais de direito penal* cit., p. 125 e ss.

6. Não desconhecemos que nada há de mais enganador do que o chamado "senso comum ou bom senso". Por isso, neste sentido, não tem razão Descartes quando na primeira proposição do seu *Discours de la Methode* propugna que uma tal qualidade é a coisa mais bem repartida do mundo. Por certo. Bem sabemos. Porém, o que queremos, aqui, salientar é o significado que as coisas do direito devem ter para que possam ser compreendidas ou percebidas pelos cidadãos. O direito é, em nosso entender, uma disciplina da razão prática.

mais diversos segmentos da dogmática penal. O que implica que o nosso estudo se centre, em toda a sua extensão, em uma tónica de cariz marcadamente dogmático e não político-criminal.[7]

3. DENSIFICAÇÕES

Se bem vemos as coisas, o verdadeiro e profundo sentido do princípio da igualdade deve ser encontrado na relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, enquanto matriz do nosso modo-de-ser individual e colectivo, traço diferenciador e simultaneamente agregador do ser-pessoa historicamente situado.

A nossa condição é sempre de uma condição de perigo, enquanto manifestação, entre outros dados, de incompletude, de projecto, ser em aberto. Se somos tudo isso não somos necessariamente acabamento, consumação, fechamento, clausura. Porém, a abertura, o projecto, a incompletude faz de nós seres frágeis. Seres de cuidado. Seres de cuidado-de-perigo. O "eu", por isso, para "ser", exige o cuidado do "outro". Mas se há cuidado é porque há um magma, uma turbulência que nos faz frágeis. Fragilidade do "eu" para consigo próprio. Fragilidade do "eu" para com o outro. Fragilidade do "eu" para com o mundo.[8]

Esta primeva relação corresponde, no patamar da dimensão fenoménica, à relação ético-existencial de um "eu" concreto, de carne e osso, que, precisamente, pela sua condição, só pode ser se tiver o "outro", cuidar do "outro", cuidar de si cuidando o "outro" e cuidando este cuidar de si. Uma rede de cui-

7. Há, não poucas vezes, alguma incompreensão ou até desfasamento de análise quando nos debruçamos sobre as dimensões dogmáticas e político-criminais com que podemos valorar e trabalhar o direito penal. Tentemos, pois, pôr alguma clareza na indiferenciação, mistura e sincretismo com que as coisas são vistas neste patamar. Somos dos que defendem que a política criminal é um dos vectores das políticas públicas que o Estado tem que levar a cabo. A política criminal está, pois, no âmago, no coração, das funções primordiais do Estado. Porém, pára aqui o seu âmbito de influência. O Estado desenvolve políticas sociais, por exemplo, referentes à família, à sua protecção. Tendo em conta as finalidades que tais políticas desenham esse mesmo Estado legifera de modo a prosseguir aquelas precisas finalidades. Tudo correctíssimo. O mesmo se passa no campo das políticas criminais. Nem mais nem menos. As políticas criminais iluminam as intencionalidades legislativas e ficam cristalizadas nessa realidade com que se vê este complexo fenómeno: o das relações entre o direito penal e a política criminal. Mas também não escondemos a nossa inclinação, com as cautelas já enunciadas, para um entendimento de separação nítida entre dogmática e política criminal.

8. Vejam-se as nossas *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 223-224.

dado-de-perigo que se desdobra em múltiplas relações que, não reivindicando para si a asseidade, também não podem ser olhadas como meros substitutivos incaracterísticos da primitiva relação. Diríamos que cada uma dessas relações de cuidado-de-perigo coincide, ponto por ponto, com a relação matricial de cuidado-de-perigo, só que se situa em um outro plano ou camada. Daí que a primitiva relação de cuidado-de-perigo se individualize – de um jeito que qualificaríamos de geneticamente marcado pela matriz donde parte e a que continua ligada por raízes indestrutíveis – e amplifique não só, por exemplo, em relações de cuidado-de-perigo que a amizade, o amor e o acto médico experienciam e reflectem, mas também nas relações de cuidado-de-perigo que o direito e o justo também, de modo não menos intenso, nos fazem experienciar. E é, por conseguinte, esta relação de cuidado-de-perigo, colocada em segundo plano, que quando cotejada com aqueloutra, constitui a teia matricial do direito que pode ser rompida. Rompimento que é, outrossim, uma invariante da própria vivência histórica da comunidade e que, por isso, se aproxima daquele cuidado originário. Enquanto ordem de liberdade, o direito penal salvaguarda a diferença do ser-aí-com-os-outros. Para tanto, tem que proibir e punir as condutas que esmaguem ou nadifiquem o ser-aí-diferente e o ser-diferente-com-os-outros, historicamente situados.

Neste horizonte, a acção humana – com tudo o que ela exprime de pleonasmo do ser-pessoa – é, essencialmente, abertura do "eu" ao "outro". Enquanto manifestação comunicacional entre homens, a acção humana é sempre *relatio*. Esta relação (sobre) primitiva que está, quanto a nós, mesmo antes da relação de cuidado-de-perigo é que vai "gerar" as relações de cuidado-de-perigo socialmente relevantes. É ela que encerra o momento único e ontologicamente determinante da acção humana. Aí o ser é manifestamente uno. E se, também nesse momento de liberdade, o ser se abre à diferença, marcado pelo ser-aí-diferente, ele continua a ser uma projecção daquela realidade primeira. Mas o acto comunicacional, mesmo que se expresse nas suas formas mais primitivas, pressupõe que o ser-pessoa, como ser-aí-diferente-com-o-outro, participe na relação comunicacional enquanto unidade material de sentido, susceptível de manifestar intencionalidade, que o "outro" reconhece como tal. Uma relação, portanto, que só se realiza entre iguais. Entre um "eu" e um "outro" que, embora seja um ser-aí-diferente, não deixa de ser igual em termos de capacidade discursiva. Pois, se assim não fosse, as modificações que se operam no mundo das significações externas que o "outro" apreende não seriam percebidas por este como relação comunicacional, como acto comunicacional. Vale por dizer: o "outro" percebe que o que vê, sente ou ouve não corresponde à abertura e entrega do ser-aí-diferente que a relação de cuidado possibilita; o "outro"

apercebe-se do bloqueamento, do fechamento, da ausência total de sentido autonomamente responsável, apercebe-se do "ruído" total na teia comunicacional. Por isso podemos chamar a debate a regra de outro das relações entre os homens: o princípio da reciprocidade. Reciprocidade que não existe sem a igualdade onto-antropologicamente fundada.[9]

Posto isto, vejamos, em um segundo momento, a densidade significativa daquele axioma constitucional. Na verdade, o que quer significar que somos todos iguais perante a lei? Uma primeira aproximação dir-nos-á que, em igualdade de circunstâncias, um determinado comportamento, um comportamento juridicamente relevante, um comportamento jurídico-penalmente relevante, para aquilo que, ora, nos importa, merecerá o mesmo tratamento, independentemente de quem o tiver praticado. Isto é: seja o infractor católico, budista, judeu, homem, mulher, branco, negro, heterossexual, homossexual, pobre, milionário, europeu, português, brasileiro, estadunidense será sempre punido e nenhuma destas características pode influir no juízo do desrespeito ou violação da lei que esse mesmo infractor consubstanciou com a sua conduta.

Porém, para que tudo se passe deste modo, urge saber o que significa actuar ou agir "em igualdade de circunstâncias". Vale por dizer: antes de chegarmos ao fim da narrativa, isto é, antes de alcançarmos o tratamento igual, para todo e qualquer cidadão, temos de perceber que tudo isso tem, outrossim, de acontecer em igualdade de circunstâncias. De certa maneira, poder-se-á afirmar, pois, que antes de encontrarmos o sentido mais profundo da igualdade normativa ainda nos temos que preocupar com a "igualdade de circunstâncias". Nos temos de preocupar com uma qualquer noção de igualdade que se não confunde com a igualdade fabricada pela normatividade. Afrontemos, por consequência, esta última questão.

Comecemos e comecemos pela pergunta radical: o que é a igualdade? Na verdade, o que temos de responder, antes de chegarmos à noção de igualdade normativa, prende-se, indubitavelmente, com aquilo que, em sentido comum, atribuímos à igualdade. É claro que se se trabalhar com noções abstractas é muito fácil chegar-se à compreensão de igualdade. Por certo, dois é igual a dois. Não temos dúvidas. Certo. Mas não temos dúvidas porque aceitamos que não tínhamos dúvidas.[10] E se assim é, então, dois não é igual a três nem

9. Assim o sustentamos em *O perigo em direito penal* cit., p. 192, 327 e 400 e ss.

10. Fácil é de ver que estamos aqui a chamar a terreiro o *princípio da identidade*. Princípio absolutamente necessário ao nosso modo de pensar e ao qual, como todos sabemos,

a quatro nem a um. Mais. Quando trabalhamos com estas categorias tudo se torna menos difícil porquanto a matriz da abstracção dos números faz com que a noção numérica de dois tenha fronteiras tão bem definidas que é impossível confundi-la com qualquer uma outra.[11]

Porém, uma coisa queremos realçar. A noção de igualdade não é, não pode ser uma abstracção. Ela é, naquilo que tem de mais essencial, um conceito relacional. Vale como eixo de referência entre duas grandezas. Se temos um pedaço de metal, rectilíneo, de um certo comprimento e se sobrepuser um outro pedaço de metal, igualmente rectilíneo, e se ambos coincidirem nas extremidades, podemos dizer, então, que eles são iguais no comprimento, independentemente da natureza de cada um (por exemplo: um ser de ferro e outro de aço). Eleita uma determinada qualidade, há igualdade, há uma relação de igualdade, sempre que se possa dizer que existe coincidência na grandeza que une os dois objectos relacionais. Por outras palavras ainda: só há, só é concebível a ideia de igualdade quando comparamos, quando sopesamos, quando medimos.[12] Em apertada síntese: quando relacionamos.

E esta relacionação mostra-se mesmo nas coisas mais prosaicas do nosso quotidiano. Se temos quatro maçãs e quatro crianças e queremos dar as maçãs, por igual, às crianças salta aos olhos de todos que, se quisermos respeitar a mais simples das igualdades, devemos dar uma maçã a cada uma das crianças.

---

se ligam ou interligam, em unidade de sentido lógico, os princípios do *terceiro excluído* e o da *não contradição*.

11. Que as palavras nos não traiam. Se *A* é igual a *A* ($A = A$), *A* não pode ser igual a *B* desde que estabeleçamos que *B* é igual a *B* ($B = B$). Logo, quando muito o que poderemos dizer é que *A* é diferente de *B* ($A \neq B$). No entanto, quando nos defrontamos com uma forma de pensar que tem de desembocar necessariamente em uma decisão prática – o direito é, já o dissemos, uma disciplina da razão prática – acontece que os princípios da identidade, da não-contradição e do terceiro excluído, para empregarmos as formulações clássicas, não explicam tudo, ou explicam mesmo muito pouco. Sem dúvida que *B* é diferente de *A*, mas bem pode acontecer – por razões de justiça, por exemplo – que o tratamento jurídico que damos a *A* tenha que ser aquele a que *B* vai sujeito. *A* e *B* continuam a ser diferentes, porém, porque houve alguém que teve que decidir – inelutavelmente teve que se envolver na determinação do objecto conducente à decisão – vemos que *A* e *B* se igualizam nos efeitos que sobre ambos se desencadeiam. Sobre isso, conferir *O perigo em direito penal* cit., p. 66.

12. Aliás, nunca é demais recordar que todo e qualquer juízo, enquanto acto de crítica (positiva ou negativa), reclama ao menos três pressupostos: o objecto do juízo, o parâmetro do juízo e a comparação ou confrontação entre ambos, ou seja, a própria realização do juízo.

Se uma criança ficar sem nenhuma maçã e uma outra ficar com duas fomos desiguais na distribuição daqueles bens. Mais ainda. Podemos mesmo avançar que fomos injustos. Donde matricialmente se poder afirmar que a igualdade se liga ao justo e o desigual ao injusto. Tão simples e tão linear. Mergulhados na factualidade subimos à normatividade para depois regressarmos, mais ricos, à factualidade e, desse jeito, em espiral hermenêutica[13] inacabada percebermos o real construído a que todo direito pertence.

4. A IGUALDADE NORMATIVA

Para aprofundarmos este específico ponto da nossa narrativa nada melhor que regressar aos clássicos. É sempre um bom caminho regressar a Aristóteles. Sigamo-lo em uma curta passagem: "Na medida em que o injusto não respeita a igualdade e na medida em que o injusto se confunde com o desigual, é evidente que há um justo médio no desigual. Este justo médio é o igual, já que nos actos que admitem um mais e um menos existe também o igual. Assim, por conseguinte, o injusto é o desigual, o justo o igual. Não é necessário raciocinar sobre isto para o tornar evidente".[14] Com a força expressiva, não da autoridade, mas antes com a de um projecto de desenho do que é relevante e impressivo e racionalmente impossível de contraditar, ficamos a perceber que o injusto, e por certo também o injusto penal, é uma manifestação do desigual. Porém, como é fácil de perceber não vamos tratar do injusto penal em si mesmo mas antes perceber os recortes do injusto penal na sua conformação e reconformação com a própria Constituição.

Assim, a pergunta crucial que deve ser levada a cabo passa por este horizonte interrogativo: será que a igualdade formal que o direito penal reivindica para si não é, em si mesma, a expressão mais forte de uma igualdade material, porquanto estamos a lidar com o direito penal?

Em primeiro lugar, tentemos responder, ainda que de uma forma perfunctória, a uma dúvida pertinente que no desenvolvimento do nosso raciocínio se não pode deixar de colocar. O que é que se deve entender por igualdade

13. Sobre o sentido e a espessura normativa heurística da noção de espiral hermenêutica, que se não deve confundir com o círculo hermenêutico, veja-se *O perigo em direito penal* cit., p. 33, 147, 173 e 229.

14. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1131*a*. Utilizamos a seguinte edição: ARISTÓTELES. *Obras*. Traduccion del griego, estúdio preliminar preâmbulos y notas por Francisco de P. Samaranch: Madrid, Aguilar, 1982. p. 378 (o pedaço que citamos em texto foi tradução nossa).

formal? Sejamos directos. Igualdade formal é aquela que resulta, em primeira linha, de uma interpretação textual.[15]

Aceitamos que toda a interpretação parte de um texto. Sendo certo que texto é todo o pedaço da realidade portador de informação que pode ser "lida". O que significa que todo o real é "texto". Por maioria de razão todo o "real construído" é, por conseguinte e de maneira inequívoca, também "texto". De sorte que, quando nos deparamos com um texto escrito, o primeiro patamar[16] para encontrar a informação, que é também sentido, nele contida realiza-se na percepção ou compreensão imediata do conteúdo textual. Estamos, pois, no domínio da interpretação textual que se exprime, de igual jeito, através de uma narrativa textual.

Quando se interpreta, quando se interpreta juridicamente, estamos também a fazer, a elaborar, um outro "texto". Se se diz que "aquele que matar outra pessoa é punido com a pena de prisão até 16 anos", quer isso significar que tanto faz ser A, B ou C a matar, em qualquer caso, é punido com pena de prisão até 16 anos. Isto é, independentemente das circunstâncias, independentemente da personalidade, independentemente do carácter, se o concreto agente desencadeou uma conduta que levou à morte de outrem é punido com uma pena de prisão até 16 anos.

Esta é uma das expressões mais límpidas da igualdade formal. Aceita-se um padrão de conduta – "aquele que matar outra pessoa" – e depois, formalmente, comparamos a conduta que, em concreto, queremos qualificar para saber se ela é ou não idêntica ao exemplo-padrão.[17] Neste sentido e só neste sentido, o

---

15. Preferimos a qualificação de interpretação textual a interpretação literal. Pela razão simples de que o que sempre se interpreta são "textos". É claro que a ideia que subjaz a interpretação literal convoca inequivocamente o sentido do texto. Por certo. Não duvidamos. Porém, a explicitação de interpretação textual torna ainda mais forte e inequívoco a busca daquilo que o jurista, perante o direito positivo, procura em uma primeira análise: o texto-norma.

16. Não obstante estarmos nesse primeiro patamar, isso não afasta o pressuposto de termos, relativamente a qualquer "texto", uma pré-compreensão. Esse território narrativo, o território narrativo da pré-compreensão, tem fronteiras pouco definidas e mostra-se em tantos campos de uma maneira fluida e difícil de agarrar conceptualmente, mas tudo isto não faz dele, nem de perto nem de longe, uma mera ficção. Ele é uma realidade. Mais. Só pensamos porque percebemos pré-compreensivamente a realidade. O que faz da pré-compreensão um dado e neste sentido tem uma dimensão ôntica. A que há ainda que acrescentar que, mesmo em termos lógicos, os dados *a priori* mais não são do que expressões dessa dimensão em que se instala a pré-compreensão.

17. Veja-se aquilo que destacámos na nota 12.

tipo é um exemplo-padrão[18] ou referente de condutas. Há, pois, que sublinhar que neste quadro, em um quadro de igualdade formal, não há lugar a qualquer tipo de discriminação, nem discriminação positiva, nem obviamente qualquer tipo de discriminação negativa. Deste modo, a exigência de uma pura igualdade formal na descrição dos comportamentos penalmente relevantes é a forma mais conseguida que a humanidade encontrou até hoje para fazer valer o mais fundo do princípio da igualdade.

Qualquer desvio a esta igualdade, mesmo que sincronizado pelo diapasão bondoso da discriminação positiva, seria a porta aberta a todas as perversidades e à mais profunda das desigualdades. Pior: abandonar a cidadela da igualdade formal na definição dos comportamentos penalmente relevantes e a sua consequente interpretação hermeneuticamente textual, que passa obviamente por uma consolidada cristalização do âmbito de protecção da norma, seria fazer entrar, de maneira oblíqua, a interpretação analógica. O que, como todos sabemos, faz com que a sua proibição, muito embora não constituindo um garantia constitucional expressa, para lá estar consagrada de maneira inequívoca no n. 3 do art. 1.º do Código Penal português, se mostre, quando nos empenhamos em uma compreensão profunda e materialmente sustentada, como um dos princípios constitucionais implícitos mais evidentes. Na verdade, pensar o princípio da legalidade penal e não proibir o recurso à analogia no território da incriminação seria um contra-senso. Seria qualquer coisa de impensável por ausência de um mínimo de coerência lógica, material ou formal.[19]

5. AFLORAMENTOS DE IGUALDADE NORMATIVA A PARTIR DO CRUZAMENTO ENTRE DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Uma vez chegados neste ponto, vale dizer, compreendido o sentido mais geral e fundo do princípio da igualdade e percebida as sutilezas das relações

18. Não confundir esta noção de exemplo-padrão com aqueloutra que se exprime como uma técnica de construção do tipo legal de crime como o que acontece no art. 132 do Código Penal português.

19. Nunca será desnecessário lembrar que em 1935 o legislador da Alemanha nazi alterou o § 2 do StGB e não só derrogou a proibição de analogia, como também previu expressamente a possibilidade de sua utilização para punir comportamentos que, embora não directamente subsumíveis a um tipo legal de crime, merecessem punição segundo a ideia fundamental de uma lei penal ou o saudável sentimento do povo. Sobre isso, GROPP, Walter. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. Auflage, Berlin: Springer, 2005. p. 61.

entre o direito penal e a Constituição, estamos já em condições de adensar a nossa reflexão e identificar os específicos afloramentos do princípio da igualdade no direito penal.

5.1 Diferenciação do direito penal e unidade da ordem jurídica

Uma primeira e não raro despercebida expressão do princípio da igualdade no direito penal prende-se com o próprio processo de génese e de diferenciação do direito penal no seio da ordem jurídica como um todo e com a daí resultante exigência lógica e axiológica de unidade do direito.

Com efeito, o ordenamento jurídico assume-se como um conjunto de normas intencionalmente cimentado em torno de uma meta comum. Finalidade esta que reside na ordenação, na entrega e na protecção das condições que permitam a existência livre e segura aos cidadãos, de modo a possibilitar uma convivência suficientemente pacífica e justa de todos em sociedade. Contudo, além desta orientação geral ou comum e por força da progressiva diferenciação e divisão de tarefas, cada particular terreno do *multiversum* jurídico também assume outras e específicas missões, cuja realização chega de certo modo a relativizar a ideia matricial de "unidade" pela "igualdade", adensada naquele objectivo básico ou originário. Neste horizonte, surge a questão de saber como compatibilizar a "finalidade especial" ou a "finalidade parcial" do direito penal com a "finalidade geral" da ordem jurídica.

Com efeito, a ideia de unidade da ordem jurídica originariamente se apresenta como um "imperativo de igualdade de tratamento" (*Gleichbehandlungsgebot*) relativamente a uma mesma circunstância de facto. Uma exigência que certamente recua quando o tratamento desigual – a previsão de diferentes consequências jurídicas – constitui um imperativo da específica intencionalidade normativa encarnada no respectivo terreno de juridicidade. Em todo caso, a exigência de unidade será violada sempre que o tratamento diferenciado assumido em uma específica zona da normatividade se revelar inadequado: vale por dizer, quando não existir qualquer razão lógica ou axiológica convincente para o tratamento diferenciado de uma mesma circunstância de facto em um determinado sector do *multiversum* jurídico.[20]

Logo, o direito penal não só não pode proibir uma conduta simultaneamente autorizada (ou mesmo exigida) por um outro ramo do ordenamento (con-

20. Assim, destacando o princípio da igualdade como o primeiro fundamento de vigência do princípio da unidade da ordem jurídica, GÜNTHER, Hans-Ludwig. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln: Heymanns, 1983. p. 90 e s.

tradição normativa), como também não pode subordinar a imposição de uma sanção penal a pressupostos menos exigentes que aqueles reclamados para a imposição de uma sanção jurídica extra-penal (contradição valorativa).[21] Assim, por exemplo, o direito penal não pode criminalizar o puro e simples exercício de um qualquer direito (como a pura e simples manifestação do pensamento não ofensiva a qualquer bem jurídico alheio), bem como pretender punir aquele que adquire, possui ou detém património sem origem lícita determinada e incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos (pois a disciplina jurídico-civil do enriquecimento ilícito condiciona a obrigação de restituir não só à comprovação do enriquecimento, mas também à identificação de uma concreta vítima a suportar, sem razão juridicamente aceitável, o correspondente sacrifício patrimonial).

5.2 Condicionamento da construção dos tipos legais de crime

Pode dizer-se, em segundo lugar e sem medo de cometer erro palmar, que o princípio da igualdade, mesmo quando compreendido na sua expressão mais simples, estabelece um duplo limite ao acto legiferante de criminalizar. Vejamos o que isto quer significar.

Na verdade, ao legislador está vedado criminalizar uma qualquer conduta por meio de arbitrária discriminação entre cidadãos com base em ascendência, sexo ou orientação sexual, religião, língua, ideologia, opinião política, compreensão do mundo, situação económica, condição social, origem étnica. Porém, por outro lado, o legislador também não pode, em qualquer circunstância, reconhecer dignidade penal a um determinado bem jurídico e recusá-la a um outro bem jurídico de igual ou equivalente relevância axiológica.

Por outras palavras e relativamente a este último ponto: se temos dois bens jurídicos de igual ou equivalente relevo axiológico-jurídico e se se protege um deles o outro tem, outrossim, de ser protegido. O que acontece é que essa protecção não tem de ser levada a cabo do mesmo jeito. O legislador pode, perfeitamente, escolher o modo – através das diferentes maneiras de construir o tipo legal de crime – como aquela tutela deve ser levada a cabo. A esta escolha, da estrita competência do legislador, chamamos nós, há muito tempo, *fragmentaridade de 2.º grau*.[22]

---

21. SENGBUSCH, René. *Die Subsidiarität der Notwehr*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. p. 164-165.

22. Para as noções de fragmentaridade de 1.º e 2.º graus vejam-se os nossos estudos *Noções fundamentais de direito penal* cit., p. 16 e s. e 21 e s.; *O perigo em direito penal* cit.,

Exemplifiquemos. A vida humana autónoma constitui um bem jurídico merecedor de tutela penal mas a propriedade também não o merece menos.[23] Logo, seria violador do princípio da igualdade e, por conseguinte, ferido de inconstitucionalidade em um qualquer dos seus segmentos – *rectius*, manifestar-se-ia até, poder-se-ia afirmar, uma inconstitucionalidade por omissão – o ordenamento penal que protegesse um desses bens e deixasse o outro absolutamente desprotegido.

5.3 Uniformização das legislações nacionais

Ainda no plano da conformação dos tipos legais de crime, um terceiro afloramento da ideia de igualdade refere-se à actual e forte tendência de uniformização legislativa resultante da intervenção, cada vez mais significativa, das determinações do direito europeu sobre os direitos internos dos Estados membros da União Europeia. Com efeito, o aparentemente imparável movimento de harmonização ou homogeneização das legislações nacionais arrasta consigo a clara pretensão de substituir uma narrativa de comportamentos modelada em uma tónica de "*Babel*" – uma variável conformação do conteúdo dos tipos legais de crime, atenta e sensível à diversidade ou pluralidade cultural, económica, social e jurídica de cada país – por uma narrativa de comportamentos modelada em uma tónica de "*esperanto universal*" – uma invariante conformação do conteúdo dos tipos legais de crime, preocupada apenas com as prementes exigências de eficácia no combate da criminalidade globalizada.[24]

Entretanto, esta desesperada busca pela "identidade" legislativa através do pensamento único a ditar regras únicas tem-nos empurrado – sejamos honestos – para o precipício de um direito penal meramente simbólico e securitário, amigo de insuportáveis constrições à liberdade. Ora, ninguém ignora que se podem encontrar invariáveis na descrição de certas condutas puníveis (v.g., matar, ofender a integridade física, roubar, injuriar etc.). Mas a idiossincrasia ou a peculiaridade de cada povo ou comunidade nacional implicará variações,

---

p. 252 e s., *maxime*, p. 259 e s.; *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos* cit., p. 9 e s., *maxime*, p. 21 e s.

23. Isto é: a escolha, de forma independente, dos bens jurídicos vida humana e propriedade é levada a efeito por critérios que se enquadram, precisamente, naquilo que qualificamos de fragmentaridade de 1.º grau.

24. São três os grandes pilares deste "esperanto universal": o Tribunal Penal Internacional, o mandado de detenção europeu e a teorização do chamado "direito penal do inimigo".

não só na definição dos comportamentos acima mencionados, mas também e sobretudo naquilo que se prende com a multiplicidade de outras condutas ligadas àqueles tipos matriciais. Por exemplo, todos os Códigos Penais consideram crime o facto de provocar dolosamente a morte de outrem. Mas já existe uma infinidade de diferenças quando olhamos para a definição das condutas nos homicídios privilegiados e nos homicídios qualificados.

Isto fica também evidente no plano das molduras penais abstratas. Assim, v.g., o homicídio qualificado é punido na Alemanha e na Itália com pena de prisão perpétua. Em Portugal, o mesmo facto é punido com prisão de até 25 anos e no Brasil com prisão de até 30 anos. Mas diante desta pluralidade não seria possível nem desejável determinar – e sabe-se lá com que critério – a moldura penal abstrata justa para a punição do crime de homicídio qualificado. Fica claro, pois, que a identidade de cada uma daquelas ordens jurídicas exige que nos afastemos do "esperanto universal" e aceitemos a diversidade babélica.

Por tudo isso, a imposição de um "esperanto universal" significa, ao fim e ao cabo, um movimento de anti-iluminismo. Em uma compreensão do mundo e do direito penal que ainda pretenda ser minimamente liberal deve haver diferenciação. Deve haver diversidade. Um direito penal liberal deve continuar a reivindicar uma narrativa com uma tonalidade de "*esperanto universal*" apenas quanto ao "modo de escrever" (princípio da legalidade), mas não pode deixar de defender a "*Babel*" para a definição narrativa dos conteúdos, vale dizer, para a definição narrativa dos comportamentos proibidos. Daí que a luta por "*Babel*" (pelas várias narrativas que ela possibilita), enquanto direito que cada comunidade deve ter de construir a sua própria ordem jurídico-penal, é um combate cheio de sentido e que vale a pena ser vivido.[25]

5.4 *Âmbito pessoal de aplicação do direito penal*

Em quarto lugar, dever-se-á sublinhar que o princípio da igualdade também floresce quando nos confrontamos com a determinação do âmbito de aplicação do direito penal relativamente às pessoas. Em linha de máxima e como expressão, precisamente, do princípio de igualdade, o direito penal vale para toda e

25. Para além de que certamente não corresponde ao sentido mais profundo de toda e qualquer comunidade ver as condutas penalmente proibidas serem punidas de forma idêntica ou uniforme quando cotejadas com outras comunidades, mesmo que da sua família. Sobre tudo isso, veja-se nosso "O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (Babel ou esperanto universal?)". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 138. n. 3955. p. 223 e ss. Coimbra: Coimbra Ed., mar.-abr. 2009.

qualquer pessoa que pratique um facto criminoso que possa ser abrangido pelo âmbito das leis de aplicação do direito penal no espaço.

Apenas em hipóteses excepcionais – e mesmo assim ainda com base em outros valores também materialmente constitucionais – o direito penal exclui do seu horizonte certos sujeitos, nomeadamente os detentores do chamado "estatuto diplomático" e os titulares de cargos políticos.[26]

5.5 Determinação da pena

Para além disso, e como quinto ponto relevante das nossas reflexões, o princípio da igualdade é parâmetro reitor na determinação concreta da pena. E precisamente porque o é, faz com que nos tenhamos de afastar de qualquer ideia de prevenção geral (negativa ou positiva, pouco monta) e nos atenhamos a uma profunda e renovada ideia de neo-retribuição no que se refere à compreensão e fundamentação das penas.

Com efeito, a pena representa a reacção de uma comunidade de homens àqueles comportamentos penalmente proibidos por essa mesma comunidade. O que bem demonstra, em nosso ver, que a pena é o reflexo dos valores dessa comunidade em um certo tempo e em certo espaço. A pena é, por sobre tudo, a refracção do entendimento do homem sobre si próprio, ou seja, do seu modo-de-ser historicamente situado.

Na verdade, a pena criminal não pode e não deve ser percebida e valorada, em sua densidade ético-social, como um mal. Pois o mal, independentemente das formas que possa revestir, assume a característica rara e original de ser infinitamente expansivo. Os limites do mal são dificilmente "racionalizáveis". O mal, nas suas expressões mais poderosas, está para lá do racional. Abre-se à noite indecifrável. Funde-se no inexplicável e no humanamente incompreensível. É tempestade sem medida que tudo arranca e destrói e que nada pode deter. Sucede que, historicamente, se consagrou para o "mal" da pena um limite (*nulla poena sine lege*). Esta limitação à inflição de uma constrição desvaliosa é um sinal – ainda que efémero e pouco consistente – de que a pena não pode ser um mal que se exprime como *potentia* incontida. Também aqui a legalidade, ao considerar que só se pode punir com as penas que a lei prevê, reduz para o nível zero a capacidade de extensão que, no

26. Sublinhe-se, contudo, que em qualquer destas situações os regimes de imunidades formais e materiais são unicamente concedidos por mor das funções desempenhadas, quer as que estão ligadas à "representação" do Estado em outro território, quer as conexionadas com a harmonia dos órgãos estaduais.

caso, seria expansão do arbítrio, da injustiça. Nesta óptica, os limites do mal são a sua própria negação.

E a pena criminal só é humanamente compreensível e só é um "bem" por causa de seu fundamento onto-antropológico. A estrutura normativa do direito, a estrutura normativa do direito penal, perfila-se através de um modo-de-ser cujo segmento principal não pode deixar de ser visto como a estabilização de conflitos. O direito penal avança e recua pelo conflito, pela ruptura. Pelo conflito de valores. Pela violação, pela ruptura de valores comunitariamente assumidos como mínimo ético. Tal conflitualidade e ruptura violadora são expressões fenoménicas da perversão em que mergulha o nosso primevo modo-de-ser. Por outros termos ainda: esta relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo – que é aquela que é matricial ao nosso modo-de-ser com os outros – pode romper-se. E tantas vezes se rompe.

Mais. De certa maneira, a relação só tem sentido se admitir a ruptura. E a ruptura dessa relação primeva constitui uma perversão, uma inversão, um passar, um exceder, uma desconformidade, uma desmedida. Este lado negativo da relação constitui o elemento ou segmento fundante para a existência de um crime. E esse momento de ruptura, de fractura, de convulsão no cuidado genésico só se refaz com a pena. A aplicação da pena, nesta compreensão fundante, torna-se a dizer, repõe o sentido primevo da relação de cuidado-de-perigo. Com o crime dá-se o desnudamento que exige a compensação de uma pena para que o equilíbrio de refaça. Porque só desse jeito "eu" posso ver, olhar e amar o "outro". Porque se não houver pena é impossível reconstruir a primitiva relação de cuidado-de-perigo. A pena, se quisermos, assume, assim, o papel da reposição, da repristinação e, por conseguinte, da eficácia de um bem. Ou, se ousarmos ser ainda mais radicais, ela é um bem.

Neste horizonte, o princípio da retribuição nada tem de metafísico ou irracional, antes se assumindo como a mais lídima expressão das ideias fortes e estruturantes de responsabilidade e igualdade. Na verdade, a irrenunciável exigência ético-social de paridade, de igualdade na distribuição do castigo atira-nos, sem recurso, para uma compreensão, repete-se, das ideias fundantes da retribuição. Factos iguais – segundo a gravidade do ilícito e da culpa, enquanto categorias susceptíveis de gradação – merecem penas iguais. Tornando as coisas ainda mais claras: não nos esqueçamos que considerações de prevenção (geral e especial, negativa ou positiva), ao convocarem circunstâncias estranhas aos particulares desvalores do ilícito e da culpa, permitem que a factos iguais – assentes obviamente a partir daqueles desvalores – sejam aplicadas penas diferentes, substancialmente diferentes. O princípio da igualdade, neste quadro e dentro desta dinâmica interpretativa, é agregador de coesão dogmática e até de coesão social.

Acresce a tudo isto uma outra não menor consequência. Qual seja: deste jeito, o princípio da certeza do direito, também ele estruturante e definidor, realiza-se na aplicação concreta do direito. O cimento que agrega e congrega a comunidade jurídica, a comunidade política, tem que assentar na ideia forte de confiança. Todos e cada um têm que confiar, têm que acreditar que todos os seus actos e condutas, mas todos eles, são tratados pelo rasoiro da igualdade. Só deste modo a comunidade de homens e mulheres acredita no seu sentido comunitário. A quebra desta relação de confiança no tratamento igual do que é igual e no tratamento desigual do que é desigual é o passo para o precipício da desagregação social, muito embora formal ou aparentemente tudo possa parecer equilibrado e coeso. Eis, em síntese, aquilo que a igualdade traz à fundamentação e tessitura do corpo social erigido em comunidade jurídica. É absurdo conceberem-se situações, isto é, comportamentos, que, sendo materialmente iguais possam sobre eles recair penas manifestamente diferentes em grau e qualidade.

Afinal, é o cidadão um mero objecto, um simples receptáculo da pena ou um mero apêndice funcional do seu exercício? É ele o *instrumentum* que, na distribuição encontrada para as penas, representa o escolhido para produzir efeitos de prevenção? Ou é ele o cidadão responsável que tem o direito a sofrer uma pena justa, porque igual a todas as penas correspondentes aos comportamentos penalmente relevantes que lhes estão na causa? Mas esse nosso direito a uma pena justa não é qualquer consequencia da realização hegeliana do Estado enquanto patamar último em que todo o racional é real e todo o real é racional mas antes e definitivamente decorrência da primeva relação de cuidado-de-perigo que nada tem de dialéctico e se entrega antes à espessura do ser que é, em sentido onto-antropológico. Pois a exigência da "minha" identidade de ser-com-os-outros pressupõe que ela também só se efective se "eu", ao ter violado aquela específica e fundante relação de cuidado-de-perigo, reivindique, na total autonomia de ser aberto e em projecto, o direito a uma pena justa.

A igualdade potencia, desta forma, a certeza diacrónica e sincrónica. Certeza diacrónica, porquanto a factos iguais, e dentro do mesmo quadro legal, correspondem, no arco temporal, reacções ou consequências jurídico-penais idênticas ou iguais. Certeza sincrónica, porquanto a factos iguais, levados a cabo ao mesmo tempo, se seguem, em linha de máxima, consequências semelhantes ou iguais, independentemente do lugar em que tais factos tenham sido praticados.[27]

27. Conferir nossas *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos* cit., p. 209 e s. E ainda sobre este ponto veja-se o denso e reflectido estudo de MARTINS,

5.6 *Articulação da dogmática*

Ora, as últimas considerações que levamos a cabo, no final do ponto anterior, atiram-nos para uma derradeira ponderação sobre o princípio da igualdade. Com efeito, a dogmática penal e todo o seu apuro conceitual a que se junta a parafernália de todas as suas diferentes categorias não existem por si e em si. Todo esse conjunto de "dogmas", de cânones interpretativos, de sequências lógicas e seus pressupostos, de compreensões jurídicas fundamentais que iluminam o seu próprio discorrer, de superação de aporias ou de contradições, tem uma finalidade. Serve um escopo. Quer, em última instância, que se realize a justiça na cristalização da solução que o caso concreto suscitou. Por conseguinte, todo o *instrumentarium* dogmático só tem sentido e só se deve admitir enquanto meio idóneo para atingir a justiça. E a certeza é, indubitavelmente, um elemento sem qual a própria justiça se não realiza.

Porém, como vimos, de forma clara e insusceptível de contradição, a certeza leva no seu seio, é-lhe co-natural, o princípio da igualdade. Princípio que, enquanto exigência axiológico-normativa, só pode ser realizado – só pode ser colocado em prática – em um *sistema*, vale por dizer, em uma estrutura coordenada de relações entre normas de imputação qualitativas e quantitativas.[28]

Embora seja uma *ordem* (não um sistema), o direito penal não deixa de ter o seu próprio sistema.[29] O direito não é um sistema porque o sistema postula um conjunto de proposições em que o léxico e a sintaxe se fixam de uma forma não equívoca, ou seja, em que os elementos são determinados por uma função. Olhemos, v.g., para o número zero. No sistema decimal (aqui, sim, faz todo o sentido falar em sistema), o zero vale sempre o mesmo conforme o seu lugar funcional. Assim, se associado a um outro número qualquer, deixa este inalterado desde que estejamos a trabalhar com as operações de adição ou a subtracção ($7 + 0 = 7$; $7 - 0 = 7$). Mas já reduz qualquer outro número a zero, a si próprio, desde que a função seja a multiplicação ($7 \times 0 = 0$). Em abono da verdade, em certa medida poder-se-á dizer que o direito opera também com elementos que são tendencialmente não equívocos e, nesta perspectiva,

---

António Lourenço. *Medida da pena – Finalidades – Escolha.* Coimbra: Coimbra Ed., 2011. p. 68 e s.

28. Assim, destacando a igualdade como base da sistematicidade da dogmática jurídico-penal, SCHÜNEMANN, Bernd. "Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld". In: _____; DIAS, Jorge de Figueiredo (hrsg.). *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin,* Köln: Carl Heymanns, 1995. p. 154-155.

29. Conferir nossas *Noções fundamentais de direito penal* cit., p. 19.

aproxima-se da noção de sistema. Tais elementos são as "regras" jurídicas (v.g., os prazos de prescrição). No entanto, mesmo neste âmbito, nunca será demais salientar que um espaço mínimo de interpretação de "equivocidade" se pode detectar neste preciso território do direito. Donde, com propriedade e sentido se pode continuar a afirmar que o direito é refractário a uma noção de sistema e deve antes ser visto como "ordem".

Repare-se que temos o cuidado de empregar a expressão "não equívocos" e não o conceito de "inequívoco", muito mais corrente e delimitador de fronteiras. Com efeito, procurar o "não equívoco" é aceitar ou ter presente que uma franja de equivocidade estará sempre presente na interpretação jurídica, como em qualquer outra interpretação. É de sua natureza. O "inequívoco" joga e trabalha na axiomática dos sistemas fechados. E, já o vimos mas não nos devemos cansar de o repetir, o direito é uma ordem e não um sistema. E se a ordem é relação (*ordo est relatio*), isso implica, bom é de ver, abertura e nunca fechamento ou clausura.[30]

De todo modo, o sistema do direito penal assume dois grandes eixos normativos. O primeiro está sujeito à exigência de fragmentariedade e realiza-se na pluralidade de normas de comportamento e normas de sanção. O segundo baseia-se nos pressupostos da unidade lógica e intencional da dogmática jurídico-penal, realizado, sobretudo, por normas que cristalizam axiomas, normas condensadoras de princípios, normas sobre normas, normas definitórias e normas que sustentam regras jurídicas. Eixos que correspondem, quase exclusivamente, à divisão clássica entre Parte Especial (PE) e Parte Geral (PG) do Código Penal.[31]

---

30. Veja-se o nosso "O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (*Babel ou esperanto universal?*)" cit., p. 220 e 223. Por certo, quando se diz 2 + 2 = 4, estamos a exprimir uma igualdade cujo sentido proposicional, no sistema decimal, se repete, e repete-se indefinidamente. É esta permanência, resultante da escassez do universo interpretativo *a priori* definido pela matemática, que fez com que se pensasse que a permanência corresponderia a inequívoca exactidão. Esta não é mais, em nosso entender, do que uma interpretação cuja variação é zero. Daí que quanto maior for a estabilidade do cânone interpretativo e menor a variação dos elementos do *universum interpretandum* maior é a solidez (constância) na "interpretação". Sendo certo que a inversa também é verdadeira. Por outras palavras: quanto menor for a estabilidade do cânone interpretativo e maior a variação dos elementos do *universum interpretandum* menor é também a "constância" da interpretação. E é evidente que a compreensão do direito, de qualquer direito, é abrangida pela regra anunciada por último. Sobre isso, veja-se *O perigo em direito penal* cit., p. 130.

31. Para estes dois eixos, vejam-se as *Noções fundamentais de direito penal* cit., p. 16-17 e 21-22.

E precisamente em razão daquela inquestionável franja de equivocidade e abertura – os tipos legais de crime e as outras normas jurídico-penalmente relevantes são mesmo *open textures* – a narrativa doutrinal[32] assume uma importância fundamental como instância de controle e de crítica encarregada de avaliar a consistência da decisão individual do caso concreto e de apreciar a capacidade de generalização da correspondente *ratio decidendi*. Uma generalização que, ao assumir a firme ideia de igualdade, afasta a imprevisibilidade e a insegurança típicas de uma justiça do *cadi*, vale por dizer, evita a realização do direito penal pautada por arbitrários *topoi* político-criminais.[33] Por outras palavras ainda: a ideia de igualdade convoca a necessidade lógico-analítica de uma teoria articulada e compreensiva que identifique os conceitos fundamentais a serem trabalhados e suas respectivas interconexões, que determine com exactidão as relações de derivação entre os conceitos situados em níveis distintos e que defina com clareza e diferenciação o conteúdo de todas as categorias.[34]

---

32. Como salientamos em outro lugar, a narratologia – a significar, neste específico horizonte, a busca de um sentido epistemológico para as estruturas narrativas do direito – não deixa de ser um "instrumento débil" – porque não único –, mas instrumento de qualquer maneira, para se compreender o direito e muito particularmente o direito penal. Afinal, o mundo só se pode perceber através da linguagem (sendo certo que o mundo é mais do que linguagem e o direito, em consequência, muito mais do que linguagem). E por isso também o direito só se pode compreender pela linguagem, sua indispensável condição de possibilidade e seu incontornável limite. Como se sabe, a narrativa jurídica assume-se em três grandes terrenos: o legislativo, o jurisprudencial e o doutrinal. Esta última pode narrar de duas maneiras. Primeiramente, existe um discurso jurídico sobre a própria lei, vale por dizer, sobre seu sentido e sua legitimidade. Eis o portal de ingresso da narrativa doutrinal nas coisas do direito. Logo, uma reflexão vocacionada a trabalhar com o texto-norma e a norma-texto. Entretanto, enquanto reflexão, crítica ou não, sobre o direito, a doutrina pode ir mais além ou mais fundo. Pode mesmo distanciar-se da lei e propor novos modelos jurídicos, novas narrativas sobre futuras leis. Enquanto aquela primeira dimensão revela uma verdadeira e própria narrativa que se desenvolve no mesmo patamar das narrativas legais e jurisprudenciais, este segundo aspecto da reflexão doutrinal configura uma meta-narrativa. O que é coisa bastante diferente. O que, contudo, lhe não minora a relevância. Sobre isso, ver "O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (*Babel ou esperanto universal?*)" cit., p. 218-220. Especialmente sobre a narrativa legislativa no direito penal, consultar o também nosso "Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 3933, ano 134, p. 354 e ss. Coimbra: Coimbra Ed., abr. 2002.

33. SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld cit., p. 155.

34. Neste sentido: HRUSCHKA, Joachim. Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein? *Juristen Zeitung*, 40 (1985), p. 2. Argentina: Editorial Mediterránea, 2003.

Juntemos ainda uma outra reflexão, tornando-nos talvez mais claros e incisivos, admitindo que tal é preciso. Sem o princípio da certeza jurídica é impensável o princípio da igualdade jurídica no campo do direito penal. Porém, o inverso também não é menos verdadeiro. Isto é: sem uma correcta densificação do princípio da igualdade jurídica, dentro do território normativo do direito penal, tem-se se a "certeza" de que o princípio da certeza jurídica, e com ele a própria ideia de direito, sairá sempre muito prejudicado, quando não anulado pela hegemonia da mais desenfreada arbitrariedade.

6. CONCLUSÃO

Tendo em conta tudo o que se acaba de dizer ponderadamente, a exacta compreensão do sentido do princípio da igualdade no direito penal convoca necessariamente o reflectir sobre a dimensão onto-antropológica matricialmente fundante não só do nosso modo-de-ser individual e colectivo, mas também da juridicidade *tout court* e da própria juridicidade penal. Com efeito, é sempre na primeva relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo travada entre o "eu" e o "outro" que a igualdade frutifica e realiza todo o seu riquíssimo potencial de abertura axiológico-normativa.

Por outro lado, bem temos a consciência de que a repercussão do princípio da igualdade sobre o direito penal constitui um tema cujos pormenores seguem permanentemente em aberto. Por isso mesmo também temos a consciência de que não dissemos tudo, até porque impossível seria fazê-lo. Mesmo se assim não fosse, a prudência e a humildade intelectuais tão necessárias às coisas do rigor sempre aconselhariam que nada mais se dissesse. Refreamento este que, não por acaso, revela-se como mais uma das íntimas manifestações que a própria ideia de igualdade arrasta.

E se é verdade que se não pode conceber, em lógica binária, um "saber do não-saber", pois, desse modo, estaríamos aparentemente confrontados com a "mais paradoxal e a mais contraditória aporia do conhecimento" (*Hartmann*), também não é menos verdadeiro que a consciência do não saber pressupõe radicalmente uma delimitação entre o que se sabe e o que se não sabe. O que, em outros termos, nos projecta, em última análise, para a estrutura porosa e passiva do ser originário que é também, já o vimos, provocação, isto é, determinação ontológica que pressupõe sempre uma participação empenhada do "eu" e do "outro". Mais. A aporia anunciada, conquanto superada ou superável por uma qualquer visão gnoseológica, não deixa, contudo, de ter para nós uma outra importância. Ela constitui, assim, na nudez da sua circularidade, o ponto de apoio e de arranque de um momento fundamental da teoria do conhecimento,

qual seja: o lugar onde abicam os limites do conhecimento.[35] Mais ainda. Na ignorância do que não sabemos, porque infinita, somos todos absolutamente iguais. Pois nada há mais bem distribuído do que a ignorância. Porque o que cada um de nós não sabe é infinito. Daí que devamos procurar sempre o que se sabe e nunca o que se não sabe. Sendo certo que é pela consciência do território do não saber que podemos alcançar os difíceis domínios do saber.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A matriz constitucional, e não axiomática, dos princípios implícitos de direito penal, de Sebastian Borges Albuquerque de Mello – *RCP* 3/159;
- Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena, de José Milton Peralta – *RBCCrim* 82/88; e
- Princípios fundamentais do direito penal, de Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Régis Prado – *RBCCrim* 15/81.

35. Veja-se *O perigo em direito penal* cit., p. 162-163.

PROBLEMAS DA CAUSALIDADE INTERMEDIADA PSIQUICAMENTE 10

Problems of causality which is psychically mediated

67396

CLAUS ROXIN

Professor emérito, Dr. Dr. h. c. mult., na Ludwig-Maximilians-Universität München/Deutschland.

Traduzido por AUGUSTO ASSIS[NT1]

Mestrando na Ludwig-Maximilians-Universität München/Deutschland.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O texto investiga a causalidade intermediada psiquicamente a partir de duas constelações de problemas. Na primeira parte do artigo, que aborda as condutas comissivas, é analisada a possibilidade de falar na existência de uma causalidade no âmbito das contribuições psíquicas. Para tanto, o autor determina os parâmetros segundo os quais a causalidade deve ser

ABSTRACT: This paper addresses casualty which is psychically mediated based on two constellations of problems. In the first half of the article, which addresses commissive behaviors, we analyze the possibility of talking about the existence of casualty in the realm of psychic contributions. For that matter, the author establishes the parameters upon which casualty should be understood and

NT1. Nota do Tradutor: O tradutor agradece a Luís Greco, Alaor Leite e Adriano Teixeira pela atenta revisão e correção da tradução.

compreendida e os confronta com a estrutura de tais contribuições. Na segunda parte do artigo, que aborda as condutas omissivas, o autor, com base na definição de causalidade anteriormente estabelecida, problematiza a existência de uma causalidade da omissão. Por fim, ele analisa a causalidade da omissão no controverso grupo de casos em que o dever de um garantidor consiste em acionar um segundo garantidor que, por sua vez, é o único capaz de evitar o resultado.

PALAVRAS-CHAVE: Causalidade - Teoria da condição - Causalidade psíquica - Causalidade da omissão - Omissões sucessivas.

compares them with the structures of these contributions. In the second half of this paper, which addresses omissive behaviors, based on the definition of casualty which was previously established, the author addresses the existence of an omission casualty. Finally, he analyzes omission casualty in the controversial group of cases in which the duty of a guarantor is about activating a second guarantor, which in turn, is the only one able to avoid the result.

KEYWORDS: Causality - Theory of condition - Psychic causality - Omission causality.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Condutas comissivas: 2.1 A causalidade deve ser compreendida como conceito jurídico ou como conceito universal?; 2.2 Causalidade como força eficiente?; 2.3 Causalidade como condição determinada a partir de uma lei (natural)?; 2.4 Causalidade psíquica como conformidade a uma lei estatística?; 2.5 Modelos não causais de conexão psíquica; 2.6 Causalidade intermediada psiquicamente como condição desvinculada de uma lei; 2.7 A prova em juízo da causalidade intermediada psiquicamente; 2.8 O caso do estagiário; 2.9 Conclusão - 3. A omissão de influências psíquicas, capazes de evitar o resultado, sobre terceiros: 3.1 A causalidade da omissão; 3.2 A jurisprudência acerca das omissões violadoras de um dever de exercer influência psíquica, com a finalidade de evitar o resultado, sobre terceiros: 3.2.1 O caso do abscesso; 3.2.2 O caso do *spray* de couro; 3.2.3 O caso do banco de sangue; 3.2.4 O caso do Comitê Central; 3.2.5 O caso do supervisor da oficina; 3.2.6 O caso do ginásio de esportes no gelo; 3.3 Três soluções distintas para o problema: 3.3.1 A probabilidade próxima à certeza da evitação do resultado como pressuposto para a causalidade da omissão; 3.3.2 A presunção da realização da conduta que evitaria o resultado; 3.3.3 A teoria da diminuição do risco; 3.3.4 Uma proposta adicional - 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Os problemas da causalidade intermediada psiquicamente,[NT2] tanto nas condutas comissivas, quanto nas omissivas, ainda não encontraram solução consensual.

NT2. Nota do Tradutor: O título original do texto é *Probleme pyschisch vermittelter Kausalität*. O termo *vermittelt* é, quando relacionado à causalidade, de difícil tradução. Após conversas com Luís Greco, Alaor Leite e Adriano Teixeira, ficou decidido que o melhor seria manter a tradução literal do termo, intermediada. O fundamental é transmitir a ideia de um curso causal que se inicia no mundo físico, sofre uma influência psíquica e acaba por produzir consequências no mundo físico.

Nas condutas comissivas, a questão é como pode ser explicada a causalidade da ação do agente, por exemplo, na instigação, na cumplicidade psíquica, na autoria mediata por intermédio de um "instrumento" sem dolo ou na fraude em casos de estelionato. Esse é um problema em que, na maioria dos casos, a solução (afirmação da causalidade) é menos controversa do que a fundamentação. Por exemplo, nenhum tribunal questionará que a ação do instigador foi causa do fato praticado pelo autor. Até hoje não está claro, entretanto, como é possível explicar que a decisão de praticar o crime do autor foi causalmente condicionada pelo instigador.

Por outro lado, há também casos de acontecimentos intermediados psiquicamente em que a afirmação da causalidade é duvidosa e controversa. Famoso é o "caso do estagiário":[NT3] Um estagiário, que trabalhava no gabinete de um juiz, convenceu um vendedor a conceder-lhe um empréstimo mediante a afirmação, baseada em informações falsas, de que conseguiria quitar o empréstimo em breve. O vendedor declarou, posteriormente, que essa fraude não foi determinante para a sua decisão. Segundo o seu depoimento, "para ajudar o acusado a sair de uma momentânea dificuldade financeira, teria bastado o fato de ele estar sentado na cadeira do juiz, ainda que ele não fosse juiz, mas estagiário".[1] Será possível nesse caso falar em uma produção de dano patrimonial,[NT4] obtenção de vantagem financeira mediante fraude e, com isso, em um estelionato?

No âmbito das omissões, em decorrência de diversas decisões judiciais das últimas décadas, tornou-se ainda mais duvidoso e controverso sob quais circunstâncias pode-se falar de uma causalidade da omissão quando, como muito comumente ocorre, não resta claro se a pessoa ou entidade responsável teriam tomado medidas suficientes para evitar o resultado, caso o garantidor os tivesse informado sobre a situação de risco ou exigido deles uma atuação.

NT3. Nota do Tradutor: O termo utilizado no original é *Referendar*. A tradução exata não seria estagiário, mas não há um termo equivalente em língua portuguesa. *Referendar* é a pessoa que está fazendo os estágios obrigatórios entre o primeiro e o segundo exames estatais (*Staatsexamen*). Os exames estatais são um requisito para o exercício da maior parte das carreiras jurídicas na Alemanha.

1. BGHSt 13, 13.

NT4. Nota do Tradutor: O tipo de estelionado no § 263 StGB (Código Penal alemão) é diferente do tipo de estelionato do Código Penal brasileiro, art. 171 do CP. Enquanto a obtenção de vantagem ilícita é um elemento do tipo objetivo no Código Penal brasileiro, no Código Penal alemão ela é um elemento do tipo subjetivo. O elemento que pertence ao tipo objetivo do delito de estelionato do Código Penal alemão é o dano patrimonial.

Exemplos paradigmáticos desse tipo de casos – eu voltarei a eles adiante – são as muito conhecidas decisões da responsabilidade pelo produto[2] e do ginásio de esportes no gelo da cidade de Bad Reichenhall.[3] Na decisão da responsabilidade pelo produto, os fornecedores de um *spray* de couro omitiram o *recall* das unidades após a primeira notificação de dano. Em que medida tal *recall* teria tido êxito e teria impedido outros danos à saúde dos consumidores, é, contudo, questionável. A mera possibilidade de êxito basta para condenar o fornecedor por homicídio culposo omissivo?

No caso de Bad Reichenhall, um grande número de pessoas faleceu em decorrência da queda da cobertura de um ginásio de esportes no gelo. Um engenheiro, o acusado do caso, incumbiu-se de avaliar as condições estruturais do ginásio. No entanto, por conta de uma verificação muito superficial, ele não identificou as falhas na estrutura. Todavia, é incerto se, diante do aviso da existência das falhas, a prefeitura teria realizado a conduta exigida (por exemplo, a interdição do ginásio). Essa incerteza impede a condenação do engenheiro por homicídio culposo?

A seguir, quero analisar mais detidamente as duas constelações de problemas.

2. CONDUTAS COMISSIVAS

2.1 A causalidade deve ser compreendida como conceito jurídico ou como conceito universal?

É controverso se a causalidade deve ser determinada com a consideração de constatações de disciplinas não jurídicas (da filosofia, da ciência, da psicologia, das ciências naturais) ou se ela deve ser determinada a partir de parâmetros jurídicos. Após optar por uma das duas possibilidades, surge o próximo problema: Se – com base no parâmetro escolhido – uma causalidade intermediada psiquicamente sequer existe e, em caso afirmativo, no que ela consiste e como ela é aferível.

No que concerne à primeira pergunta, o postulado de um conceito "universal" de causalidade foi, especialmente para a "causalidade psíquica", decididamente defendido por *Bernsmann*.[4] Este autor lamenta "que permaneça

2. Lederspray-Fall, BGHSt 37, 106.

3. BGH, NJW 2010, 1087.

4. BERNSMANN, Klaus. Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Recht – Überlegungen zur sog., "psychischen Kausalität" im *Strafrecht*, *ARSP*, vol. 68, 1982, p. 536 e ss. (p. 538).

ignorada a discussão da filosofia da ciência", "apesar de a própria concepção de causalidade dominante entre os juristas demandar que se coloque a questão da causalidade em um contexto de filosofia da ciência. A filosofia da ciência, enquanto a meta-teoria das disciplinas mais específicas (...) determinará as condições de admissibilidade para que o direito possa recepcionar saberes extra-jurídicos".

Essa posição recebeu muitas críticas. *Schulz*[5] sublinha que as perguntas acerca da causalidade "se colocam de forma diferente para os juristas do que para os filósofos da ciência ou para os pesquisadores das ciências naturais, e até mesmo de forma diferente do que para os historiadores. Para o jurista não interessa primordialmente como um resultado se explica, mas sim se este poderá ser imputado". *Hilgendorf* defende categoricamente:[6] "A causalidade jurídica é essencialmente um conceito jurídico e, assim, deve ser determinada segundo as necessidades da ciência do direito".

Parece relativamente fácil decidir-se pela segunda concepção citada. Um primeiro motivo consiste em que, como *Schulz* e *Hilgendorf* corretamente veem, todos os conceitos utilizados no direito penal devem ser teleologicamente interpretados, significa dizer, interpretados de acordo com as funções do direito penal. Um segundo motivo decorre de a teoria científica e outras disciplinas não possuírem um conceito unanimemente reconhecido de causalidade e pouco terem se preocupado até agora com o conceito específico da causalidade psíquica.[7] O "esquema de Hempel e Oppenheim",[8] o mais difundido na filosofia da ciência, utiliza para a determinação da causalidade um procedimento de duas etapas. Primeiramente, verifica-se se para uma espécie de caso pode, ao menos, ser encontrada alguma lei natural cientificamente reconhecida (causalidade geral). Em uma segunda etapa, tenta-se uma subsunção do caso concreto nessa lei. Caso a subsunção seja possível,

5. SCHULZ, Joachim. Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung, *FS Lackner*, 1987, p. 39 e ss.

6. HILGENDORF, Eric. Der, "gesetzmäßige Zusammenhang" im Sinne der modernen Kausallehre, *Jura*, 1995, p. 514 e ss. (p. 516).

7. Análises jurídicas recentes sobre a problemática geral da causalidade podem ser encontradas, por exemplo, na monografia de Maiwald, Kausalität und Strafrecht, 1980, e no estudo de Kindhäuser, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, *GA* 1982, p. 477 e ss.

8. HILGENDORF, Eric. Der, "gesetzmäßige Zusammenhang"... cit., p. 515, com explicações mais detalhadas; OTTO, Grundkurs. *Allgemeiner Teil*, 7. ed., 2004, § 6 nm., p. 31-32, sobre a transposição para o direito penal.

a causalidade é afirmada e o acontecimento está "causalmente explicado" (causalidade concreta).

Não é difícil perceber que essa fórmula foi desenvolvida para explicar nexos causais nas ciências da natureza e que ela não se adéqua a "causações psíquicas". Quando A instiga B a cometer um delito, a maioria dos juristas pressupõe que A causou o resultado. Entretanto, inexiste uma lei natural com validade geral reconhecida, segundo a qual instigações a delitos serão seguidas. *Koriath*,[9] que foi quem mais se dedicou ao problema da causalidade psíquica, também conclui resignado: "Nas teorias filosóficas sobre a causalidade não há – ao menos aparentemente – sob esse aspecto nenhuma discussão sistemática. Por isso, os problemas aqui existentes parecem ser originariamente jurídicos".

2.2 Causalidade como força eficiente?

Os juristas estão, assim, entregues à própria sorte. Muitos comentários e manuais nem sequer se preocupam com a causalidade intermediada psiquicamente, por considerarem óbvia a possibilidade de sua existência. Não é realmente compreensível, entretanto, por que uma manifestação verbal deva fundamentar a existência de causalidade, quando se aceita, a exemplo do que faz a doutrina dominante, que a afirmação da causalidade exige "uma fonte real de energia, capaz de dispender força".[10] Afinal, como qualquer pessoa vivencia em seus atos comunicativos, a reação a uma manifestação verbal não é um efeito condicionado por uma "fonte de energia" ou por um "exercício de força". Tal reação decorre, ao contrário, de um processo psíquico, não definível por meio de conceitos das ciências da natureza. A despeito disso, uma concepção representativa de causalidade, como a de *Jescheck*, acima mencionada, nem sequer considera problemática a causalidade psicológica.

Novos artigos sobre o tema, que compreendem a causalidade como causa física, tampouco fornecem uma explicação para a causalidade intermediada psiquicamente. Assim lemos, por exemplo, em *Pérez-Barberá*:[11] "Se não existe nenhuma energia eficiente, nenhuma força, então não há nenhum agente

9. KORIATH, Heinz. *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, 1988, p. 141-244. Nessa obra está exposta e discutida de forma detalhada toda a literatura e jurisprudência existentes até a época da publicação.

10. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, *Allgemeiner Teil*, 5. ed., 1996, p. 418.

11. PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. Kausalität und Determiniertheit, *ZStW* 114 (2002), p. 602 e ss. (p. 603).

causal". De forma semelhante manifesta-se *Haas*,[12] que retrata a causalidade como um processo de transferência de energia, baseado no exercício de força calculável em parâmetros físicos ou químicos, e assim, determinável.

Definições desse gênero não só não são capazes de abarcar a – muito controvertida – causalidade da omissão (sobre isso 3.1), como também falham em relação à causalidade psíquica. Afinal fenômenos psíquicos não são compatíveis com um modelo de explicação físico, pensado para nexos causais "externos". Assim, por conta de tal incompatibilidade aliada à impossibilidade de se questionar que tais casos sejam puníveis, quando se favorece um conceito de causalidade desse gênero, é preciso desenvolver um sistema próprio de imputação não causal para as ações ou omissões desencadeadas psiquicamente (sobre isso ainda 2.5). Tal solução não é muito satisfatória, pois dispensa, em larga escala, a afirmação da causalidade como exigência mínima para qualquer imputação penal; ademais, contraria a experiência cotidiana, segundo a qual, por exemplo, é plenamente possível causar a morte de uma criança ao deixá-la sem comer (omissão) ou ao instigar com sucesso alguém a matá-la.

2.3 Causalidade como condição determinada a partir de uma lei (natural)?

Há, todavia, uma teoria, cuja influência na literatura jurídica e também na de outras disciplinas científicas tem aumentado, que renuncia na determinação da causalidade ao postulado de uma transferência de força ou energia, transferência essa sobre a qual não se conhecem maiores detalhes. Segundo tal teoria basta, ao contrário, constatar uma conexão entre dois acontecimentos baseada em uma lei – em verdade, em uma lei natural. Essa concepção remonta, como se sabe, a *Engisch*[13] e hoje é majoritariamente utilizada na formulação de *Jescheck*,[14] segundo a qual a afirmação da causalidade dependeria "de que a uma ação tenham se seguido alterações temporalmente subsequentes no mundo exterior que, segundo as leis naturais por nós conhecidas, estavam necessariamente vinculadas à ação (...)".

Essa fórmula da condição conforme a uma lei explica, por um lado, a causalidade da omissão (mais sobre isso 3.1): por exemplo, é seguro, com base em leis naturais, que o murchar de uma planta pode ser ocasionado pela omissão de seu possuidor em regá-la. No entanto, essa fórmula é dificilmente capaz

12. HAAS, Volker. *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, p. 193 e ss.

13. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, 1931, p. 21.

14. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 254.

de abarcar a causalidade intermediada psiquicamente, seja porque a decisão que conduz à realização do resultado deva ser considerada livre, seja porque o que a determinaria certamente não é identificável, tampouco explicável a partir de uma lei.

Engisch tinha, contudo, opinião diversa. Em sua monografia sobre a causalidade, ele dedicou pouca atenção à causalidade psíquica e defendeu a posição de que comumente o juiz teria, sem sequer poder recorrer à empatia de que se valem as ciências humanas, "se convencer da existência de um nexo causal psíquico a partir de leis psicológicas adquiridas com a experiência".[15]

Isso foi dito em referência a um caso de instigação. Mais de 30 anos depois,[16] por conta de um caso de estelionato,[17] Engisch analisou mais uma vez os fundamentos do problema da causalidade intermediada psiquicamente. Ele manteve-se, entretanto, fiel à sua tese da possibilidade de conformação de acontecimentos psíquicos a uma lei. "Ainda que devesse ser assim, que exista uma causalidade psíquica conhecida, esta se adéqua tão bem quanto à causalidade externa a leis gerais, adequação essa que será significativa e, em última análise, decisiva para a decisão judicial acerca da existência de causalidade".[18]

Tal teoria de *Engisch* até encontrou alguma aceitação,[19] mas recebeu um número muito maior de objeções. Algumas manifestações são representativas: *Walter*, por exemplo, opinia:[20] "Para determinar a causação intermediada psiquicamente, não é sequer possível estabelecer as bases das condições conforme a uma lei (muito menos demonstrá-las)". *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele*[21] questionam se na causalidade psíquica "sequer existe uma conformação a uma lei, no sentido de uma 'causalidade geral'. Uma conformação a uma lei 'determinista' está descartada desde o início". *Puppe*[22] quer "estabelecer a imputação

15. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität*... cit., p. 28.

16. ENGISCH, Karl. Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, *Festschrift für Hellmuth von Weber*, 1963, p. 247 e ss.

17. A já acima mencionada decisão, *BGHSt* 13, p. 13 e ss.

18. ENGISCH, Karl. Das Problem... cit., p. 269. O artigo contém outras manifestações no mesmo sentido.

19. DENCKER, Friedrich. *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 31. Segundo *Dencker* deve-se concordar com *Engisch* quando este diz ser, em princípio, possível visualizar as coisas "na causalidade psíquica (...) da mesma forma que nos acontecimentos físicos".

20. LK-WALTER, 12. ed., 2007, vor § 13 nm. 74.

21. SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; LENCKNER, Theodor; EISELE, Jörg, *StGB*, 28. ed., 2010, Vor § 13 nm. 75.

22. PUPPE, Ingeborg. *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. ed., 2010, vor § 13, nm. 130.

de resultados intermediados por influência de uma força psíquica a partir de uma base essencialmente diferente da imputação de resultados externos". Ou, como diz em outra publicação:[23] "Para a conexão entre modificações no mundo exterior nós temos à disposição leis gerais seguras, já para as reações psíquicas, em especial para as decisões humanas, não". E, por fim, veja-se a avaliação de *Otto*:[24] "A psicologia ainda não conseguiu demonstrar essa sucessão de determinados acontecimentos segundo uma lei geral. A aplicação da teoria da condição adequada a uma lei no âmbito da 'causalidade psíquica' teria que se embasar em meras presunções, pois tal teoria pressupõe a aplicação de leis naturais que, até o momento, ninguém conhece e que, possivelmente, nem sequer existem".

Essas ponderações críticas estão incontestavelmente corretas. Já qualquer experiência cotidiana ensina, por exemplo, que instigações e fraudes às vezes funcionam e às vezes não, sem que isso possa ser explicado por leis naturais (independentemente de se enxergarem as reações psíquicas como determinadas ou não). Nesse aspecto nem mesmo a, frequentemente levada em consideração, "psicologia da motivação" é de alguma utilidade. A investigação de *Bernsmann*[25] mostrou que, até o presente momento, os adeptos dessa teoria ainda não encontraram uma única lei de motivação psicológica utilizável em juízo. Parece-lhe "tão certo como decidido que um psicólogo que queira fazer jus à própria cientificidade não se enxergue em condições de explicar *in foro* um acontecimento histórico único a partir de uma lei (causal) geral".

Em favor da concepção em questão, *Dencker*[26] alerta que também no âmbito da causalidade física, nexos causais são frequentemente difíceis de visualizar, como demonstraram, por exemplo, os casos do *spray* de couro[27] e do Contergan.[28-NT5] Porém, nesses casos ninguém dúvida de que entre a utilização do *spray*, ou o consumo de Contergan, e os danos ocorridos possivelmente, em verdade muito provavelmente, exista um nexo causal baseado em leis naturais, e que esse nexo causal possa ser provado, ainda que não tenha sido possível à ciência fazê-lo com precisão. Em contrapartida, em relação à causalidade psí-

23. PUPPE, Ingeborg. Der objektive Tatbestand der Anstiftung, *GA* 1984, p. 101 e ss. (p. 105). *Puppe* ainda manifestou-se no mesmo sentido em inúmeras outras publicações.

24. OTTO, Grundkurs Strafrecht. Op. cit., p. 37.

25. BERNSMANN, Klaus. Op. cit., p. 544 e ss. (p. 545).

26. DENCKER, Friedrich. Op. cit., p. 36.

27. Acima citado.

28. LG AACHEN, JZ 1971, p. 507 ss.

NT5. Nota do Tradutor: Trata-se do caso que teve por objeto as lesões produzidas em crianças cujas mães consumiram o remédio Talidomida durante a gravidez.

quica não há nenhuma garantia de que a prova de um nexo causal com base em leis naturais seja, em essência, possível.

Continua, portanto, valendo a conclusão de que também a teoria da condição conforme uma lei não é capaz de explicar a causalidade de influências psíquicas.

2.4 Causalidade psíquica como conformidade a uma lei estatística?

Por conta das dificuldades até aqui expostas, *Hilgendorf*[29] tentou substituir, nos nexos causais intermediados psiquicamente, a conformidade a leis deterministas pela conformidade a leis estatísticas. "É evidente que a admissão (...) de uma conformidade a leis deterministas é praticamente impossível".[30] "Uma solução para esse problema poderia estar em adotar leis estatísticas. No caso da causalidade psíquica no estelionato, portanto, adotar algo como uma hipótese de lei que apenas afirma uma conexão estatística, mas não determinista, entre a ação que induz a erro e a configuração do erro, ou entre o erro e o dano patrimonial".[31] Também na instigação não seria preciso "utilizar leis quantitativas exatas sobre os efeitos de uma instigação". Bastaria, por exemplo, "uma regra baseada na experiência que, por exemplo, constate que uma recompensa de 1.000 marcos alemães para o cometimento de um delito aumente significativamente a probabilidade de cometimento deste (...)".[32]

Hilgendorf pode, para tanto, recorrer a autores que até no âmbito de acontecimentos físicos, nomeadamente nos casos difíceis (responsabilidade pelo produto, Contergan), pretendem renunciar às demonstrações de nexos causais com base em leis naturais exatas, substituindo-as por afirmações estatísticas ou probabilísticas (baseadas em juízos de probabilidade).[33]

Não é nessa alternativa, entretanto, que reside a solução para os casos de causalidade intermediada psiquicamente. Afinal, as mesmas dificuldades que existem para demonstrar com segurança um nexo determinista nesse âmbito, existem para estabelecer afirmações de probabilidade. O próprio *Hilgendorf* alerta para "enormes dificuldades" em "estabelecer quantificações exatas das hipó-

29. HILGENDORF, Eric. Op. cit.

30. Idem, p. 517.

31. Idem, p. 520.

32. Idem, p. 521.

33. Vide as referências em ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 4. ed. 2006, § 11 nm., p. 35-38.

teses de leis estatísticas".[34] O exemplo de *Hilgendorf* ilustra essas ponderações: É difícil estabelecer uma regra baseada na "experiência cotidiana", segundo a qual a instigação ao cometimento de um delito mediante a promessa de recompensa de 500 euros provavelmente conduzirá à sua realização. Pouquíssimas pessoas terão alguma "experiência cotidiana" nesse âmbito. E, além disso, a "experiência cotidiana" fornece também o argumento oposto de que a maioria das pessoas respeita o direito e não se submeteria a um risco de punibilidade por 500 euros. Não é possível fazer uma afirmação que se baseie em mais do que impressões – e isso é muito pouco para um juízo de causalidade fundado em estatísticas.

Esse raciocínio continua a valer mesmo quando o instigado for alguém que já tenha praticado um delito anteriormente. Afinal, também este pode, na mesma proporção, tanto aceitar, quanto rejeitar a proposta: Por exemplo, porque ele não acredita na intenção de pagar do instigador, ou na sua capacidade de pagamento, porque ele teme estar diante de um flagrante armado, porque ele considera a recompensa muito baixa ou o risco de realizar o fato parece muito alto ou porque ele aprendeu com os seus erros anteriores. Nessa medida, a impossibilidade de determinar os motivos das decisões humanas não fornece prognósticos estatísticos aferíveis.

A essa impossibilidade acrescenta-se que mesmo uma baixa probabilidade não exclui a existência de uma causalidade intermediada psiquicamente.[35] Se, por exemplo, um estudante pedir uma declaração pública falsa a um professor de direito penal (§ 348 do CP alemão[NT6]), nenhuma pessoa em sã consciência imaginará que este atenderá ao pedido. No entanto, se o professor, mesmo contra todas as expectativas, o fizer (talvez em razão de um equivocado entendimento de solicitude), o estudante deve ser condenado por instigação à prática desse fato.

2.5 *Modelos não causais de conexão psíquica*

O fracasso de todas as tentativas de afirmar a causalidade intermediada psiquicamente a partir da conformidade a uma lei determinista ou estatística

34. HILGENDORF, Eric. Der, "gesetzmäßige Zusammenhang"... cit., p. 520.

35. SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; LENCKNER, Theodor; EISELE, Jörg. Op. cit., vor § 13, nm. 75, ressaltam com razão que uma conduta fraudulenta "segue sendo causa do erro gerado e do consequente dano patrimonial mesmo quando a sua probabilidade de êxito era muito pequena".

NT6. Nota do Tradutor: O § 348 do CP alemão é similar ao art. 297, § 1.º, do CP brasileiro. Simplificadamente, o dispositivo do Código Penal alemão tipifica a falsificação de um documento público realizada por um funcionário público.

levou outros autores a renunciar por completo a explicações causais baseada em condições. Nesse sentido, *Bernsmann*[36] quer utilizar um "modelo de análise não causal", segundo o qual, um acontecimento psiquicamente motivado seria imputável, como instigação ou fraude, por exemplo, àquele que o motivou, quando para a pessoa influenciada era racional, da perspectiva a partir da qual ela interpretou a situação, agir da forma sugerida pelo agente para atingir os seus fins. Dessa forma, precisariam ser estabelecidas "condições subjetivas racionais para o atingimento de determinado resultado".

Koriath[37] chega à conclusão "de que a expressão causalidade psíquica parte de um pressuposto equivocado". Ele sugere, portanto, "o desenvolvimento de princípios não causais de responsabilização".

Propostas desse gênero, que se desvinculam completamente da concepção tradicional acerca da teoria da condição, tampouco são convincentes. Primeiramente, ainda não se desenvolveram teorias não causais de responsabilização. Ademais, como a análise do exemplo trazido por *Hilgendorf* demonstrou, é praticamente impossível afirmar de forma segura a partir da perspectiva de um ou de outro participante de uma interação psíquica o que é "racional segundo a finalidade". Em segundo lugar, é duvidosa a viabilidade de se desenvolverem "regras não causais de responsabilização"[38] que afastem completamente da motivação um caráter de condição. Isso será demonstrado a seguir.

2.6 Causalidade intermediada psiquicamente como condição desvinculada de uma lei

A solução correta parece-me residir em que se mantenha o atrelamento à teoria das condições e à ideia de uma causação psíquica, mas que se evite fundamentá-la em alguma conformação a leis (sejam elas estatísticas, probabilísticas ou deterministas). Quando alguém instiga outra pessoa a cometer um delito, em cujo cometimento esta nunca havia pensado por si própria e nunca poderia vir a pensar (por exemplo, porque ela desconhecia completamente o plano ou a vítima), e o delito é cometido, é possível estabelecer com certeza que a instigação foi uma condição necessária do resultado. O mesmo vale para a cumplicidade quando, por exemplo, alguém, por conta

36. BERNSMANN, Klaus. Op. cit., p. 548-549.

37. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 249.

38. Idem, p. 224.

de seus conhecimentos especiais, fornece uma dica a um assaltante, à qual ele não teria acesso de outra forma e sem a qual ele não teria sido capaz de entrar na casa.

O mesmo ocorre nos casos de fraude. Quem incentiva uma pessoa a disparar uma pistola aparentemente descarregada (mas, como aquele que incentiva sabe, na verdade, carregada) contra outra realizou uma condição necessária para a morte da vítima. Da mesma forma, nos casos de estelionato, a fraude é, via de regra, uma condição necessária para o dano patrimonial, que não teria ocorrido caso a vítima conhecesse a real situação fática.

Todas essas considerações são tão óbvias que muitos autores não identificam aqui nenhum problema e, nas palavras de *Puppe*,[39] "falam despreocupados da causação de uma decisão".

Contudo, a questão aqui difere dos nexos causais afirmados com base em leis naturais, com os quais outras ciências se preocupam. Estas ciências buscam leis cuja aplicação no caso concreto permita prognosticar e, com base em certas circunstâncias, explicar de forma segura um acontecimento. Já na análise jurídica da causalidade, o objetivo não é demonstrar a previsibilidade das decisões ou explicar o porquê de elas terem sido tomadas; e sim estabelecer posteriormente que a influência psíquica provocou (foi condição) a decisão do agente (nos casos dos §§ 26 e 27 do CP alemão)NT7-NT8[NT7-NT8] ou a indução a erro da vítima (no § 263 do CP alemão). Existem, portanto, condições necessárias de um resultado que não se inferem de leis, mas que são tão seguramente demonstráveis quanto aquelas que se inferem.

Na doutrina existem algumas posições que seguem este caminho, ainda que elas se diferenciem uma das outras em alguns aspectos da fundamentação. *Schulz*[40] quer, por exemplo, estabelecer a existência de nexo causal a partir de uma alteração de perspectiva. "No papel da prognose deve ser inserida a 'retrospectiva'". Isso adequa-se bem à causalidade intermediada psiquicamente. Não é possível afirmar previamente se um estímulo verbal desencadeará uma decisão; posteriormente, no entanto, é possível comprovar com segurança que, no caso de a decisão ter sido tomada, o estímulo a desencadeou. *Schulz* também atenta com razão para o fato de que essas comprovações são, com frequência, "extremamente triviais" e deixa isso claro com uma formulação que permite provar a

39. PUPPE, Ingeborg. *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 2002, § 2, nm. 49.

NT7. Nota do Tradutor: O § 26 do CP alemão regula a punibilidade da instigação.

NT8. Nota do Tradutor: O § 27 do CP alemão regula a punibilidade da cumplicidade.

40. SCHULZ, Joachim. Op. cit., p. 42.

existência de um conselho:[41] "A utilização de uma informação pressupõe o seu conhecimento". Porém, ele está equivocado quando fala, nesse contexto, em uma "lei retrospectiva". Afinal, se o aconselhado utilizará essa informação não é explicável através de uma lei. Portanto, há que se discordar de *Schulz* quando este se mantém atrelado à "teoria da condição conforme a uma lei" também no âmbito da causalidade intermediada psiquicamente. Nesse âmbito existem sim condições necessárias, mas estas não são determináveis conforme a uma lei.

Por outro lado, *Puppe* se propôs, corretamente, a diferenciar as formas de causalidade com distinta precisão:[42] "Não resta nada além de abrir mão da ilusão de um conceito único de causalidade e estabelecer uma base completamente distinta para a imputação de resultados decorrentes do exercício de influência psíquica sobre uma pessoa daquela utilizada para a imputação de resultados exteriores decorrentes da influência sobre cursos naturais (...)". Caso quiséssemos falar em "causação de uma decisão", então "precisaríamos de outra forma de relação entre causa e efeito, que não a baseada em leis causais estritas ou em leis estatísticas. Tudo o que fazemos, fazemos por motivos... precisamos ter consciência desses motivos de nossa ação (...)".

Há de se concordar com vários aspectos dessa concepção. Afinal, alguém que motivado por outrem chega a uma conclusão, terá em regra, obviamente, um motivo para tanto. Todavia, e nesse ponto eu vejo as coisas um pouco diferente de como as vê *Puppe*, só interessa a motivação, o ocasionamento da decisão e não os motivos desta. É, por exemplo, indiferente para a determinar a causação se um instigado comete um delito porque queria obter vantagens materiais, conquistar a simpatia do instigador, não passar por covarde ou liberar suas tendências agressivas, contanto que a instigação tenha motivado a decisão e o cometimento do delito. Frequentemente, diversos motivos estarão concomitantemente presentes. E mesmo quando o agente afirmar de forma crível: "Eu mesmo não sei o porquê de eu ter seguido o incentivo e ter agredido o X", isto não pode alterar em nada a causalidade da instigação. Nas fraudes – seja no caso de um instrumento sem dolo, seja no de uma vítima de estelionato – a condição central para a ocorrência do resultado não reside nos "motivos" da vítima da fraude, mas sim na sua ausência de conhecimento.

Dencker[43] baseia-se em *Engisch* e postula "regularidades" que existem "tanto no campo dos acontecimentos físicos quanto no dos psíquicos"; "não há,

41. Idem, p. 46. A citação subsequente também provém daqui.

42. PUPPE, Ingeborg. *Nomos Kommentar*... cit., vor § 13, nm. 131.

43. DENCKER, Friedrich. Op. cit., p. 39.

por conta da correspondência estrutural, motivo para definir de forma qualitativamente diferente o que aqui se definiu como causalidade física e psíquica".

No entanto, ao final *Dencker* acaba por chegar a uma conclusão equivalente à aqui defendida, já que para ele a "correspondência estrutural" consiste manifestamente apenas na existência de condições necessárias em ambos os âmbitos. Prova disso é ele dizer no exato sentido daquele aqui defendido que: "O reconhecimento de uma situação como condição necessária de outra situação posterior também é possível quando o desdobramento não é necessário". Segundo ele, é necessário evitar o equívoco "de confundir a necessariedade de uma condição para um acontecimento com a necessariedade desse acontecimento".[44] É correta também a sua conclusão: "Não se pode fazer questionamentos razoáveis acerca da possibilidade de determinar a causalidade psíquica com base no critério da condição necessária".[45]

Em acepção similar à da concepção aqui defendida, manifesta-se, por fim, *Hruschka*:[46] "Também a conduta do instigador não determina a conduta do instigado e, nesse sentido, o instigador não 'causa' a conduta do instigado, nem o seu resultado". Porém, é incontestável que o instigador "realiza uma condição para a conduta e para o ocorrimento do resultado". Por conta disso, poder-se-ia dizer que o instigador causou a conduta e o resultado, caso por causação não se entenda mais do que "o desempenho de uma contribuição para o ocorrimento do resultado".

Todo o exposto sinaliza que existem condições necessárias que, apesar de não poderem ser determinadas a partir de uma lei, podem, ainda assim, ser consideradas causas em sentido jurídico.

Alguns dos autores que negam qualquer causalidade das motivações nos resultados intermediados psiquicamente (conforme exposto acima, 2.5) e favorecem uma "interpretação baseada na ideia de 'compreensão'", em que eles avaliam se "para determinada pessoa... era, segundo os seus fins, racional agir de determinada maneira"[47] ou que sugerem "o desenvolvimento de princípios não causais de responsabilização",[48] também acabam, em suas propostas de resolução de casos práticos apenas rapidamente esboçadas, por se aproximar

44. Idem, p. 40.

45. Idem, p. 41.

46. HRUSCHKA, Joachim. Regressverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, *ZStW* 100 (1998), p. 581 e ss. (p. 581).

47. BERNSMANN, Klaus. Op. cit., p. 540 e 549.

48. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 249.

da concepção de uma teoria de condições desvinculadas de leis. A exigência de *Bernsmann*[49] de que "o agente tenha influenciado, no todo ou em parte, o conteúdo necessário da consciência do outro", e a intenção de *Koriath*[50] de responsabilizar o motivador, desde que "as informações de um dos agentes de interação sejam (...) parte da motivação da ação do outro agente de interação", são apenas reformulações do caráter de condição da causalidade intermediada psiquicamente.

A condição exigida será, na maior parte dos casos, uma *condicio sine qua non* – por exemplo, quando sem a instigação o agente jamais teria tido a ideia de praticar o fato –, mas isso não é indispensável. Assim como no âmbito da causação física, basta que uma conduta tenha se imiscuído no conjunto de condições que conduziram ao resultado. Essa constatação é importante para a cumplicidade e aqui, especialmente, para a cumplicidade psíquica. Quem, portanto, dá ao agente um conselho que influencia na decisão de cometimento do fato é tão causador quanto aquele que dá ao agente um motivo adicional e, com isso, reforça a decisão do cometimento do fato.

2.7 A prova em juízo da causalidade intermediada psiquicamente

A causalidade intermediada psiquicamente tem de ser provada em juízo, em certa medida, de forma diferente que os nexos causais físicos. Com o que mais uma vez fica claro não se tratarem de causalidades com estruturas análogas, e sim diversas. Afinal, a prova das "causações no mundo exterior" pode ser realizada com o auxílio de leis naturais conhecidas, depoimentos de testemunhas, confissões, e, em casos menos frequentes, também com o de documentos. Já a prova da causalidade intermediada psiquicamente pode ser feita, majoritariamente, através de uma concludente sequência de acontecimentos, do interrogatório daquele que foi alvo dos esforços de interferência psicológica e produziu o resultado e das regras psicológicas de experiência, cuja constatação e utilização pode exigir, em casos de autenticidade duvidosa, o parecer de um perito.

Assim, mesmo não sendo determinável por leis naturais, a causalidade nos casos de instigação pode, frequentemente por conta das circunstâncias fáticas, ser provada com a mesma segurança que os nexos causais baseados em leis. Comumente na instigação, uma conduta nem sequer pode ser explicada sem a interferência do instigador, pois o agente não poderia conhecer a possibilidade

49. BERNSMANN, Klaus. Op. cit., p. 550.

50. KORIATH, Heinz. Op. cit., p. 224.

de realização do fato ou porque ele não poderia ter pensado nela.[51] Quando A leva, mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro, B a agredir o seu inimigo (do A), a causalidade da ação de A é certa, ainda que ex ante fosse duvidoso se B aceitaria a proposta. Afinal, como antes da interferência de A, B nem ao menos conhecia a vítima, ou nem sequer possuía qualquer motivo para praticar o fato, a causalidade fica inevitavelmente evidenciada pelo contexto da situação. O mesmo vale para um conselho quando o agente não teria conseguido realizar o fato da maneira como foi realizado sem a dica, ou determinada informação, de quem o auxiliou.

Nos casos de estelionato, as regras psicológicas de experiência e as informações da vítima normalmente fornecem provas forenses incontestáveis. Pode-se extrair de uma regra de experiência conhecida que alguém que, mediante indução a erro, foi levado a realizar um negócio apenas aparentemente favorável, não o teria realizado caso conhecesse a real situação fática. Quando o interrogatório da vítima confirma tal regra, não podem restar dúvidas plausíveis acercada causalidade da fraude nem da consequente existência de um estelionato.

Dessa forma, não é possível dizer que, nos casos de causalidade intermediada psiquicamente, a produção probatória é, em geral, mais difícil ou insegura do que nos casos de causação física.

2.8 O caso do estagiário

Sem dúvida, a viabilidade de produzir provas não altera em nada o fato de existirem casos-limite. A estes pertence o caso do estagiário[52] descrito no início do artigo (1), em que o vendedor foi enganado a respeito da capacidade financeira do estagiário em quitar o empréstimo. O vendedor disse que teria emprestado o dinheiro ao estagiário mesmo se soubesse que as informações por este prestadas sobre a própria capacidade de pagamento eram falsas.

Como fica nesse caso a relação de causalidade entre a fraude e o prejuízo patrimonial do vendedor? Há três possibilidades. O vendedor pode ter acreditado no estagiário, ter dele duvidado ou não ter acreditado nele e mesmo assim ter-lhe concedido o empréstimo.

No primeiro caso, a fraude foi causa do prejuízo financeiro. O que o vendedor teria feito, caso soubesse das reais circunstâncias, é indiferente. O BGH

51. A isso também faz referência SCHAAL, Alexander. *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*, 2001, p. 76.

52. BGHSt 13, p. 13 e ss. As posições controversas existentes na literatura são expostas e discutidas de forma detalhada por ENGISCH, Karl. Das Problem... cit.

tem, portanto, razão em afirmar:[53] "O processo de formação da vontade ocorrido não perde a sua essência, nem o seu significado jurídico, com a alegação de que outro processo, que não ocorreu, teria ocorrido em seu lugar". O BGH erra apenas ao dizer que a concepção contrária "está equivocada em transportar premissas utilizadas para estabelecer nexos causais no mundo exterior para acontecimentos psicológicos internos". Afinal, que a causalidade hipotética não tem nenhuma influência na determinação da causalidade real, vale na mesma medida para as condições físicas e para as psíquicas.

Caso o vendedor tenha duvidado das promessas de quitar o empréstimo feitas pelo estagiário, é determinante saber se a promessa de receber o dinheiro de volta, ainda assim tida como plausível, interferiu na decisão de conceder o empréstimo; vale dizer, se a promessa – eventualmente ao lado de outros motivos – também influenciou o vendedor a conceder o empréstimo. Há uma regra de experiência psicológica a favor de tal afirmação, nomeadamente, a de que mesmo aquele que tem como principal objetivo fazer uma gentileza a alguém do Poder Judiciário, quer evitar o prejuízo de não recuperar o valor de um empréstimo. Sendo assim, a perspectiva de quitação terá fortalecido a decisão pelo empréstimo.

Se, entretanto, o vendedor já de partida não tiver acreditado na promessa de pagamento do estagiário, não haverá causalidade entre a fraude e o prejuízo financeiro, sendo apenas possível cogitar um estelionato tentado. A plausibilidade dessa variação precisa ser esclarecida no interrogatório do vendedor. Se as provas produzidas demonstram, em relação à promessa de quitação do estagiário, que "A (ref. ao vendedor) acreditou nessas informações e concordou em disponibilizar 2.000 marcos alemães ao acusado", a possibilidade de tal variação está excluída.

A argumentação aqui levada a cabo também corresponde inteiramente à solução dada por *Puppe*,[54] que declara de forma lacônica: "Não se deve perguntar ao vendedor se ele teria concedido o crédito também sem a declaração falsa do estagiário, e sim se essa declaração interferiu em sua decisão real de conceder o crédito".

2.9 Conclusão

Em resumo, pode-se dizer que, por um lado, em decorrência da inexistência de leis naturais deterministas, ou da completa impossibilidade de identi-

53. BGHSt, 13, p. 14 e ss.

54. PUPPE, Ingeborg. *Allgemeiner Teil* cit., § 2, nm. 50.

ficá-las, a causalidade intermediada psiquicamente possui natureza diversa da causalidade dos acontecimentos físicos; apesar disso, há também na causalidade intermediada psiquicamente condições necessárias que podem ser definidas como causa, e as provas de tal causalidade não são menos acessíveis do que as provas das causações físicas, ainda que a produção probatória se dê, em parte, de maneira diversa.

3. A OMISSÃO DE INFLUÊNCIAS PSÍQUICAS, CAPAZES DE EVITAR O RESULTADO, SOBRE TERCEIROS

3.1 A causalidade da omissão

Eu defenderei a posição de que também as omissões são causais para o resultado e de que, desde que haja um dever de garantidor, são típicas caso a ação exigida pudesse ter evitado o resultado. A existência da causalidade da omissão é, em certo sentido, questionada por aqueles que compreendem a causalidade como força eficiente, fonte de energia (mais sobre isso acima, 2.2). Mas como os defensores dessa concepção elencam para a afirmação da por eles cunhada "quase-causalidade" da omissão os mesmos requisitos exigidos para a afirmação da causalidade, a discussão tem pouca relevância prática.

Por conta disso, foi dito apenas de forma breve que caso se entenda a causalidade como lei natural ou – nas causações psíquicas – ao menos como condição necessária para o resultado, não é possível questionar coerentemente a viabilidade de se compreender a omissão como uma condição negativa do resultado. Já *Engisch*[55] afirmara de forma convincente que a teoria da condição conforme uma lei, por ele desenvolvida, "abrange sem problemas a causalidade das omissões". Ele certamente não foi, no entanto, o primeiro a dizer isso. Antes dele, por exemplo, *Max Ernst Mayer* já havia se manifestado sarcasticamente a respeito do caráter de condição das omissões:[56] "Somente quem teve as suas funções elementares de compreensão abaladas pela literatura jurídico-penal pode levantar objeções. Todos os demais compreendem as omissões como condições, e afirmam, por exemplo, que o trem não teria descarrilhado caso o funcionário responsável não tivesse omitido o aviso de que certo trecho do trilho estava danificado". Ele defendia que para "acalmar as concepções hiper-críticas", que entendem a causalidade como fonte de energia, seria possí-

55. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität...* cit., p. 30.

56. MAYER, Max Ernest. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. ed., 1923, p. 149-150.

vel "falar em nexos condicionais ao invés de falar em nexos causais". Mas isso nem sequer é preciso, pois ao jurista não é proibido compreender a condição para um resultado como causa dele.

Algumas investigações mais recentes também confirmaram isso. *Puppe*[57] demonstrou em diversos trabalhos que "não há nenhuma razão aparente, para que uma omissão não possa ser causa, no sentido que a teoria da condição confere a esse termo".[58] Ela insiste com razão, mesmo contra as opiniões divergentes,[59] que as omissões, quando condições, consistem "em uma condição real (empírica), e não apenas em uma condição lógica" para o resultado. *Hilgendorf*[60] reforçou essa concepção de forma convincente. *Spendel*, que desde a sua juventude estudou os problemas da causalidade,[61] dedicou um de seus últimos trabalhos[62] ao tema "causalidade e omissão" e chegou à conclusão[63] de que se poderia "compreender uma omissão passiva como uma condição negativa (...) que não evita algo, como uma das causas do resultado, a exemplo do que se faz em relação à ação como condição positiva (...)". A seguir, eu falarei, portanto, em causalidade da omissão, sem seguir tematizando os contrapontos levantados.

3.2 A jurisprudência acerca das omissões violadoras de um dever de exercer influência psíquica, com a finalidade de evitar o resultado, sobre terceiros

Ainda mais discutida e merecedora de esclarecimento é a pergunta sobre como deve ser tratada a constelação transcrita no título do presente tópico e explicitada nos seguintes exemplos dados na introdução (1): os casos do *spray* de couro e do desmoronamento do ginásio de esportes no gelo de Bad Reichenhall. Nessa constelação, um primeiro garante não aciona um segundo

57. Aqui eu apenas farei referência à mais recente manifestação dela sobre "omissões como causa" (PUPPE, Ingeborg. *Nomos Kommentar*... cit., vor §§ 13 e ss., nm. 117 e ss.). Lá há as referências das obras mais antigas dela sobre o tema.

58. PUPPE, Ingeborg. *Nomos Kommentar*... cit., vor §§ 13 e ss., nm. 119.

59. Idem, vor §§ 13 e ss., nm. 117.

60. HILGENDORF, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Falls, *NStZ* 1994, p. 561 e ss. (p. 564 e ss.).

61. SPENDEL, Günter. *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte:* eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1948.

62. SPENDEL, Günter. Kausalität und Unterlassung. In: HERZBERG, Rolf Dietrich. *Strafrecht zwischen System und Telos*, 2008, p. 248 e ss.

63. Idem, p. 253.

garante, ou ao menos não lhe fornece informações necessárias, sendo este o único capaz de evitar o resultado. O problema consiste em que uma concepção antiga até hoje muito adotada parte do pressuposto de que a omissão somente é causa do resultado se a ação exigida tivesse evitado o resultado com uma probabilidade próxima à certeza. Em muitos casos não se sabe nem sequer se, caso acionado, o segundo garante agiria, ou, ainda que agisse, se a sua ação seria suficiente para evitar o resultado. Essa incerteza impede a punição do primeiro garante, que não acionou o segundo, por um delito de resultado consumado.

Casos desse tipo cresceram em importância na jurisprudência recente. Eu buscarei demonstrar isso analisando a seguir, em ordem cronológica, o julgamento de seis casos práticos.

3.2.1 O caso do abscesso

Segunda Turma do *Bundesgerichtshof*, decisão de 29.11.1985, NStZ 1986, p. 217.[64]

Uma paciente faleceu em decorrência de um abscesso[NT9] desencadeado por uma operação para retirada do apêndice. Se a complicação tivesse sido descoberta a tempo, a paciente poderia ter sido salva através da realização de uma segunda operação. Um médico assistente,[NT10] que pessoalmente "não era competente" para "realizar as medidas" apropriadas de diagnóstico, não informou os sinais do processo de infecção ao médico supervisor.[NT11] Por não repassar tais informações, o médico assistente foi condenado pelo LG,[NT12] o Tribunal recorrido, por homicídio culposo omissivo.

É verdade que, em uma visita matinal, no final de semana anterior à avaliação realizada pelo médico assistente, o médico supervisor, apesar de ter sido informado pela paciente de suas dores, permaneceu inerte. Entretanto, o LG convenceu-se de que o médico supervisor teria realizado as medidas apropria-

64. O caso também é analisado por PUPPE, Ingeborg. *Allgemeiner Teil* cit., § 2, nm. 39 e ss.

NT9. Nota do Tradutor: Abscesso é um termo médico que, simplificadamente, significa uma infecção decorrente do acúmulo de pus.

NT10. Nota do Tradutor: O termo utilizado no original é *Stationsarzt*. A tradução literal não seria "médico assistente", até por haver um termo integralmente corresponde em alemão *Assistentarzt*. A opção pelo termo empregado foi feita para conferir a ideia de subordinação entre os agentes. A hierarquia nos hospitais alemães é a seguinte: *Chefarzt – Oberarzt – Stationsarzt – Assistenzarzt – Arzt im Praktikum*.

NT11. Nota do Tradutor: O termo utilizado no original é *Oberarzt*.

NT12. Nota do Tradutor: A sigla LG significa *Landgericht*. O LG é um tribunal equivalente aos Tribunais de Justiça Estaduais no Brasil.

das de diagnóstico, caso houvesse sido informado a tempo pelo assistente durante a semana. Essas medidas não teriam sido realizadas apenas em virtude do reduzido tempo de expediente do final de semana.

O BGH[NT13] argumenta, em sentido contrário, que o LG deveria ter "levado em conta a possibilidade mais favorável ao acusado, ou seja, a de que a conduta do médico superior não foi determinada pelo reduzido tempo de expediente do final de semana, e sim por uma negligência independente disso". "Caso a possibilidade de que o médico supervisor tivesse permanecido inerte mesmo diante das informações que o médico assistente deveria ter prestado não pudesse ter sido excluída, não restaria espaço para afirmar que, ao não repassar as informações ao médico superior, o médico assistente causou a morte da paciente". Dessa forma, o BGH considerou, no exato sentido da concepção acima exposta, indispensável para afirmar a causalidade e a punibilidade que a conduta exigida tivesse evitado o resultado com uma probabilidade próxima à certeza. Qualquer dúvida a esse respeito exclui a possibilidade de punição.

3.2.2 O caso do spray de couro

Segunda Turma do *Bundesgerichtshof*, decisão de 06.07.1990, BGHSt 37, p. 106 e SS.[65]

A situação fática do caso já foi exposta na Introdução (1). O caso contém inúmeras questões controversas e motivou diversas manifestações.[66] Aqui interessa apenas a seguinte questão: Se a possibilidade de punição dos fornecedores por lesão corporal culposa, por terem omitido o *recall* necessário do produto, fica excluída caso não fique claro se os revendedores teriam acatado a ordem e retirado as mercadorias de circulação.

O BGH[67] se manifesta a respeito da questão se os revendedores "teriam seguido o *recall*, ou seja, se teriam impedido o *spray* lesivo de chegar aos consumidores" unicamente dizendo que a Câmara Criminal "chegou a essa conclusão sem equívocos de direito". O problema seria "matéria de fato", a respeito da qual não competiria ao tribunal de instância superior decidir.

NT13. Nota do Tradutor: A sigla BGH significa *Bundesgerichtshof*. O BGH é o Tribunal equivalente ao STJ no Brasil.

65. O caso é analisado de forma mais detalhada por PUPPE, Ingeborg. *Allgemeiner Teil* cit., § 2, nm. 31 e ss.

66. Uma exposição mais detalhadas com diversas referências em ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 2, 2003, § 32, nm. 195 e ss.

67. BGHSt 37, p. 127 e ss.

Na realidade, esse processo foi decidido – pela mesma turma! – de forma diametralmente oposta ao caso do abscesso. Afinal, como corretamente diz *Puppe*,[68] o tribunal de instância superior deve analisar os fatos determinados pelo juízo de instância inferior a partir das regras de experiência gerais e das leis da lógica. Nesse caso falta justamente essa análise. Tal é o caso pois, assim como normalmente ocorre em relação às questões hipotéticas, o juízo de instância inferior não tinha como saber se os revendedores, e em caso afirmativo quais deles, teriam acatado o *recall*. O próprio BGH afirma[69] que "a possibilidade de provar o nexo causal hipotético entre o *recall* e a evitação das lesões é, em regra, avaliada com ceticismo".

Com essas considerações, a punibilidade nesse caso foi baseada em uma mera possibilidade de se evitar o resultado e não em uma probabilidade próxima à certeza, ainda que isso tenha sido mascarado pela alegação da impossibilidade de reanalisar os fatos.

3.2.3 O caso do banco de sangue

Terceira Turma do *Bundesgerichtshof*, decisão de 19.04.2000, NJW 2000, p. 2574[70]

A acusada era diretora substituta de um instituto em Düsseldorf cuja finalidade era fornecer "produtos sanguíneos" voltados para o uso médico. Em decorrência de falhas nos procedimentos de higienização, cinco pacientes submetidos a transfusões de sangue faleceram por conta da utilização de conservas de sangue contaminadas por bactérias. O LG condenou a acusada, que não havia participado diretamente dos casos em questão, por homicídio culposo, pois "ela não avisou aos seus superiores e à agência de saúde que o tratamento dado às conservas de sangue era inadequado". O tribunal convenceu-se de que "tal aviso teria sido levado em conta".

Em sentido oposto, o BGH considerou insuficiente "a causalidade da omissão para o ocorrimento do resultado".[71] "Para avaliar a causalidade da violação do dever, deve ser perguntado hipoteticamente o que teria acontecido, caso o agente tivesse se comportado conforme ao dever. De acordo com a jurisprudência consolidada do BGH, uma omissão violadora de um dever só é punível

68. PUPPE, Ingeborg. *Allgemeiner Teil* cit., § 2, nm. 32.

69. BGHSt 37, p. 128.

70. A decisão foi comentada por ALTENHAIN, *NStZ* 2001, p. 189.

71. NJW 2000, p. 2757.

quando a ação adequada ao dever tivesse evitado o resultado com uma probabilidade próxima à certeza". Tal evitação está longe de ser óbvia, pois a agência de saúde presumivelmente teria entrado em contato com o diretor do instituto, que também acabou por ser condenado, e, por conta da influência que o diretor exerceria, talvez a agência tivesse deixado de tomar providências. Além disso, "os superiores da diretora condenada", mesmo com um aviso desta, não teriam "dado atenção ao mau estado estrutural do instituto, tampouco teriam organizado o quadro funcional e de pessoal do banco de sangue da forma de vida". O julgado denota, portanto, um regresso aos pressupostos já expostos, também utilizados na decisão do caso do abscesso.

3.2.4 O caso do Comitê Central

Quinta Turma do *Bundesgerichtshof*, decisão de 06.11.2002, BGHSt 48, p. 77.[72]

Três membros do Comitê Central do partido comunista da antiga República Democrática Alemã (RDA)[NT14] foram condenados pelos tiros proferidos contra os fugitivos na fronteira interna da Alemanha. Esses diretores foram considerados autores mediatos de homicídio omissivo. Dentre os numerosos problemas do caso, aqui interessa apenas o da causalidade das omissões. O BGH enxerga a omissão no fato de os acusados, coautores no comitê central, não terem forçado a alteração do regime de fronteira. "Tivesse o comitê central – por intermédio da iniciativa de algum de seus membros – decidido humanizar o regime de fronteira vigente, os homicídios não teriam ocorrido".[73]

A causalidade da omissão é, no entanto, questionável, pois os acusados poderiam alegar que uma tentativa de "humanizar" o regime de fronteira presumidamente não obteria sucesso, uma vez que os demais membros do comitê central teriam votado em sentido contrário, formando a maioria. Após definir a omissão, o BGH cita nesse contexto, aparentemente concordando, a tradicional jurisprudência, segundo a qual o determinante é se "a ação exigida teria evitado o resultado".[74] Entretanto, após essa afirmação aparece uma mudança surpreendente:[75] "A constatação da 'quase causalidade' da omissão ocorre com

72. Sobre isso KNAUER, NJW 2003, p. 3101; DREHER, JuS 2004, p. 17.

NT14. Nota do Tradutor: Vulgarmente denominada "Alemanha Oriental".

73. BGHSt 48, p. 93.

74. Idem, ibidem.

75. Idem, p. 95.

base apenas em critérios normativos. Sendo assim, deve-se pressupor a conduta conforme ao direito dos garantes paralelos; afinal, o Direito deve partir do pressuposto de que as suas regras são seguidas".

Apesar de o BGH defender que os esforços exigidos dos membros do Comitê Central acusados não teriam sido em vão, a drástica redução das exigências para a afirmação da causalidade da omissão é inegável. A "probabilidade próxima à certeza" é substituída por uma mera possibilidade. Isso até corresponde, em relação ao resultado final, à decisão do caso do *spray* de couro, mas é incompatível com as decisões dos casos do abscesso e do banco de sangue.

3.2.5 O caso do supervisor da oficina

Quarta Turma do *Bundesgerichtshof*, decisão de 06.03.2008, NJW 2008, p. 1897.[76]

O acusado trabalhava como supervisor da oficina de veículos de uma empresa. Apesar de ter detectado problemas no freio de uma das carretas por ele testadas, ele omitiu a revisão nos discos de freio dos eixos traseiros. Ele considerou que os problemas no freio decorriam apenas "de peças do freio da roda dianteira danificadas". Ele informou a sua avaliação ao chefe da oficina e emitiu a opinião de que, antes do conserto das peças danificadas, a carreta não poderia ser utilizada. O chefe ordenou que se continuasse a utilizar o veículo; as novas peças já haviam sido solicitadas. Em uma das viagens seguintes ocorreu um acidente de trânsito originado pela falha de todos os freios. No acidente faleceram o motorista e outras duas pessoas.

O BGH enxerga uma violação de dever do acusado[77] no fato de ele "não ter informado o chefe inteiramente da situação identificável dos freios, a qual também pertenciam os freios do eixo traseiro estarem a ponto de sofrer um colapso". Entretanto, o Tribunal questiona a causalidade dessa omissão. "Ter violado o dever não significa sem maiores questionamentos que essa violação tenha tido interferência causal no acidente fatal. Em relação a isso, pode ser em princípio plausível que uma explicação abrangente a respeito da situação precária não só dos freios das rodas traseiras, mas também dos freios das rodas dianteiras, teria convencido até mesmo um chefe hesitante; assim como seria de se esperar que tal explicação levasse S. (ref. ao chefe) a abrir mão de considerações de custo-benefício". No entanto, não foi provado que, caso houvesse

76. DAZU LINDEMANN, ZJS 2008, p. 404 e ss.; KÜHL, NJW 2008, p. 1899.

77. NJW 2008, 1899.

sido informado de que também os freios do eixo traseiro estavam com defeito, o chefe efetivamente teria se deixado convencer. Para afirmar que esta teria sido a sua postura seriam, portanto, necessários maiores esclarecimentos.

Dessa forma, ao julgar esse caso, o BGH retornou à sua posição inicial. Nem mesmo uma chance "plausível" de se evitar o resultado deve bastar. Tal probabilidade deve ser próxima à certeza. Todavia, permanece indefinido como seria possível obter maiores esclarecimentos acerca do acontecimento hipotético. Tampouco foi mencionado, como havia sido no caso do órgão político, que o Direito "deve partir do pressuposto de que as suas regras são seguidas".

3.2.6 O caso do ginásio de esportes no gelo

Primeira Turma, decisão de 12.01.2010, NJW 2010, p. 1087.[78]

Em decorrência do desmoronamento do ginásio municipal de esportes no gelo de Bad Reichenhall, 15 frequentadores morreram e outros seis sofreram lesões corporais graves. Um engenheiro, contratado pela prefeitura com as verbas destinadas a reparações, deixou de inspecionar a estrutura da cobertura de forma satisfatória. Por conta disso, foi acusado de ter causado esse resultado de forma culposa. A promotoria alegou que: "Em desconformidade com as normas de cuidado exigidas, ele omitiu a inspeção mais minuciosa da cobertura do ginásio. Caso tivessem sido informados da situação, os responsáveis da cidade de Bad Reichenhall teriam solicitado inspeções mais aprofundadas e, por fim, teriam tomado medidas para combater o perigo originado pela limitada capacidade de suportar peso da cobertura do ginásio de gelo. Essas medidas poderiam ser o fechamento do ginásio ou, ao menos, a limitação do acumulo de neve".

O LG absolveu o acusado,[79] pois "não foi possível estabelecer com a necessária margem de segurança" que a conduta equivocada do acusado foi causa do desmoronamento do ginásio. O tribunal não conseguiu se convencer "de que o resultado, na exata forma em que ocorreu, teria sido evitado com uma probabilidade próxima à certeza caso o acusado tivesse agido conforme ao dever". O Tribunal considerou inclusive "muito improvável que tais sugestões de novas inspeções tivessem sido ouvidas pelos responsáveis da cidade de Bad Reichenhall". Afinal, solicitações desse gênero, feitas em 2002 e em 2004 por arquitetos, permaneceram sem resposta.

78. KÜHL comentou a decisão, NJW 2010, p. 1092.

79. NJW 2010, p. 1091.

O BGH analisou o caso, o submeteu a um novo julgamento e decidiu de forma diversa. O tribunal até se ateve à exigência de que a ação conforme ao dever tivesse evitado o resultado com uma probabilidade próxima à certeza; considerou, no entanto, bastante plausível a presença de tal probabilidade. Afinal, aos arquitetos anteriores não havia sido solicitado que fizessem investigações concretas. "Especialmente avisos de que as vigas conectoras estavam danificadas teriam sido um sinal de alerta".[80] Ademais, uma "manifestação positiva do acusado em relação à capacidade do ginásio de suportar peso" poderia eventualmente ser considerada uma conduta comissiva.

Portanto, o BGH inverteu, a partir de presunções, os fatos estabelecidos na instância inferior e, com isso, foi, ao menos em teoria, capaz de se ater à fórmula da causalidade em questão. Mesmo que se considere existir aqui uma conduta comissiva, a questão da causalidade não se altera, pois também uma conduta como essa se exaure na omissão de um alerta sobre a existência de falhas. Tudo, porém, permanece no âmbito das possibilidades e presunções. Todavia, permanece indefinido como seria possível produzir provas forenses seguras acerca de determinado comportamento dos responsáveis pelo ginásio.

3.3 Três soluções distintas para o problema

Conforme demonstrado, os julgados divergem em relação tanto a seus resultados, quanto a suas fundamentações. Existem, até agora, três sugestões diferentes para a resolução desse controverso grupo de casos. Eu irei analisá-las na sequência.

3.3.1 A probabilidade próxima à certeza da evitação do resultado como pressuposto para a causalidade da omissão

Há uma boa razão para aplicar essa fórmula às omissões que não consistem em influenciar uma entidade intermediária: Quando é duvidoso se alguém que estava se afogando sequer ainda poderia ser salvo, a omissão de alguém com o dever de agir pode configurar uma omissão de socorro ou, dependendo da situação, até mesmo uma tentativa de homicídio. No entanto, apesar de isso também ser controverso (vide 3.2.3), dificilmente pode-se punir por homicídio consumado o que possivelmente nem sequer seria evitável.

Todavia, ao contrário da posição amplamente adotada pela jurisprudência e pela literatura, a fórmula da probabilidade próxima à certeza não pode ser

80. Idem.

utilizada para analisar a causalidade das omissões de acionar um terceiro capaz de evitar o resultado. Isso decorre de dois motivos.

O primeiro deles consiste em que, na maioria dos casos, sequer é possível saber como aquele que deveria ter agido posteriormente, teria reagido ao incentivo ou à informação. A defensora mais convicta desse argumento é *Puppe*,[81] para quem o comportamento hipotético de um terceiro jamais poderá ser demonstrado com força probatória. "Em decorrência de razões incontornáveis, não é possível responder à pergunta se aquele que não foi informado ou incentivado teria se decidido pelo salvamento, caso tivesse sido informado ou incentivado, ou seja, essa pergunta não possui sentido algum (...) pois o comportamento fictício dessa pessoa não está objetivamente determinado. Objetivamente é apenas possível determinar, com base nas regras de experiência, uma maior ou menor probabilidade de alguém informado de uma situação de emergência optar por tomar medidas de salvamento".

Parece-me um pouco exagerada a tese de que jamais haverá uma prova juridicamente admissível a respeito de se a pessoa a ser acionada teria se decidido por tomar as medidas necessárias para evitar o resultado. Por exemplo, no caso acima exposto construído por *M. E. Mayer* em que o funcionário de uma ferrovia omite "que o trilho em determinado trecho está danificado", é possível dizer com uma margem próxima à certeza que, caso o aviso tivesse sido dado a tempo, o trem não teria passado pelo trecho danificado. Em muitos casos também se pode partir com segurança do pressuposto de que os pais teriam atendido ao alerta para salvar o seu filho.

Não obstante, na maioria dos casos – e exatamente esses chegam até o BGH – não é possível determinar com precisão como a pessoa a ser acionada teria agido. Afinal, como a sua decisão não é determinável por nenhuma lei natural conhecida, uma prognose segura é impossível. Essa impossibilidade já foi exposta de maneira mais detalhada durante a análise da causalidade intermediada psiquicamente. Das seis decisões do BGH anteriormente expostas, extrai-se que em nenhum dos casos ficou claro, nem era possível esclarecer, como a pessoa ou entidade a ser alertada teria agido. Tendo isto em vista, parece-me evidente que não se pode fazer a punibilidade depender de uma circunstância cuja prova processual é na maioria dos casos de partida inviável. O convencimento do juiz não pode substituir a impossibilidade probatória.

---

81. Eu cito apenas a sua última manifestação, *Nomos Kommentar*... cit., vor §§ 13 e ss., nm. 133.

O segundo motivo que permite classificar a aplicação da fórmula da probabilidade próxima à certeza às constelações ora analisadas como equivocada decorre da sua incoerência político-criminal. Não existe nenhuma razão convincente para que o comportamento hipotético de outro – a entidade a ser acionada – deva afastar a responsabilidade do garante que omitiu ilicitamente o seu dever. Essa constatação foi muito bem formulada por *Puppe*:[82] O omitente alega em seu favor "não apenas uma violação alheia de um dever, mas, mais do que isso, uma violação fictícia". Uma construção a esse ponto equivocada deslegitima a teoria que nela se apoia.

3.3.2 A presunção da realização da conduta que evitaria o resultado

A flagrante inaplicabilidade da fórmula da causalidade em questão às omissões desse gênero levou *Puppe*[83] a substituir "as leis naturais empíricas por uma lei jurídica". Tal "lei jurídica" prescreve: "Se a violação de dever de uma pessoa consiste em não dar à outra pessoa a possibilidade de cumprir o seu dever, então deve-se presumir que a outra pessoa teria cumprido o seu dever". Ou, formulado de outra forma:[84] "Ao analisar a causalidade, nós devemos em regra partir do pressuposto de que os outros envolvidos cumpririam os seus deveres, a menos que eles os tenham efetivamente violado". Em verdade, uma construção como essa possibilitaria a afirmação sem esforço da causalidade da omissão em todas as decisões judiciais trazidas.[85]

Alguns autores concordaram com essa concepção de *Puppe*.[86] *Bosch*, por exemplo, afirma:[87] "A solução aqui apenas pode consistir em que se presuma o comportamento conforme ao dever dos demais. Dessa forma, no caso do *spray* de couro teria de ser questionado se os danos a saúde teriam sido evitados com uma probabilidade próxima à certeza, caso os revendedores tivessem acatado a ordem de *recall*". *Altenhain*[88]quer se valer de regras de direito que "prescrevem

82. PUPPE, Ingeborg. *Nomos Kommentar*... cit., vor §§ 13 ss. nm. 134.

83. Idem, ibidem.

84. PUPPE, Ingeborg. *Allgemeiner Teil* cit., § 2, Rn. 38.

85. No mesmo sentido PUPPE, Ingeborg. *Nomos Kommentar*... cit., vor §§ 13 e ss., nm. 134 em referência aos quatro primeiros casos por mim retratados.

86. Um desenvolvimento mais aprofundado foi feito pelo seu aluno SOFOS, Themistoklis I. *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, 1999, p. 241 e ss.

87. BOSCH, Nikolaus. *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, p. 106 e ss. fazendo referência a Puppe.

88. Altenhain em um comentário ao caso do banco de sangue, NStZ 2001, p. 191 (também com referência a *Puppe*).

como uma pessoa deveria ter agido". E *Lindemann*[89] diz que "ao avaliar hipoteticamente a causalidade dos acontecimentos, deve-se considerar que o terceiro teria agido conforme ao direito, caso tivesse sido suficientemente informado".

O BGH também levou, ainda que uma única vez, essa teoria em conta quando ressaltou:[90] "A análise da 'quase causalidade' da omissão pauta-se apenas em critérios normativos. Sendo assim, deve-se pressupor a conduta conforme ao direito dos garantes paralelos; afinal, o Direito deve partir do pressuposto de que as suas regras são seguidas".

Tendo em vista as objeções que a fórmula dominante da causalidade implica, fica claro que a concepção ora exposta chega a resultados satisfatórios. No entanto, trabalhar com verdadeiras presunções nesse âmbito também gera complicações. Que o direito deva partir do pressuposto de que suas regras são seguidas é uma exigência normativa que nada diz sobre o efetivo seguimento das mesmas. A questão probatória tem, no entanto, natureza empírica e não normativa. A presunção de que o segundo garante teria intervindo, conforme prescreve o direito, também não possibilita a correta exclusão da responsabilidade do primeiro garante nos casos em que não é seguro se o segundo garante teria conseguido evitar o resultado (sobre isso, 3.2.4).

De forma semelhante manifesta-se *Tonio Walter*[91] sobre o "argumento da presunção" utilizado no caso do Comitê Central: "Esse argumento é compreensível da perspectiva político-criminal, porém incorreto da perspectiva dogmática. Somente se chega ao resultado desejado (punibilidade de todos os membros do colegiado) caso os omitentes sejam coautores (...) de outra forma é possível apenas – mas ao menos – cogitar uma punibilidade por tentativa ou nos termos dos § 138[NT15] ou § 323c[NT16] do CP alemão".

3.3.3 A teoria da diminuição do risco

Em decorrência das considerações feitas, é necessário levar outras soluções em conta. Uma delas é fornecida pela aplicação da teoria do aumento do risco,

---

89. Lindemann baseia-se em Puppe e seus seguidores em um comentário à decisão do caso do supervisor da oficina (ZJS 2008, p. 404 e ss. e p. 408).

90. BGHSt 48, p. 95; a menção a *Sofos* deixa o contexto claro.

91. LK-WALTER, 12. ed., 2007, vor § 13, nm. 74.

NT15. Nota do Tradutor: De forma simplificada,o § 138 do CP alemão tipifica, sob determinadas circunstâncias, a conduta de não denunciar às autoridades competentes o planejamento ou a execução (ambos empreendidos por terceiros) de uma série de delitos.

NT16. Nota do Tradutor: O § 323c tipifica, sob determinadas circunstâncias, a omissão de socorro em algumas situações.

por mim desenvolvida para os delitos comissivos,[92] aos delitos omissivos, âmbito em que ela poderia ser utilizada como "teoria da diminuição do risco". Tal aplicação também conduziria à imputação do resultado ao garante omitente nos casos jurisprudenciais expostos, pois ter informado alguém capaz de evitar o resultado certamente teria diminuído o risco de ocorrência deste.

A teoria da diminuição do risco também é defendida em diferentes variantes.[93] A jurisprudência demonstrou conhecer a possibilidade de uma fundamentação como essa, mas, mesmo sem tê-la analisado detidamente, até o momento ainda não a adotou. É o que se infere da decisão do *spray* de couro:[94] "A concepção largamente defendida na literatura de que bastaria apenas que a realização da conduta omitida diminuísse (consideravelmente) o risco de ocorrimento do resultado (isso corresponde à chamada teoria do aumento do risco (...)) não foi até o momento adotada pela jurisprudência". Ainda no ano de 2010, na decisão do caso do ginásio de esportes no gelo, o BGH afirmou:[95] "Não basta que a omissão da conduta exigida aumente o risco (...)".

De fato, em decorrência de algumas considerações, a transposição da teoria do aumento do risco para as omissões deve ser descartada.[96] Por um lado, essa teoria tem um alcance muito abrangente, pois possibilita uma condenação por delito consumado mesmo quando, como no caso acima exposto (3.3.1), é duvidoso se o pai que permaneceu inerte sequer ainda poderia salvar a criança que se afogava. O mesmo vale para os casos, anteriormente abordados, de omissão do acionamento de uma entidade intermediária quando não se sabe se a pessoa, ou entidade, a ser acionada poderia ter evitado o resultado. Afinal, em decorrência do princípio *in dubio pro reo* não parece correto punir como delito consumado a omissão de esforços de salvamento possivelmente inúteis, mesmo quando, de uma perspectiva *ex ante*, esses esforços fossem capazes de diminuir o risco.

Por outro lado, essa teoria tem – pelo menos na concepção de alguns – um alcance muito limitado, pois impossibilita a punição do garante quando *ex ante* fosse possível saber que a entidade capaz de evitar o resultado a ser informada teria permacido inerte, de forma que o alerta omitido não teria diminuído de

92. ROXIN, Claus. Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, *ZStW* 74 (1962), p. 411 e ss. ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 147 e ss.

93. Referência em ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil* cit., § 31, nm. 46 e ss.

94. BGHSt 37, p. 127.

95. BGH NJW 2010, p. 1091.

96. Ver sobre isso ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil* cit., § 31, nm. 54 e ss.

forma significativa o risco de ocorrimento do resultado. Ciente disso, *Puppe*,[97] por exemplo, faz considerações sobre o caso de *spray* de couro: "Imaginemos que entre os revendedores estivesse consolidado o mau hábito de essencialmente ignorar ordens de *recall*. Assim, os fabricantes estariam na prática desobrigados a emitir ordens de *recall*".

Portanto, tampouco a teoria da diminuição do risco fornece uma solução sólida.

3.3.4 Uma proposta adicional

Talvez seja possível desenvolver ainda algo diverso e fundamentar a partir da perspectiva da teoria da condição, sem presunções ou considerações de risco, a causalidade daquele que, violando um dever de garante, omite o acionamento de um terceiro capaz de evitar o resultado. O raciocínio é simples:

A inércia do garante é uma condição para a inércia do intermediário a ser informado. Afinal, por não ter sido avisado do perigo, ou não o ter sido de forma suficiente, ele não pôde tomar as medidas apropriadas para afastá-lo. A sua inércia, decorrente do desconhecimento da situação, segue sendo, por sua vez, uma condição para a não evitação do resultado; já que a interferência do intermediário teria evitado o resultado. No entanto, a condição de uma condição – ou seja, a omissão de acionar o terceiro salvador – é, ela própria, uma condição do resultado e, com isso, causa deste.

É de fato possível – em todos os casos jurisprudenciais retratados – que aquele que potencialmente evitaria o resultado também tivesse ficado inerte mesmo que o garante omitente tivesse cumprido o seu dever de informar ou acionar. Porém, isso se trata de um curso causal hipotético, irrelevante, portanto, perante o acontecimento real. A omissão de evitar o resultado teria então sido obra de outro (do acionado capaz de evitar o resultado) e o garante que se ateve ao seu dever teria, enquanto causador imputável, sido excluído do curso causal. No entanto, em concreto – ou seja, com a inércia do garante – o fato de o potencial "salvador" não ter podido agir para evitar o resultado por falta de informação ou de acionamento condicionou o resultado. Isso basta para afirmar a causalidade da conduta daquele que reteve as informações que possibilitariam a evitação do resultado.

Esse raciocínio, sem dúvida, faz com que, por exemplo, no caso do *spray* de couro, a causalidade da omissão do *recall* apenas possa ser afirmada caso a

97. PUPPE, Ingeborg. *Allgemeiner Teil* cit., § 2, nm. 35.

pessoa a ser acionada no curso causal pudesse ter evitado o resultado com uma probabilidade próxima à certeza. Se, por exemplo, a ordem de *recall* não tivesse chegado até determinados lojistas (no exterior, por exemplo), a sua omissão não seria mais causa do resultado. Em todos os casos julgados pelo BGH expostos, a causalidade do acusado teria necessariamente de ser afirmada. A pergunta acerca da existência e da extensão de um dever de garante é, aqui e ali, duvidosa; ela ultrapassa, entretanto, os limites de nosso tema.

A sugestão aqui exposta corresponde em essência – apesar da argumentação distinta – à solução dada por *Kahlo*.[98] Este afirma a imputação do resultado quando "o garante inerte priva a vítima de uma chance real de salvamento (...) que repousa na decisão autônoma e racional do terceiro".[99] Por outro lado, ele nega a imputação quando "a eficácia da ação de salvamento exigida (...) no fim não pode ser esclarecida de forma segura". Afinal, quando assim fosse, "teria de se partir do pressuposto de que não houve uma chance real de salvamento".

4. CONCLUSÃO

Com isso encerro este estudo, que escrevi para parabenizar, com especial carinho, *Hans Achenbach* pelo seu 70.º aniversário, e enaltecer o nosso vínculo de amizade. *Hans Achenbach* pertence aos meus primeiros ouvintes, alunos e assistentes e, durante o tempo em que foi professor, nós mantivemos constante troca de opiniões. Durante décadas ele me enviou fielmente suas sugestões para melhorar e ampliar o meu *Manual de direito processual penal*. Ele mesmo atualizou a obra de processo penal *Prüfe Dein Wissen*[NT17] (Teste o seu conhecimento) até a 16.ª edição. Como o tempo passa! Hoje ele próprio, que veio até mim como um homem jovem, já chegou à casa dos 70. Eu lhe desejo para os próximos anos, saúde, alegria de viver e continuidade para a sua frutífera produção acadêmica!

---

98. KAHLO, Michael. Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen, *GA* 1987, p. 66 e ss. Ele expõe as suas teses a partir de uma análise do caso abscesso.

99. Idem, p. 77.

NT17. Nota do Tradutor: Este é um livro, voltado para estudantes, que traz a resolução de casos de processo penal, conforme explicam Luís Greco e Alaor Leite em artigo publicado em homenagem aos 80 anos de Claus Roxin na *Revista Liberdades* (n. 7, maio-ago. 2011).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A relevância causal da omissão, de Eduardo Silveira Melo Rodrigues – *RBCCrim* 14/149;
- Ainda e sempre o nexo causal, de Hélvio Simões Vidal – *RT* 860/485;
- Algumas considerações sobre a causalidade no Direito Penal, de Fábio Guedes de Paula Machado, Bruno de Oliveira Moura e Matheus Almeida Caetano – *RCP* 12/129;
- O médico e o dever legal de cuidar: alguns aspectos jurídico-penais, de Paulo Vinicius Sporleder de Souza – *RT* 863/425; e
- Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RBCCrim* 61/44.
- Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos, de Juarez Tavares, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 1, p. 141.

11 SUPERIOR JERÁRQUICO, OMISIÓN IMPROPIA Y POSICIONES DE GARANTÍA: TENSIONES ACTUALES ENTRE DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIA

Superior authority, improper omission and guarantee positions: current tensions between dogmatics and jurisprudence

623957

ALEJANDRO APONTE CARDONA

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Consultor y asesor de agencias nacionales e internacionales. Actualmente, se desempeña también como asesor del despacho del señor Fiscal General de la Nación de Colombia.

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Penal

RESUMEN: El presente artículo, se ocupa del análisis de la figura de la omisión en casos particularmente difíciles, relacionados con aquellas conductas que a ni nivel interno constituyen crímenes internacionales o que son asimilables a ellos, con fundamento en la jurisprudencia penal y constitucional más reciente en Colombia sobre la materia. No se trata de un estudio dogmático en abstracto del tema sino que éste se adelanta de forma paralela al análisis del desarrollo jurisprudencial. El artículo hace un especial énfasis en la figura de la omisión impropia o comisión por omisión, figura que, al lado de la noción de posición de garante y la responsabilidad penal del

ABSTRACT: This article looks into the analysis of omission in particularly difficult cases, related to behaviors that constitute international crimes or are equivalent to these on the basis of the latest criminal and constitutional jurisprudence in Colombia on the matter. It is not an abstract dogmatic study of the issue but rather a parallel analysis of the jurisprudential development. The article places special emphasis on improper omission or commission by omission, which, together with the notion of guarantor position and criminal liability of the superior authority are today particularly complex, especially taking into account the particularities of the Colombian

superior jerárquico, constituyen hoy un núcleo especialmente complejo, sobre todo, teniendo en cuenta las particularidades del caso colombiano y la gravedad de los crímenes cometidos en este territorio.

PALABRAS CLAVE: Omisión propia - Omisión impropia - Superior jerárquico - Posición de garante - Dominio funcional del hecho - Crímenes internacionales.

case and the gravity of crimes committed in this territory.

KEYWORDS: Proper omission - Improper omission - Superior authority - Guarantor position - Functional domain of the act - International crimes.

SUMARIO: 1. Sobre el número 100 de la Revista - 2. Introducción - 3. La jurisprudencia relevante - 4. Sobre la figura de la omisión en general - 5. Omisión propia y omisión impropia: 5.1 La omisión impropia y su especial relevancia para el bien jurídico tutelado; 5.2 Sobre la "cláusula de equivalencia" - 6. Una triada insalvable: la figura del superior jerárquico, la posición de garante y la omisión impropia: 6.1 Un marco de referencia utilizado por nuestra jurisprudencia: art. 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; 6.2 Sobre el sujeto activo: el garante; 6.3 La capacidad real para impedir un resultado: la cualificación del sujeto - 7. El Código Penal colombiano: las diversas posiciones de garantía - 8. Primeras referencias jurisprudenciales - 9. Polémicas alrededor de la figura de la posición de garante y del papel del juez frente a ella - 10. El juez constitucional colombiano: la responsabilidad especial de quienes deben proteger la comunidad en escenarios de alta conflictividad - 11. El juez penal: hacia una tendencia hoy consolidada: 11.1 Máxima exigencia en la posición de garante y responsabilidad por omisión impropia; 11.2 Presupuestos fácticos que propician la aplicación de la cláusula de equivalencia - 12. A manera de conclusión - 13. Bibliografía.

1. SOBRE EL NÚMERO 100 DE LA REVISTA*

Es para mí un gran honor participar de este número especial de tan prestigiosa publicación, que llega hoy a su n. 100. Ello mismo representa ya un logro mayúsculo. Conocí la revista en mis años de formación, en Saarbrücken, en el instituto del siempre recordado Alessandro Baratta, el querido "Sandro" como lo llamábamos. Era el año 1993. Por gestiones de mi compañero de viaje, en aquellos años de formación en lo académico pero sobre todo en lo humano; en aquellos años con las alegrías y las vicisitudes que suponen la formación en

* El presente trabajo, fue elaborado especialmente para la publicación del volumen en honor del profesor colombiano, Nódier Agudelo Betancourt, y que ha sido preparada por los profesores, Ricardo Posada, Fernando Velásquez, Alfonso Cadavid, Juan Oberto Sotomayor y Ricardo Molina. El libro saldrá publicado en el primer semestre del año 2013, y será editado por la facultad de derecho de la Universidad de los Andes y la editorial Gustavo Ibáñez de Bogotá.

Alemania, compañero y amigo, Theodomiro Dias Neto, tuve la oportunidad de publicar en la revista, en el año 1995, un trabajo que, además, armonizaba con la vocación liberal de aquella. Dicho trabajo, elaborado en las fronteras entre el derecho penal, el derecho constitucional y la filosofía del derecho, se ocupaba del estudio de la decisión valiente del tribunal constitucional colombiano, que descriminalizó el consumo mínimo de drogas, incluyendo las drogas "duras", y dejaba sin piso constitucional la obligación legal del "adicto" de someterse a un tratamiento curativo, físico y psicológico.[1]

Las tensiones de siempre, entre la expansión o no del derecho penal para regular aspectos situados más en la esfera del individuo –en su fuero interno–, y la necesidad de contener el derecho penal y de adelantar mejor políticas públicas educativas y preventivas, está siempre presente y hoy se reviste de nuevos ropajes y ocupa nuevos escenarios. En cualquier caso, el fracaso rotundo de una política criminalizante contra las drogas, le ha dado la razón en el tiempo a la postura liberal de evitar su mera criminalización y, peor aún, su militarización, como ocurre aún en diversos países nuestros.

He seguido publicando en la revista en estos años y lo hago ahora para celebrar su centenario. El epígrafe usado en aquél número de 1995, sigue en plena vigencia, pues no se ha llegado al fin de dicha época. Es del gran maestro del cine, Andrei Tarkovsky:

"Quizá estemos viviendo el final de una época marcada por los inquisidores, personalidades dominadas por la idea de configurar una sociedad más justa y organizada de acuerdo con sus objetivos y quienes decidieron tomar para sí las responsabilidad de la felicidad de los demás."

2. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, se ocupa del análisis de la jurisprudencia penal más reciente dictada en Colombia y que, en concordancia con la jurisprudencia constitucional, hace referencia al manejo de la figura de la omisión, especialmente en casos críticos o particularmente difíciles, relacionados con aquellas conductas que, a ni nivel interno, son asimilables a ellos, o que constituyen crímenes internacionales. No se trata de un estudio dogmático en abstracto del tema; más bien, dicho estudio o exposición dogmática de temas críticos, se adelanta de forma paralela al análisis del desarrollo jurisprudencial.

1. El artículo mencionado tiene el título de Despenalización del consumo mínimo de drogas en Colombia: una apuesta por la libertad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 10. p. 5-27. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun., 1995.

Es un texto acotado en función de dicho desarrollo jurisprudencial, por ello no abarca la gama de problemas dogmáticos que, como toda figura de esta complejidad, son especialmente arduos.

En desarrollo del objetivo, se hará especial énfasis a la figura de la omisión impropia o comisión por omisión, figura que, al lado de la noción de posición de garante y la responsabilidad penal del superior jerárquico, constituyen hoy un núcleo especialmente complejo, el cual impulsa la deducción final de responsabilidad penal de agentes que, teniendo posición especial de garantía, obran de manera omisiva siendo superiores jerárquicos dentro de las fuerzas armadas o de policía por ejemplo, y por consiguiente son responsabilizados como autores de delitos especialmente graves. Por esta misma razón, su obrar omisivo es concebido como una verdadera acción. Esta acción es especialmente significativa frente a la comisión de graves conductas por actores diversos de quien es finalmente hallado responsable como autor, con base en la figura de la omisión impropia. Es un tema que corresponde hoy a una tendencia generalizada a nivel internacional y a nivel nacional. De allí la importancia de estudiarlo y de abrir espacios de discusión en nuestra comunidad jurídica.

El contexto general en el cual se elabora este trabajo es, entonces, el de la persecución penal nacional de crímenes internacionales; exigencia hoy insoslayable, tanto más en países como el nuestro en el cual se han cometido y se cometen los más grandes crímenes concebibles, pero que también constituye un espacio en el cual las fronteras entre dogmática y política criminal o, incluso y más allá, entre política y derecho, se hacen más tensas y más tenues. De allí la importancia de ilustrar con seriedad y responsabilidad estas nuevas exigencias y de dar respuesta a ellas, allende las modas o tendencias asumidas sin examen (Hay que aclarar, también y en sentido crítico, que la legislación penal de emergencia en Colombia, ha estado plagada de las más diversas formas arbitrarias de la omisión, como es el caso de la omisión de denuncia, de la omisión de informar actividades terroristas etc.; casi, aunque ello pueda causar hilaridad, se puede decir que hemos tenido momentos en que se ha sancionado la *omisión* de la *omisión*).

3. LA JURISPRUDENCIA RELEVANTE

Hay dos providencias que han sido decisivas respecto del tema que nos ocupa: la primera, una providencia muy interesante, con dominio y solvencia dogmática, expedida por la Corte Constitucional en el año 2001, y que se ocupó, como juez de cierre en nuestra acción de tutela –en otras latitudes,

derecho de amparo–, de una acción de este tipo presentada por un militar implicado en la omisión (¿comisión?) de graves crímenes internacionales; la otra, menos fundamentada y que, aparte del tema mismo de la omisión, inaugura una peligrosa tendencia en la jurisprudencia penal, más por el magistrado ponente de entonces que por la Sala como tal, que es la de sustituir figuras dogmáticas –en este caso el dolo– contenidas en la legislación penal vigente, por figuras del derecho penal internacional como lo es por ejemplo, la noción de intención contenida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

No obstante a su debilidad argumentativa, es una pieza interesante, en la medida en que abre una tendencia respecto de la aplicación de la omisión, concretamente, de la omisión impropia. Fue seguida por otras providencias más elaboradas por la Sala Penal, de las cuales se dará cuenta en este estudio.[2] Antes de ello, se expondrán algunos aspectos muy interesantes relacionados con la figura de la omisión en sí y que son relevantes para el estudio propuesto.

4. SOBRE LA FIGURA DE LA OMISIÓN EN GENERAL

Es importante, en función de la omisión impropia y de la omisión en general, destacar la antigua discusión acerca de si la omisión tiene un carácter ontológico, es decir, si se trata de una estructura previa que el legislador debe respetar en todo caso o si, por el contrario, se trata de un concepto o una figura de carácter normativo. A nuestro juicio, este último carácter, es el que permitiría la construcción, en relación con la omisión, de la figura de la posición de garante: si es sobre todo una construcción eminentemente normativa, de ello se pueden derivar las consecuencias, que de hecho hoy se desprenden, en su aplicación por parte de la jurisprudencia.

Zaffaroni, por ejemplo, sin que ello signifique que esté de acuerdo con todas las consecuencias que emanan de ello, y siendo al contrario, muy crítico de la figura de la posición de garante, dice: "como la omisión no es una mera *no acción,* sino un *no hacer algo* (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa, por lo cual el *concepto de omisión es eminentemente normativo*".[3]

2. La primera es una providencia con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre, SU-1184, del 13.11.2001; la segunda, con ponencia de Augusto Ibáñez, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado n. 24.448 del 12.09.2007.

3. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Colaboración de ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal. Parte general.* 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 444.

5. OMISIÓN PROPIA Y OMISIÓN IMPROPIA

Como se sabe, la omisión puede ser *propia* e *impropia*. Es la más elemental de las diferencias para entrar en la discusión sobre el tema. Siguiendo con definiciones elementales, la primera tiene lugar cuando ha sido ella misma establecida por la ley, y se sanciona independientemente del resultado; es decir, no se requiere un resultado separado en el tiempo y en el espacio para tenga lugar su aplicación y está definida expresamente en la ley. Por ello, siguiendo de manera elemental a Jecheck por ejemplo, se tiene que lo acertado es "considerar los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la *no realización de la acción requerida por la ley*".[4] (Se aclara, además, que se hace referencia sobre todo al delito de omisión de carácter doloso, ya que es respecto de éste que tiene lugar la tendencia jurisprudencial que se estudia. Sin que se descarte, desde luego, que esta tendencia luego se haga más radical con base en el delito de omisión de carácter imprudente).[5] Para Jescheck, además de lo dicho, se estructura la omisión propia como lesión de un *mandato* y no se configura como la "violación" de "derechos subjetivos ajenos".[6]

En segundo término, se hace referencia a la omisión impropia, entendida por numerosos autores, como *comisión por omisión*, acentuando el hecho de la conversión de la omisión en una verdadera acción, pero que ha sido criticada por ejemplo por Zaffaroni. O, mejor, para relativizar esta conclusión, el autor hace referencia a una especie de denominación caduca, ya que "una de las definiciones más corrientes hasta hace unas décadas, pretendía que los tipos impropios no eran más que delitos activos en que la omisión era sólo el medio de cometerlos, por lo cual se los llamaba *delitos de comisión por* (mediante) *omisión*".[7]

Otros autores, por el contrario, subrayan esta última denominación. Así, Mir Puig, cuando hace referencia a la distinción entre las diversas formas de omisión, subraya lo que nos interesa respecto de los delitos de resultado: "Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión,

4. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 550.

5. Una exposición muy interesante y concisa de los delitos de omisión de carácter imprudente, es la de STRUENSSE, Eberhard. La estructura de los delitos de omisión imprudentes. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. año X. n. 19. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005. p. 17-37.

6. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 550.

7. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 447.

constituyen tipos de *omisión pura*, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de *comisión por omisión*".[8] Agrega:

"Esta terminología es preferible a la de delitos de omisión *propia* e *impropia* pues, aunque un amplio sector de la doctrina la considera equivalente, otra dirección reserva el nombre de omisión impropia para los casos que no se hallan expresamente previstos por la ley, incluyendo la omisión propia de las figuras legales, sean de pura omisión, sean de comisión por omisión."[9]

En cualquier caso y de la manera más sencilla, lo importante es tener en cuenta que "el delito omisivo *impropio* contraviene la obligación de impedir la realización de un evento lesivo".[10]

5.1 La omisión impropia y su especial relevancia para el bien jurídico tutelado

Respecto del tema que nos ocupa más directamente, hay que subrayar el hecho de que en los casos fallados por la jurisprudencia que se citará, se hace referencia a la conexión entre omisión impropia y tipos penales de resultado, en los cuales la cuestión del bien jurídico y su violación se hace fundamental. Es el caso de los homicidios, ligados a masacres perpetradas por actores armados ilegales, o a situaciones de agresiones sexuales en conflicto armado, desaparición forzada o desplazamiento forzado, entre otros hechos de singular gravedad.

De allí por qué, como lo dice Jescheck, en este tipo de casos de omisión impropia, "hay una especial relación con el bien jurídico tutelado", mientras que, en los delitos de omisión propia, "consistirían únicamente en la infracción de un mandato y no se orientarían hacia la lesión de derechos subjetivos ajenos".[11] De igual forma, como lo resalta Bacigalupo, "la pregunta de bajo

---

8. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2007. p. 312.

9. Ídem, p. 312. JESCHECK se refiere, incluso, a la denominación de delitos de omisión "simple" y de omisión "cualificada", aunque acepta la extensión de la denominación de omisión propia e impropia. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 551. También, en esta misma dirección, en una de las primeras monográficas en lengua castellana dedicada al tema, se dice, a manera de conclusión, que "no existen tipos en sí de comisión por omisión, sino solamente de omisión pura y simple o de comisión". BACIGALUPO, Enrique. *Delitos de omisión impropios de omisión*. Bogotá: Temis, 1983. p. 5.

10. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Luis Fernando Niño con la colaboración de Pablo Eiroa. Bogotá: Temis, 2006. p. 584.

11. Aquí Jescheck se remonta a Luden y por eso la denominación general de derechos subjetivos. Lo importante es resaltar la noción de bien jurídico y su impacto en

qué circunstancias la omisión de impedir un resultado es adecuada a un tipo prohibitivo, sólo cabe en relación con tipos de resultado o de peligro concreto, pero se excluye inevitablemente para el caso de delitos de pura actividad o de predominante actividad como los llama Jiménez de Asúa".[12]

Por ello, no se trata tan sólo de la producción de un resultado, sino que éste, en tanto se relaciona con la violación de bienes jurídicos, presupone de hecho una especial relación con el bien jurídico, tal como ha sido expuesto.[13] (Nos parece, además, que esta especial relación con el bien jurídico, es la que también implica o establece el camino para el énfasis en la posición de garantía).

5.2 Sobre la "cláusula de equivalencia"

Un hecho fundamental se debe destacar en el caso de la omisión impropia es el de la denominada "cláusula de equivalencia" o "cláusula de correspondencia".[14] Precisamente por el hecho de que, en general, la omisión se da siempre respecto de algo, dicha cláusula, cierra el camino para entender que, en la omisión impropia, ésta *equivale* a la producción efectiva de una "acción". De esta forma, se equipara, se hace equivalente un no-hacer a un hacer, al actuar de manera efectiva, en el espacio y en el tiempo, respecto de delitos de resultado que impliquen una especial relación con el bien jurídico

---

los delitos de omisión impropia que nos interesan y que son delitos de lesión, fundamentalmente. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 550. La noción de bien jurídico es relevante, por lo demás, para temas de autoría, tal como se verá en su momento y tal como se establece en un estudio especializado sobre el tema en el que se aclara que "todo lo referido al bien jurídico que protege la institución es, *per se*, de su incumbencia y conduce a la autoría". Se refiere el autor a la posición de garante derivada, hablando con Jakobs, de una competencia estatal-institucional. Ver, al respecto, el texto de SÁNCHEZ-VERA, Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. Colección de estudios, p. 54.

12. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit, p. 5.

13. Un refuerzo interesante de esta conclusión, en ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Como consecuencia de que la estructura omisiva es aquí la *equiparada* a una estructura activa, requiere una afectación del bien jurídico de la misma forma que en el caso de la estructura activa". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Colaboración de ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 575.

14. Se aclara, como bien lo hace PERDOMO, que la "terminología es muy variada, se habla de equiparación, correspondencia, equivalencia con la acción, igualdad con la comisión etc". PERDOMO, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 18.

tutelado. (En el caso colombiano y de acuerdo con la tendencia que se estudia, tanto más delicada es la relación con el bien jurídico, tratándose de delitos especialmente graves como los ya señalados, a los cuales se agregarían las infracciones al derecho internacional humanitario, establecidas a partir del art. 135 del Código Penal vigente).

6. Una triada insalvable: la figura del superior jerárquico, la posición de garante y la omisión impropia

De una vez se puede indicar que hoy surge una triada que liga, en la práctica, la responsabilidad penal de quienes ostentan poder de mando, jerarquía, control y dominio sobre hombres o aparatos que han participado en la comisión de graves crímenes internacionales: se trata de la triada compuesta por la figura del superior jerárquico (incluso si se le imputa a él, no sólo con base en la fórmula de la autoría mediata en estructuras de poder, sino por ejemplo, a través de la teoría del dominio funcional del hecho, o de la inducción), la omisión impropia (reforzada por la posibilidad de la omisión imprudente) y las exigencias propias de la posición de garante.

Esta triada constituye una verdadera tenaza, pero también responde a la manera como se han llevado a cabo decenas de crímenes internacionales, en los cuales, justamente, quienes han ostentado en la realidad una posición de mando, procuran estar muy alejados de los escenarios de los crímenes, y no asumen ninguna responsabilidad por ello.

6.1 Un marco de referencia utilizado por nuestra jurisprudencia: art. 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Recuérdese al respecto, por ejemplo y en relación con la tendencia internacional, hoy también nacional, lo dispuesto en el art. 28 del Estatuto de Roma. En primer lugar, la norma hace referencia al "jefe militar", dentro del cual estarían involucradas los miembros de las fuerzas armadas, pero también se dice, "o el que actué efectivamente como jefe militar", ampliándose así el espectro de aplicación del Estatuto, a jefes de facto (como se sabe, el Estatuto se aplica también a miembros de fuerzas irregulares).

Se dice que responde penalmente el superior, por crímenes cometidos por fuerzas "bajo su mando y control efectivo" (ello hace parte de la gran discusión probatoria: ¿qué tanto control efectivo existió?). Pero también se refiere a "su autoridad" y, en general, en razón de "no haber ejercido un control apropiado sobre las fuerzas", cuando, y allí el Estatuto contempla prácticamente todas las

opciones posibles, "hubiere sabido o hubiere debido saber" que sus inferiores estaban cometiendo los crímenes. Es decir, se exige que el conocimiento sea anterior a los crímenes cometidos por los subordinados; también como se dice, si en razón a las circunstancias, hubiere debido saber. O sea, ello es anterior a la comisión de los mismos crímenes.

Pero, al mismo tiempo, si lo ha sabido y no lo conocía con anterioridad, es responsable por no tomar las medidas correspondientes. También, si "deliberadamente" hubiere *omitido* información que "indicase claramente" que los inferiores cometían estos delitos. Igualmente, los superiores responden por no haber puesto en conocimiento la comisión de los crímenes a las autoridades correspondientes.

Así, como se ve, la norma contempla un marco extensísimo de posibilidades de imputar responsabilidad a los superiores jerárquicos. Y, en razón a la tendencia manifiesta de llenar de contenido las decisiones jurisprudenciales con base en tratados internacionales, se entenderá que así no se haga aplicación directa de esta norma, ella está y estará presente de hecho en todas las decisiones sobre autoría (acción) por equivalencia, en hechos constitutivos de crímenes internacionales que, a partir de omisiones de superiores jerárquicos, tome la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y los tribunales penales nacionales en general.

6.2 Sobre el sujeto activo: el garante

El sujeto activo de estas actuaciones omisivas, que serán valoradas como verdaderas acciones, con base en la cláusula de equivalencia, y que tienen especial relevancia político-criminal para el bien jurídico tutelado, es el "garante". Éste tiene un deber jurídico (que no es moral), de vigilar y garantizar la inviolabilidad de uno o varios bienes jurídicos pertenecientes a determinadas personas y que se hallan previamente individualizados. Incluso, como hay acuerdo en general en la doctrina, se amplía de hecho su actuar como garante, en la medida en que asume al mismo tiempo el deber de evitar que otras personas puedan resultar lesionadas como consecuencia de peligros que estén relacionados con el bien jurídico objeto de protección. De esta forma, "en los delitos impropios de omisión, al 'garante' se le impone el *deber de evitar el resultado*. La producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que infringe su deber de impedirlo carga con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico".[15]

15. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 551.

Ello se explica porque, además, "al tener una estructura equiparable o paralela a la activa, sus autores no son indiferenciados, sino que se hallan, respecto del bien jurídico, en lo que la doctrina llama la *posición de garante,* o sea que se trata de *delicta propia*".[16] De tal forma, en este tipo de omisiones de carácter impropio, como se refuerza en el Tratado citado, "sus autores siempre son calificados, pues la ley no se limita a construir tipos enunciando la norma deducida de modo imperativo, sino que, debido a la mayor amplitud prohibitiva de esa formulación, limita el circulo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación en la situación típica".[17]

Es un hecho que no debe perderse de vista, pues con ello no sólo se diferencia al sujeto activo en sí, sino que se subraya la propia noción o exigencia de garante en la que éste se encuentra. (Ya se verá, además, que existen también niveles en las exigencias de garantía, y éstos son los que, finalmente, se habrán de ponderar con las posibilidades que, en cada caso concreto, haya tenido el agente o "garante", de influir de alguna manera en el suceso delictivo, de evitarlo).

Una extensión de las consecuencias de la figura de la posición de garante, tiene lugar, como es en el caso de Jakobs, cuando se hace referencia a los deberes positivos y negativos, referidos éstos por ejemplo a la "realización de actividades de protección respecto de riesgos presentes".[18] Puede ser visto ello, como una exacerbación, por la vía penal, del deber de solidaridad; hecho que

16. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Colaboración ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 447.

17. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general.* 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 575.

18. Excede este trabajo un estudio particular o detenido de la obra de Jakobs, pero hay que aclarar que sus diversas posiciones están presentes de manera fundamental en la sentencia hito proyectada por un connotado discípulo suyo y hoy Fiscal General de la Nación, Eduardo Montealegre Lynett, en ese entonces magistrado de la Corte Constitucional. Debe, en todo caso, llamarse la atención sobre la obra de JAKOBS, que constituye una auténtica expresión de la sociedad de riesgo. En efecto, JAKOBS es un auténtico pensador de este tipo de sociedad, tanto más compleja hoy en el siglo XXI. De allí, además, su importancia y sus aportes con las fórmulas de imputación objetiva. En el caso de la omisión, véase sus aportes en el Tratado, especialmente el apartado 29 sobre el delito de omisión impropia y, dentro de este apartado, las posiciones de garantía, la cláusula de correspondencia etc. JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación.* 2. ed. Madrid: Marcial Pons. p. 950 y ss.

no correspondería al derecho penal como tal, pero que se trata en todo caso de temas complejos propios de la sociedad de riesgo. (No deja de ser interesante, en todo caso, el esfuerzo que hace el autor por situar el tema en perspectiva respecto de nuevas exigencias sociales y buscar los fundamentos más en la sociología que en una especie de moral social de la solidaridad).

Dice al respecto Jakobs, en un trabajo corto e incisivo, en el cual el punto de partida sería desvirtuar la tesis según la cual la distinción entre deberes negativos y positivos, no guarda relación con la distinción entre comisión (acción) y omisión, que "un ordenamiento social no tiene por qué limitarse a generar personas que no se perturben entre ellas, sino que puede contener también el deber de proporcionar ayuda a otra persona, de edificar con ella –de forma parcial– un mundo en común y, de esta forma, asumir respecto de ella, una relación positiva".[19]

Trata así el autor citado, de ajustar dos esfuerzos que parecen a veces contradecirse: el carácter contra motivacional del derecho penal, con el carácter afirmativo que tiene la educación y la formación de personas en el derecho. Ciertamente, dice Jakobs, "no se define de forma suficiente a los padres a través del hecho de que no maten a sus hijos o de que ni siquiera los hieran. Además de esta prestación negativa los padres deben efectuar adicionalmente una positiva, a saber, edificar con él un mundo en común". (Se ahondará en este punto, cuando se vuelva sobre las dificultades de fundamentación de algunas posiciones de garantía. Se recalca, *algunas*, pues las posiciones edificadas más en relación con la actuación de superiores jerárquicos en las fuerzas armadas, no están relacionadas con el tema de la solidaridad, sino con grandes exigencias impuestas por la ley y la Constitución, a quienes han decidido justamente proteger a civiles inocentes en escenarios de conflicto armado y, en general, a quienes han decidido protegerlos de situaciones que amenacen a la ciudadanía en general).

6.3 La capacidad real para impedir un resultado: la cualificación del sujeto

Uno de los puntos más álgidos de la discusión en torno a la omisión impropia y respecto del garante como sujeto activo de estas conductas, es el relacionado con la posibilidad o no que ha tenido el sujeto de influir realmente en el resultado. Así, como lo dice un autor nacional especialmente activo en el

19. JAKOBS, Günther. Acción y omisión en derecho penal. *Cuadernos de conferencias y artículos*. n. 23, p. 8.
Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

tema, "el omitente debe haber estado en una situación que le permita influir de alguna manera en el suceso".[20]

En diversos casos que han tenido lugar en el país, este fue el punto de mayor discusión: ¿estuvo el militar, superior jerárquico, en posibilidad real de influir en un resultado final? ¿Éste se hubiera dado en todo caso? ¿Pudo contrarrestar efectivamente la producción de dicho resultado final? Es una consideración que se refuerza, también, como lo dice otro autor nacional, con el hecho de que el garante tiene que "intervenir" para desviar los cursos causales, o sea, intervenir para evitar dichos resultados.[21]

Se trata, como se dice, de un punto central para la fundamentación de las exigencias de garantía, tanto más en constelaciones en las cuales se enfatiza en el tema del bien jurídico, tal como lo hace el mismo Código Penal colombiano. Así, como lo establece Schünemann, en un texto muy interesante donde aborda la regulación de la omisión en el caso peruano, pero en el cual hace relación al caso colombiano también, "sólo se puede hablar de la evitación de la lesión de un bien jurídico, si la realización por parte de la acción de salvamento hubiera llevado el rescate del bien jurídico con una probabilidad rayana en la certeza".[22]

En este ensayo, el autor, muy activo hoy en nuestro país en los más diversos temas, como es el caso de la imputación de responsabilidad penal por vía de la autoría mediata en estructuras de poder, ligado al tema que nos ocupa ahora, reconstruye sintéticamente diversas posiciones en torno a la fundamentación de la omisión impropia; se remonta a Feuerbach y, con ello, reconstruye el impacto que en la tradición continental ha tenido la "teoría formal del deber jurídico". Schünemann propone la "teoría del dominio sobre el fundamento del resultado" que podría tener de hecho implicaciones importantes para la imputación de responsabilidad, sobre todo del superior jerárquico. (Sobre ello se volverá más adelante). En este caso, el autor, remontándose a Welzel, asegura lo siguiente: La teoría de la acción final "habría tenido una mejor oportunidad de arribar a una solución específica penal del problema de la equiparación (entiéndase también equivalencia.

20. PERDOMO, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano. *Cuadernos de conferencias e artículos*. n. 23, p. 23. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

21. Resalta esta exigencia para la imputación, FORERO, Juan Carlos. *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*. Bogotá: Legis, 2005.

22. SCHÜNEMANN, Bernd. *El denominado delito de omisión impropia o la comisión por omisión*. Arequipa: Discursos universitarios, 2009. p. 21.

A.A.), con la ayuda de la teoría del dominio del hecho, desarrollada sobre su propia base".[23]

Así, según el autor, el fundamento para equiparar una omisión a una hacer efectivo, partiendo de la base de que la posición del autor omisivo en el suceso que condujo al resultado debe ser comparable con la posición del "autor comisivo" y estar al mismo nivel, sería el concepto del dominio del hecho. Éste, no se basaría en la "mera causalidad, sino en el dominio proporcionado por el hacer activo sobre el suceso general que conduce a la lesión del bien jurídico".[24] (Se cita aquí esta posición, como contribución al debate sobre el fundamento último de la equivalencia o de la equiparación, punto central en nuestro tema, más allá de adoptarse una solución dogmática como única o definitiva. Lo que sí está fuera de discusión, es la necesidad de evaluar siempre la capacidad real del agente para evitar un resultado que se le imputaría finalmente. Se trata de la gran responsabilidad asignada al juez penal).

Continuando con la exposición, llama la atención, por su parte, la referencia "en abstracto" de Jakobs en relación con el tema que nos ocupa, según la cual "el autor debe haber sido capaz en abstracto de evitar el resultado por medio de una acción".[25]

A propósito de este autor, varias veces citado en el presente escrito, es interesante su ampliación, por decirlo así, del espectro del sujeto activo, de tal forma que este garante, al cual se ha hecho referencia, cuando se trate de organizaciones como las fuerzas armadas o de policía, hace parte, ante todo, de una organización. Así, con razón en todo caso, afirma: "A modo de ejemplo: no se confía por regla general en un policía (...), sino en la policía como tal; no se confía en el médico de una clínica, sino en la clínica, no en un juez, sino en la justicia." Por ello, lo decisivo no sería tanto la "entrada a una institución", sino "la configuración ya acuñada y anterior a la organización, de las instituciones 'policía', 'clínica' o 'administración de justicia'".[26]

---

23. Ídem, p. 31.

24. Ídem, ibídem.

25. JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*... cit., p. 956. La explicación parece más críptica: "El concepto de la capacidad abstracta atiende, pues, sólo a que determinado comportamiento se puede desencadenar voluntariamente". Es una consecuencia importante; se descartaría, en este punto, como lo hace la jurisprudencia, la omisión imprudente. La capacidad en abstracto, es capacidad como voluntad real que, por supuesto, se mira en el caso concreto. Es el caso concreto el que establece si se hizo realidad dicha capacidad y, sobre todo, si el actor pudo estar capacitado, concretamente, para evitar el resultado. La equivalencia no se da en abstracto.

26. Ídem, p. 22.

Se trata de una interesante conclusión que lleva, de todas formas, en temas de derechos humanos, por ejemplo, a ámbitos más allá de la responsabilidad penal individual y que se adentran en la responsabilidad estatal. Al mismo tiempo, es una conclusión que también puede reforzar las consecuencias de la mayor exigibilidad a quien asume la protección de civiles en contextos de conflicto armado y de comisión de crímenes internacionales.

Una pregunta puede adelantarse en este contexto, antes del desarrollo del análisis jurisprudencial: ¿Cuando un agente del ejército, a través de una omisión, por ejemplo, no controla la llegada en avionetas de miembros de grupos irregulares y propicia con ello de una forma muy significativa, la ocurrencia posterior de una gran masacre, actúa él o actúa con él también una institución a la cual se le asigna una responsabilidad superior? ¿Esa capacidad de actuar de tal forma que se evite un resultado final, exigida al sujeto activo en principio, es por ello sólo predicable de forma individual, o en el juicio de reproche final están presentes también las posibilidades (entiéndase también exigencias y obligaciones) mismas de la institución como tal? Se trata de preguntas hoy relevantes por ejemplo frente a los diversos sistemas de protección de derechos humanos y no sólo de aquellos que se sujetan a responsabilidades penales individuales. ¿Más allá de la responsabilidad individual, tiene ello sentido en relación general con la figura y su función, en cada caso concreto, de la posición de garantía? Creemos ver en el análisis de la jurisprudencia, que este aspecto, supremamente delicado y crucial, en efecto está presente.

7. EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO: LAS DIVERSAS POSICIONES DE GARANTÍA

El art. 25 del Código Penal establece que la conducta punible puede ser realizada por acción y por omisión.[27] Es la norma que, en el contexto de la omisión, agrega la figura de la posición de garante, regulándola de la siguiente manera: "quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal". Aquí el artículo introduce la cláusula de equivalencia en nuestro ordenamiento jurídico-penal y destaca, respecto del garante como sujeto activo, lo dicho en razón de la posibilidad que debe tener de impedir la comisión del resultado típico.

27. Para una presentación didáctica de la regulación de la figura en nuestro código, véase el texto ya citado de PERDOMO, Jorge Fernando. El delito de comisión... cit., p. 23.

Agrega, en seguida la norma: "A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley".

Esta es una denominación general, pero contiene luego los dos ámbitos en los cuales se concretan las diversas posiciones de garantía, que son, como se verá a continuación, un ámbito restringido y un ámbito amplio o ampliado, con mayores referencias a exigencias derivadas del impulso al deber de solidaridad.

De esta forma, la norma establece posteriormente las posiciones de garantía, siendo especialmente relevante para el caso que se estudia, la primera de ellas: "Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio". El parágrafo, por su parte, cierra los delitos respecto de los cuales obra esta exigencia especial: se trata, desde luego, de delitos de lesión, asimilables por excelencia a la omisión impropia. Así, dice dicho parágrafo: "Los numerales 1, 2, 3, y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales".[28] Estos últimos muy importantes, además, por la gravedad especial que existe en escenarios de conflicto armado en cuanto a agentes involucrados en la comisión (omisión), de agresiones sexuales en estos escenarios y en toda clase de formas de abuso sexual y de esclavitud, incluidas formas de trata de personas en escenarios de conflicto armado interno.

8. PRIMERAS REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Una decisión jurisprudencial pionera en el país, que interpreta la norma citada, ha concebido el artículo dividido en dos partes, respecto de la figura de la posición de garante. Una, que hace relación a la situación constitutiva de garantía que se ha reseñado:

"En *sentido restringido*, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el

28. Para Schünemann, en su trabajo ya reseñado, el Código Penal colombiano habría asumido de alguna forma la solución propuesta por Armir Kaufmann, según la cual "hay que determinar las posiciones de garante no en la parte general, sino cada una en el nivel de los tipos penales de la parte especial". Para el autor, la idea de Kaufmann, habría sido "adoptada en el parágrafo adicional del art. 25 del Código Penal colombiano, donde las especiales posiciones de garante han sido limitadas a delitos contra bienes jurídicos personalísimos". SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 29.

concepto que vincula al fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios o impuros de omisión."[29]

Tratándose de otras situaciones, como es el caso de la existencia de "una estrecha comunidad de vida entre personas", se comprenderían en un "*sentido amplio*", siendo para ello fundamental el "rol" que desempeña la persona en la sociedad. Y, frente a ello, es indiferente que la persona "obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnere la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas".[30] (Esta conclusión, escrita en clave funcionalista, es interesante y se inserta en los mayores debates alrededor de la noción de posición de garante que se expande, pretendiendo vincular penalmente el principio de solidaridad, hecho desde luego criticable y muy polémico, pero que aparece hoy ligado de manera insoslayable a la problemática de la regulación de la omisión).

Lo importante es que en el contexto de la reflexión propuesta en este trabajo, el juez penal debe hacer un esfuerzo por cerrar la interpretación de la relación entre posición de garante y delitos de omisión impropia, y evitar con ello la expansión ilimitada de la figura. De esta forma, concluye la providencia que se cita:

"Esa fase primigenia quiere decir que la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley al autor del hecho que está compelido a resguardar específicamente un bien jurídico". Así, y a manera de conclusión general, "cuando se tienen el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la posición de garante".[31]

9. POLÉMICAS ALREDEDOR DE LA FIGURA DE LA POSICIÓN DE GARANTE Y DEL PAPEL DEL JUEZ FRENTE A ELLA

La figura de la posición de garante, desde luego polémica por excelencia, es concebida por autores que aquí se han citado, como el profesor Zaffaroni, por

29. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de julio 27 de 2006, radicado n. 25.536, MP: Álvaro Pérez Pinzón. Esta diferencia es importante, además, frente a figuras propuestas por tratadistas, como es el caso de la "sobrevaloración del aporte" que, no sería trascendente para el caso del ámbito restringido, respecto de aquello que Jakobs llama "incumbencia en virtud de una competencia institucional". Luego se volverá sobre el tema de autoría y sus relaciones con aquellos que están condicionados como funcionarios estatales, tanto más, como miembros de la fuerza pública. Ver, a propósito, el texto de SÁNCHEZ-VERA, Javier. Op. cit.

30. Ídem.

31. Ídem.

inconstitucional, toda vez que el autor niega, en todo caso, que el juez penal pueda llenar de contenido una cláusula abierta y arbitraria. Explica así su conclusión en el Tratado: "Domina ampliamente en la doctrina la afirmación de que los tipos impropios de omisión no están todos escritos, sosteniéndose que el juez los debe completar, individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales de los que se hallan escritos".[32] (Esta es justamente la operación que se adelanta en las decisiones jurisprudenciales que son fuente de este estudio). Por ende, continúa el autor, "los tipos impropios de omisión no escritos serían tipos abiertos, al igual que los tipos culposos".[33]

Para llenar de contenido estos tipos abiertos, se apela a criterios generales que establecen las posiciones de garantía y que sirven de referencia a los jueces para adelantar dicha operación. Pero son justamente, criterios generales, de tal forma que para Zaffaroni, el esfuerzo judicial por llenar de contenido tipos abiertos, en casos particulares, es un esfuerzo similar al proceso analógico que es prohibido e inconstitucional y rechaza en todo caso la construcción legislativa de la posición de garante como base limitadora de la construcción analógica; ésta tendría lugar siempre y, por ello, concluye: "Habiendo tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual debe existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos".[34]

Pero el tema no es tan pacífico ni tan sencillo.[35] De hecho, por ejemplo, en un gran foro en el cual se presentó una ponencia por parte del autor de este trabajo sobre el tema que se debate, el profesor costarricense homenajeado, Francisco Castillo G., negó esta conclusión del profesor argentino y, al contrario, acentúo

---

32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Colaboración ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*... cit., p. 577.

33. Ídem, p. 577.

34. ìdem, p. 581.

35. En este sentido, es muy ilustrativo el recorrido que hace Jorge Perdomo en otro texto dedicado precisamente a la fundamentación de la noción de posición de garante. Es una reconstrucción no sólo histórica, sino que tiene en cuenta las diversas tensiones que surgen, por ejemplo de no diferenciar entre la figura en sí y su fundamentación y el tema del bien jurídico (los desarrollos de Feuerbach a Armin Kaufmann) y los delitos que lo ponen en riesgo; o, también, las relaciones y tensiones entre bien jurídico y rol social etc. El autor revisa la teoría del deber jurídico, la teoría de las funciones, también la teoría, ya reseñada de Schünemann, y denominada en este escrito, "dominio sobre la causa del resultado". Véase, PERDOMO, Jorge Fernando. *La problemática*... cit. Por su parte, una aproximación sencilla al problema de la fundamentación de los deberes de garantía, es la de LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan. *Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía*. Bogotá: Ibañez, 2005.

el hecho de que, una vez exista la figura regulada en una cláusula de la parte general, es deber del juez penal acotarla, limitarla, darle su contenido en el caso concreto; los hechos de la realidad, sobrepasan la dimensión de los tipos impropios escritos.[36] Además, rescatando de alguna forma la figura adoptada por el legislador colombiano, tal como lo anota en su observación ya reseñada Schünemann, el parágrafo del art. 25 del Código, cerraría de alguna forma el espacio para la mera subjetividad en la valoración, al dar cuenta de aquellos bienes jurídicos, "personalísimos", respecto de los cuales deben obrar las diversas posiciones de garantía.[37]

También pude agregarse, además, que una solución en la parte especial, haría que dicha parte que contiene los delitos, quedaría saturada con referencias casuísticas inmanejables para el juez y que le pueden crear mayor confusión. Por ello, se puede compartir la conclusión del Prof. Castillo, sin dejar por este hecho de expresar una reserva natural ante el hecho de que en cláusulas tan abiertas, ligadas a las nociones aéreas de rol etc., pretendan promover el valor de la solidaridad, asumiendo que el derecho penal cumple una especie de labor pedagógica y de promoción de valores.

Este tema ha sido ampliamente tratado por el autor de este escrito, en textos que hacen referencia al derecho penal promocional y es justo, además, el punto de partida de la reflexión emprendida por Musco y Fiandaca en su Tratado, respecto del tema de la omisión. Plantean los autores que, "el recurso cada vez más frecuente a los tipos omisivos propios, para satisfacer finalidades de naturaleza colectivo-solidaria, ha terminado por suscitar el problema político-criminal de la compatibilidad entre la punibilidad de las omisiones y la idea de la protección de los bienes jurídicos".[38]

En este punto introducen los autores una crítica que compartimos plenamente y que se hunde en el tema central de toda la regulación de figuras como la posición de garante: mientras el derecho penal de acción conservaría en esencia el ser un sistema de contra motivación de conductas y no de afirmación de valores, "el derecho penal de 'omisión' (constituido por órdenes de actuar de un modo determinado), tendería, en cambio, a *promover* el progreso y el bienestar colectivo". Así, los tipos omisivos, no sólo los propios sino tanto más los impropios, "constituirían el instrumento técnico-legislativo privilegiado

36. Se trata de las "Jornadas internacionales de derecho penal. El pensamiento de Francisco Castillo G.", San José de Costa Rica, 15 y 16 de marzo de 2011.

37. Ver, al respecto, cita n. 27.

38. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 578.

para realizar aquella función 'propulsora' del derecho penal, respecto de la cual, hemos manifestado ya amplias críticas".[39]

Como estos autores, el autor de este escrito y tal como lo expresó en la conferencia que dictó sobre Hans Welzel en el homenaje en México, al cual se hizo referencia en la presentación, conserva un profundo escepticismo ante la función pedagógica y de promoción de valores, que se le quiere asignar al derecho penal; función ésta que se vuelve más compleja en temas de persecución penal de crímenes internacionales, donde la función de prevención general, puede estar cargada de funciones pedagógicas y moralizantes, amparadas en la más moral de todas las pretensiones, que es la de castigar a los grandes violadores de derechos humanos.[40]

Ahora bien, volviendo al tema central de la supuesta inconstitucionalidad de previsiones legislativas como las contenidas en nuestro art. 25 de la parte general del Código Penal, los autores italianos citados, no obstante, comprenden también el hecho de que no le es posible al legislador prever todas las opciones posibles en la parte especial. Por ello, dicen, "comprendemos por qué también el Código Penal italiano se limita a reglamentar el ilícito omisivo impropio sólo en la parte general, previendo una cláusula de equivalencia (...)." (Dicha cláusula, en el caso italiano, es similar a la nuestra). Así, continúan: "El delito omisivo impropio en definitiva resulta reconstruido por el intérprete, con base en la inserción de la disposición precitada sobre las normas de la parte especial que prevén la hipótesis de delito comisivo susceptible –a su vez– de ser "convertidas" en sus correspondientes hipótesis omisivas". Por ello, al juez le "corresponde la compleja y delicada función de seleccionar los tipos de acción legalmente tipificados para convertirlos en sus correspondientes hipótesis omisivas, pero también la de identificar las obligaciones de actuar, cuya violación justifique verdaderamente una responsabilidad penal por omisión de impedir el evento".[41]

Por su parte, el mismo Jakobs, centro del debate en torno a la fundamentación de las posiciones de garantía, reconoce la crítica acerca de la inconstitucionalidad probable que se ha reseñado y dice: "A la inversa,

39. Ídem, p. 578.

40. El trabajo escrito por el autor de este escrito, sobre Welzel, ha sido publicado también en Colombia, con el título de Hans Welzel: la tensión entre derecho natural y derecho positivo. Una visión en perspectiva. *Derecho penal contemporáneo*. Bogotá: Legis, 2005. p. 5-34.

41. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 578.

se afirma de *lege data* la inconstitucionalidad de toda punición por omisión impropia".[42] Pero, a su juicio, "tal rigorismo saca de contexto la prohibición de leyes penales indeterminadas. Sólo la denominación de objetos concretos está totalmente determinada. Todo concepto genérico es –en medida variable– indeterminado".[43] Luego, introduce una consideración de carácter práctico:

"Hay poca esperanza de que las dificultades de determinación general de los deberes para la omisión impropia se puedan soslayar mediante regulaciones especiales en la parte especial, pues siempre que tal procedimiento se ha llevado a cabo, a saber, en los delitos de omisión propia semejantes a la comisión, el legislador no ha conseguido una determinación de la formulación que satisfaga el estándar de la parte especial más que en los supuestos concretos no problemáticos."[44]

En todo caso, mediante el desplazamiento a la parte especial, "no se aclara ningún problema material".[45]

De acuerdo con lo anterior y observando las decisiones del juez colombiano, encargado de este procedimiento, justo en virtud de la existencia de la cláusula comentada, el problema no reside en que el procedimiento sea contrario a la ley y a la Carta; el tema central de discusión reside en las pautas que sirven de marco de interpretación para la construcción del juez. Por ejemplo, el uso indiscriminado de fuentes internacionales, mal concebidas y mal interpretadas; su aplicación descontextualizada respecto de problemas específicos del caso colombiano; el uso arbitrario de supuestos "estándares", son algunas de las trabas que hoy encuentran los fiscales y jueces para aplicar correcta y racionalmente la cláusula mencionada. Ha surgido una verdadera conspiración contra el uso racional, meditado y auto restrictivo de las fuentes, no puede ello ser una consecuencia de la dinámica transicional para el caso colombiano. Al contrario y es el sentido último de este escrito, hay que darle contenido a nuestra dinámica transicional, sin apagar la luz del entendimiento y la comprensión de las figuras dogmáticas acorde con los contextos precisos en que ellas deben operar. Incluso, más allá de los mismos debates dogmáticos sobre la fundamentación de las figuras que estudiamos, un problema central radica en la comprensión real de los contextos en los cuales se cometen los crímenes internacionales; en la valoración real de lo fáctico que no se restringe

42. JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general...* Op. cit., p. 954.

43. Ídem, ibídem.

44. Ídem, ibídem.

45. Ídem, ibídem.

a la mera sucesión de hechos aislados, sino que se expresa en la comisión de hechos masivos por verdaderas estructuras macro criminales.

Es en esta labor de reconstrucción del juez en la que es necesario trabajar, en las pautas que se tienen en cuenta, en los efectos de la triada enunciada y en el impacto actual de la noción de superior jerárquico.

A continuación se ahondará precisamente en la labor de reconstrucción que hace el juez, en las pautas de la jurisprudencia penal actual sobre el tema de la omisión impropia en casos de superior jerárquico –pero también de agentes rasos– y, en general, en casos de quienes ostentan esa mayor exigibilidad en la posición de garante, que tiene que ver con la protección de civiles inocentes.

10. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COLOMBIANO: LA RESPONSABILIDAD ESPECIAL DE QUIENES DEBEN PROTEGER LA COMUNIDAD EN ESCENARIOS DE ALTA CONFLICTIVIDAD

El concepto, ciertamente problemático y que constituye una construcción normativa por excelencia, de "rol", está ligado a nuestro análisis y es, de hecho, una de la claves del estudio de la sentencia del juez constitucional citada al principio de este trabajo. En dicha providencia, al lado de la noción de "rol" sistematizada por Jakobs, se agrega la de "comunidad estrecha de personas", "ámbitos de dominio" etc., figuras enlazadas a la posición de garante. De esta manera, la regla principal y general de la providencia, es la siguiente: "Si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que éstos cometan en contra de los habitantes)".[46]

Además, lo cual constituye hoy un serio debate en el país a propósito de reformas al fuero penal militar, se agrega que, "los delitos de omisión impropia en los cuales el resultado es la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre son actos ajenos al servicio, mientras que los delitos de omisión propia, por regla general pueden considerarse relacionados con la misión constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública".[47]

---

46. Corte Constitucional, sentencia SU-1184, del 13.11.2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, p. 45.
47. Ídem, p. 52.

Este es el punto fundamental de la decisión: resolver el supuesto conflicto de competencias, pero, desde luego, la providencia va mucho más allá y se inserta directamente en el tema que nos compete: los efectos de la omisión impropia, en casos de comisión de crímenes internacionales.[48] En este sentido, luego de hacer relación a los deberes de salvamento, al rol que ocupan ciertas personas en la sociedad, al refuerzo de dicho rol cuando se trata de militares, la Corte establece que en una organización institucional como son las fuerzas armadas, en las cuales existen relaciones de jerarquía, el superior se encuentra en la obligación de desplegar actividades tendientes a restablecer el orden, cuando las personas que se encuentren bajo su mando o autoridad, cometan violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

De esta manera, si el superior, en una actitud negligente y despreocupada, no realiza ninguna actividad encaminada a evitar los resultados que atenten contra bienes jurídicos especialmente protegidos, estando en posibilidad de hacerlo, en razón a la posición de garante que tiene este sujeto en la institución, "se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional"; ello, a título de omisión. Así, a manera de conclusión, agrega la Corte: "En la omisión propia se pretende evitar la producción de un resultado y éste puede producirse por la ausencia de la acción esperada, el resultado no le es imputable al sujeto. En cambio, en la omisión impropia, los deberes que surgen de la posición de garante implican que está dentro de su ámbito de competencia la evitación del resultado típico".[49]

11. EL JUEZ PENAL: HACIA UNA TENDENCIA HOY CONSOLIDADA

Se trata, la anterior, de una providencia que luego fue retomada por el juez penal de mayor jerarquía, dándole su propia interpretación, en un caso difícil

48. Esta es la decisión que toma el juez constitucional: La Sala Plena de la Corte Constitucional, revoca las sentencias dictadas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha 15.10.1999, y el fallo de Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 09.12.1999; y en su lugar concede la tutela del derecho fundamental al debido proceso. Declara la nulidad de lo resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura frente al conflicto de competencias suscitado. Ordena al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, resolver el conflicto de competencias entre el Comandante del Ejército Nacional y la Fiscalía General de la Nación, frente al juzgamiento del Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez y Teniente Coronel Hernán Orozco Castro, conforme a los términos descritos en la presente sentencia.

49. Ídem, p. 42.

en el que un miembro de la fuerza pública –un teniente– enfrentaba cargos por su labor omisiva, al levantar un retén cuando llegaba a su entorno un grupo nutrido de paramilitares que, luego de pasar por dicho lugar (sin el retén), se dirigieron a una población del norte de Colombia y perpetuaron una masacre infame que ha generado toda clase de consecuencias para el país. Es un tema crítico por ejemplo ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.[50] En esta providencia, la cual se remite a la jurisprudencia constitucional, se sostiene lo siguiente:

"Si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio precisar si los quebrantó mediante una conducta activa –v.g., facilitando el hecho mediante la apertura de la puerta para que ingrese el homicida– o mediante una omisión –v.g., no colocando el seguro de la entrada principal. En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo."[51]

Aquí la Sala Penal, lo cual es muy interesante en un país en conflicto armado, sitúa en el mismo plano para deducir responsabilidad penal, la falta de protección a una población, de la acción efectiva que se comete contra dicha población. De esta manera, quien omite, teniendo la máxima exigencia dada por la posición de garante, ha obrado de la misma manera que si hubiera prestado una contribución-acción para el resultado final.[52]

---

50. Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con radicado n. 24.448, del 12.09.2007, MP: Augusto Ibáñez Guzmán.

51. Ídem. En este aparte de la providencia la Sala Penal se remite a la sentencia SU-1184, del 13.11.2001, citada previamente.

52. Es importante anotar que, más allá del tema que nos ocupa, el de la omisión, el magistrado ponente usa el Estatuto de Roma para referirse al dolo, prácticamente sustituye la noción de intención por la misma de dolo, contenida en nuestro Código, expediente innecesario y que crea confusión, pues la deducción del dolo puede hacerse perfectamente con base en la legislación penal. Aquí el juez penal no obra como juez ad-hoc de la Corte Penal Internacional; es necesaria la máxima auto restricción del juez, para no ocasionar una confusión en los operadores en cuanto al uso de las fuentes para la toma de las decisiones. Se trata, además, de un ponente que de manera reiterada, usa anti técnicamente las normas del Estatuto de Roma

11.1 Máxima exigencia en la posición de garante y responsabilidad por omisión impropia

Esta providencia abre un camino, por así decirlo, en la tendencia actual de la Sala Penal, referida a la responsabilidad penal por omisión impropia de miembros de las fuerzas armadas, cuando se trata de la comisión de crímenes internacionales. Es el caso por ejemplo de una providencia muy interesante, que lo es, además, porque se trata del juzgamiento de militares implicados en la misma masacre –la de Mapiripán, Meta–, que comprometió al general Uscátegui, quien instauró la acción de tutela que originó el fallo de la Corte Constitucional analizado.

Existe entonces, una secuencia lógica en estas providencias, aunque los casos sufren toda clase de obstáculos y dificultades; sólo se llega a providencias definitivas, tras años de trabajo institucional y de desgaste en la administración de justicia, desgaste ocasionado, particularmente, por los conflictos de competencia –en una mayoría de casos inexistentes y apenas supuestos para entrabar los casos–, entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción penal ordinaria.

En este orden de ideas, en la providencia en referencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, revisó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 15.02.2005, mediante la cual se confirmó, entre otras decisiones, la condena impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado contra Carlos Castaño Gil, Julio Enrique Flórez González, Lino Hernando Sánchez Prado, Juan Carlos Gamarra Polo y José Miller Urueña Díaz, por los delitos de homicidio y secuestro agravados, terrorismo y concierto para delinquir, con ocasión de la masacre de Mapiripán.[53]

En virtud del caso, el demandante, tal como se reseña en la providencia, alega que, "se opone a la condena por los delitos de concierto para delinquir y terrorismo, porque en su criterio es un imposible jurídico la modalidad de omisión en relación con tales conductas delictivas, ya que uno requiere del acuerdo permanente de voluntades y el otro de actos que pongan en peligro la

---

para referirse a cuestiones dogmáticas muy puntuales, abriendo paso a una mala tendencia hoy existente en el país, de crear una especie espuria de derecho penal mal mezclado con derecho penal internacional y con derecho internacional, a su vez mal interpretados.

53. Se trata de la siguiente decisión: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 26.04.2007, con radicado n. 25.889, MMPP: Sigifredo Espinosa Pérez y Álvaro Pérez Pinzón.

vida, la integridad física o la libertad de las personas, edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción etc.".[54]

No obstante, para la Sala Penal, estos delitos, se "avenían de manera inobjetable a la omisión prevista en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 100 de 1980, en cuanto el resultado antijurídico se causó y materializó por la vía de la abstención consciente y voluntaria de no impedirlo, pudiendo hacerlo".[55] (Hoy, el art. 25, es mucho más exigente y concluyente).

A esta conclusión se llega, luego de que la Sala refuerza todos los argumentos anteriormente reseñados: se considera que los miembros de las fuerzas militares son garantes de protección frente a los eventuales transgresores de los derechos fundamentales de las personas, máxime cuando ellos mismos prestan sus funciones en zonas de conflicto especialmente críticas. Por lo tanto, cuando eluden deliberadamente el cumplimiento de esos deberes de seguridad o protección, consintiendo la producción de su lesión o, en otras palabras, no actúan para evitar los resultados lesivos finales, permitiendo con ello, que se ocasionen resultados graves. De esta forma, "(...) tales conductas de inactividad e indiferencia, se colocan al margen del ordenamiento superior, y sus responsables son sujetos a la sanción prevista en el delito de acción, porque el artículo 21 de la Ley 100 de 1980, reproducido con mayor riqueza descriptiva en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, equipara, mediante un juicio de equivalencia puramente hipotético, la acción con la omisión".[56]

La Sala introduce un elemento dogmático interesante, ya planteado en este texto, a propósito de los tipos abiertos de omisión impropia: estos delitos, son concebidos como tipos penales abiertos, respecto de los cuales, tanto el deber jurídico, como las pautas de la posición de garante, que generan la equiparación de la omisión al hacer activo descrito en el tipo penal de resultado, obran como elementos normativos. Son éstos los elementos normativos que deben ser llenados de contenido por el juez.

Al respecto, el Prof. Mir Puig, agrega por su parte, consideraciones importantes al momento de llenar de contenido estos elementos normativos:

"El tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura (a) situación típica; (b) ausencia de la acción determinada; (c) capacidad de realizarla; pero completada con la presencia de

54. Ídem, análisis del tercer cargo.

55. Ídem, análisis del tercer cargo.

56. Ídem, análisis del tercer cargo.

tres elementos particulares necesarios para la *imputación objetiva* del hecho: la *posición de garante, la producción de un resultado* y la *posibilidad de evitarlo*".[57]

Este último aspecto, tal como se dijo, constituye un hecho central. Prácticamente en toda la literatura especializada, se enfatiza estrictamente en el hecho de que el agente-garante, debe haber estado en la capacidad real de poder evitar un resultado típico; de lo contrario, no habría imputación.

Es aquí donde el juicio del juez, debe ser especialmente acucioso. Al respecto, se puede citar de nuevo en este punto, el trabajo ya reseñado de Schünemann, ya que el profesor alemán, sugiere que con su "teoría del dominio" se puede llegar a fundamentar mejor, posiciones de garante que no estarían cubiertas por la tradicional teoría formal del deber jurídico. Por ejemplo, la posición de garantía del "dueño o director de una empresa respecto de los comportamientos de los empleados lesivos de bienes jurídicos".[58] En este caso, según el autor, "(...) la teoría formal del deber jurídico fracasa completamente, mientras que, según la teoría del dominio, para el caso en que el subordinado cumpliera sin más la orden dada por su jefe y, por tanto, existiera de facto un dominio del hecho, la posición de garante del jefe puede ser fundamentada de manera convincente".[59]

Este podría ser un aporte interesante para los jueces, teniendo en cuenta muy bien hoy, por ejemplo, el tema de la subordinación y de la responsabilidad del superior jerárquico, caso más delicado y más complejo del que cita Schünemann. Se trata en últimas y en todo caso, de buscar la mejor fundamentación en la aplicación de la cláusula de equivalencia o de la cláusula de correspondencia como también se la denomina o se traduce a nuestro idioma.

Es aquí, en general, frente a los elementos normativos de un tipo penal abierto y más allá del reproche al que se está haciendo analogía, que los jueces deben ser especialmente juiciosos. Ello, además, por el hecho de que estos elementos, vistos por la jurisprudencia, como elementos normativos, están situados, como es el caso del elemento normativo "conflicto armado" en delitos contra el derecho internacional humanitario, en las fronteras entre lo fáctico y lo normativo-jurídico.

Por consiguiente, lo más importante es, como en toda estructura de imputación en crímenes internacionales, ser especialmente acuciosos en la

57. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 317.

58. SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 40.

59. Ídem, ibídem.

percepción y elaboración jurídica del contexto fáctico en que tienen lugar las conductas. Así, un hecho en abstracto puede ser evaluado de manera completamente diversa a cuando éste se evalúa y se juzga no sólo en concreto sino de acuerdo con el contexto general en que tienen lugar las conductas. Los contextos son, de hecho, lo más importante en dinámicas de violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

De allí, además, la importancia que tiene, para citar este caso concreto, la creación de la nueva Unidad Nacional de Análisis y Contextos de la Fiscalía General de la Nación, creada por la resolución n. 01810, del 04.10.2012. Esta unidad nacional, que hace parte de la gran estrategia de priorización impulsada por el señor Fiscal General y que depende hoy de su despacho, es la encargada de valorar el gran cúmulo de información obtenida, por ejemplo, en unidades como la Unidad de Justicia y Paz o la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y de construir contextos para ilustrar la actuación de verdaderas máquinas de guerra, investigando también a quienes las apoyaron, las financiaron etc.[60]

Es decir, antes de ir el juez penal, por ejemplo, a ver cómo se castiga en el Estatuto de Roma al superior jerárquico, debe mirar muy bien los hechos y el contexto fáctico que ha rodeado una conducta. Pero una vez se deduce el contexto, tampoco le es posible al intérprete, sin más, ir por ejemplo al derecho internacional y deducir de allí todo tipo de consecuencias; el uso de las fuentes debe ser auto restrictivo, y muy ajustado, tanto al contexto como a las propias exigencias dogmáticas. Algunos operadores parecen obrar al revés: los argumentos se fundan en el derecho penal internacional y el contexto concreto se ve como deleznable. Se insiste: hay que tener en cuenta el contexto; en el caso colombiano, incluso, este contexto obra a favor del juicio del juez, pues en diversos casos, como en la masacre de Mapiripán, los hechos fácticos son tan contundentes, que la aplicación de la cláusula de equivalencia, se torna en un ejercicio propicio para su fundamentación racional. Éste, no requiere apoyo discursivo o meramente retórico en fuentes internacionales, ni en la sustitución *ad-hoc* de contextos fácticos por complejos normativos.

---

60. Sobre la estrategia de priorización, en la cual ha participado desde sus inicios el autor de este escrito como asesor directo del despacho del señor fiscal, puede consultarse el libro que contiene las memorias de las seis sesiones que se llevaron a cabo con representantes de las más diversas instituciones estatales y con representantes de la sociedad civil, y que sirvieron de fuente para la creación de la estrategia. El texto será publicado a finales del año 2012 por la escuela de la Fiscalía. También y sobre todo, puede consultarse la directiva n. 001 de 04.10.2012, la cual concreta la estrategia.

De esta forma, siguiendo la providencia citada, una vez la Sala Penal ha hecho relación al hecho de que se trata de tipos abiertos, concluye, llenando de contenido el tipo abierto, con alusiones a hechos fácticos:

"(...) encuentra la Sala que aunque en el presente caso la imputación contra los militares involucrados, entre ellos José Miller Urueña Díaz, surgió, de un lado, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución y la ley que les compelía a resguardar los bienes jurídicos de los pobladores de Mapiripán y sus cercanías, especialmente por la grave situación de orden público que para la época de los hechos se vivía la región, de otro, no puede desconocerse que la omisión de tales deberes se tradujo en verdaderas acciones positivas encaminadas a prestar una importante contribución para que los actos criminales planeados por el grupo armado al margen de la ley involucrado en este proceso contra la población de Mapiripán y sus alrededores, pudiera llegar a término, como en efecto ocurrió."[61]

11.2 Presupuestos fácticos que propician la aplicación de la cláusula de equivalencia

Así, si bien, como se ha dicho en este escrito, hay consecuencias radicales que pueden derivarse de una exacerbación de la figura de la omisión impropia, reforzada con la posición de garante y la figura del superior jerárquico –ello en abstracto–, en el caso concreto, se hace comprensible el carácter de una omisión, que en la realidad, se pudo convertir en una verdadera acción en función de la comisión de crímenes complejos. De esta forma, reza la narración de la Sala Penal:

"José Miller Urueña Díaz, como comandante de la unidad militar que prestaba servicios de vigilancia en el aeropuerto de San José del Guaviare, omitió cualquier control sobre el arribo de las dos aeronaves que transportaba a los paramilitares y la carga pesada, permitiendo que entraran a la pista de aterrizaje los camiones en los cuales se transportaron hasta el lugar de encuentro con otros paramilitares, y que salieran del terminal aéreo sin que fueran requeridos para el registro correspondiente. Sólo de esta manera el grupo de paramilitares que arribó al aeropuerto en cuestión pudo llegar hasta la población que había sido declarada como objetivo militar por el líder de la organización criminal."[62]

---

61. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 26.04.2007, con radicado n. 25.889, MMPP: Sigifredo Espinosa Pérez y Álvaro Pérez Pinzón. Análisis del tercer cargo.

62. Ídem, análisis del tercer cargo.

Por tanto, para la Sala Penal: "(...) esa cooperación del procesado se corresponde íntegramente con los elementos de la *coautoría impropia*, que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Sala, se predica cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo".[63]

Concluye entonces la Sala Penal:

"Por lo tanto, los militares que así actuaron en este caso, coparticiparon criminalmente en calidad de coautores por *acción*, porque al incumplir con sus deberes permitiendo el paso de los paramilitares en la forma en que lo hicieron, colaboraron materialmente con la ejecución de la acción criminal de acuerdo al rol que cada uno desempeñaba, en lo que se vislumbra como una clara división de un trabajo criminal planificado de antemano o acordado desde su ideación, pues de no ser por esa cooperación, como se admite en el fallo demandado, nunca se habría logrado el arribo del grupo criminal a la población de Mapiripán y menos su sometimiento en la forma como ocurrió."[64]

Esta es una jurisprudencia que se reitera y que refleja la tendencia enunciada. Así, para citar un último caso, en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 2009, también relacionada con militares involucrados en la masacre de Mapiripán, se dice:

"Empero, considerado en el *sub judice* el singular aporte de los militares en el injusto: una intervención relevante, de carácter eficaz y positivo sin la cual no hubiese sido posible la realización de la acción criminal, comporta la ejecución de una verdadera acción como se anotó antes y como corolario, son *coautores por acción* de los punibles cometidos."[65]

Agrega, además la providencia, constatando un hecho que ha generado la reiterada responsabilidad del Estado colombiano ante el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos: "Esa codelincuencia mancomunada la conformaron los integrantes de las AUC y varios miembros del Ejército

63. Ídem, análisis del tercer cargo.

64. Ídem, análisis del tercer cargo.

65. Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, Sala Penal, sentencia del 23.11.2009, con radicado n. 11001070400920040114O3, MP: Luis Rodríguez Roa.

Nacional con típica distribución de tareas pero con unidad de designio y voluntad hacia los funestos resultados que se registran (...)".[66]

Para el Tribunal Superior entonces, la prueba evidencia la, "(...) ejecución de actos materiales necesarios y unívocos a la ejecución de la acción criminal, y desde esta óptica deviene concluir que los hechos no se dieron simplemente con la contemplación y permisibilidad del estamento militar involucrado, sino con la intervención material y eficaz de la autoridad que ostentaban como se deja plasmado en el análisis del elemento probatorio incorporado al plenario".[67]

12. A manera de conclusión

Como se advierte a partir de la jurisprudencia estudiada, que analiza casos que, además, no son trabajados por la doctrina tradicional, y ello se explica por la especificidad de nuestro entorno, las tensiones dogmáticas alrededor de las diversas figuras que acompañan la omisión, llámese impropia o comisión por omisión, se extreman al máximo y son aplicadas a contextos impensados por quienes han abordado dichas tensiones.

En consecuencia, así como temas relacionados con la autoría frente a crímenes internacionales, en los temas generales de imputación de conductas que constituyen dichos crímenes, es deber nuestro, como juristas locales insertos en un mundo globalizado, llenar de nuevos contenidos las figuras dogmáticas, aportar soluciones plausibles a las tensiones tradicionales y a las nuevas derivadas de nuestro contexto de guerra y derecho, con el objeto de resolver nuestros problemas de forma consistente. Frente a tendencias internacionales: diálogos abiertos y ampliados, al contrario de servidumbres irrestrictas y sin examen.

13. Bibliografía

Providencias judiciales

Corte Constitucional, sentencia SU-1184, del 13 de noviembre de 2001, expediente n. T-282.730, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n. 24.448, del 12 de septiembre de 2007, MP: Augusto Ibáñez Guzmán.

66. Ídem.

67. Ídem.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de julio 27 de 2006, radicado n. 25.536, MP: Álvaro Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 26 de abril de 2007, radicado n. 25.889, MMPP: Sigifredo Espinosa Pérez y Álvaro Pérez Pinzón.

Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, Sala Penal, sentencia del 23 de noviembre de 2009, con radicado n. 11001070400920040114O3, MP: Luis Rodríguez Roa.

Doctrina

APONTE, Alejandro. Despenalización del consumo mínimo de drogas en Colombia: Una apuesta por la libertad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 10. p. 5. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1995.

_____. Hans Welzel: la tensión entre derecho natural y derecho positivo. Una visión en perspectiva. *Derecho penal contemporáneo*. Bogotá: Legis, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. *Delitos de omisión impropios de omisión*. Bogotá: Temis, 1983.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Luis Fernando Niño con la colaboración de Pablo Eiroa. Bogotá: Temis, 2006.

FORERO, Juan Carlos. *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*. Bogotá: Legis, 2005.

JAKOBS, Günther. Acción y omisión en derecho penal. *Cuadernos de conferencias y artículos*. n. 23. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

_____. *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan. *Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía*. Bogotá: Ibañez, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2007.

PERDOMO, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano. Cuadernos de conferencias y artículos. n. 26. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

_____. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

SÁNCHEZ-VERA, Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá: Colección de estudios. Universidad Externado de Colombia, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El denominado delito de omisión impropia o la comisión por omisión*. Arequipa: Discursos universitarios, 2009.

STRUENSSE, Eberhard. La estructura de los delitos de omisión imprudentes. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. año X. n. 19-19. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Colaboración ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. Colaboración de Colaboración ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Derechos implícitos y límites constitucionales, de Pablo E. Navarro, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, organizada por Flávia Cristina Piovesan e Maria Garcia, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 1, p. 805.

LA PENA DE MUERTE COMO TRATO CRUEL, INHUMANO Y DEGRADANTE

1

Death penaulty as a cruel, inhuman and degrading penalty

62398

LUIS ARROYO ZAPATERO

Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale Instituto de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Penal

RESUMEN: La cuestión de la abolición de la pena de muerte se ha anclado hasta hace muy poco en la extensión y límites del derecho a la vida. Actualmente, como se muestra en la Declaración de San Pablo adoptada en 2010 en el 16 Congreso Internacional del Ibccrim que defiende la abolición de la pena de muerte y una moratoria universal, otra línea de razonamiento viene a la mente: la consideración de la pena de muerte como un castigo o trato cruel, inhumano o degradante, un argumento que es mucho más amplio que el del derecho a la vida.

PALABRAS-CLAVE: Pena de muerte – Abolition – Moratoria universal – Penas crueles – Inhumanas y degradantes.

ABSTRACT: The question of the abolition of the death penalty has been anchored until very recently in the extent and limits of the right to life. Nowadays, as it is shown in the Sao Paolo Declaration adopted in 2010 in te 16 International Congress of Ibccrim advocating for the abolition of the death penalty and for a worldwide moratorium another line of reasoning comes to mind, the death penalty as a cruel, inhumane and degrading penalty or treatment. an argument which is by far more spacious effects than the unyielding debate on the right to life.

KEYWORDS: Death penalty – Abolition – Universal moratorium – Cruel – Inhuman and degrading penalties.

SUMARIO: 1. La crueldad en los modos de ejecución de la pena capital – 2. El corredor de la muerte como tortura – 3. Conclusión.

La prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes se encuadra dentro del llamado núcleo duro de los derechos inderogables, es decir, de aquellos derechos que forman parte de la persona humana y aun del propio ser y que en todo caso han de ser respetados por los Estados y por las personas. Si bien la evolución que ha vivido la abolición de la pena de muerte ha sido un largo camino con grandes discrepancias y resistencias, y está lejos aún de encontrar un consenso final para su abolición,[1] no ha vivido el mismo camino la prohibición de las penas inhumanas y degradantes ya que tanto a nivel internacional como nacional se han adoptado declaraciones, pactos y convenios que las erradican como forma de actuar del Estado y de sus agentes, lesiva para los derechos humanos, y se proscribe su práctica mediante Constituciones o declaraciones de órganos jurisdiccionales, como fue el significativo caso el Tribunal Supremo de Sudáfrica.[2]

Debe plantearse así la cuestión de si la pena de muerte es en sí misma es un trato cruel, inhumano y degradante, tal y como proclamó la *Declaración de Sao Paulo*, adoptada en el Instituto Brasileño de Ciencias Criminales el mes de agosto del año 2010 en el marco del Congreso internacional, y, por lo tanto, contraria al derecho internacional. En este punto se debe comenzar señalando que para el derecho internacional la pena de muerte no es considerada en principio como un trato inhumano. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

1. En este sentido, no deja de resultar paradójico desde una perspectiva de los derechos humanos que la vida, en su mayor ataque en forma de pena capital, haya encontrado tanta oposicione para su protección y que sin embargo la tortura y los tratos inhumanos y degradantes haya gozado de una protección tan temprana. Vid. *La pena de muerte en Estados Unidos: una institución peculiar.* Nota la libro de David Garland. En: ARROYO; BIGLINO; SCHABAS (eds.). *Contra el espanto.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 471 y ss. Sobre Brasil ver SHECAIRA, Sérgio Salomão, en *Hacia la abolición universal de la pena capital*, de los mismos editores, p. 215 y ss., ambas obras *on line* en el portal *academicsforabolition.net.*

2. Así el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 04.11.1950, dice que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos, el art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10.12.1948 de las Naciones Unidas, también establece la misma prohibición de la práctica de la tortura, el art. 7 del Pacto Internacional de Derecho Civil y Político de 16.12.1966 de las Naciones Unidas, y finalmente proscribe tal práctica en el Convenio contra la tortura y otras penas o tratos crueles inhumanos o degradantes de 10.12.1984 de las Naciones Unidas. En el mismo sentido se expresa el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 26.11.1987. También el artículo de de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(CEDH)[3] no prohíben la pena de muerte en aquellos Estados que no han ratificado los Protocolos adicionales (Protocolo II del PIDCP y los Protocolos 6 y 13 de la CEDH).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han llegado a la conclusión de que la pena de muerte no constituye en sí un castigo inhumano y degradante.

Sin embargo, aunque el derecho internacional no reconoce el carácter cruel, inhumano y degradante de la pena de muerte en sí, la ONU ha reconocido que algunos aspectos del uso de la pena de muerte sí se pueden ver claramente como una manifestación de un trato inhumano equiparable a un acto de tortura. Particularmente, en relación con las condiciones de reclusión de los condenados a muerte, la prolongada permanencia en el corredor de la muerte, el modo de ejecución, la angustia de estar condenados, la amenaza constante de ejecución o el secreto que rodea en algunos países al uso de la pena de muerte que afecta a los condenados y a sus familias.

No obstante, no debemos dejar de considerar que la pena de muerte en sí misma puede constituir un trato inhumano o degradante, más aun cuando no existe un consenso internacional total en negar esta posibilidad y el derecho internacional vive una trasformación y evolución constante. En este sentido, el relator especial sobre tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes calificó de forma explicita la pena capital como una forma de pena cruel inhumana o degradante.[4] Por su parte, tanto la Corte Interamericana de

3. El art. 3 del CEDH no puede interpretarse como una prohibición de la pena de muerte, dado que el art. 2.1 de dicho convenio permite la pena capital expresamente: "Derecho a la vida. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena".

4. El relator especial sobre tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes señalaba en el documento titulado "Promoción, protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo", de 14.01.2009 que: "si la amputación de miembros se considera un castigo cruel, inhumano o degradante, ¿cómo puede calificarse la decapitación de manera distinta? Si, incluso formas comparativamente poco severas de castigos como una decena de golpes en el trasero se encuentran absolutamente prohibidos según el derecho internacional de los derechos humanos, ¿cómo pueden justificase penas como el ahorcamiento, la silla eléctrica, la ejecución por fusilamiento u otras formas de pena capital en base a las mismas disposiciones?"

Derechos Humanos (CIDH),[5] como la Corte Constitucional de Sudáfrica se apoyan en que la pena de muerte constituye un trato cruel e inhumano para limitar el recurso a la pena de muerte.[6]

1. LA CRUELDAD EN LOS MODOS DE EJECUCIÓN DE LA PENA CAPITAL

El Consejo Económico y Social, en el documento titulado "Salvaguardas garantizando la protección de los derechos de aquellos a la espera de pena capital",[7] determina que la pena capital ha de llevarse a cabo tratando de infligir el mínimo sufrimiento posible. En este mismo sentido, el CDH, en su Observación General 20 (44) de 03.04.1992, sobre el art. 7 del PIDCP, recalcó que la pena capital "debe llevarse a cabo de tal manera que cause el menor sufrimiento físico y mental posible".[8]

Si bien todas las formas de ejecución parecen crueles –ya se trate de una bala en la cabeza, la lapidación, el ahorcamiento, la inyección letal o la silla

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto Raxcaco-Reyes c. Guatemala. Sentencia CIDH (Ser. C) n. 143 (2006) "La Corte estima que las condiciones de detención a las que ha sido sometido el señor Ronald Ernesto Raxcacó Reyes han sido violatorias de su derecho a la integridad física, psíquica y moral, contenido en el art. 5.1 de la Convención, y han constituido un trato cruel, inhumano y degradante contrario al art. 5.2 de la misma." Sobre el papel de la Corte Interamericana en la abolición de la pena de muerte en Sudamérica, vid., GARCIA RAMIREZ, G., La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Pena de Muerte. En: MUÑOZ AUNION, A. (coord.); ARROYO, L.; BIGLINO, P.; SCHABAS, W. (eds.). *Hacia la abolición de la pena de muerte*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 229-263; también en inglés en The Inter-American Court of human right and the death penalty. In: MUÑOZ AUNION, A. (coord.); ARROYO, L.; BIGLINO, P.; SCHABAS, W. (eds.). *Towards universal abolition of the death penalty*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 177-212.

6. Sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, Asunto T Makwanyane and Mchunu (CCT/3/94), resuelto el 06.06.1995. "The unqualified right to life vested in every person by *section* 9 of our Constitution is another factor crucially relevant to the question whether the death sentence is cruel, inhuman or degrading punishment within the meaning of *section* 11(2) (Everyone has the right to life) of our Constitution" .Vid., sobre esta sentencia y su importancia para la abolición de la pena de muerte en Sudáfrica, SCHABAS, W. South Africa's Constitutional Court Outlaws the death penalty (1995) 16, *Human Rights Law Journal*. p. 133-148. También, vid. MANKA CHENWI, L. *Towards the abolition of the death penalty in Africa: a human rights perspective*. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2007. p. 128-130.

7. Aprobadas por el Consejo Económico y social en la Resolución 1.984/50, de 25.05.1984. Disponible en: [www.peinedemort.org/document.php?choix=3266].

8. Comité de Derecho Humanos, Klinder c. Canada, 470/1991, 30.07.2003.

eléctrica–, no cabe duda de que el modo en el que se lleve a cabo la ejecución de la pena de muerte puede ser más o menos gravoso y doloroso. De esta suerte, ciertos métodos de ejecución particularmente odiosos y extremadamente dolorosos, como el ahorcamiento, la lapidación o la cámara de gas, equivalen a un trato inhumano y degradante y por tanto suponen una violación del art. 3 del CEDH, tal y como ha manifestado el TEDH[9] y la CDH.[10]

Incluso la inyección letal, que se consideraba como un método rápido e indoloro,[11] está lejos de ser un método libre de dolor. Durante las ejecuciones se producen demasiados fallos en las condiciones en las que se lleva a cabo la ejecución que dan lugar a situaciones extremadamente dolorosas,[12] que constituyen tratos crueles e inhumanos. Sólo en los EEUU se han documentado múltiples ejecuciones fallidas por inyección letal, en la que el condenado sufre una muerte muy dolorosa, muchas de ellas fruto de la crueldad de los encargados de llevarlas a cabo así como de su falta de preparación,[13] ya que la inyección letal es aplicada por funcionarios de prisiones o ciudadanos destinados a tal fin y no por médicos cualificados.[14]

---

9. En el caso Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido, n. 61 498/08, 04.10.2010, donde el TEDH argumentó que el Reino Unido había violado el art. 3 del CEDH al haber enviado a dos ciudadanos de Irak a este país con el riesgo de que iban a ser ahorcados.
10. Así lo indica el Comité de Derecho Humanos, Klinder c. Canada, 470/1991, 30.07.2003, párrafo 15.3. al señalar que la ejecución por gas asfixiante que constituye un "particularmente horrible" forma de ejecución de acuerdo con el Comité y por lo tanto, viola el art. 7 del PIDCP.
11. Por lo tanto la ejecución mediante la inyección de un producto mortal, llamada inyección letal, se ha considerado para estar en consonancia con el PIDCP.
12. Famosos es el caso de Romell Broom cuya ejecución prevista para el 15.09.2009 fue suspendida después de que el condenado hubiese recibido 18 pinchazos en diversas partes del cuerpo sin que se produjese la muerte, lo que le provocó un intenso dolor y angustia. Vid., sobre este caso, en periódico *El País*: [http://rinconespanol.files.wordpress.com/2009/11/20091011elpdmg_124.pdf]. También en el diario *New York Times*: [www.nytimes.com/2009/10/03/opinion/03sat2.html?_r=1]. No menos angustioso es el caso de Willei Francis quien sobrevivió tras recibir tres descargas de 2.500 voltios en una silla eléctrica defectuosa. Por otra parte, Ángel Diez, ejecutado mediante la inyección letal, agonizó en la camilla con una vía en la mano durante 34 largos minutos. Vid., sobre este caso: [http://ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=40380].
13. Para una visión más pormenorizada de porqué la inyección letal se muestra un mecanismo problemático, vid. *Amnistía Internacional: Ejecución por inyección letal. Un cuarto de siglo de muertes por envenenamiento a manos del Estado*. oct. 2007.
14. La Asociación Médica Americana recomienda a sus miembros no participar en ejecuciones porque viola el juramento hipocrático de salvar vidas. Vid., [http://rinconespanol.files.wordpress.com/2009/11/20091011elpdmg_124.pdf].

2. EL CORREDOR DE LA MUERTE COMO TORTURA

Las condiciones de reclusión a las que se ven sometidos los condenados pueden ser consideradas un trato inhumano, cruel y degradante de la misma manera que lo son los modos en los que se lleva a cabo las ejecuciones.

Cualquier persona condenada a muerte tiene que soportar en mayor o menor medida las condiciones terribles del "corredor de la muerte".[15] Este fenómeno, denominado "síndrome de los condenados a muerte", provoca estrés postraumático al preso que tiene que vivir en pabellones reservados para los condenados a muerte con la angustia de estar esperando a ser ejecutados. Además, la reclusión de los condenados a muerte se produce de forma casi totalmente aislada física y emocionalmente de otros reclusos, lo que equivale a una carga psicológica muy gravosa, sobre todo en cuanto esto se une a la espera insoportable para su ejecución.

De esta suerte, el TEDH considera que la pena de muerte, cualquiera que sea el método de ejecución, causa un dolor físico y un intenso sufrimiento psicológico como consecuencia de esta muerte anunciada, lo que puede considerarse una pena inhumana y degradante contraria al art. 3 del CEDH,[16] teniendo en cuenta la edad y el bienestar mental de la persona en cuestión, las condiciones y la duración de la detención en el corredor de la muerte.[17] De la misma opinión se ha mostrado la CIDH, quien considera que en el corredor de la muerte "todas las personas viven bajo la amenaza constante de que pueden

15. Para una descripción pormenorizada de las condiciones en el corredor de la muerte, vid., *Amnistía Internacional, Conditions for Death Row Prisioners in H-Unit, Oklahoma State Penitentiary* (Amnesty International Report AMR 51/35/94).

16. TEDH, caso Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido, n. 61 498/08, 04.10.2010, párrafo 15.

17. La sentencia Soering c. Reino Unido del TEDH (1989), Serie A, n. 161, ha sido la precursora en considerar el fenómeno del corredor de la muerte como un trato cruel e inhumano. Para una visión más pormenorizada de la misma y en general de la pena de muerte como un trato cruel e inhumano, vid. HUDSON, P. Does the Death Row Phenomenon Violate a Prisoner's Human Rights under International Law? *EJIL* (2000), vol. 11, n. 4, p. 838-443; YORQUE, J. Inhuman Punishments and Abolition of Death Penalty in the Council of Europe. *European Public Law*, vol. 16, issue 1 (2010), p. 77-103. También publicado en español en MUÑOZ AUNION, A. (coord.); ARROYO, L.; BIGLINO, P.; SCHABAS, W. (eds.). *Contra el espanto: por la abolición de la pena de muerte*. Valencia: Tirant Lo Blanch, en prensa; SCHABAS, W. *The Death Penalty as cruel Treatment and Torture: Capital Punishment in the World's Court*. Boston: Northeastern University Press, 1996.

ser llevados al patíbulo en cualquier momento"[18] lo que aterroriza y deprime a los condenados. Por su parte, el CDH tiene en cuenta los efectos psicológicos del encarcelamiento de la persona cuando se producen retrasos injustificados en informar a un condenado de la suspensión de la ejecución. Así, considera que informar a una persona condenada a la muerte de la decisión de suspender su ejecución tan sólo 45 minutos antes de la hora fijada para la ejecución cuando la decisión se había tomado 20 horas antes, constituye un trato cruel e inhumano como se establece en el art. 7 del PIDCP.[19]

No obstante, además de los negativos efectos psicológicos que provoca la vida en el corredor de la muerte, este tipo de reclusión favorece que se produzcan tratos o penas inhumanos a los condenados a manos de sus guardianes.[20] Así, la jurisprudencia internacional considera como ejemplos de trato o pena cruel, inhumano o degradante durante la reclusión, el confinamiento del detenido en una celda a oscuras, la sobrepoblación carcelaria en el corredor de la muerte,[21] el uso de esposas para inmovilizarlo,[22] la negación de lo indispensable para satisfacer sus necesidades básicas, el traslado a un recinto distinto,[23] bromas

18. Asunto Hlaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago. Sentencia CIDH (ser. C) n. 94 (2002). Vid. Ampliamente RAMÍREZ, Sergio García. *La Corte Internacional de Derechos Humanos ante la Pena de Muerte*. En: ARROYO, BIGLINO y SCHABAS (eds.). *Hacia la abolición Universal de la pena capital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 229 y ss.

19. Comité de Derechos Humanos. Asunto Pratt y Morgan c. Jamaica Comunicaciones n. 210/1986 y 225/1897 (1989), par. 13.7.

20. Sobre los maltratos que viven los reclusos en el corredor de la muerte, vid., la entrevista realizada a José Joaquín Martínez, preso español recluido cuatro años en el corredor de la muerte en EEUU, en el documental *Still Killing, Academics for abolition of capital punishment*, NIETO, A.; MAROTO, M.; MUÑOZ M. (dir.). Disponible también en: [http://vimeo.com/34038525].

21. El Comité contra la Tortura ha incluido la sobrepoblación del corredor de la muerte como una de las características que hace que la reclusión en si misma sea un trato inhumano, cruel y degradante. Observaciones finales en Zambia CAT/C/ZMB/CO/2, par. 19.

22. El relator especial sobre Tortura y otros castigos o penas crueles inhumanas o degradantes, apuntó que mantener a los reclusos condenados a muerte en situación de aislamiento completo, esposados de pies y manos noche y día y sin la alimentación adecuada "constituía un castigo adicional que sólo puede ser considerado como un acto de tortura", Manfred Nowak, U.N.; Doc. E/CN.4/2006/6/Add.4 (2005), par. 53.

23. Comité de Derecho Humanos. Asunto Pratt y Morgan c. Jamaica Comunicaciones n. 210/1986 y 225/1897 (1989), par. 13.7.

y comentarios sobre la ejecución inminente,[24] hasta ejecuciones ficticias con condenados a muerte.[25]

El CDH es más reservado acerca de "síndrome de los condenados a muerte" ya que considera que el encarcelamiento es una consecuencia necesaria de dictar la pena de muerte, por muy cruel, degradante e inhumano que parezca.[26] En consecuencia, concluye que la reclusión prolongada, en condiciones muy duras en el corredor de la muerte no constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano o degradante. Ahora bien, matiza que esto será siempre y cuando no existan otras circunstancias extraordinariamente graves e innecesarias. Estas circunstancias existen si la detención se produce en unas condiciones por las que se pueda decir que el Pacto ha sido violado. Así, cuando está recluido en una celda insalubre sin luz ni ventilación natural y sin un colchón o ropa de cama durante 23 horas al día, sin atención médica adecuada, ha sido considerado contrario al respeto de la dignidad humana y una violación del art. 10 del PIDCP. De igual modo se califica como circunstancia grave si la salud mental de un recluso se deteriora durante la detención[27] y no se le da una adecuada atención médica o si la detención se lleva a cabo durante 21 horas al día en aislamiento y durante más de 10 años, sin libros ni otros pasatiempos.

Por otra parte, la pena de muerte expone a aquel sobre el que se impone a un procedimiento legal largo, con un resultado incierto y angustioso de suerte que se puede considerar un trato inhumano, cruel y degradante a los retrasos prolongados en la ejecución de la sentencia que puedan imputarse a procedimientos deficientes del Estado.[28] Numerosos tribunales y órganos

---

24. Comité de Derecho Humanos. Asunto Hylton c. Jamaica Comunicación n. 407/1990 (1994), par. 9.3.

25. Comité de Derecho Humanos Asunto Linton c. Jamaica Comunicación n. 255/1987 (1992), par. 8.5.

26. De la misma opinión se muestra la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, quien no reconoce que la pena capital como una desproporcionada que constituya tratos crueles e inhumanos. Vid. Comunicación de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 240/2001, Interights et al (on behalf of Mariette Sonjaleen Bosch) *v.* Botswana. También, sobre la posición de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en este punto vid. MANKA CHENWI, L. Op. cit., p. 104-105.

27. Comité de Derecho Humanos. Asunto Willians c. Jamaica, Comunicación n. 609/1995 (1997).

28. Sobre los retrasos en el corredor de la muerte como un trato inhumano o degradante, vid., HUDSON, P. Does the Death Row Phenomenon Violate a Prisioner's Human Rghts under International Law? *EJIL* (2000), vol. 11, n. 4, p. 833-856.

internacionales y regionales, así como varios tribunales nacionales, han determinado que la duración de la reclusión de los condenados a muerte puede constituir trato cruel, inhumano o degradante, a la vez que han reconocido el derecho del condenado a muerte a hacer él máximo uso posible del proceso judicial disponible.[29] En este sentido, si bien la CDH se niega a considerar el tiempo como el un factor determinante para aceptar una violación del art. 7 del PIDCP (especialmente si está vinculado a agotar todas las posibilidades de un recurso de apelación), sí entiende que puede constituir trato inhumano, cruel y degradante cuando los retrasos prolongados en la ejecución de la sentencia que pueden imputarse a procedimientos deficientes del Estado.[30] Por último, pueden constituir formas de trato cruel, inhumano o degradante para el detenido y su familia, que vive la espera angustiosa de un punto final sin retorno para su ser querido, no comunicarles la fecha de la ejecución,[31] no permitir una última visita o comunicación con el condenado, así como el secretismo en torno a la ejecución real, la negativa a entregar el cadáver a la familia para su enterramiento o a indicar dónde se encuentran sus restos.[32]

3. CONCLUSIÓN

El panorama del proceso de la abolición de la pena de muerte presenta un argumento consolidado en el ámbito del derecho a la vida, de efectos limitados

29. Tristemente conocido es el caso de Iwao Hakamada, ciudadano japonés condenado a la horca por el asesinato de cuatro personas, que lleva 43 años esperando a ser ejecutado en China. Vid., [http://elpais.com/diario/2011/01/23/eps/1295767615_850215.html].

30. Asunto Francis c. Jamaica, Comunicación n. 606/1994 (1995), par. 9.2.

31. La mayor particularidad de la pena de muerte en Japón es que los presos desconocen cuándo serán ejecutados. Se les avisa con una hora de antelación, por la mañana, el mismo día del ahorcamiento, el único método utilizado desde 1873. No hay despedidas ni última cena. Solo un breve *stop* frente a un altar budista. Familiares directos y abogados, los únicos que pueden visitar al reo durante su condena, son informados *a posteriori* de la ejecución. Se trata de "evitar que el preso se perturbe", defienden en el Ministerio de Justicia, aunque irónicamente consigan lo contrario, un estrés aterrador.

32. En el asunto Blader y Kanbor c. Suecia, caso n. 13 284/04 (2005), tubo en consideración el temor y la angustia que la familia del condenado sufriría ante la incertidumbre intolerable de cuándo, donde y cómo se produciría la ejecución. También el CDH en el asunto Staselovich c. Bielorusia, Comunicación n. 887/1999, U.N. DOC. CCPR/C/77/D/887/1999 (2003) par. 9.2, declaró que los familiares de los condenados pueden ser víctimas de tratos inhumanos cuando el Estado no comunica a los primeros la fecha de la ejecución y la ubicación de sus restos.

y un argumento en fase de construcción pero con alcance mucho más amplio y definitivo, a partir de la proscripción de las penas y los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Este último principio no admite excepción alguna en los procesos en los que se impone la pena de muerte en países con Estado de derecho y con un sistema reforzado de recursos judiciales y de sucesivas instancias, a consecuencia de un concepto de "debido proceso" apropiado a la gravedad de la pena capital que lleva a los condenados a largas estancias, que en los Estados Unidos de América superan los 15 años, y el síndrome del "corredor de la muerte" por lo que se convierte en una pena cruel e inhumana. Además, la generalidad de los mecanismos y sistemas de ejecución se verifican en condiciones de manifiesta crueldad, incluido el que se reputó como más humano y menos doloroso, como fue la inyección letal. La competencia por "la humanidad", entre la horca, el garrote, la descarga eléctrica, la inyección letal es propia de mentes tan bárbaras como las que ejecutan la pena de muerte a espada o mediante el hacha. La guillotina se demostró también que solo era fruto de una razón bárbara, tanto como la pragmática ejecución extra-judicial. Toda esta materia estimo que debe ser enriquecida en la discusión del tiempo próximo para preparar la abolición universal de la pena capital.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A prevenção do crime de tortura no cenário do direito internacional, de Sylvia Helena Steiner – *RBCCrim* 99/299;
- El derecho a la vida y a no ser victima de torturas o tratos inhumanos o degradantes en el marco del cedh, de Rubén Martínez Dalmau – *RDCI* 29/7; e
- La problemática internacional de la prevención de la tortura international issues on torture prevention, de Emilio Ginés Santidrián – *RBCCrim* 99/275.

1

ARE CRIMINAL CONVICTIONS A PUBLIC MATTER? THE U.S. AND SPAIN

As condenações penais são um assunto público? Os Estados Unidos e a Espanha

JAMES B. JACOBS

Chief Justice Warren E. Burger Professor of Law and Director of the Center for Research in Crime and Justice de la New York University, School of Law.

ELENA LARRAURI

Professor of criminal law and criminology in the Universitat Pompeu Fabra.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Uma condenação penal, caso amplamente divulgada, representa um estigma a ser levado por toda a vida, impondo limites à empregabilidade do condenado, e a outras oportunidades. Os países europeus, incluindo a Espanha, no reconhecimento dos direitos individuais à privacidade de informações e do interesse da sociedade em limitar a reincidência, restringe fortemente a divulgação do histórico de antecedentes criminais dos indivíduos. Em contraste, os Estados Unidos, que valorizam grandemente os processos abertos nos tribunais, a liberdade de expressão e o direito de legitima defesa, permitem (e até promovem) a extensa divulgação de antecedentes

ABSTRACT: A criminal conviction, if widely known, constitutes a life-long stigma that limits the convicted person's employment and other opportunities. European countries, including Spain, recognizing an individual right of informational privacy and a societal interest in limiting recidivism, sharply restricts the dissemination of individual criminal history information. By contrast, the U.S., placing great value on open court proceedings, free speech and the individual's right of self protection, allows (and even promotes) extensive dissemination of individual history information. This paper compares the profoundly different policies on

criminais dos indivíduos. Este estudo faz uma comparação entre essas duas políticas que diferem tão profundamente no oferecimento de acesso público às informações individuais dos antecedentes criminais na Espanha e nos Estados Unidos, revelando os valores culturais e jurídicos por trás da política de cada país e as tensões encontradas pelos dois países na tentativa de conciliar essas políticas com outros valores e objetivos sociopolíticos.

PALAVRAS-CHAVE: Antecedentes criminais - Privacidade de informações - Efeitos colaterais - Reabilitação - Re-inserção.

providing public access to individual criminal history information in Spain and the U.S., illuminating the cultural and legal values behind each county's policies and the tensions both countries encounter in attempting to reconcile these policies with other socio-political values and goals.

KEYWORDS: Criminal records - Informational privacy - Collateral consequences - Rehabilitation - Re-entry.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction - 2. Illustrative Spanish cases - 3. The controlling Spanish principles: 3.1 Publicity of the judgment; 3.2 The right to honor; 3.3 The right to privacy; 3.4 The right to personal data protection; 3.5 Freedom of speech; 3.6 The principle of rehabilitation - 4. U.S. law/policies permitting/compelling the publicity of criminal conviction records: 4.1 Open courts and court records; 4.2 Free speech & press; 4.3 Informed decisionmaking and personal security; 4.4 Privacy; 4.5 Personal honor; 4.6 Dignity; 4.7 Rehabilitation - 5. Conclusion - 6. Bibliography.

1. INTRODUCTION

Whether[1-2] individual criminal history information should be public information, available to anybody who is interested, or kept partially or totally confidential, has important implications for a convicted offender's future. The defendant may well regard the indelible stigma of "convicted criminal" as more injurious than community supervision, fines, or even incarceration. If a convicted offender has to bear his conviction publicly, like a brand, his chances of successfully reintegrating into society are diminished (PAGER,

1. Both authors acknowledge the research assistance of Shira Peleg. We are also extremely thankful for the extended and helpful comments of Dimitra Blitsa, James Forman Jr., David Garland, Lauryn Gouldin, Matti Joutsen, Maximo Langer, Margaret Lewis, Stephen Schulhofer, Kathy Strandburg and Jackie Ross. Professor Jacobs acknowledges the support of the Max Greenberg and Filomen D'Agostino Research Fund at NYU School of Law.

2. Professor Larrauri acknowledges the support of the Research Project (DER 2012-32150:Community Punishments) of the Ministry of Economy and the support of the Departament of Universities of the Generalitat de Catalunya to the Research Group in Criminology (Agaur 2009 SGR 1117).

2007). However, keeping information about the conviction confidential might undermine deterrence and put individuals and organizations at risk of being victimized by an individual of proven criminal propensities (JACOBS, 2006).

Deciding to whom individual criminal history information should be accessible requires balancing restrictions on free speech, judicial transparency, deterrence, and individual and societal protection of individual privacy, dignity and rehabilitation. Moreover, modern-day information technology makes it difficult to control how widely information about individual criminal history disseminates.

U.S. law and practice concerning the "publicness" of an individual's prior criminal convictions contrasts strikingly with European law and practice. Although there are minor differences among European countries, Spanish law and policy, regarding public disclosure of criminal history as degrading, is representative of European countries (WHITMAN, 2003). Focusing just on Spain allows for a manageable and in-depth comparison between U.S. and European policy.[3] The comparison might persuade U.S. readers that U.S. policy and practice is not inevitable. Likewise, this comparison may alert European readers that, in these times of anxiety about law and order (GARLAND, 2001), it will be difficult to resist diverse pressures to make individual criminal history information more widely available.

In the U.S., criminal records can be obtained in three different ways. First, the federal and state criminal record repositories release criminal record information to all federal, state, and local law enforcement agencies and many other authorized public and private agencies, organizations, and businesses. Second, anyone who is curious about whether a particular person

3. While there are differences in detail among European countries, especially the U.K. (THOMAS, 2007; THOMAS, THOMPSON, 2010; PADFIELD, 2011), all of these countries are much more restrictive than the U.S. in making criminal records available. One can therefore speak of a "European position" which is also reflected and reinforced by the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (see 3.4). We do not claim expertise in all countries. For a further analysis see the following sources: for the Netherlands (BOONE, 2011); for France (HERZOG-EVANS,2011); for Spain (LARRAURI,2011); for Germany (MORGENSTERN, 2011). In Finland information recorded in the criminal register shall be kept secret and provided only to a restricted number of agencies (statute number 1993/770) (Matti Joutsen, personal communication). Greece does not allow the disclosure of criminal records either (Dimita Blitsa, personal communication). See Information about some other countries in: [www.cpni.gov.uk/Docs/Criminal_Records_Disclosure-CountriesF-L-March09.pdf].

was previously convicted in a particular court can visit that courthouse and ask to see the docket and any case files. Except for juvenile records and a small category of "sealed" cases, it is not difficult to locate a particular case file because each court's docket of past and pending cases is searchable by a defendant's name. Members of the public can inspect and copy court records. In addition, court records are increasingly being made available on-line and are searchable from remote locations (MORRISON, 2009). Third, the inquisitive person who may not want to devote time and effort to searching court records can obtain the desired information from a flourishing marketplace of private information vendors. The vendors will, for a fee, search locally, statewide, or nationally. They can locate the information by a document search at each courthouse or, increasingly, by searching court files electronically. In some states, the centralized court administration agency sells criminal record information to private vendors.

U.S. law and practice on access to individual criminal history information is significantly determined by constitutional law and a politico-legal culture that abhors secret courts and secret court judgments. If a person obtains information about a criminal conviction, the First Amendment protects her right to pass that information along to others in an oral or written communication and/or to publish it in print or on the Internet. The government cannot prevent or punish people for disclosing true information about a named individual's criminal record: "Once true information is disclosed in public court documents open to public inspection, the press cannot be sanctioned for publishing it" (*Cox Broadcasting Corp.* vs. *Cohn*, 420 U.S. 469, 496 (1974)).

The U.S. policy of liberal access to and dissemination of criminal history information reflects and reinforces the belief that just deserts and deterrence are the primary rationales for the use of criminal law. It is implicitly assumed that would-be offenders are dissuaded from criminal conduct because they fear that, if caught, they will be disgraced, shunned, and denied employment opportunities (Zimring and Hawkins, 1973). As the eminent legal scholar Henry Hart (1958) observed: "[A constitution maker] will be likely to regard the desire of the ordinary man to avoid the moral condemnation of his community (...) as a powerful factor influencing human behavior which can scarcely with safety be dispensed with".

U.S. policy on open courts and open criminal records also reflects the belief that people have a legitimate interest in being informed about the character of persons whom they employ, to whom they rent accommodation, with whom they enter into business arrangements, and with whom they become romantically involved. Many federal and state laws prohibit people with

criminal records from working in particular jobs, professions, and industries. Employers regularly screen and reject job applicants with prior convictions. This kind of crime prevention requires that public and private employers and people generally, have ready access to the criminal histories of those with whom they interact. Most Americans would think it obvious that a bank should be able to find out whether a job applicant had been previously convicted of embezzlement or theft; that school officials would be irresponsible in failing to find out if a bus driver applicant had been previously convicted of drunk or reckless driving. Likewise, they would support a parent's right to determine whether a potential babysitter had ever been convicted of a sex offense against children or any other criminal offense that might be relevant to admitting a babysitter into their home. The state-level "Megan's laws" are a striking example of this preference for making a person's criminal record publicly available. They require government officials to post on the worldwide web convicted sex offenders' names, photos, and criminal convictions (TERRY, FURLONG, 2003).

By contrast, Spain, like other European countries recognizes rights of privacy, dignity, and honor that protect the individual from governmental and non-governmental disclosure of criminal record information. The Criminal Code (art. 136.4) provides that the National Conviction Registry (NCR) may release individual conviction records only to courts, certain police agencies, and to the record-subject. The Spanish Constitution recognizes the right to a public trial (art. 120), but in order to protect honor and privacy, court files, including criminal judgments, are not available for public inspection. Published court decisions protect the defendant's privacy by anonymizing real names and other identifying information. While Spanish law treats a criminal defendant's past convictions as relevant for sentencing, it does not recognize shaming as a legitimate anti-crime or deterrence strategy; indeed, Spanish jurists find that idea appalling (LARRAURI, 2000; DIEZ RIPOLLES, 2007; MIR, 2008). The preference for keeping an individual's criminal history confidential is reinforced by Spanish law's strong commitment to rehabilitation as the primary goal of criminal sentencing.

This article contrasts the very different Spanish and U.S. policies on access to individual criminal history information. Part II considers six Spanish cases involving disputes about access to court records or dissemination of information about an individual's conviction or sentence. In Part III and IV we identify and compare the key legal principles that differentiate Spanish and U.S. law and policy on public access to individual criminal history information; namely, access to court records, protection of honor and privacy, protection of personal data, free speech and rehabilitation.

2. ILLUSTRATIVE SPANISH CASES

A. *Is it possible to obtain Criminal Record Information from Court Judgments?*

Case 1: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) STS, March 3, 1995.

Grupo Interpres S.A. supplies financial information to business clients. In furtherance of its business, it asked to see the Castilla y León and Canarias court's civil judgments, citing Constitution art. 120 ("Judicial proceedings will be public with the exceptions foreseen by the procedural laws") and Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)[4] arts. 235 and 266 ("Any interested person shall have access to the court's judgment"). The lower court denied the request and the company appealed. The Supreme Court ruled that the public's right to obtain information about court proceedings varies according to the stage of the proceedings. The Court recognized that the publicity principle, contained in the Spanish Constitution and the LOPJ, gives citizens a presumptive right to attend court proceedings. However, only the litigants have a right to be notified of the court's judgment. The Court then addressed the following question: May/should the judge provide a copy of the judgment to a non-litigant entity or person? The relevant statute says that a signed judgment must be physically stored in the judge's office and made available for inspection by *any interested person*. However, in the Court's view, an "interested person" is not merely a curious person, but a person who can demonstrate "a concrete and singular connection" with the case that is the subject of the judgment. Unfortunately, the Court did not explain what constitutes a concrete and singular connection.

Even if an individual satisfies this test, however, she must also meet two additional requirements: 1) that release of the desired information would not affect the litigants' fundamental privacy rights; and 2) that the disclosed information will be used for only judicial purposes (like sentencing). Because the Supreme Court found that *Grupo Interpres S.A.* had a commercial interest in the information, it rejected the company's appeal. While this decision involved a dispute over access to information about a civil judgment, all courts and legal commentators assume that it applies to criminal judgments as well.

4. This law (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial) regulates the entire judicial system.

In the U.S. the public has a right to inspect and copy court records, including dockets, judgments, sentences, transcripts, and lawyers' briefs.[5] American judges, political scientists, and legal academics regard judicial transparency as a *sine qua non* of democratic government (FENNER, KOLEY, 1981). In the U.S., *Grupo Interpres* would have been able to read and copy any judgment at the courthouse where it was rendered.

B. *Can Non-Law-Enforcement Government Agencies Obtain Criminal Conviction Information from the NCR?*

Case 2: S.T.C. July 22, 1999 (Nº. 144)

The Spanish Supreme Court affirmed H's (the anonymized defendant) criminal libel conviction, sentenced him to prison for one month and one day and temporarily suspended his right to run for office. The libeled victim urged the Electoral Body to disqualify H from running for an elective office. The Electoral Body followed up by requesting and receiving H's criminal record from the National Conviction Registry (NCR). Upon reviewing his record, it disqualified H from running for elective office. H appealed this decision to the Constitutional Court on the ground that the NCR violated his rights by disclosing to the Electoral Body the information about his criminal conviction.

The Constitutional Court agreed that the constitutional right to privacy protects an individual from having his personal information conveyed from one person or agency to another person or agency. The Court pointed out that criminal history information is private information that the NCR must keep confidential. The NCR is only authorized to provide individual criminal history information to the record-subject, a court, or certain police agencies. In the present case, the Electoral Body was not authorized to request the information and the NCR was not authorized to honor a request.[6] The Constitutional Court concluded that the right to privacy requires the NCR to keep criminal convictions confidential because "the constitutional right to

5. (Adult) criminal court cases, other than acquittals and dismissals, are never completely sealed, but certain documents may be sealed, e.g. an affidavit from an undercover agent. When case files are sealed, a court order, based upon good cause, is required in order to see the file. Historically, juvenile court records have been sealed. However, that tradition has been steadily eroding (LAUBENSTEIN, 1995).

6. The Electoral Body had other legal means for disqualifying H's candidacy. The Constitutional Court refers to two different procedures by which the Courts could have informed the Electoral Body about the criminal conviction and sentence. What the Electoral Body could not do was directly request the information from the NCR.

privacy guarantees anonymity, a right not to be known, so that the community is not aware of who we are or what we do".

Each U.S. state has a criminal records repository. These state-level criminal record databases are connected and coordinated by the Federal Bureau of Investigation's (FBI) Interstate Identification Index and Integrated Automated Fingerprint Identification System.[7] The public does not have a right to access this law enforcement information system, but numerous federal and state laws authorize the repositories to provide criminal history information to most public agencies and many categories of private employers and voluntary associations. A federal statute, passed in 1972, authorizes the FBI to release criminal record information to any person or organization authorized by a state law (and approved by the U.S. attorney general) to make such a request. There are more than one thousand state laws authorizing various public and private agencies, organizations and businesses to obtain such information (JACOBS, CREPET, 2008). Therefore, in the U.S. a government agency, like a state election supervising agency, would be authorized to obtain information about an individual's previous criminal convictions from the state criminal records repository.

C. *Does the Media Have More Access to Criminal Judgments than the General Public?*

Case 3: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), April 6, 2001.

In March 1995 a journalist requested from a Spanish military court a copy of a 1973 judgment that resulted in a death sentence. The military court refused the request on the ground that the journalist did not satisfy the legal test for an "interested party." On appeal, the Catalan Superior Justice Court reversed, holding that the military court's decision violated the journalist's freedom of speech. The state lawyer appealed to the Supreme Court.

The Supreme Court reinforced the rule laid down in its *Grupo Interpres S.A.* decision. It reaffirmed that the constitutional right to a public trial does not give the public the right to obtain transcripts or judgments from a completed trial. While the public may attend court proceedings, the documents generated

7. The FBI's Interstate Identification Index ("III") links all state repositories together into a comprehensive national criminal record system that enables a police officer anywhere in the country to find out if the person she has just arrested (or stopped) has a criminal record anywhere in the country (JACOBS, CREPET, 2008).

by those proceedings are only available to individuals or organizations with a "singular and concrete" relation to the case. Moreover, the Court explained that: "The dissemination of the judicial proceedings could affect, without any doubt, the fundamental rights of privacy and honor of the people who took part in the criminal proceedings".

Had this case arisen in the U.S., the journalist would have had no difficulty obtaining the desired information. A journalist, or anyone else, can see and copy all court documents related to a completed criminal case.[8] Legal scholars and others routinely scrutinize and debate the fairness and reliability of the procedures and fact finding of completed cases. Death penalty cases are often subject to intense scrutiny.

D. If a Private Individual or Entity Posts Information About a Criminal Conviction of a Named Individual on a Website, is it Subject to Criminal or Civil Liability?

Case 4: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), June 26, 2008.

The Director of Police submitted a complaint to the Spanish Data Protection Agency (DPA) that the Association against Torture (the Association) had posted on its website a list of the names of Civil Guard officers, police officers, and politicians who had previously been found guilty of torture or whose criminal prosecutions for torture were presently pending. For each name, the list included the place where the torture was committed and, if there was a conviction, its date.

The DPA ruled that the Association violated the Personal Data Protection Law (PDPL). It therefore fined the Association and ordered it to take the information off its website. On appeal, the Association argued that: 1) the posted information constituted a report, not a database; 2) information about

8. Courts-martial of U.S. military personnel are open to the public. However, it is not clear whether "military commissions" which try suspected foreign terrorists must also be open to the public. Since the 9-11 terrorist attacks, the issue of using military commissions to try suspected foreign terrorists has been much debated. The Obama administration has permitted journalists to cover the first military commission trial at Guantanamo Bay, but reporters have to agree to certain ground rules, i.e. not reporting the names of certain witnesses. Journalists who almost immediately violated that ground rule were barred from attending the proceedings, but not otherwise punished. It is not yet clear whether the records of these proceedings will be publically available: [www.harpers.org/archive/2010/05/hbc-90007004].

accused and convicted torturers is not personal data because it does not deal with an individual's "private sphere"; 3) the criminal judgments and formal criminal charges, from which the information was obtained, are publicly accessible sources; and 4) the Association's dissemination of information about the identity of people found guilty of torture is protected speech.

The Supreme Court agreed with the DPA, finding that: 1) information about accusations against and convictions of named individuals constitutes personal data; 2) the PDPL makes it illegal to post such information to a website; 3) information contained in court judgments is not publicly accessible data; 4) only a government agency can maintain a database of criminal convictions; and 5) the Association's right of free speech does not outweigh the privacy rights of the persons named on the posted list. The Court added that a journalist's free speech right is stronger than a private individual's or organization's free speech right.

In the U.S., any individual's or organization's publication, whether in print or on-line, of torture charges and convictions would be absolutely protected by the First Amendment's free speech guarantee. In *N.Y. Times* vs. *United States* (403 U.S. 713 (1971)), the U.S. Supreme Court held that a newspaper's publication of stolen classified documents was protected by the First Amendment. American law makes no distinction between print and electronic disclosure.

E. Can Government Agencies Post on the Web a Named Individual's Criminal Convictions?

Case 5: Sentencia de la Audiencia Nacional (February 10, 2010).

A member of the Melilla Local Police was convicted and sentenced to two years imprisonment (suspended) for sexually assaulting a Moroccan woman. After the Supreme Court upheld his conviction, the Melilla City Hall fired him from the police force. For that administrative sanction to become effective, City Hall officials had to notify the officer, but his police colleagues prevented notification by warning him so that he could elude the officials who sought to deliver notice. Finally, the City Hall officials posted the negative personnel administrative action on their Legal Bulletin website, a lawful means of providing notice of an administrative sanction. The fired police officer filed a complaint with the DPA, charging that City Hall violated his privacy right by publicizing his sexual assault conviction. The DPA agreed that the fired officer's right not to have his "sexual personal data" published had been infringed.

On appeal, the Court held that posting the officer's name and conviction offense on the City Hall website, even though not part of a database constituted "processing personal data" under the meaning of the Personal Data Protection Law. While City Hall officials had acted properly in posting the termination of service order to the website, the posting should not have disclosed the officer's criminal conviction. Even if a newspaper had previously reported the conviction, this information should not have been posted on the web because it is personal and entitled to protection. Thus, the Court affirmed the DPA's decision.

There is no U.S. constitutional law of informational privacy, although there is increasing concern about misuse of both private and government databases. Most relevant to our discussion here, neither U.S. law nor public opinion considers a criminal conviction to be personal information. In any event, the First Amendment absolutely protects the publication of information about an individual's criminal history.

Case 6: The Domestic Violence Website.

In 2001, Castilla-La Mancha's "Preventing Battering and Protecting Women" law authorized publishing a list of names of men convicted of domestic violence against female partners. The law's proponents hoped that making the offenders' identities known would increase the social rejection of violence against women. The law's preamble stated: "The sentence must be imposed by the judge, but the government is responsible that victims not remain silent and that sentences become known". Practically all legal and lay commentators criticized this law on the ground that it violated the convicted batterer's constitutional rights of honor, privacy, and rehabilitation (BUSTOS, 2002; GOMEZ, 2002; RALLO, 2009; REBOLLO, 2001; SILGUERO, 2008).

The DPA ruled that the PDPL prohibited posting such information unless the posted data were already available from a public source, and that court judgments are not a public source. Moreover, the DPA pointed out that no statute authorized a local government to create a database of convicted offenders.

In the United States the best example of governmental websites containing individual criminal history information are the state sex offender registries that provide the names and conviction offenses (and often photos and addresses) of convicted sex offenders. In addition, some states post to a website the names and criminal offenses of all prison inmates. A few states make all conviction records accessible via the Internet. Private individuals and organizations are free to post to websites any true information about convicted offenders or conviction offenses.

3. THE CONTROLLING SPANISH PRINCIPLES

The key legal principles that explain the difference between Spanish and U.S. law and policy on public access to individual criminal history information are in our opinion: publicity of the judgment and access to court records, protection of honor and privacy, protection of personal data, free speech, and rehabilitation.

3.1 Publicity of the judgment

As our discussion of several cases in Part II makes clear, there is a tension in Spanish jurisprudence over whether criminal judgments are public. Spanish scholars and judges take as a matter of received wisdom that criminal judgments are public. They base that conclusion on the Constitution's Article 120 which states that:

1. Judicial proceedings will be public with the exceptions foreseen by the procedural laws.

2. The trial will be mostly oral, especially in criminal law cases.

3. Judgments will always be justified and rendered in a public hearing.

In interpreting this constitutional provision, however, judges have distinguished between the public's right to be present at trial proceedings and its right to find out about the judgment (SILGUERO, 2008). As we saw in the *Interpres Grupo* case, although the law states that interested persons shall have access to criminal judgments, the courts have interpreted "interested person" restrictively. Moreover, after a 2003 amendment, the law now provides that "Access to judgments *may be restricted* when an individual's privacy is affected" (art. 266, LOPJ). Moreover, a person who wants to find out how a criminal case was resolved cannot even obtain that information by attending all court proceedings, because criminal judgments are rarely announced in open court. There is no mechanism for compelling judges to follow art. 120.3's constitutional requirement that: "Judgments will always be justified and rendered in a public hearing".

The vast majority of penal judgments, unless they involve a notorious case widely reported in the media, never become known. Lower court judges are prohibited from publishing or otherwise disclosing criminal judgments. Only the Supreme Court's and Appellate Courts' decisions are published, and even then, names and other identifying data must be anonymized by the Center of Judicial Documentation (Cendoj), a public agency created in 1997. Cendoj changes the names of persons, streets, cars, etc., so that the defendant, victim,

and witnesses cannot be identified. Then Cendoj indexes criminal judgments by date and court. Unlike in the U.S., Spanish court decisions are not known or cited by the parties' names, but by court, case number and date. On account of the Constitution's Art 164, Constitutional Court decisions are not anonymized (S.T.C. April 5, 2006, n. 114).[9] That Court publishes its decisions, with the litigants' real names, in the Legal Bulletin ("*Boletin Oficial del Estado*") and on the Constitutional Court's own website.

3.2 The right to honor

The Spanish Constitution includes a right to honor and a right to privacy. Both rights aim to protect the individual's dignity against disclosure of shameful information. Honor includes one's reputation in the community and one's sense of self-worth and self-respect. The Constitutional Court explains the right to honor as the right to a good reputation, the right not to be despised, and the right not to be humiliated in front of others. While a criminal conviction itself refutes the defendant's good reputation, the Constitutional Court has stated that the imposition of a sentence (S.T.C. May 18, 1981, n. 16) or sanction (S.T.C., June 14, 1983, n. 50) does not violate the right to honor, since "the injury to honor is not due to the judgment and sentence, but to the individual's own conduct; neither the Constitution nor statutory law can guarantee honor to a person who has blighted his reputation through his own conduct". However, while the court's adjudication of a criminal case does not infringe the right to honor, the dissemination of information about a conviction, unless covered by free speech (see 3.5), can infringe that right.

Honor can be injured by both truthful and untruthful information; even true information can embarrass and humiliate. For example, even if it is true that X is a prostitute, publication of that information violates her right. Thus, a journalist would be infringing X's right to honor by reporting in a newspaper article that X is a prostitute unless, given the specific facts of the case, the journalist's free speech right trumps X's honor right. Therefore, Spanish courts do not focus on the truth or falsity of the injurious communication, but on whether the communicator had a right to disclose the information.

---

9. It is not clear why judgments of the Supreme Courts and all the other courts are published without names and judgments of the Constitutional Court are published with names (see discussion in Arenas, 2006 and Salvador Coderch et al. 2006). The contradictory policies reflect broader jurisprudential differences between the more liberal Constitutional Court and the more traditional Supreme Court (ARAGONESES, 2009).

Most Spanish judges and law professors strongly disapprove of some U.S. jurisdictions' practice of publishing the names of persons convicted (or even worse, just arrested) for prostitution or for patronizing a prostitute (JACOBS, 2009). They consider this public labeling to be degrading punishment and have analogized publishing a convicted person's name with the Spanish Inquisition's practice of posting a convicted person's name and crime at a village's entrance (BUSTOS, 2002; GOMEZ, 2002).

3.3 The right to privacy

The Spanish constitutional privacy right seeks to protect and promote individual dignity. It guarantees the individual a personal life that she can protect from public scrutiny. The disclosure of information about an individual's personal life, whether by a government official or a private party, violates this right.

No Spanish criminal law treatise or law journal writer has addressed the question of whether a criminal conviction is personal information belonging to the individual's private sphere (for an exception DEL CARPIO, 2005). However, we saw in Case 2 that the Constitutional Court found that the Electoral Body violated an individual's constitutional right to privacy when it requested and obtained his criminal record from the NCR. While this Constitutional Court decision said that information about a criminal conviction is protected by the right to privacy, another Court decision (S.T.C. December 14, 1992, n. 227) said that publicizing an administrative sanction did not violate the right to privacy. To say the least, the law on this question is unclear.

We think that the lack of scholarly discussion on whether convictions are private information is due to the emergence of new laws protecting personal data stored in data bases (PDPL, 1999). It really does not matter if conviction records are defined as private because, as "personal data"[10] they qualify for constitutional protection (see 3.4).

Even if the constitutional honor and privacy rights do provide protection against the embarrassing disclosure of a criminal conviction, a newspaper is still able to make such a disclosure with impunity if that disclosure satisfies the free speech test, i.e. the news is truthful, newsworthy and germane (see 3.5).

---

10. The PDPL defines personal data as any information that relates to an identified physical person (art. 3).

3.4 The right to personal data protection

In 1981, the Council of Europe approved the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data.[11] It protects the individual from the misuse of personal information, explicitly including criminal conviction information, collected and stored in electronic databases.

Personal data revealing racial origin, political opinions or religious or other beliefs, as well as personal data concerning health or sexual life, *may not be processed automatically* unless domestic law provides appropriate safeguards. *The same shall apply to personal data relating to criminal convictions* (art. 6) (emphasis added).

In 1995, the European Union Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24.10.1995 augmented the Convention.

Processing of data relating to offences, criminal convictions or security measures may be carried out only under the control of official authority, "(...) *a complete register of criminal convictions may be kept only under the control of official authority*" (art. 8.5) (Emphasis added).

The Spanish PDPL, passed to comply with the Convention, provides that: 1) personal data can only be maintained in a database from which information can be retrieved with the consent of the affected person, except when a law provides otherwise; 2) judicial judgments are not a public source of information, and 3) only specially designated government agencies can create or maintain criminal offender databases.

The Constitutional Court (S.T.C., Nov. 30, 2002, n. 292) has held that a constitutional right to personal data protection provides broader protection than the constitution's right to privacy. The PDPL protects any personal data, *private or not* that, if used by third parties, may affect that individual's rights. The individual has a right to know which agencies possess her personal data and for what purposes. The PDPL authorizes the data subject to request that data be corrected or deleted if they have been collected without consent for reasons not foreseen by the law, or if they have been improperly transferred to a third party.

The DPA has issued several decisions prohibiting disclosure of criminal history information via the Internet. Moreover, although the PDPL does not

11. Signed January 28th 1981; ETS (n. 108). [http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm].

prohibit publishing data drawn from public sources, the DPA has emphatically ruled that a criminal judgment is not a public source. Additionally the PDPL clearly states that only specially designated governmental agencies can maintain individual criminal history data bases. Therefore, posting to a website information about a named individual's criminal conviction violates that individual's right to personal data protection and the violator is subject to an administrative fine.

3.5 Freedom of speech

The Spanish constitution protects free speech (art. 20). Nevertheless, the courts have been reluctant, even unwilling, to embrace fully the right to free expression when it comes to dissemination of criminal history information. Instead, they have sought to balance the media's free speech right and the public's right to receive truthful information with the individual's right to keep disreputable personal information confidential, even if true.

To date, no Spanish court has squarely ruled on whether the right to free speech insulates from criminal punishment or civil damages a person or entity that publishes (or otherwise discloses) the names of convicted offenders. The general position of the Constitutional Court and of the Supreme Court is that publishing criminal conviction information infringes honor and privacy, but free speech will prevail over privacy and honor if the court finds the injurious information to be: *true* or the result of a good faith and reasonable effort to determine the truth; *newsworthy*, meaning relevant to informing public opinion and not simply satisfying curiosity; and *germane* to the news story in which it is embedded. Based on that test, the Supreme Court has recently rendered several decisions in favor of newspapers and journalists.

We discern a trend toward interpreting "newsworthy" more broadly, thereby giving newspapers greater leeway to report on criminal cases.[12] However, we hasten to add that this trend does not include allowing newspapers to publish lists of convicted offenders or lists of criminal judgments as is routinely done in the U.S. The Spanish courts would almost certainly not deem newsworthy a list of ordinary people's criminal convictions, but the newsworthiness of politicians' prior criminal convictions would be a closer question.

12. The trend considers *criminal cases* as newsworthy even if the news refers only to a *private citizen*. See Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Oct. 16, 2008, n. 948; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Oct., 28, 2008, n. 1013; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Dec. 23, 2009, n. 868; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) March 9, 2010, n. 155; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) April 28, 2010, n. 264.

We also emphasize that, whatever freedom newspapers and journalists have to publish criminal conviction information, they are restricted in their ability to obtain this information in the first place because courts almost never announce criminal judgments or make them available, with real names, in any docket, set of law reports, or on databases.[13]

3.6 The principle of rehabilitation

The Spanish Constitution (art. 25) provides that "criminal punishments involving deprivation of freedom should aim towards rehabilitation and social integration". Spanish lawmakers and scholars believe that the rehabilitative goal would be seriously undermined if criminal conviction information was available to the public (GROSSO, 1983; BUENO ARÚS, 2006; LARRAURI, 2011). Therefore, only judges, public prosecutors, certain police agencies, and the record-subject may obtain conviction information from the NCR.

While employers cannot obtain criminal record information from the NCR, they are not prohibited from requesting job applicants to submit a *certificado de antecedentes penales*, an official summary of past convictions or, if they have none, documentary proof of a clean record. Spanish academics seem to universally believe that Spanish employers, public and private, rarely ask job applicants to submit a certificate, but data provided by the NCR cast some doubt on this widely shared belief.[14]

4. U.S. LAW/POLICIES PERMITTING/COMPELLING THE PUBLICITY OF CRIMINAL CONVICTION RECORDS

4.1 Open courts and court records

In the USA the public trial right belongs to the public, including the media, as well as to the criminal defendant (Press-Enterprise Co. *vs.* Superior Court, 478 U.S. 1, 7 (1986)). Members of the public have a right to attend court

13. There is no general law granting journalists access to the judgments. Catalunya, for example, has a regulation that declares a journalist an 'interested party' in order to grant her access to the judgment (Instrucción 5/2008 sobre acceso a la información judicial por parte de los medios de comunicación). See Rodriguez Valls (2010).

14. The NCR reports that in 2010 there were 1.512.166 petitions of such certificates. Further research will be necessary to determine the purposes of these requests, e.g. for submission to employers, to obtain residence permits or guns license (see JACOBS, LARRAURI, 2012).

proceedings (Richmond Newspapers vs. Virginia, 448 U.S. 555, 576 (1980)). For good reason, the trial judge can exclude the public from certain *pre-trial* hearings. Furthermore, under very limited circumstances the trial judge may clear the courtroom when a child witness testifies. The public cannot be excluded, however, to protect the *defendant's* privacy.[15]

Judicial transparency is regarded as an important check on police, prosecutorial, and judicial abuse of power. As the Supreme Court said in *Globe Newspaper Co.* vs. *Superior Court* (457 U.S. 596, 603 (1982)):

Whatever other benefits the guarantee to an accused that his trial be conducted in public may confer upon our society, the guarantee has always been recognized as a safeguard against any attempt to employ our courts as instruments of persecution. The knowledge that every criminal trial is subject to contemporaneous review in the forum of public opinion is an effective restraint on possible abuse of judicial power.

Recently, the U.S. Supreme Court, in *Presley* vs. *Georgia* (558 U.S., 130 S. Ct. 721, 724 (2010)), reaffirmed that the constitution's First Amendment guarantee of free speech gives the public, including the media, the right to attend criminal trials. While the FBI, local police and other executive branch agencies do not have to, and often choose not to, make criminal record information publicly available (Department of Justice *vs.* Reporters Committee For a Free Press, 489 U.S. 749 (1972)), by law and tradition, American court records are available for public inspection.

The U.S. Supreme Court (e.g. *Press Enter. Co.* vs. *Superior Ct.*, 478 U.S. 1 (1986)) has emphasized the importance of transparency, especially judicial transparency, in assuring the state's legitimacy. As the Court said in *Richmond Newspapers* vs. *Virginia* (448 U.S. 555, 592 (1980)):

Open trials are bulwarks of our free and democratic government: public access to court proceedings is one of the numerous "checks and balances" of our system, because contemporaneous review in the forum of public opinion is an effective restraint on possible abuse of judicial power.

In the U.S. few criminal court judgments (the vast majority of which result from guilty pleas) are published in law books, but they are all publicly available at the courthouse and, increasingly, on-line. Federal court criminal judgments and

15. All U.S. courts, except for juvenile courts, are open to the public. The Supreme Court has never held that restricting access to juvenile court proceedings is unconstitutional. It also has never held that juveniles have a right to exclude the public and the media from delinquency (criminal) proceedings.

those of several states are accessible over the Internet. Commercial companies publish almost all appellate decisions in law reporters and electronically. Court opinions are titled and indexed by the defendant's real name (e.g., *State* vs. *Willie Jones* or *United States* vs. *Margaret Smith*); except in reported juvenile proceedings, there is no anonymizing of identifying information about defendants, witnesses or victims. Indeed, the names and charges against defendants whose prosecutions resulted in dismissal or acquittal are widely available; arrests are also public information (JACOBS, 2010).

Admittedly, the U.S. Supreme Court has never squarely held that there is a constitutional right of public access to court documents, but it came close to such a ruling in *Nixon v. Warner Communications Inc.* (435 U.S. 589, 597 (1978)), where it noted with approval that the common law has assumed that private citizens can inspect and copy court records. While the Court also recognized that, *for compelling reasons*, court records can be sealed, the long-standing practice is to make court records publicly available. The 2002 federal "E-Government Act" and its state equivalents have made many types of court records (including dockets, indictments, motions, lawyers' briefs, judicial rulings, trial and sentencing transcripts, appellate decisions) accessible on-line.[16]

4.2 *Free speech & press*

The U.S. Constitution's First Amendment is unrivaled in the protection that it affords speech and other forms of expression (CHEMERINSKY, 2006). For example, the federal government could not prevent the media from publishing a classified history of the Vietnam War, even though the documents had been stolen from the Pentagon (*United States* vs. *New York Times* (403 U.S. 713 (1971)). However, there are exceptions. Criminal conspiracy, although committed via talking, is not insulated from criminal prosecution. Expression can be regulated, even prohibited, if it creates "a clear and present danger of imminent lawlessness". There is no right to shout "fire" in a crowded theater, thereby causing a riot. Fighting words, obscenity, commercial advertising, express incitement to unlawful conduct, child pornography and false statements of fact that defame individuals can be prohibited and punished.

16. The Public Access to Court Electronic Records (Pacer) system provides public Internet access to federal courts' case and docket information. An individual wishing to use the system must register and provide her name, address, phone number, and email address. While registration is free, users must pay $.08 per page viewed. It is possible to search Pacer by case file number or defendant name.

Disseminating true but highly embarrassing or humiliating information about a troubled marriage, a debilitating illness, or a sexual escapade, is probably constitutionally protected (against criminal, civil or administrative limitation), although the matter continues to be debated (VOLOCH, 2000; STONE 2010). However, there is no doubt that disclosing information about a previous criminal conviction is constitutionally protected.

The First Amendment clearly protects private persons' or entities' communications about criminal records. Newspapers and electronic media can publish the names of people who have been convicted, acquitted, or even arrested. A federal, state, or local agency could not prohibit a private person from posting to the worldwide web lists or databases of convicted persons. Publishing information about an expunged conviction cannot be prohibited or punished. Information vendors cannot be prohibited from supplying clients with individual criminal history information.[17]

4.3 Informed decisionmaking and personal security

American law and policy support an individual's right to obtain information necessary to make commercial and personal decisions, so that they can make informed choices about whom to hire and with whom to associate (LAM, HARCOURT, 2003; HOLZER, RAPHAEL, STOLL, 2004; BUSHWAY, STOLL, WEIMAN, 2007). The sex offender registration laws are a striking example of the belief that Americans have a legitimate interest in protecting themselves (cf. the constitutional right to keep and bear arms: JACOBS, 2002).

Members of the public have access to individual criminal history information via court proceedings and documents. Private individuals and entities need no authorization to examine and copy court records. Some state court systems make individual criminal history records available on-line or offer to provide them for a fee (JACOBS, 2009). For example, for $65 the New York State Office

17. In the U.S., libel does not exist as a criminal offense. U.S. law does, however, recognize a civil action for defamation/libel. For example, in the *Paul* vs. *Davis* case (see 4.4.), the Supreme Court noted that the plaintiff might be able to sue the police chief under the state's civil libel law. However, it is very difficult to win a libel suit. Individuals deemed to be "public figures" have to prove that the defendant acted "maliciously" or "with reckless disregard for the truth". Individuals who are not public figures have a lesser burden; still, they must prove 1) falsity of the statement, 2) harm, and 3) negligence in disseminating the false information. Unlike in Spain, truth is an absolute defense to defamation and libel actions (*New York Times Co.* vs. *Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-80 (1964)).

of Court Administration (OCA) will provide any requester a list of any person's convictions in New York State courts. If people do not wish to search court records themselves, or do not know how to, they can pay an information vendor to obtain the desired information. Scores of information vendors, including large national firms as well as small local companies, collect and sell criminal record information. Some maintain their own databases constructed from information obtained from court records. Other information vendors undertake, on a case-by-case basis, electronic searches (and sometimes physical searches in the court house) for criminal record information that a customer desires. They advertise on the Internet and elsewhere; for a small fee, anyone can seek and obtain criminal conviction information about any person who is of interest to them.

In the U.S., public and private employers can easily obtain information about job applicants' and employees' prior criminal convictions. Indeed, the licensing boards for many professions and occupations *must obtain such information* because so many occupations are closed to persons with some (or any) past criminal convictions.[18] Employers can obtain criminal record information from the criminal record system maintained by the FBI and state criminal record repositories, from court records, or from private information vendors.

4.4 Privacy

The U.S. Constitution's Fourth Amendment protects individual privacy by prohibiting unreasonable *government* searches and seizures. It prohibits government officials from searching the individual's person or property without a search warrant or probable cause. Government officials violate the privacy right implicit in the Fourth Amendment by eavesdropping on telephone calls without court authorization or by spying on people in their homes (LAFAVE, 2009). Some states also make private individuals' "invasions of privacy" a criminal offense. Such laws prohibit spying on or photographing someone who is nude or engaged in sex in a private setting (N.J. Stat Ann. § 2C:14-9). The victim of such an intrusion could also obtain civil monetary damages. It is the *intrusion on privacy*, rather than the disclosure of information revealed by the intrusion, that violates the U.S. constitution. In *Paul* vs. *Davis* (424 U.S.

18. After the 9-11, 2001 Al Qaeda attack on the World Trade Center and Pentagon, Congress passed several laws mandating criminal background checks on persons working in such industries as transportation, petro-chemicals and private security.

693, 701 (1976)) the Supreme Court held that an individual's constitutional rights were not violated when a government official injured his reputation by disclosing a previous shoplifting arrest by means of a letter to local businesses listing the plaintiff as an "active shoplifter".

[Davis] claims constitutional protection against the disclosure of the fact of his arrest on a shoplifting charge. His claim is based, not upon any challenge to the State's ability to restrict his freedom of action in a sphere contended to be private, but instead on a claim that the State may not publicize a record of an official action such as an arrest. None of our substantive privacy decisions hold this or anything like this, and we decline to employ them in this manner.

The U.S. is not unconcerned with data privacy (REGAN, 1995; NISSENBAUM, 2010), but protection is far less than in Europe. The 1974 federal Privacy Act prohibits federal officials from unauthorized disclosure of information maintained in government databases; many states have similar laws (SOLOVE, SCHWARTZ, 2008).[19] Other laws prohibit private health insurance companies from disclosing medical information to employers and marketing companies and prohibit universities from releasing information about students' grades. However, the First Amendment prevents the government and the courts from restraining or punishing a media organization or private person who discloses personal information (*Bartnicki* vs. *Vopper*, 532 U.S. 514 (2001)).

4.5 Personal honor

Most Americans would find the Spanish (and European) "right to honor" quite strange,[20] especially to the extent that it prevents disclosure

19. The Privacy Act, 5 U.S.C. sec. 522(a), "protects the public from unwarranted collection, maintenance , use and dissemination of personal information contained in agency records (...) by allowing an individual to participate in ensuring that his records are accurate and properly used". Sec. 522(b) states that "no agency shall disclose any record which is contained in a system of records by any means of communication to any person, or to another agency, except pursuant to a written request by, or with the prior written consent of, the individual to whom the record pertains, except if one of several enumerated circumstances applies". Privacy Act of 1974, Pub. L. n. 93-579, 5 U.S.C. § 552a, (1974). *See* Information Practices Act of 1977 Cal. Civ. Code § 1798.

20. But one does find concern for reputational honor here and there in American constitutional jurisprudence, mostly in dissenting opinions by Supreme Court justices. Two examples are Justice Field's dissent in *Brown* vs. *Walker*, 161 U.S. 591 (1896), and Justice Douglas' dissent in *Ullman* vs. *United States*, 350 U.S. 422 (1956).

of information about convictions. Is not public condemnation the essence of a criminal prosecution? Why should the state guarantee that a convicted person can keep his image clean and integrity unblemished? In the U.S., it is considered inevitable and perhaps desirable that a criminal is shamed by his or her conviction. Doesn't public condemnation serve retributive and deterrence goals of the criminal law? Won't would-be offenders be dissuaded by knowing that, if caught and convicted, their conduct will be condemned before the community and in the name of the community? (For a discussion of shame see BRAITHWAITE, 1989; DUFF, 2001; KAHAN, 2006; MASSARO, 1991; PACE, 2003; WHITMAN, 1998). In addition to serving deterrence goals, public condemnation furthers the educative goal of criminal law. Even rehabilitation may be served to the extent that shaming triggers repentance. Finally, wide dissemination of conviction information arguably enhances public safety because it allows people to avoid convicted criminals or take precautions in their business and social interactions with them.

4.6 Dignity

The U.S. constitution makes no explicit mention of "dignity". However, individual dignity as a constraint on governmental behavior, has come up from time to time with respect to police searches and seizures and Eighth Amendment (Cruel and Unusual Punishment) jurisprudence. In its famous 1952 decision in Rochin *vs.* California (342 U.S. 165), the Supreme Court held that it was unconstitutional for police to force a tube with an emetic down a suspect's throat so that the suspect would vomit capsules of morphine swallowed to avoid a drug seizure. Finding that such police tactics "shock the conscience", Justice Frankfurter said: "Illegally breaking into the privacy of the petitioner, the struggle to open his mouth and remove what was there, the forcible extraction of his stomach's contents – this course of proceeding by agents of government to obtain evidence is bound to offend even hardened sensibilities. They are methods too close to the rack and the screw to permit of constitutional differentiation". With respect to the Eighth Amendment, the Supreme Court has said that criminal punishment "must draw its meaning from evolving standards of decency". Under this standard, courts, from time to time, have found certain prison conditions and practices to unconstitutionally infringe human dignity.

Both justices argued that the right against self-incrimination should not be limited to shielding yourself from a criminal conviction, but rather it should also protect honor and dignity.

4.7 Rehabilitation

U.S. law does not recognize a right to rehabilitation. Rehabilitation was once a popular concept in the U.S., but since the 1960s "the rehabilitative ideal" has been in decline (ALLEN, 1981). In the last few years, however, there has been resurgent support for rehabilitation (MARUNA, IMMARIGEON, LEBEL, 2004; GIDEON, SUNG, 2010).[21] Notwithstanding that a majority of Americans tell pollsters that they favor programs to assist ex-offenders become productive citizens (HEUMANN, PINAIRE, THOMAS, 2005) and the existence of efforts to reintegrate offenders (PETERSILIA, 2003; TRAVIS, 2005; LOVE, 2006), most Americans would likely find it difficult to conceive of guilty verdicts that did not involve public condemnation. In American policy and jurisprudence, such condemnation is thought necessary to further the retributive, deterrent, educative, protective and perhaps even rehabilitative goals of criminal sentencing. As Professor Andrew Taslitz (2009) recently observed:

"[D]isesteem-imposition, even if not phrased quite this way, is a clear goal of our criminal justice system. The system assumes that conviction carries stigma with it and that the degrees of, and actual imposition of, various sentences reflect various degrees of disesteem."

5. CONCLUSION

The U.S. and Spanish law and polices on dissemination of and access to criminal conviction information differ dramatically. U.S. court records have always been open to the public, but before computerization, ordinary individuals had to expend considerable time and effort to determine whether a particular individual had previously been convicted of a crime. The IT revolution has made criminal record information much more accessible. Some states post to a website the names and conviction offenses of all persons incarcerated in that state. A few states make individual criminal history records available over the Internet, by request, usually for a small fee. The computerization of criminal history information has spawned a thriving private sector industry. At the present time, in the U.S., information about an individual's prior criminal

21. The federal "Second Chance Act" passed in 2007, authorizes federal grants to government agencies and non-profit organizations that provide services (i.e. employment assistance, substance abuse treatment, and family support) to criminal offenders reentering the community. Second Chance Act of 2007: Community Safety Through Recidivism Prevention, Pub. L. n. 110-199, 122 Stat. 657 (2008).

convictions is readily available to anyone willing to devote a modest amount of time and resources to find it.

A substantial number of U.S. criminologists view this seemingly inexorable movement toward completely public criminal records negatively (DEMLEITNER, 1999; TRAVIS, 2002) because they believe that it poses a significant obstacle to prisoners' reintegration and contributes to the reification of a criminal underclass isolated from legitimate employment and social institutions. The question is: what, if anything, can be done, given U.S. constitutional and statutory law, to make individual criminal history information less accessible to the public. This is not the place for a comprehensive vetting of policy options (for an attempt to do so, see Jacobs, 2006). Suffice it to say that it would be no easy matter to make individual criminal history information less public. As long as court records are open for public inspection, it will be impossible to shield an individual's prior criminal record information from public view. And as long as people want this information, there will be information vendors ready, willing and able to sell it to them. The strong demand for such information is consistent with the American emphasis on individual responsibility and self-help.

Spain, for constitutional, cultural and policy reasons, treats individual criminal history information as confidential. Spanish law values individual dignity, honor and privacy highly. Spanish judges, criminal law scholars, and policy makers believe that because criminal history information belongs to the individual's private sphere, the dissemination of conviction information should be severely restricted, indeed only cautiously permitted when free speech prohibits censoring or punishing such dissemination. This commitment to confidentiality is reflected in and reinforced by the PDPL which prohibits posting databases of named criminal offenders on the worldwide web.

Spanish and other European criminal law theorists oppose shaming sanctions. Spanish criminal law scholars believe that the dissemination of information about a criminal conviction constitutes an additional sanction that infringes both the proportionality principle (von HIRSCH, WASIK, 1997) and the legality principle because the statute prescribing the range of possible sanctions for a criminal offense does not include public humiliation. Thus, even if the name/offense of a convicted offender would qualify as protected free speech, Spanish legal culture would resist publishing this information.

There are probably many socio-legal explanations that account for the different European and U.S. law, jurisprudence and policy on the publicness of individual criminal history information. This paper does *not* intend to provide a full explanation of the motives that account for such diverse practices. In

this paper we just attempt to identify the legal principles responsible for the differences. A complete socio-legal explanation would have to take account of the different levels of saliency of crime in these societies (ZIMRING, JOHNSON, 2006), different conceptions of privacy (WHITMAN, 2004), different weight given to governmental transparency, and greater European confidence in government professionals. Furthermore, the civil law system is more compatible with confidential court records confidential than the common law system which emphasizes judicial precedents.

While European commitment to keeping individual criminal history information confidential is clear, maintaining the policies which implement these values is becoming increasingly complicated, especially with respect to sex offenders (BOONE, 2011; MARTINE-EVANS, 2011; MORGENSTERN, 2011). The media, free speech proponents, legal and social science researchers, and advocacy groups seek to obtain conviction information about named offenders for purposes of reporting, analysis, or political advocacy. Electronic databases and especially the Internet make retrieval and communication of information faster, cheaper, more efficient, and more difficult to control. It remains to be seen whether the Spanish and European effort to limit the stigma of a criminal record will continue to prevail as part of a distinctive European crime policy (SNACKEN, 2010), or whether technology, politics, and emphasis on free speech will move Spain's law and policy in the direction of the U.S.

6. BIBLIOGRAPHY

ALLEN, Francis A. *On the decline of the rehabilitative ideal*. New Haven: Yale University Press, 1981.

ARAGONESES, Alfons. Continuidad y discontinuidad del pasado en la justicia del presente. In: FERNÁNDEZ-CREHUET, F.; GARCÍA, D. J. (coords.). *Derecho, memoria histórica y dictaduras*. Granada: Comares, 2009.

ARENAS, Mónica. Protección de datos personales y sentencias del Tribunal Constitucional: a propósito de la sentencia del tribunal Constitucional 114/2006. *Revista Española de Protección de Datos*. vol. 1. p. 235-250. Madrid: Thomson-Civitas, 2006.

BOONE, Miranda. Judicial rehabilitation in the Netherlands: balancing between safety and privacy. *European Journal of Probation*. vol. 3(1). Available at: [www.ejprob.ro/]. 2011.

BRAITHWAITE, John. *Crime, shame & reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

BUENO ARÚS, Francisco. *La cancelación de antecedentes penales*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006.

BUSHWAY, Shawn; STOLL, Michael; WEIMAN, David. *Barriers to reentry? The labor market for released prisoners in post industrial America.* New York: Russell Sage Foundation Press, 2007.

BUSTOS, Rafael. Sobre la publicación en páginas web de listados de condenados penalmente: los casos de las listas de pedófilos, maltratadores, torturadores y errores médicos. *Revista Vasca de Administración Pública.* vol. 62. p. 11-34. Ivap, 2002.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and polices.* 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

DEL CARPIO FIESTAS, Verónica. Divulgación de antecedentes penales y protección del derecho al honor y a la intimidad. *Aranzadi Civil.* vol. 1. p. 2191-2218. Madrid: Aranzadi, 2005.

DEMLEITNER, Nora V. Preventing internal exile: the need for restrictions on collateral sentencing consequences. *Standford Law Review.* vol. 11 (1). p. 153-171. Stanford Law School, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español: parte general (en esquemas).* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

DUFF, Antony. *Punishment, communication and community.* Oxford: Oxford University Press, 2001.

FENNER, Michael; KOLEY, James. Access to judicial proceedings: to Richmond newspapers and beyond. *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.* vol. 16. p. 415. 1981.

GARLAND, David. *The culture of control, crime and social order in contemporary society.* Chicago: University of Chicago Press, 2001.

GIDEON, Lior; SUNG, Hung-En. *Rethinking corrections: rehabilitation, reentry and reintegration.* London: Sage, 2010.

GÓMEZ, Justa. Listas de delincuentes: ¿pena de "escarnio público"?. In: MORILLAS, L.; ARÁNGUEZ, C. *Estudios penales sobre violencia doméstica.* Madrid: Edersa, 2002.

GROSSO, Manuel. *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social.* Barcelona: Bosch, 1983.

HART, Henry M. The aims of the criminal law. *Law & Contemporary Problems.* vol. 23. p. 401. 1958.

HERZOG-EVANS, Martine. Judicial rehabilitation in France: helping with the desisting process and acknowledging achieved desistance. *European Journal of Probation.* vol. 3(1). Available at: [www.ejprob.ro/]. 2011.

HEUMANN, Milton; PINAIRE, Brian; CLARK, Thomas. Beyond the sentence: public perception of collateral consequences for felony offenders. *Criminal Law Bulletin.* vol. 41(1). p. 24-46. 2005.

HOLZER, Harry; RAPHAEL, Steven; STOLL, Michael. Will employers hire former offenders?: employer preferences, background checks, and their determinants. In: PATILLO, M.; WEIMAN, D. F.; WESTERN, B. *Imprisoning America: the social effects of mass incarceration.* New York: Russell Sage Foundation, 2004.

JACOBS, James B. *Can gun control work? (studies in crime and public policy)*. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. Mass incarceration and the proliferation of criminal records. *St. Thomas Law Review*. vol. 3. p. 387-420. Miami Gardens, FL: St. Thomas University School of Law, 2006.

_____. The community's role in defining the aims of the criminal law. In: LYNCH, T. (ed.). *In the name of justice: leading experts reexamine the classic article "The aims of the criminal law"*. Washington: Cato Institute, 2009.

_____. The jurisprudence of police intelligence files and arrest records. *Nat'l Law School of India Review*. vol. 135. 2010.

_____; CREPET, Tamara. The expanding scope, use, and availability of criminal records. *Legislation and Public Policy*. vol. 11. p. 177-213. 2008.

_____; LARRAURI, Elena. European Law and Policy on Employment Discrimination Based on Criminal Record: A Spanish window, Daems, T.; Snacken, S. and van Zyl Smit, D. *European Penology*. Oxford, Hart Publishing (forthcoming). 2013.

KAHAN, Dan M. What's really wrong with shaming sanctions. *Texas Law Review*. vol. 84. p. 2075. Austin, Texas, 2006.

LAFAVE, Wayne R. *Search & seizure: a treatise on the fourth amendment*. 4. ed. West Publishing, 2009.

LAM, Helen; HARCOURT, Mark. The use of criminal record in employment decisions: the rights of ex-offenders, employers and the public. *Journal of Business Ethics*. vol. 47(3). p. 237-239. 2003.

LARRAURI, Elena. Entwürdigende strafen. *KritV.Sonderheft*. Baden-Baden: Nomos, 2000.

_____. Conviction records in Spain: obstacles to reintegration of offenders? *European Journal of Probation*. vol. 3(1). Available at: [www.ejprob.ro/]. 2011.

LAUBENSTEIN, Kathleen M. Media access to juvenile justice: should freedom of the press be limited to promote rehabilitation of youthful offenders. *Temp. L. Rev.* vol. 68. p. 1897-1988. 1995.

LOVE, Margaret C. *Relief from the collateral consequences of a criminal conviction: a State-by-State resource guide*. New York: William S. Hein & Company, 2006.

MASSARO, Tony. Shame, culture, and american criminal law. *Mich. L. Rev.* vol. 89. p. 1880-1887. 1991.

MARUNA, Shadd; IMMARIGEON, Russ; LEBEL, Thomas P. Ex-offender reintegration: theory & practice. In: MARUNA, S.; IMMARIGEON, R. (eds.). *After crime & punishment: pathways to ex-offender reintegration*. Willan Cullompton, 2004.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2008.

MORGENSTERN, Christine. Judicial rehabilitation in Germany – The use of criminal records and the removal of recorded convictions. *European Journal of Probation*. Available at: [www.ejprob.ro/]. 2011.

MORRISON, Caren M. Privacy, accountability, and the cooperating defendant: towards a new role for Internet access to court records. *Vand. L. Rev.* vol. 62. p. 921-923. 2009.

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*. Stanford U. Press, 2010.

PACE, Gina. Offenders tagged with DUI Stickers others can call, report driving to monitors. Sept. 22. Available at: [www.dui.com/dui-library/florida/related/dui-bumper-stickers]. 2003.

PADFIELD, Nicola. Judicial rehabilitation? A view from England. *European Journal Of Probation*. Available at: [www.ejprob.ro/]. 2011.

PAGER, Devah. *Marked: race, crime, and finding work in an era of mass incarceration*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

PETERSILIA, Joan. *When prisoners come home*. Oxford: OUP, 2003.

RALLO, Artemi. La garantía del derecho constitucional a la protección de datos personales en los órganos judiciales. *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*. n. 5. p. 97-116. 2009.

REBOLLO, Rafael. La publicidad y la publicación de las listas de delincuentes. 52.ª Cursos de Verano de la Universidad de Cádiz "Las nuevas tecnologías ante el derecho penal". Unpublished Manuscript, 2001.

REGAN, Priscilla. *Legislating privacy*. University of North Carolina Press, 1995.

RODRIGUEZ VALLS, María Teresa. Principio de publicidad procesal y derecho a la protección de datos de carácter personal: aproximación a la problemática actual en juzgados y tribunales españoles. *La Ley Penal*. vol. 71. Madrid: La Ley, 2010.

SALVADOR CODERCH, Pablo et al. Las sentencias del Tribunal Constitucional deben publicarse íntegras. *InDret*. vol. 3. 2006.

SILGUERO, Joaquín. Régimen de la protección de datos en la publicación de las decisiones judiciales. *Revista Española de Protección de Datos*. vol. 5. Madrid: Thomson/Civitas, 2008.

SNACKEN, Sonja. Resisting punitiviness in Europe. *Theoretical Criminology*. vol. 4. p. 273. 2010.

SOLOVE, Daniel J.; SCHWARTZ, Paul. *Information privacy law: cases and materials*. 3. ed. Wolters/Kluwer: Aspen publishers, 2008.

STONE, Geoffrey. Privacy, The first amendment and the Internet'. In: LEVMORE, Saul; NUSSBAUM, Martha C. (eds.). *The offensive Internet: speech, privacy and reputation*. Harvard, 2010.

TASLITZ, Andrew. Judging Jena's D.A: the prosecutor and racial esteem. *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.* vol. 44. p. 393-414. 2009.

TERRY, Karen J.; FURLONG, John S. *The Megan's law desk book: a guide to sex offender registration and community notification*. Civic Research Institute, 2003.

THOMAS, Terry. *Criminal records: a database for the criminal justice system and beyond*. Palgrave Macmillan, 2007.

_____; THOMPSON, David. Making offenders visible. *The Howard Journal*. vol. 49. p. 340-348. 2010.

TRAVIS, Jeremy. Invisible punishment: an instrument of social exclusion. In: MAUER, Marc; CHESNEY-LIND, Meda (eds.). *Invisible punishment*. New York: The New Press, 2002.

_____. *But they all come back: facing the challenges of prisoner reentry*. Washington: The Urban Institute Press, 2005.

VOLOCH, Eugene. Freedom of speech and information privacy: the troubling implications of a right to stop others from speaking about you. *Stanford Law Review*. vol. 52 (5). 2000.

VON HIRSCH, Andrew; WASIK, Martin. Civil disqualifications attending conviction: a suggested conceptual framework. *Cambridge Law Journal*. vol. 56. p. 599-626. 1997.

WHITMAN, James Q. What is wrong with inflicting shame sanctions? *Yale L.J.* vol. 107(5). 1998.

_____. *Harsh justice. Criminal punishment and the widening between America and Europe*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. The two western cultures of privacy: dignity versus liberty. *Yale L.J.* vol. 113. p. 1151. 2004.

ZIMMERMAN, Diane. Requiem for a heavyweight: a farewell to warren and brandeis's privacy tort. *Cornell L. Rev.* vol. 68 (291). 1983.

ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon J. *Deterrence: the legal threat in crime control. Studies in crime and justice*. University Chicago Press, 1973.

_____; JOHNSON, David T. Public opinion and the governance of punishment in democratic political systems. *The Annals of the American Academic of Political and Social Sciences*. n. 605. p. 265-280. 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Antecedentes criminais, de Nelson Leite Filho – *RT* 778/489; e
- Erros de atividade e de julgamento, na aplicação da pena, e suas conseqüências, de Mário Helton Jorge – *RT* 876/437.

LA PENETRACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN EL MARCO JURÍDICO EUROPEO

1

62400

Los delitos contra los sistemas de información

The penetration of economic criminal law in the european legal frame
Crimes against information systems

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

Catedrático de Derecho Penal, Universidad del Páis Vasco/EHU, Bilbao (España).

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Penal

RESUMEN: A lo largo de las dos últimas décadas se han producido varios fenómenos generales, no directamente surgidos del entorno criminal, pero del que se han aprovechado las bandas de delincuentes: el fenómeno de la globalización y el portentoso desarrollo y generalización de su principal instrumento, las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC). Además, la libre circulación de ciudadanos y de mercancías ha propiciado la extensión de la delincuencia transfronteriza, tan atractiva para la delincuencia organizada transnacional. Ante

ABSTRACT: Over the last two decades there have been several general phenomena, not directly arising from the criminal environment, but from those criminal gangs took advantage of: the phenomenon of globalization and the portentous development and generalization of its main instrument, the information and communications technology (ICT). In addition, the free movement of people and goods has led to the expansion of cross-border crime, which is very attractive to transnational organized crime. Given this state of affairs, EU institutions have

este estado de cosas, las instituciones de la Unión Europea han dado pasos para constituir un derecho penal europeo común, sobre todo a partir del Tratado de Lisboa. De estos cambios y de cómo se han ido reflejando legislativamente en algunos sectores delictivos, en particular en los de contenido económico y patrimonial, principalmente los ligados a las TIC, así como de las modificaciones a que ha dado lugar estos últimos en el Código Penal español, se dedica este estudio.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal europeo – Delitos patrimoniales y económicos – Delitos cometidos en el contexto de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) – Derecho penal español.

taken steps to establish a common European Criminal Law, especially after the Treaty of Lisbon. This paper will look into these changes and how they have been legally reflected in some criminal sectors, particularly in those with economic and property content, mainly those connected to ICT, as well as the changes made to the Spanish Criminal Code.

KEYWORDS: European Criminal Law – Economic and property rights – Crimes committed in the context of Information and Communications Technology (ICT) – Spanish Criminal Law.

SUMARIO: I. El derecho penal económico y las TIC en la UE: I.1 Introducción. La influencia de la delincuencia vinculada a las TIC en la producción normativa europea; I.2 Antecedentes: las demandas de la ciencia penal de un derecho penal europeo: I.2.1 Hacia un *corpus iuris poenalis* europeo; I.2.2 Las propuestas de un derecho penal europeo en el nuevo régimen constitutivo de la Unión Europea; I.3 Políticas competenciales y decisiones de las instituciones europeas en materia penal; I.4 Cambios en el marco jurídico europeo para establecer e implementar las competencias en materia penal: I.4.1 El nuevo marco constitutivo de la Unión Europea; I.4.2 Presupuestos jurídicos del nuevo marco competencial; I.4.3 Acciones emprendidas en la década del 2000; I.5 Iniciativas regulativas en materia penal: I.5.1 Acciones sobre seguridad: la creación de un espacio de libertad, justicia y seguridad; I.5.2 Ampliación de la cobertura penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas; I.5.3 Primeros delitos "europeos": corrupción, medioambiente y falsificación de moneda; I.6 Especial consideración de la aproximación normativa penal relacionada con las TIC: I.6.1 Agresiones a sistemas informáticos; I.6.2 Terrorismo; I.6.3 Pornografía infantil; I.6.4 Propiedad intelectual – II. La implementación de la normativa penal europea en los Estados miembros. El caso español: II.1 Consideraciones generales; II.2 Una novedad de trascendencia dogmática ¿y político-criminal? La responsabilidad de las personas jurídicas: II.2.1 Un cambio de perspectiva desde el derecho europeo; II.2.2 Una discusión todavía no cerrada: caben alternativas eficaces a la responsabilidad penal de las personas jurídicas?; II.3 Modificaciones vinculadas con las tecnologías de la información: panorama; II.4 El acceso no autorizado a datos o programas informáticos: II.4.1 Aspectos generales y político-criminales; II.4.2 El bien jurídico protegido; II.4.3 El tipo de lo injusto; II.4.4 La responsabilidad de las personas jurídicas; II.4.5 El tipo agravado por la comisión del delito en el seno de una organización o grupo criminal; II.5 Utilización de tarjetas u otros instrumentos de pago; II.6 Falsificación de tarjetas de crédito, de débito y cheques de viaje: II.6.1 Falsificación de tarjetas o cheques de viaje; II.6.2 Tenencia de estos instrumentos falsificados destinados a la distribución o tráfico; II.6.3 Uso de estos instrumentos a sabiendas de su falsedad sin haber intervenido en su falsificación; II.7 Daños informáticos: II.7.1 Tipos básicos de los daños informáticos; II.7.2 Tipo agravado – III. Conclusiones ¿Una política criminal de la UE?

I. El derecho penal económico y las TIC en la UE

I.1 Introducción. La influencia de la delincuencia vinculada a las TIC en la producción normativa europea

Desde la creación de (CEE, CE, UE) se entendió por parte de las instituciones comunitarias que la persecución de los delitos en general debía continuar en manos de los Estados miembros, pues disponían por lo general de instrumentos jurídicos, infraestructura y organización suficientes para poder perseguir con mayor eficacia los delitos que se cometieran en sus respectivos territorios. La delincuencia organizada era todavía marginal en el territorio europeo y en tal medida controlable, y los focos de instalación o de actividad delictiva en el conjunto del espacio europeo no tenían relevancia suficiente como para tocar un asunto tabú tan vinculado al ejercicio de la soberanía estatal. Por ello cuando, más recientemente, las tasas de criminalidad comenzaron a ir en decidido aumento pareció suficiente crear algunos instrumentos de cooperación y de asistencia policial y judicial, a los que, por otra parte, ya venía prestando gran atención el Consejo de Europa.

De todos modos, a lo largo de las dos últimas décadas se han producido varios fenómenos generales, no directamente surgidos del entorno criminal, pero del que se han aprovechado las bandas de delincuentes: el fenómeno de la globalización y el portentoso desarrollo y generalización de su principal instrumento, las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC). Además, la libre circulación de ciudadanos y de mercancías ha propiciado la extensión de la delincuencia transfronteriza, tan atractiva para la delincuencia organizada transnacional.

Ante este estado de cosas, las instituciones europeas han dados pasos para constituir un derecho penal europeo común, sobre todo a partir del Tratado de Lisboa. De estos cambios y de cómo se han ido reflejando legislativamente en algunos sectores delictivos, en particular en los de contenido económico y patrimonial, principalmente los ligados a las TIC, tratan las páginas que siguen.

I.2 Antecedentes: las demandas de la ciencia penal de un derecho penal europeo

La presión más constante dirigida a la reivindicación de la dotación de un derecho penal europeo probablemente ha tenido su origen en los penalistas europeos, procedentes principalmente, aunque no sólo, del mundo académico, para lo cual aportaron numeroso estudios, foros de debate y propuestas concretas. Es cierto que estas demandas en sus inicios fueron sobre todo voluntaristas, pues apenas contaban con un soporte normativo explícito en

el derecho de tratados de las por entonces Comunidades Europeas, por lo que mal podía comprometerse la soberanía de los Estados en este campo sin contar con un aparato jurídico indiscutible que lo impusiese. Es indudable que el Tratado de Lisboa despejó estas dudas y abrió las puertas a nueva dimensión del derecho penal en el espacio europeo.

Veamos brevemente esta evolución, pues nos permitirá comprender mejor la situación actual, cómo se ha llegado a ella y qué caminos pueden tomarse en el futuro inmediato.

I.2.1 Hacia un corpus iuris poenalis *europeo*

Los penalistas de diversos países europeos (en especial de Francia, pero también de otros, como Alemania, Italia y España) han venido proponiendo la construcción de un CP europeo común, así como que los CCPP de los Estados miembros de la UE estuvieran unificados, al menos en lo que atañe a sus grandes principios rectores. Esta propuesta ha incluido también la creación de tribunales europeos específicos en materia penal, fundamentalmente en el seno de la Unión Europea, sin perjuicio de reconocer los importantes pasos dados por el Consejo de Europa a favor de la armonización del derecho penal, tanto material como procesal.

A lo largo de los años 80 y 90 se llegó a defender incluso la creación de un *corpus iuris poenalis* europeo.

Lo cierto es que durante este período, a pesar de los esfuerzos doctrinales que se hicieron en esta dirección, el clima era poco propicio para asumir este tipo de cambios, los cuales afectarían profundamente al sistema jurídico de la UE.[1] Varios eran los factores que se orientaban más bien en sentido opuesto a estas propuestas, como por ejemplo:

• La no mención explícita en la normativa constitutiva europea de competencias en materia penal, careciendo, en consecuencia, las instituciones europeas de facultades legislativas directas en este sector.[2]

---

1. V. sobre esta situación, A. CUERDA RIEZU. La conflictiva relación entre el derecho comunitario y el derecho penal, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, 1998, vol. 1, p. 493 y ss. Certeramente apunta cómo se ha invertido la tendencia desde la internalización hacia el derecho penal interno –español– A. GALÁN MUÑOZ. La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales, *Revista Penal*, n. 24, p. 90 y ss. 2009.

2. I. BLANCO CORDERO, El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea, *RECPC*, 06-05, 2004, [http://criminet.ugr.es/recpc]; P. FARALDO CABANA, *Las nuevas tecnologías*

• La cohesión en el seno de la UE (entonces sucesivamente CEE, CE) no era todavía lo suficientemente intensa como para emprender iniciativas de este calado con unas mínimas posibilidades de éxito.

• No había ni experiencia ni conocimientos en las instituciones europeas de cómo actuar y avanzar hacia la unificación del derecho penal.

• Tampoco había conciencia precisa sobre la creciente presencia y presión de ciertos delitos y de nuevas formas de criminalidad en los espacios transfronterizos, apenas abiertamente manifiesta en las décadas anteriores: tráfico ilegal de drogas, criminalidad organizada, terrorismo, medioambiente, delincuencia financiera, movimiento ilegal y trata de personas con el fin de explotación sexual y de mano de obra, y ciberdelitos, principalmente.

En consecuencia, estos planteamientos de los penalistas europeos no fueron acogidos con gran entusiasmo en aquella época: no parecían muy realistas a la vista de la situación estructural y política existente entonces. Por otro lado, con frecuencia eran reivindicaciones maximalistas. No obstante, durante ese período se dio paso a ciertas formas limitadas de cooperación judicial y policial, probablemente más por la influencia y la presión de los órganos judiciales y de las autoridades gubernamentales responsables de la seguridad que por las propuestas de los penalistas.

Con el cambio de las circunstancias y del régimen jurídico europeo en materia penal, se produce un importante giro en este asunto, del que nos ocuparemos más abajo. Estos cambios motivaron que los penalistas intensificaran su empeño, exhortando a la elaboración de una legislación penal europea, siempre sectorial, que debería estar sometida en todo caso a unos principios, garantías y límites penales que eran fruto de su desarrollo en la ciencia penal europea a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, como son los principios de intervención mínima y *ultima ratio*, de subsidiariedad, legalidad, culpabilidad, proporcionalidad etc.

I.2.2 Las propuestas de un derecho penal europeo en el nuevo régimen constitutivo de la Unión Europea

En la actualidad se aprecia un cambio sensible en el modo de enfocar la cuestión, sin renunciar a los objetivos en favor de un derecho penal europeo; es más, puede sostenerse que se ha extendido considerablemente esta posición. En efecto, se aprecian unas posiciones más realistas y al mismo tiempo más

---

en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 41 y ss.

prudentes, persistiendo en la exigencia de la incorporación de los principios y garantías que se venían reivindicando a finales del siglo pasado.

El ejemplo más expresivo de esta nueva forma de plantear las cosas, teniendo ya a la vista los primeros pasos dados por las instituciones europeas sobre legislación penal a lo largo de la primera década del 2000, lo constituye el "Manifiesto sobre la Política Criminal Europea" (2009), adoptado y suscrito por un conjunto de penalistas europeos de diez países pertenecientes a la UE, los cuales forman parte de la llamada "European Criminal Policy Initiative".[3] En el citado manifiesto se identifica un conjunto de principios de política criminal que, a juicio de sus proponentes, debe respetar en todo caso la política legislativa penal europea. Estos principios son:

1. Necesidad de una finalidad de tutela legítima.

2. Principio de *ultima ratio*.

3. Principio de culpabilidad.

4. Principio de legalidad, el cual, a su vez, incluye varias exigencias:

A) Primera exigencia: principio de determinación.

B) Segunda exigencia: principio de irretroactividad y *lex mitor*.

C) Tercera exigencia: necesidad de una ley parlamentaria (*nulla poena sine lege parlamentaria*).

5. Principio de subsidiariedad.

6. Principio de coherencia.

Como puede observarse, todos ellos, con mayor o menor énfasis, forman parte del acervo común penal europeo y han hallado su expresión en el derecho comparado de los Estados miembros de la UE, lo que ha de acogerse como un buen punto de partida hacia esa confluencia común mínima.

I.3 Políticas competenciales y decisiones de las instituciones europeas en materia penal

Con el cambio de siglo se produce también una creciente atención por parte de las instituciones europeas a favor de la creación de un núcleo mínimo de disposiciones relacionadas con algunas manifestaciones de la criminalidad en el espacio europeo. Este mayor interés está motivado por la conjunción de varias circunstancias.

---

3. Publicado en *Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik* (*ZIS*), n. 12, p. 691 y ss. (en español, p. 727 y ss.). 2009.

En primer lugar, las autoridades europeas han ido adquiriendo conciencia de que el fenómeno de la globalización ha traído consigo una internacionalización de la criminalidad más grave (delincuencia organizada, terrorismo, apología de la xenofobia y el racismo, trata de personas, tráficos diversos, como los de armas, drogas tóxicas, estupefacientes, y sustancias psicotrópicas etc.) y han comprobado, al mismo tiempo, las carencias e insuficiencias de las legislaciones penales y procesales, así como de recursos judiciales y policiales de los Estados miembros considerados individualmente.

Por otro lado, en esta categoría de delitos graves se incluyen desde el principio los delitos contra los sistemas informáticos y se comprueba la necesidad de garantizar de forma eficiente la seguridad del tráfico generado en torno a las TIC, a la vista de su enorme expansión.

El informe *Concrime*, estudio sobre la delincuencia vinculada con las TIC remitido por la Comisión al Consejo en 1998, ponía ya en evidencia entonces la vulnerabilidad de aquellas, en particular en relación con el futuro del comercio electrónico, herramienta imprescindible para el fortalecimiento del mercado común europeo.

Esta preocupación ha venido dando lugar a numerosas disposiciones, principalmente no penales, dirigidas a mejorar la seguridad de las TIC, lo que no ha logrado impedir el crecimiento y la ampliación de formas de criminalidad relacionadas con dichas tecnologías (ciberdelitos). En este sentido, destaca la *Comunicación* de la Comisión sobre la "Creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos".[4] De este modo, los ciberdelitos van adquiriendo una fisonomía y una entidad propias en las acciones promovidas por la UE.

Otro paso relevante se manifiesta en el Acuerdo de 2002, aprobado por el Consejo. En él se establecen las bases para intensificar la cooperación judicial con el fin de perseguir con mayor eficacia determinados delitos, todos ellos relacionados con las TIC:

- Accesos ilegales a sistemas de información (art. 3).
- Intromisión ilegal en los sistemas de información (art. 4).
- Ocupación o bloqueo de sistemas informáticos a través de envíos masivos de mensajes electrónicos.

4. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la "Creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos", de 16.02.2001.

• Difusión de virus informáticos.

Con estas infracciones se pretende perseguir penalmente los supuestos de *hacking*, referidos al acceso, con cualquier finalidad, tanto a sistemas protegidos como no protegidos, siempre que se realice intencionadamente. Además, se persigue un variado conjunto de conductas dirigidas a entorpecer el funcionamiento de los sistemas de información, como ocurrió con el bloqueo general de la red que se provocó intencionadamente en Estonia desde el exterior.[5]

I.4 Cambios en el marco jurídico europeo para establecer e implementar las competencias en materia penal

I.4.1 El nuevo marco constitutivo de la Unión Europea

Son varios los hitos que en este contexto deben ser destacados,[6] sin olvidar que el principal y más efectivo precedente se concreta en la cooperación y entreayuda judicial que establece el espacio de Schengen entre varios Estados miembros de la UE.

En primer lugar, debe recordarse el Tratado de Amsterdam.

Además, hay varias sentencias del TJE que son decisivas en cuestiones competenciales. La primera de ellas es el caso de Comisión contra Grecia. La segunda que debe reseñarse es el caso de la Comisión Europea contra el Consejo Europeo, en la cual el TJE reconoce que la Comisión tiene competencias en materia penal.

En el caso *Comisión contra Grecia*, relativo al asunto del maíz griego,[7] aunque se dictó hace ya bastantes años, mantiene su interés para un mejor conocimiento de la evolución europea en este ámbito. En ella se indica que las sanciones de los Estados frente a las vulneraciones del derecho comunitario han de ser material y procesalmente análogas a las previstas para infracciones estatales de índole e importancia similares, y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo. También es importante destacar que se reconoce que los Estados conservan una facultad

---

5. V. ROMEO CASABONA. Derecho penal y libertades de expresión y comunicación en Internet, en: _____; SÁNCHEZ LÁZARO (eds.). *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Comares, Granada, 2010, 327, n. 78.

6. Sobre este proceso me remito de nuevo, por su detalle y claridad, a BLANCO CORDERO. *El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea*; FARALDO CABANA. *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, p. 41 y ss.

7. Sentencia n. 68/88, de 21.09.1989.

discrecional sobre la elección de las sanciones que consideren más oportunas en su sistema de sanciones respectivo.

En el caso de la Comisión Europea contra el Consejo Europeo, muy posterior a la anterior, se produce una modificación muy relevante sobre esta cuestión, pero en esta ocasión por vía jurisprudencial,[8] frente a lo que había supuesto hasta entonces el sistema de los pilares en materia penal comunitaria.[9] En primer lugar, debe destacarse que esta sentencia anula la Decisión marco del Consejo 2003/80/JAI, de 27.01.2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal. Fallando a favor de la Comisión, el TJE entiende que la UE – que carece de competencias directas en materia penal– está legitimada para adoptar las medidas necesarias que le permitan implementar las políticas que le han sido atribuidas. Estas competencias incluyen la posibilidad de obligar a los Estados miembros a imponer sanciones penales si se estiman necesarias. Por consiguiente, la vía de expresión habitual continuará siendo la de la directiva o el reglamento, en codecisión con el Parlamento Europeo.[10]

En palabras de la Comisión, recogiendo el pronunciamiento del TJE:

"Las disposiciones de derecho penal necesarias para la aplicación efectiva del derecho comunitario se rigen por el TCE. Este sistema pone fin al mecanismo de doble texto (directiva o reglamento y decisión marco) al que se ha recurrido en sucesivas ocasiones en los últimos años. En otros términos, o bien es necesario recurrir a una disposición penal específica para la materia en cuestión con el fin de garantizar la eficacia del derecho comunitario, y se adopta exclusivamente en el primer pilar, o bien no resulta necesario recurrir al derecho penal a nivel de la Unión, o bien ya existen suficientes disposiciones horizontales y no se legisla de manera específica a nivel europeo."

Téngase en cuenta que la técnica normativa utilizada en el caso en cuestión y que es depurada por esta sentencia, venía siendo de recurso muy frecuente en relación con la persecución penal de los delitos relacionados con las TIC, por lo que se aprecia la repercusión directa de esta sentencia sobre el futuro normativo en esta materia.[11]

8. Sentencia de 13.09.2005 (medioambiente).

9. En efecto, la aproximación legislativa en materia penal se venía sustentando en el llamado Tercer Pilar, por el que se apelaba a la cooperación intergubernamental.

10. El fundamento jurídico del derecho de la UE se encuentra, en consecuencia, según la sentencia aludida, en el Primer Pilar (arts. 2, 3.1 letra l) y 174 a 176 del TCE).

11. No en vano la Comisión alude en su anexo a la Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea proclama a la UE como un "espacio de libertad, seguridad y justicia" y reconoce de modo explícito la competencia de la UE en materia penal (art. 83):

"1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.

Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del art. 76.

3. Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en los apartados 1 ó 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de Justicia Penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario.

---

de pago distintos del efectivo; y a la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del art. 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del art. 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada."

Además, el TFUE establece otras medidas específicas para combatir las infracciones contra los intereses financieros de la Unión, que consiste en la creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust.[12]

I.4.2 Presupuestos jurídicos del nuevo marco competencial

Son varios los principios que se contemplan en este contexto, con el fin de asegurar que las decisiones sean tomadas en un contexto más dinámico y más cooperativo entre los diversos órganos de la UE.

Se asume la flexibilidad en la toma de decisiones, con el fin de prevenir que un rigor excesivo pudiera paralizar a la UE. Además, se asume que las decisiones no sean tomadas por unanimidad. Por otro lado, se reconoce la necesidad de democratizar más a fondo las instituciones europeas, propugnando en particular una participación mayor del Parlamento Europeo.

Se considera necesario, asimismo, que los parlamentos de los Estados miembros puedan tomar iniciativas con el fin de llamar la atención sobre la pertinencia de acciones legislativas. En este proceso bastará con que nueve Estados miembros soliciten la confirmación como acción de protección reforzada.

I.4.3 Acciones emprendidas en la década del 2000

A estas alturas, puede afirmarse con toda propiedad que las instituciones europeas han asumido el nuevo marco competencial mediante numerosas acciones emprendidas en su seno en materia penal, sustantiva y procesal, las cuales han dado lugar a numerosas decisiones marco. Desde una perspectiva

12. Art. 86.1: "Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo".

más general debe destacarse, en primer lugar, la Orden Europea de detención y entrega, la cual ha cosechado numerosos éxitos y se ha consolidado como un instrumento altamente eficaz.

Como vamos a poder comprobar en los apartados siguientes, la acción normativa de la UE se ha centrado en varios grandes bloques delictivos, en correspondencia con el art. 83 del TFUE, como son los delitos contra el medio ambiente, seguridad, terrorismo, corrupción, falsificación de moneda, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ente otros. En este período destacan también las regulaciones relacionadas con las TIC, bien de forma autónoma, bien en el ámbito de la persecución de otros delitos que de algún modo se valen instrumentalmente de aquellas.

I.5 Iniciativas regulativas en materia penal

Como es sabido, en materia penal es necesaria la promulgación de la ley oportuna en los parlamentos de los Estados miembros, pues las decisiones no son directamente aplicables ni asimilables en los derechos internos, ni tampoco pueden ser traspuestas a través de las potestades normativas de desarrollo reglamentario de los gobiernos. En efecto, el peculiar sistema de fuentes del derecho de la UE no comporta de modo alguno la derogación del principio de legalidad de los delitos y de las penas, del que se derivan las restricciones que acabo de apuntar, sin perjuicio de la compatibilidad de dicho principio, bajo ciertas condiciones, con la técnica de las leyes penales en blanco.

He aquí algunas de las acciones y de los grupos de delitos que han merecido la atención de las autoridades europeas y la adopción medidas de persecución a nivel europeo. Con el fin de ofrecer un panorama completo, se mencionan, aunque brevemente, todos los grupos de delitos afectados, incluidos aquellos que no guardan relación con las TIC y el derecho penal económico (los delitos relativos al terrorismo se mencionan más adelante).

I.5.1 Acciones sobre seguridad: la creación de un espacio de libertad, justicia y seguridad

La libre circulación está recogida en los Tratados de la UE, pero no se convirtió en una realidad práctica hasta que se creó el "espacio Schengen". Como decíamos, se trata de una zona sin fronteras, en principio sin controles de pasaportes para quienes circulan dentro de este espacio. Muy significativamente se le ha querido identificar como el "espacio de libertad, justicia y seguridad". Como contrapartida, el Convenio de Schengen introdujo

otras medidas tales como la cooperación más estrecha entre fuerzas nacionales de policía y autoridades judiciales en la lucha contra el crimen.

La orden de detención europea, válida en toda la UE a partir de enero de 2004, está concebida para reemplazar los larguísimos procedimientos de extradición. Los criminales sospechosos o condenados que hayan huido al extranjero para escapar de la justicia pueden de este modo ser devueltos rápidamente al país donde hayan sido (o vayan a ser) juzgados. La orden puede ser emitida para cualquier persona acusada de un delito cuya pena mínima sea superior a un año de prisión o si la persona ya ha sido condenada al menos a cuatro meses.

Uno de los avances recientes más significativos en la cooperación judicial de la UE fue la creación de Eurojust, en abril de 2003. Con base en La Haya, Eurojust es un equipo de alto nivel de magistrados y fiscales de todos los países de la UE que trabajan juntos en el mismo edificio. Tienen acceso directo a sus propias autoridades nacionales y comparten asesoramiento e información con sus colegas.

I.5.2 Ampliación de la cobertura penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Existen varias directivas sectoriales que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que ha dado lugar a su introducción en el derecho penal de los Estados miembros.

En el ámbito de interés de este estudio destacaremos tan solo el Acuerdo Marco 2005, sobre delitos contra los sistemas de información, al que volveremos más abajo, que prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 8) y recoge específicamente sanciones, de naturaleza penal y no penal, para las mismas (art. 9).

Más abajo me ocuparé de la conveniencia político-criminal del criterio europeo adoptado, en todo caso vinculante para los Estados miembros, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cual ya ha encontrado reflejo en la legislación española, y está dando lugar a un amplio debate en la doctrina española.

I.5.3 Primeros delitos "europeos": corrupción, medioambiente y falsificación de moneda

Estos delitos constituyen el primer paso para la creación de un núcleo penal europeo, en los que se percibe como característica más identificativa su

carácter transfronterizo, que es el que han de tener los delitos para que sean competencia de la UE. Dado el interés secundario que tienen estos primeros delitos para el propósito de este estudio, aludiremos tan sólo a sus aspectos más singulares.

Por lo que se refiere al delito de corrupción, es destacable la definición del concepto de funcionario extranjero que se aporta.

Los delitos contra el medioambiente se incorporan al derecho penal de la UE por medio de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medioambiente mediante el derecho penal. Incluye delitos de vertido, emisión etc. cometidos dolosamente o, al menos, por imprudencia grave (art. 3.°), tanto por personas físicas como por personas jurídicas.

Finalmente, la persecución penal del delito de falsificación de moneda adquirió relevancia cuando entró en circulación el euro, y luego mantuvo su interés político-criminal por la falsificación de papel moneda con un valor facial elevado.

I.6 Especial consideración de la aproximación normativa penal relacionada con las TIC

Como señalaba más arriba en diversas ocasiones, han sido abundantes las decisiones Marco que se ocupan penalmente de las TIC. Aunque en este estudio interesan más las decisiones regulativas relacionadas con la delincuencia patrimonial, económica y financiera y las TIC, vamos a mencionar los sectores que más abiertamente aluden a estas últimas, con independencia de cuál sea su contexto delictivo específico.

A este respecto se pueden distinguir cuatro bloques delictivos: agresiones a sistemas informáticos, terrorismo, pornografía infantil y propiedad intelectual. Veamos brevemente cada uno de estos bloques, en particular aquellos aspectos que presentan una mayor vinculación con las TIC y con la delincuencia económica, en el sentido amplio que vengo utilizando.

I.6.1 Agresiones a sistemas informáticos

La Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo UE de 24.02.2005, relativa a los ataques contra sistemas de información y contra datos, constituye la respuesta penal más directa y amplia frente a estas conductas, parece ser que siguiendo de cerca, aunque de forma más limitada, el Convenio del Consejo de Europa sobre el Cibercrimen, de 23.11.2001. Según indica la

Decisión Marco en su EM la motivación político-criminal de esta iniciativa se encuentra en que "se ha comprobado la existencia de ataques contra los sistemas de información, en particular como consecuencia de la amenaza de la delincuencia organizada, y crece la inquietud ante la posibilidad de ataques terroristas contra sistemas de información que forman parte de las infraestructuras vitales de los Estados miembros".

Aparte de otros contenidos de naturaleza penal, ciertamente relevantes, se incluyen tres delitos: acceso ilegal a los sistemas informáticos (art. 2),[13] intromisión ilegal en los sistemas de información (art. 3)[14] e intromisión ilegal en los datos (art. 4).[15] En los tres supuestos han de ser hechos realizados sin autorización, con dolo y al menos no ser de menor gravedad. Algunas definiciones que preceden a los anteriores delitos son de gran interés interpretativo para el derecho español, puesto que se refieren a términos y expresiones que provienen de esta Decisión Marco (cfr. su art. 1.º).

En estas tres prescripciones de incriminación puede sostenerse que el bien jurídico protegido, es decir, la reserva y la integridad en relación con los sistemas de información y con los datos –no necesariamente de carácter personal– es meramente instrumental en relación con otros bienes jurídicos en principio más específicos y sustantivos. Sin embargo, no hay modo de precisar cuáles son estos últimos, con el riesgo de que los delitos tipificados puedan quedarse en meros delitos formales en algunos casos, lo cual no es deseable y de ser así merecería profundas críticas.

---

13. Según el art. 2.º: "Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acceso intencionado sin autorización al conjunto o a una parte de un sistema de información sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad. 2. Cada Estado miembro podrá decidir que las conductas mencionadas en el apartado 1 sean objeto de acciones judiciales únicamente cuando la infracción se cometa transgrediendo medidas de seguridad".

14. Dice el art. 3.º: "Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acto intencionado, cometido sin autorización, de obstaculizar o interrumpir de manera significativa el funcionamiento de un sistema de información introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, sea sancionable como infracción penal, al menos en las casos que no sean de menor gravedad".

15. Art. 4.º: "Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acto intencionado, cometido sin autorización, de borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad".

Por otro lado, en otras disposiciones encontramos también medidas no penales de carácter preventivo o de ayuda para la identificación de los autores de ciertos delitos, para lo que se ha establecido la obligación de retención temporal, pero de larga duración, de información relativa al tráfico de datos. Esta obligación rige en particular para los proveedores de servicios de sistemas de comunicación –terminales móviles– y de información –Internet y otras redes telemáticas.

En opinión del manifiesto sobre política criminal europea, ya citado, podría dudarse de si estas medidas resultan suficientes para no incurrir en una punibilidad desbordada. En este manifiesto se indica también que, en cualquier caso, los mencionados mecanismos apuntan en la dirección correcta, en cuanto que posibilitan a los Estados miembros ser congruentes con la extensión de sus propios preceptos penales.[16]

I.6.2 Terrorismo

En materia de terrorismo pueden mencionarse varias Decisiones Marco.

La primera de ellas es la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre lucha contra el terrorismo. En ella se recogen ya las destrucciones masivas de sistemas informáticos (art.1.1, *d*).

La Decisión Marco 2008/919/JAI, por la que se modifica la Decisión Marco (2002/475/JAI, anteriormente citada. La explicación fundamental que se da sobre la pertinencia de estas modificaciones se justifica en la transformación del *modus operandi* en estos delitos: la proliferación de grupúsculos terroristas semiautónomos, lo que dificulta su identificación y persecución, al ser más flexibles en sus acciones delictivas, pues son grupos bien estructurados no muy grandes. Forman a su vez redes internacionales y recurren cada vez con mayor frecuencia a las nuevas tecnologías, especialmente a las TIC y a Internet con el propósito de inspirar y movilizar redes terroristas en Europa. Además, Internet está sirviendo como fuente de información sobre medios y métodos terroristas ("campo de entrenamiento virtual").

I.6.3 Pornografía infantil

Debe citarse, en primer lugar, el Convenio Europeo sobre el Cibercrimen, dado que ha sido un referente para las acciones normativas sobre esta materia en el ámbito de la UE, tanto en sus aciertos de intensificar su persecución, como en sus puntos más discutidos. A este respecto el Convenio ha generado

16. "Manifiesto sobre la Política Criminal Europea", p. 730.

numerosas críticas por el expansivo concepto de pornografía infantil que en él se sustenta (art. 9).

Por lo que se refiere al derecho de la UE, debe tenerse en cuenta la Decisión Marco 2004/68/JAI, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil,[17] muy próxima en su conceptuación al Convenio citado.

I.6.4 Propiedad intelectual

Se han aprobado dos directivas relativas a la protección de los derechos de la propiedad intelectual, en 2001[18] y 2004.[19]

Paradójicamente, la segunda (Ipred) de ellas excluye expresamente la aplicación de sanciones de carácter penal en las legislaciones de los Estados miembros, y sólo regula los aspectos civiles de la propiedad intelectual, probablemente porque ya se había previsto entonces regular las medidas penales con un instrumento separado:

"3. La presente Directiva no afectará a: c) ninguna disposición nacional de los Estados miembros relativa a los procedimientos o sanciones penales con respecto a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual" (art. 2.º).

Por otro lado, en ella se declara que, además de conseguir un nivel equivalente de protección de la propiedad intelectual en los Estados miembros, se persiguen, asimismo, otros objetivos, como son promover la innovación y la competitividad de las empresas, preservar el empleo en Europa, impedir las pérdidas fiscales y la desestabilización de los mercados, velar por la protección de los consumidores (por ejemplo, la salud y la seguridad) y garantizar el mantenimiento del orden público.

Con la propuesta de Directiva relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual (Ipred 2).[20] Se pretende completar la parte penal, ausente, como se ha indicado, en la anterior de 2004. De acuerdo con la Propuesta revisada de 2006[21] se establece

17. *DO* 2004 n. L 13, p. 44.
18. Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22.05.2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la Sociedad de la Información.
19. Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29.04.2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (Ipred).
20. Propuesta el 12.07.2005.
21. COM (2006) 168 final 2005/0127 (COD).

una cláusula general a partir de la cual los Estados miembros han de tipificar determinadas conductas contrarias a los derechos de propiedad intelectual que reconoce la UE:

"Los Estados miembros velarán por calificar de infracción penal toda infracción intencional de un derecho de propiedad intelectual cometida a una escala comercial, así como la tentativa de tal infracción, la complicidad y la instigación a tal infracción" (art. 3.º).

Los requisitos esenciales para proceder a la tipificación de cualquier conducta son, por consiguiente: (a) una infracción cualquiera de un derecho de propiedad intelectual. Este punto de partida es excesivo, aunque como vernos a continuación, queda finalmente reducido por los otros dos requisitos, especialmente el tercero; (b) que haya mediado dolo. Correctamente, se excluyen del ámbito penal las conductas imprudentes; (c) que sea cometida a una escala comercial, lo que revela que se protegen los derechos de explotación de la propiedad intelectual, mientras que se excluyen las actividades presuntamente infractoras fuera de un contexto comercial. Desde el punto de vista de mínima intervención es correcta esta última restricción, al situar fuera de la esfera punitiva conductas de particulares para su propio beneficio. Sin embargo, nada dice o impone a los Estados miembros respecto a la infracción grave de los derechos morales de autor (por ejemplo, el plagio, la usurpación del autor de la obra etc.), bien que aquellos son libres para sancionar penalmente también estos hechos.

Como es sabido, es ésta una materia respecto a la que, en su marco jurídico extrapenal, la UE está todavía muy lejos de haber procedido a una revisión moderna acorde con los desarrollos de las nuevas formas de expresión y de distribución de las creación literarias, artísticas o científicas, en particular a través de productos multimedia, que satisfaga de forma equilibrada y justa los intereses de todas las partes. Por consiguiente, puede sostenerse que nos hallamos en esta materia en una situación de provisionalidad y, esperemos, de transitoriedad, donde parece lógico que ambas características concurran también en el ámbito penal, dado su especial acento de subsidiariedad.

II. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NORMATIVA PENAL EUROPEA EN LOS ESTADOS MIEMBROS. EL CASO ESPAÑOL

II.1 Consideraciones generales

Son relativamente numerosas las reformas legales adoptadas por los legisladores de los estados miembros de la UE para adaptar sus CPs respectivos

a las decisiones europeas sobre la persecución y sanción como delito de ciertas conductas vinculadas con las TIC.

Como reflexión general ha de apuntarse que la transposición o incorporación de las normas jurídicas europeas constituye una competencia propia de los Estados miembros, por medio de los procedimientos habituales de producción normativa.

En materia penal suele ser precisa la introducción de los delitos y sus penas correspondientes mediante la acción directa del legislador, como consecuencia de la vigencia del principio de legalidad. No obstante, la experiencia indica que no es infrecuente que los legisladores internos o las autoridades competentes procedan a la transposición de las disposiciones comunitarias (por ejemplo, directivas) sin una escrupulosa fidelidad o lealtad al texto original de referencia, pudiendo dar lugar así a regulaciones jurídicas sutilmente diferentes de unos estados a otros, diferencias que en ocasiones pueden ser determinantes respecto a la uniformidad legal en el espacio jurídico de la UE. Estas diferencias pueden ser todavía más graves en materia penal, pues puede darse al traste con el principio de identidad o de doble incriminación (en este caso: múltiple) del hecho punible, principio que tiene aplicación en diversos ámbitos relacionados con la cooperación o entreayuda judicial.

Por consiguiente, las autoridades europeas deberán velar por el riguroso cumplimiento de este principio en la redacción de los tipos penales de que se trate por parte de los Estados miembros, pues puede sostenerse que en estos casos constituye una proyección o prolongación del principio de legalidad, que debe mantenerse sin resquicio alguno.

II.2 Una novedad de trascendencia dogmática ¿y político-criminal? La responsabilidad de las personas jurídicas

II.2.1 Un cambio de perspectiva desde el derecho europeo

Tradicionalmente se venía considerando que las personas jurídicas (empresas, sociedades, entidades, asociaciones, fundaciones etc.) no podían ser sujetos activos del delito de acuerdo con el viejo principio *societas delinquere non potest*, que todavía inspiraba hasta hace muy poco tiempo a la legislación de algunos países. A la luz de este principio, si se comete algún delito a través de ellas, la entidad en cuanto tal no podrá ser castigada penalmente (aunque sí ser sancionada por las administraciones públicas como consecuencia de la comisión de una infracción administrativa, cuando y según esté previsto legalmente). Sin embargo, sí podrán ser imputadas como autoras de ese delito

las personas físicas que se hayan valido de aquélla para cometerlo, actuando en su nombre o representación (o mejor: en su lugar), esto es, que hayan realizado por si mismas, personalmente, la conducta típica punible, aunque las características exigidas por el tipo para poder ser sujeto activo del delito no las reúna dicha persona física, sino la empresa o entidad en cuyo nombre o representación actúa (por ejemplo, el empleado informático de una empresa que figura legalmente como prestadora de servicios en la red) (art. 31 CP).

En relación con las TIC, que es el enfoque que interesa aquí, esta discusión tampoco era nueva, dado que el paso del tiempo había puesto de manifiesto con mayor intensidad que la solución de la sola responsabilidad de las personas físicas no era suficiente, incluso aunque se previeran consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas (art. 129 del CP hasta la reforma del CP por LO 10/2010), dada la estrecha dependencia de aquellas en relación con éstas. El Convenio sobre Cibercrimen apuntaba ya en esta dirección, si bien se dejó a la discreción de los estados que sean parte en él que dicha responsabilidad pueda ser bien de naturaleza civil, administrativa o penal (art. 12 del Convenio).

Por lo que se refiere a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema legal, no cabe duda de que es posible, aunque laborioso, resolver dogmáticamente la imputación de responsabilidad directa – no subsidiaria de la concreta substanciación de responsabilidad en una persona física– de las personas jurídicas. Cierto que esta vía podría acabar conduciendo a la necesidad de construir un derecho penal específico para las personas jurídicas, al menos parcialmente, aunque estructuralmente bastaría con dotar de un contenido propio a los elementos de la teoría del delito, inspirándose, con las adaptaciones oportunas, en las grandes categorías doctrinales concebidas para la responsabilidad penal de las personas físicas.

De todos modos, la antigua discusión sobre si las personas jurídicas también han de caer dentro de la esfera sancionadora del derecho penal ha sido aparentemente zanjada a raíz de las Decisiones Marco a las que se ha hecho referencia más arriba, que recogen la responsabilidad penal de aquellas en el ámbito territorial europeo.

A este criterio responde en España la Ley Orgánica 10/2010, de 22 de junio, de modificación del CP, la cual ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que constituye una de las novedades más significativas de esta reforma (art. 31 bis). La nueva regulación, que ha generado numerosas expectativas, pero también cierto escepticismo sobre su eficacia, que sólo la experiencia del foro acabará despejando, parte de un sistema limitado a cierto tipo de delitos, en atención a su naturaleza e idoneidad en el ámbito de las personas jurídicas, lo que parece razonable (sistema del *numerus clausus*).

Por su parte, el art. 33.7 del CP ha establecido un catálogo de penas específicas para los delitos cometidos por las personas jurídicas, algunas de las cuales encuentran su origen en las consecuencias accesorias que preveía el art. 129 CP hasta su modificación por la misma LO de 2010 citada. Este último precepto se ha reservado para la imposición de dichas consecuencias accesorias –para lo que remite a los apartados *c)* a *g)* del art. 33.7– a empresas y entidades que por carecer de personalidad jurídica, no caen en el ámbito del art. 31 bis. Se ha excluido en este caso la imposición de multa, pues estos entes formalmente carecen de patrimonio, y la disolución, pues al comportar ésta la pérdida definitiva de la personalidad jurídica, es un atributo del que carecen estos entes. Sin embargo, no está muy clara la justificación y la coherencia de tal opción legislativa, pues radicando en estas dos medidas la diferencia material sobre la sanción penal de unas entidades y otras, lo que formalmente al menos conduce al legislador a establecer la distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad de otra naturaleza (¿), podría tacharse de fraude de etiquetas,[22] dado que la prohibición definitiva de cualquier actividad, aunque sea lícita, que establece el art. 129 e s., en sus efectos, equivalente a la pena de disolución. Quedaría entonces la multa como elemento diferenciador, pero ésta podrá imponerse por la vía administrativa oportuna sin ninguna dificultad aparente (siempre que esté prevista esta sanción administrativa por ley).

II.2.2 Una discusión todavía no cerrada: caben alternativas eficaces a la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

Sin perjuicio de los compromisos comunitarios que vinculan a los Poderes Públicos españoles y, que en este asunto dejan poco margen a un espectro diversificado de opciones al legislador, entiendo que al menos en el ámbito de las TIC no se prevé que vaya a tener una mínima eficacia, dadas las características que poseen.[23]

---

22. En este sentido, M. GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 38. Por su parte, A. GALÁN MUÑOZ. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetera– y la autorresponsabilidad, *Revista General de Derecho Penal*, n. 16, 2011, asumiendo la conveniencia político-criminal de esta apuesta legislativa respecto a las personas jurídicas, plantea su mantenimiento en el sistema de garantías propio del Estado Democrático y de Derecho.

23. Retomo en el texto las reflexiones que sobre este asunto (sobre la justificación o no de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz de las TIC) apunté, también de forma concisa, en C.M. ROMEO CASABONA, De los delitos informáticos al

No es mi propósito entrar ahora en una discusión de mayor alcance sobre la cuestión de la conveniencia político-criminal de dar cabida, en sentido estricto, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas,[24] debate que desde una perspectiva de *lege ferenda* sería ahora de signo contrario, esto es, la cuestión de la vuelta a su exclusión. Mi propuesta continúa siendo la de reorientar la intervención jurídica sobre las personas jurídicas en el presupuesto probado de su peligrosidad objetiva, pues entiendo que ha de perseguir propósitos eminentemente preventivos de delitos perpetrados en su seno. Este presupuesto legitimaría la aplicación de medidas de seguridad con fines exclusivos de naturaleza asegurativo-preventiva,[25] sobre cuya clase y contenido no puedo entrar aquí, pero podrían asumirse las que incorporan como penas el art. 33.7 del CP. Se descartaría cualquier otro efecto represivo, sin perjuicio de los derivados preventivo-generales disuasorios (intimidatorios) frente a terceros que pudieran pretender diseñar estructuras criminógenas o de impunidad apoyándose o aprovechándose de la estructura, organización o funcionamiento de una entidad.

Con este enfoque se acentúa el objetivo de prevención especial, aunque sólo lo sea en algunas de sus manifestaciones. A dicho objetivo ha de aspirarse en mi opinión en relación con tales entidades (tengan o no la condición formal de personas jurídicas), de modo que se pudiera prevenir el riesgo criminógeno de las mismas, la idoneidad que presentan para cometer delitos a través de ellas. Progresando en esta dirección, la aplicación de tales medidas no estaría condicionada a la identificación,[26] procesamiento y condena (así, si falta la culpabilidad del sujeto), en su caso, de una persona física, pero estaría sometida a varios presupuestos, consistentes en elementos indiciarios como juicios de pasado (diagnóstico) y elementos de previsión, orientados al futuro (pronóstico) que, como es sabido, son propios de la peligrosidad criminal:[27]

---

cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal, *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*: C.M. ROMEO CASABONA (coord.). Comares, Granada, 2006, p. 22 y ss.

24. Sobre ello me he pronunciado en C.M. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986 70 y s.

25. V. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, p. 71 y s.

26. También de este parecer, J. M. SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad, *Delincuencia Informática. Problemas de responsabilidad, Cuadernos de Derecho Judicial IX*, p. 129. Madrid, CGPJ, 2002.

27. V. sobre esto, en un marco general, ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, p. 32 y ss., y en relación específica con las personas jurídicas, 72 y s.

Como primer presupuesto, habría que exigir y comprobar que se haya cometido una infracción penal (por acción u omisión, en este caso, por ejemplo, por haber infringido deberes específicos de vigilancia) por una persona física, no siendo necesaria la identificación, procesamiento o condena de ésta última. La asunción de esta mínima accesoriedad respecto a la persona jurídica comporta garantías de mínima intervención, de vinculación a un hecho previo jurídico-penalmente relevante (hecho típico y antijurídico) y, por esta misma vinculación, de seguridad jurídica.[28]

El segundo presupuesto consiste en que la infracción se haya perpetrado en el entorno, estructura, organización o funcionamiento de una persona jurídica u otra entidad asimilable, con independencia de que la persona física ostente o no una posición de dirección o haya contribuido a generar la estructura criminógena (la irrelevancia de este aspecto se derivaría de la innecesariedad de que hubiera sido identificada la persona física que realizó el hecho antijurídico, de acuerdo con lo que a este respecto se proponía más arriba).

El fundamento descansa en la peligrosidad objetiva de la entidad, es decir, que exista un riesgo objetivo y probado de la reiteración o continuidad delictiva: la comisión de algún nuevo delito en el futuro a partir de la idoneidad de las estructuras y características funcionales de la persona jurídica[29] en cuyo entramado se cometió el hecho criminalizado. La toma como referencia de

---

Más recientemente apunta también a la necesidad de un doble juicio de pasado y de futuro, SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad, 137, aunque formalmente su construcción parece descansar más bien en la imputación de un delito a la persona jurídica y no en su peligrosidad. Sin embargo, el juicio de futuro sólo parece plenamente compatible con esta segunda alternativa, dados los más estrechos cauces por los que discurre la prevención especial ligada a la pena.

28. L. GRACIA MARTÍN, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas *Actualidad Penal*, n. 39, p. 907, 1993, prescinde, sin embargo, con argumentos que me parecen formales, de este presupuesto garantista, aunque asume que normalmente constituirá un síntoma del peligro objetivo.

29. A diferencia de SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad, p. 137, no es necesario en todo caso que en el hecho delictivo cometido por la persona física haya influido un defecto de organización de la persona jurídica, pues aquélla podría aprovecharse también de determinadas estructuras organizativas o funcionales estándares. V. también GRACIA MARTÍN, *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, p. 896 y s. y 903, para quien tal requisito, que es tenido mayoritariamente por la doctrina como elemento característico de la culpabilidad de las personas jurídicas, sostiene, con razón, que en realidad es una cuestión de antijuricidad.

esa idoneidad criminógena facilita la realización de un juicio objetivo sobre la entidad (pronóstico de peligrosidad criminal objetiva).[30] Con este fundamento, no sería necesario recurrir a ulteriores elementos sustitutivos o equivalentes al de la culpabilidad de las personas físicas, pues en éstas la imputación de una peligrosidad criminal (subjetiva), también como presupuesto de la aplicación de medidas de seguridad, no requiere, como es sabido, aquélla. Y en el caso de las personas jurídicas, no es necesaria, aparte de ser problemática la identificación de su contenido respecto a estas entidades.

Y, finalmente, la consecuencia necesaria sería la imposición de las medidas asegurativo-preventivas –esto es, no penas o meras consecuencias accesorias – que sean oportunas, en atención a las características específicas de la idoneidad delictiva probadas, en un proceso penal, por tanto, por vía jurisdiccional. No obstante, no debería descartarse estudiar la imposición de medidas coercitivas, pero en este caso por vía administrativa.[31]

En relación con el planteamiento que mantuve en el pasado,[32] ahora considero, con el fin de adaptarnos a las nuevas circunstancias que se han ido generando desde hace más de 20 años, que es indiferente que haya sido imputada una persona física (responsabilidad propia –no por hecho propio, sino por su idoneidad delictiva– directa y, en su caso, acumulativa), que las medidas las podrían aplicar los tribunales de justicia (orden de lo penal), y tendrían una naturaleza penal o cuasi penal. Sin perjuicio de la observancia del principio *ne bis in idem*, podrían preverse sanciones o medidas asegurativas administrativas. Sobre el contenido y la duración de las medidas, de entrada me parece adecuado el criterio que establece el CP para las consecuencias accesorias, sin perjuicio de que pudiera contemplarse alguna más específica relacionada con las características de las TIC, en particular su carácter transfronterizo.

II.3 Modificaciones vinculadas con las tecnologías de la información: panorama

El legislador español ha dado también cumplimiento a las medidas legales de transposición de los delitos pertinentes relacionados con las TIC. Esta

30. V. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, p. 73. En este juicio, señalaba entonces, vuelve a entrar en consideración, en sus justos términos, la comisión previa de un delito en el seno de la persona jurídica.

31. En el mismo nivel que las anteriores sitúa a éstas últimas GRACIA MARTÍN, *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, p. 908 y s.

32. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, p. 71 y ss.

obligación se ha llevado a cabo de forma especialmente amplia a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, ya mencionada.

Estas novedades legislativas han afectado principalmente a los siguientes delitos:

• Pornografía infantil (art. 189), y reincidencia internacional en relación con el mismo (art. 190).

• Los accesos no autorizados a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o mantenerse en él contra la voluntad de la persona que tenga el legítimo derecho para excluirlo, vulnerando las medias de seguridad para impedirlo (art. 197.3).

• El uso de tarjetas ajenas o cheques de viaje o sus datos (art. 248.2, *c*).

• Delitos contables (art. 261).

• Daños informáticos. Al partir del delito ya existente en el CP, se desglosan ahora como hechos tipificados: 1.° actos de dañar (art. 264.1); 2.° actos de obstaculizar el funcionamiento de un sistema informático (art. 264.2); y, 3.° tipos agravados (art. 264.3).

• La falsificación de tarjetas ("clonación" de tarjetas) (art. 399 bis).

• La agravación de algunos de estos delitos si se cometen por medio de una organización criminal (art. 197.8 y 264.3, 1.°). Y,

• Responsabilidad penal específica cuando los autores de algunos de estos delitos lo sean personas jurídicas (así, arts. 189 bis, 197.3, párr. 2.°, 251 bis, 399 bis. 1, párr. 2.°).

Una mera lectura inicial para construirse un panorama sobre el alcance de esta reforma en relación con los delitos relacionados con sistemas informáticos o con las TIC, confirma de nuevo la tendencia del legislador de resolver problemas concretos de tipificación,[33] desde una perspectiva político-criminal moderada. La situación inmediatamente anterior a la reforma de 2010 era propicia para acometer esta tarea, dado que el legislador español debía introducir en el derecho interno los delitos incluidos en el Acuerdo Marco de 2005 y en el Convenio Europeo sobre Cibercrimen. Sin embargo, no se ha planteado todavía una reflexión global y de conjunto de la inserción de esta clase de delitos en el CP y de otras respuestas legales acompañantes no penales, lo que hasta cierto punto explica el corto alcance de las sucesivas reformas relacionadas con ellos, incluida la de 2010.

33. E. Morón Lerma; M. J. Rodríguez Puerta; G. Quintero Olivares (dir.); F. Morales Prats (coord.). *Comentarios al Código Penal español. II*, 6. ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 1105.

En los apartados que siguen voy a ocuparme sólo de los delitos enumerados poco más arriba que pueden presentar una mayor incidencia en el entorno de la delincuencia económica en relación con las TIC, sin perjuicio de la trascendencia de esta naturaleza que también pueden llegar a tener los demás desde un punto de vista material, como es el caso de la pornografía infantil.

II.4 El acceso no autorizado a datos o programas informáticos

II.4.1 Aspectos generales y político-criminales

El delito relativo al acceso no autorizado a datos o programas informáticos era una de las opciones criminalizadoras de la LO 5/2010 más esperadas, por su presumible novedad, tanto desde la opción político criminal que comporta, como por la forma concreta de tipificación que podría adoptarse.

"El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. Cuando e acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del art. 33" (art. 197, n. 3).

Presumiblemente, el legislador español ha querido adaptar la legislación penal a las previsiones de armonización establecidas en la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24.02.2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información. Como se recordará, esta Decisión Marco requiere de los Estados miembros de la Unión Europea la adopción de las medidas necesarias para sancionar penalmente el acceso intencionado sin autorización al conjunto o a una parte de un sistema de información (art. 2.º). También el Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercrimen incluye un delito de similar factura,[34] y al

34. Según el art. 2.º: "Acceso ilícito. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, el acceso doloso y sin autorización a todo o parte de un sistema informático. Las Partes podrán exigir que la infracción sea cometida con vulneración de medidas de seguridad, con la intención de obtener los datos informáticos o con

haber entrado en vigor en nuestro país tras sus oportunas firma y ratificación,[35] el legislador tampoco podía obviar las obligaciones que se derivan de ello para el Estado español.

Su interés en este lugar es mediato, dado que este delito se sitúa en el ámbito de bienes jurídicos de carácter personal[36] – los datos de carácter personal reservados –, y sólo con indirectos y potenciales efectos de carácter económico o patrimonial. Por esta razón, la cuestión de la protección penal de los datos de carácter personal nos la planteamos aquí en tanto que las intromisiones indebidas en esta clase de datos pueden afectar de algún modo, como señalábamos más arriba, a las relaciones comerciales, financieras y económicas en general, tanto en relación con personas físicas como jurídicas, pues ha de tenerse presente que el CP protege los datos reservados de éstas últimas (art. 200).[37] Aparte de posibles concurrencias con algunos tipos delictivos del propio art. 197, también puede presentarse una colisión con el delito contra los ataques a los secretos de empresa, en este caso de carácter económico (v. art. 278. 1 y 2 CP).[38]

Como consecuencia de las peculiaridades acabadas de señalar y otras que se indicarán más abajo, de entrada resulta discutible el acierto de la ubicación de este delito junto con los demás relativos a la protección de la intimidad personal y los datos personales reservados, pues plantea numerosos problemas interpretativos[39] sobre el alcance punitivo de este delito. En el fondo el legislador ha optado aquí por una fórmula muy próxima, pero como se verá

---

otra intención delictiva, o también podrán requerir que la infracción se perpetre en un sistema informático conectado a otro sistema informático".

35. La firma por el Reino de España se produjo el 23.11.2001, y la ratificación el 03.06.2010.

36. En el Título X "delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", Capítulo I "Del descubrimiento y revelación de secretos". V. C. M. ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Especial consideración a su comisión en conexión con las tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 15 y ss.

37. V. más ampliamente ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, p. 210 y ss.

38. El concurso con el delito del art. 279, que castiga penalmente a quienes difundan, revelen o cedan secretos de empresa teniendo obligación de guardar reserva, pues en esta caso su acceso a la información habrá estado autorizada.

39. Sobre este particular también F. MORALES PRATS, op. cit., p. 1318; M. CARRASCO ANDRINO, El delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos, in: F. J. ÁLVAREZ GARCÍA; J. L.

no idéntica, a la que nos hemos referido en otro lugar,[40] que parte de recoger en el tipo conductas que en general son dañosas o tienen una potencialidad de serlo, pero sin vincularse a uno o varios bienes jurídicos específicos, es decir, el bien jurídico no está identificado y, en teoría, podría serlo cualquiera. Esta técnica la encontramos presente en el derecho internacional y supranacional, así como en algunas opciones de derecho comparado. Sin embargo, no cuenta con precedentes en el derecho español, en el cual se apreciaba con anterioridad una decantación por delitos orientados a un bien jurídico determinado.

El legislador en esta ocasión se ha quedado en un terreno muy difuso, pues ha señalado como objeto material los datos y los programas informáticos. Estos últimos, en cuanto tales, no gozan de ningún contenido ni proyección sobre los bienes jurídicos protegidos en el capítulo del CP en el que se ha introducido este delito. Pero casi ocurre lo mismo con el otro objeto de este delito, los datos, a diferencia de los demás a los que continúa refiriéndose el art. 197 en la actualidad, que son los datos reservados de carácter personal o familiar de otro, disparidad que de ningún modo puede tomarse como una "distracción" del legislador, sino por una opción explícita, pero tal vez no muy bien madurada, a la vista de los inconvenientes que presenta su aplicación, según se verá más adelante. Por otro lado, al haber incluido este delito junto con los demás contra la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, no puede dejar de reconocerse que esta ubicación, tampoco casual, de algún modo modula y delimita –restringe– el alcance de ambos objetos materiales.

En resumen, se trata de un delito que hubiera merecido una más atenta reflexión respecto al cómo y dónde de su inclusión en el CP, si consideramos que la Decisión Marco referida impone al legislador español su tipificación penal, pues a pesar de esta imposición de la normativa europea se mantiene la duda político-criminal mencionada más arriba sobre la conveniencia de su sanción.

II.4.2 El bien jurídico protegido

La naturaleza y contenido del bien jurídico protegido parecen desdibujados y discutibles. En efecto, al referirse al acceso a datos, sin añadir que tengan que ser personales y reservados, como ocurre en el apartado anterior (art. 197.2),

---

GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*: Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 249 y s.

40. ROMEO CASABONA, De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal, 15 y s.

y a programas informáticos, el bien jurídico que ha pretendido proteger el legislador parece querer ir más allá (por ejemplo, aquellos pueden ser datos con interés económico o para la defensa nacional) del que se protege en el conjunto del capítulo en el que se inserta este delito, esto es, la intimidad y los datos de carácter personal reservados;[41] pero, al mismo tiempo, en ocasiones será inevitable un solapamiento con el delito del art. 197.2, al menos cuando se trate de accesos no autorizados a datos personales reservados. En todo caso, exigirá un importante esfuerzo de delimitación del ámbito de ambos delitos, para lo que será decisiva la exigencia de un elemento subjetivo específico de lo injusto en el tipo del art. 197.2, a diferencia de la carencia de elemento subjetivo alguno diferente del dolo en el tipo del art. 197.3 que estamos estudiando.

Esta pérdida de nitidez de los datos a los que se pretende dar cobertura y lo inapropiado de poner en un rango semejante los programas informáticos refuerza la convicción de que el bien jurídico protegido se orienta en una dirección muy diferente: la seguridad de los sistemas informáticos.[42] La propia rúbrica de la Decisión Marco 2005/222/JAI, de la que trae causa esta reforma, despeja esta ambigüedad, pues lleva el título de "ataques contra los sistemas de información"; bien que este ataque a la seguridad de redes y sistemas se concreta en la ley en sus elementos más característicos: los datos y los programas informáticos. Sin embargo, no creo que el bien jurídico pueda extenderse a la seguridad de las redes o considerar equivalente la seguridad del tráfico informático,[43] pues ninguna violación de ambos se exige en la descripción de la acción típica en sentido estricto; para que ésta concurra basta con acceder a un sistema informático en el que haya datos y programas, sin interferir en la fluidez de las redes o del tráfico informático ni en su normal funcionamiento.

Con esta delimitación, que parece más aprehensible, no sería necesario acudir a otras construcciones que podrían ser de más problemática aplicación, como la inviolabilidad del domicilio informático. Sin perjuicio de las

41. Sobre el bien jurídico protegido en este conjunto de delitos, v. ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 29 y ss.

42. Así lo propugnan también CARRASCO ANDRINO, El delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos, p. 250; J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, Estafas (arts. 248, 249, 250 y 251 CP), en: F. J. ÁLVAREZ GARCÍA; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 279; MORALES PRATS, *Comentarios al Código Penal español. I*, p. 1319.

43. Como entienden CARRASCO ANDRINO. El delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos, p. 250; MORALES PRATS. *Comentarios al Código Penal español. I*, p. 1319.

semejanzas que puedan establecerse, es más clara la propuesta anterior, que acoge un espacio más amplio.[44]

Esta conclusión abunda en la crítica anterior de que la ubicación de este delito no es adecuada. Una interpretación –objetiva– de la voluntad de la ley podría dar lugar a una restricción sobre el alcance del delito, la cual podría sustentarse en que siendo la intimidad y los datos de carácter personal reservados el bien jurídico al que se quiere dar cobertura penal en el capítulo del CP al que se ha incorporado el delito de acceso ilícito, podría argumentarse que están excluidos del tipo accesos que pueden poner en peligro bienes jurídicos de naturaleza diferente (por ejemplo, el secreto de empresa, secretos relacionados con la defensa o con la seguridad del Estado etc.), y ello sin perjuicio de ser conscientes de que con este delito se pretende castigar los accesos ilegales cualquiera que sea la naturaleza de los datos, incluyendo los programas, pero es evidente que esa acotación de datos de carácter personal no tiene ningún sustento legal.[45]

En con secuencia, mi propuesta es que debería ser trasladado a un título independiente, incorporando otros delitos relacionados con las TIC cuya ubicación actual es de dudoso acierto por razones semejantes a las que estamos manejando ahora.

II.4.3 El tipo de lo injusto

El *objeto material del delito* está constituido por datos y por programas, siempre que estén incorporados a un sistema informático. Por lo que se refiere a los datos, y prosiguiendo con las reflexiones que se apuntaron más arriba, ni la dicción literal ni la definición legal[46] requieren que sean

---

44. También contrario, MORALES PRATS, op. cit., p. 1320.

45. Como al final parece sostener, ídem, p. 1320, al moverse en reflexiones sistemáticas similares a las que realizo en el texto.

46. La definición de datos informáticos viene fijada en la propia Decisión-Marco: "toda representación de hechos, informaciones o conceptos de una forma que permite su tratamiento por un sistema de información, incluidos los programas que sirven para hacer que dicho sistema de información realice una función" (art. 1.º, *b*). Por otro lado, de acuerdo con la LOPD (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal), por datos de carácter personal debe entenderse "*a)* Datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables" (art. 3, *a*). Queda patente, entonces la diferencia entre una y otra definición, y la que vincula al intérprete del precepto penal, es la primera de las transcritas.

de carácter personal, pero su ubicación en el capítulo mencionado puede facilitar que se les otorgue únicamente este alcance. Es indiferente que esos datos tengan un carácter íntimo o no, incluso podrían ofrecer una exclusiva proyección económica. Por otro lado, si, como demanda el tipo, la acción ha de vulnerar sistemas de seguridad establecidos para impedir el acceso a los datos, también habrá que reconocer a los mismos su naturaleza de reservados. Aunque hayamos asumido que el bien jurídico es la seguridad de las redes y los sistemas informáticos, no tiene sentido que los datos a los que se ha accedido lo sean libremente, el objeto carece entonces de relevancia jurídica desde este punto de vista (no necesariamente desde otros, como podría ser la alteración de su integridad).

En resumen, por lo que se refiere al propósito indudable del legislador de ampliar el carácter de los datos que pueden ser objeto de la agresión, parece que ha quedado casi plenamente frustrado, a la vista de la obligada interpretación que se impone. Finalmente, al tener que encontrarse los datos en un sistema informático, se deriva de ello la exigencia de que aquellos habrán experimentado un "tratamiento" en el sentido que por tal entiende la ley sectorial,[47] quedando excluidos los guardados en archivos diferentes (por ejemplo, manuales o físicos).

La conducta típica es doble, pero presenta un carácter alternativo,[48] es decir, basta con realizar una u otra para que se realice plenamente el tipo.

La primera de ellas consiste en la acción de acceder a los datos o programas.

La otra conducta típica recogida como alternativa, esto es, mantenerse dentro de un sistema informático o en parte del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo,[49] es una conducta omisiva –no abandonar el sistema informático– y presupone que el sujeto del

47. La LOPD define el tratamiento de los datos como "operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias" (art. 3, *c*).

48. CARRASCO ANDRINO. El delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos, p. 250.

49. Téngase en cuenta que el legislador español ha ido más lejos de lo prescrito por la Decisión Marco 2005/222/JAI, que sólo impone la sanción penal de las conductas de acceder. V. más arriba el texto de su art. 2.º Como se discutirá más abajo, esto justificaría que no sea tan preocupante la angostura que se ha dado al final a esta modalidad delictiva por lo que se refiere a la exigencia de vulnerar los sistemas de seguridad.

delito se introdujo en tal sistema legítimamente, o lo que es lo mismo, con la autorización correspondiente, pero que ésta ha sido retirada con posterioridad.

Se incluye un elemento objetivo en el tipo que limita la punibilidad a los hechos que comporten la vulneración de las medidas de seguridad establecidas para impedirlo. Por consiguiente, no se incluyen en el ámbito punitivo los accesos que se hayan realizado sin vulnerar dichas medidas de seguridad, aunque se haya accedido sin la autorización pertinente. De entrada nada hay que limite la presencia de este requisito típico a uno de los comportamientos mencionados como alternativos (acceder o mantenerse); alcanza a ambos. Sin embargo, mientras que normalmente no habrá dificultades para comprobar la existencia de este elemento típico respecto a la conducta de acceder, esta exigencia del tipo no se prevé de fácil cumplimiento a quien se mantiene dentro del sistema, aunque inicialmente haya accedido lícitamente al mismo, pero después le ha sido retirada la autorización o ésta ha caducado, situándose entonces en el entorno del segundo tipo alternativo mencionado, pues no parece que ese mantenerse en el sistema una vez perdida la autorización vaya a hacerse vulnerando medidas de seguridad (si se vulnerasen tales medidas sería probablemente con el fin de volver a entrar, esta vez ilícitamente, adonde se había accedido previamente de forma lícita); no obstante, son admisibles hipótesis compatibles con esta exigencia del tipo en relación con el comportamiento omisivo (por ejemplo, anular el procedimiento de cierre del acceso lícito una vez pasado un cierto período de tiempo previamente establecido). Por consiguiente, aunque sea discutible su acierto, no hay base para excluir de esta segunda modalidad típica la necesidad de haber vulnerado las medidas de seguridad que se hayan interpuesto para prevenir cualquier acceso no consentido por el titular de los datos o del programa.[50]

Es necesario, además, haber accedido sin estar autorizado. La autorización, para que excluya el tipo, deberá haber venido de la persona, física o jurídica, titular del fichero en el que se acogen los datos a los que se ha accedido, o del programa informático. También es admisible que la requerida autorización venga de la persona con atribuciones otorgadas en este sentido por el referido titular. Hipotéticamente, también podría venir autorizado por la ley.[51]

---

50. Opción que parece sugerir como alternativa, aunque no deja de apuntar sus inconvenientes, MORALES PRATS, op. cit., p. 1323, y que yo entiendo inviable pues supondría una ampliación del tipo que no cuenta con base legal suficiente, y podría afectar al principio de legalidad.

51. V. a este respecto la definición que suministra la Decisión-Marco 2005/222/JAI sobre sin autorización: "el acceso o la intromisión no autorizados por el propietario o

A diferencia de lo que ocurre con el acceso a los datos personales a los que se refiere el art. 197.2 del CP, para el que es preciso buscar el perjuicio del titular de los datos o de un tercero, en el art. 197.3 no es necesario obrar con una intención semejante (v. más abajo), ni que se haya producido un daño real para el bien jurídico. Por esta característica tan peculiar se conoce esta conducta en la jerga de los especialistas como "intrusismo blanco". Significa esta conclusión que es suficiente para que exista el delito con haber logrado el acceso a los datos o programas, sin que se hayan menoscabado de ninguna manera los mismos o el sistema informático en el que se encuentran, excluyendo de este modo un perjuicio a tercero. El efecto de esta estructura típica es que se produce un adelantamiento de la intervención del derecho penal, quedando en entredicho el principio de lesividad, lo que ha promovido la crítica sobre la pertinencia de la incriminación penal de estas conductas, sin haberse conformado con el paso previo de la infracción y sanción administrativas.

En cuanto al tipo subjetivo es necesario, pero suficiente, el dolo, esto es, la conciencia y voluntad de haber accedido a los datos o programas informáticos vulnerando las medidas de seguridad y sin la autorización correspondiente (o sea, de que concurren, o es previsible que así sea, todos los elementos del tipo objetivo), o de permanecer en ellos habiendo concluido la autorización correspondiente. No es exigible al presencia de ningún otro elemento subjetivo de lo injusto, ni se ha previsto la sanción penal del hecho si se ha cometido por imprudencia, exclusión de todo punto correcta.

II.4.4 La responsabilidad de las personas jurídicas

El párrafo 2.º del art. 197.3 extiende la responsabilidad de las personas jurídicas no sólo al delito de acceso no autorizado que estamos analizando, sino a todos los tipos delictivos a los que da acogida el art. 197 en su conjunto.

II.4.5 El tipo agravado por la comisión del delito en el seno de una organización o grupo criminal

El art. 197.8 CP establece un tipo agravado cuando el hecho se haya cometido en el seno de una organización o grupo criminales. A este respecto debe señalarse que la introducción de la responsabilidad penal de las personas

---

titular de otro tipo de derecho sobre el sistema o parte del mismo o no permitidos por la legislación nacional" (art.1.º, *d*).

jurídicas de forma específica para este delito amplía la cobertura punitiva de este tipo agravado.

El art. 197.3 opera como tipo básico también en relación con los demás tipos agravados que ya existían en el art. 197 antes de su modificación de 2010, pero como se ha indicado vuelven a generarse los problemas sobre la compatibilidad de su aplicación, que giran en torno a datos de carácter personal, en relación con el art. 197.3, que acoge datos más amplios en principio, según expuse más arriba.[52]

II.5 Utilización de tarjetas u otros instrumentos de pago

La última modalidad introducida de estafa hace referencia a:

"Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero" (art. 248.2, *c*).

Si nos fijamos en su redacción,[53] este delito tampoco requiere un acto de engaño sobre el sujeto pasivo del delito, ni que éste realice un acto de disposición patrimonial, sino tan sólo utilizar esos instrumentos de pago o los datos que contienen en perjuicio de su titular o de un tercero. Por ello puede denominarse como estafa impropia, al no serlo en sentido estricto, como tampoco tiene que presentar necesariamente las características de un fraude informático. Ahora bien, como es obvio, cabe la posibilidad de que concurran todos los elementos del tipo genérico de la estafa (art. 248.1 CP), lo que habrá que resolver mediante las reglas del concurso de leyes (art. 8 CP). Este será el caso, por ejemplo, de quienes desde Internet o en un centro comercial adquieren bienes o servicios aportando los datos que figuran en estos instrumentos que pertenezcan a terceros (no hace falta que hayan accedido físicamente a la tarjeta, pueden haber obtenido los datos del propio titular, mediante engaño u otro procedimiento), o presentando uno de los instrumentos de pago que enumera el art. 248.2, *c*), pues en realidad se está aparentando su titularidad y el respaldo de credibilidad del que gozan, lo que da lugar a un engaño y el consiguiente acto de disposición patrimonial (envío del bien o facilitación del servicio contratado).[54]

---

52. MORALES PRATS, op. cit., p. 1323.

53. V. algunos comentarios críticos relativos a la reordenación del art. 248 CP realizada en la reforma de 2010 y los delitos mantenidos en dicho precepto, FERNÁNDEZ TERUELO, op. cit., p. 277 y s.

54. Sin embargo, G. QUINTERO OLIVARES. *Comentarios al Código Penal español II*, G. QUINTERO OLIVARES (dir.); F. MORALES PRATS (coord.). 6. ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur

También es cierto que muchas de las acciones delictivas que quiere acoger el nuevo precepto también son subsumibles en los términos típicos amplios del fraude informático ("manipulaciones informáticas" y "otros artificios semejantes", respecto a la acción, art. 248.2, *a*).

A pesar del alejamiento de este delito del genérico de estafa, según se acaba de indicar, el legislador ha preferido ubicarlo en el entorno de las defraudaciones (y dentro de éstas con las estafas) antes que junto con los delitos de apoderamiento (hurto o robo con fuerza en las cosas),[55] que es el criterio que propugnaba un amplio sector de la doctrina antes de la introducción de la figura de fraude informático en 1995. Sin embargo, el paso del tiempo y al variedad de hechos que podrían cometerse podían dar lugar a una excesiva rigidez a los delitos de apoderamiento, y por ello ha sido acertado reconducirlos hacia las defraudaciones.

En conclusión, les asiste la razón a quienes consideran innecesaria esta nueva tipificación, puesto que, bien a través de la estafa genérica, bien por medio del delito de fraude informático, se garantiza la subsunción de estos hechos en algún delito.[56]

Se ha criticado también haber en una cierta atomización en el castigo de estos delitos, y que bastaría configurar otro relativo a causar un perjuicio (económico) mediante el uso de tarjetas creadas como medio de pago y los cheques de viaje, falsas o falseadas, o la utilización semejante de datos incorporados a tarjetas ajenas, aparte de otros tipos complementarios.[57] Compartiendo la idea básica de agrupamiento, sería necesaria una reflexión de cómo estructurar un tipo delictivo que, respetuoso con el principio de taxatividad, permita dar cobertura a tantas variantes abusivas que se van generando. Así, dada la facilidad comisiva que caracteriza a las TIC una vez conseguida la información necesaria para operar con estas tarjetas (por ejemplo, suplantando en internet a una entidad financiera o a una empresa o negocio, lo que se conoce como

---

Menor, 2011, p. 84, entiende que este hecho –que considera que estaría muy cercano a las falsedades, dentro de las ideológicas, no tipificadas en este caso– quedaría impune si no fuera por el nuevo tipo penal que estamos analizando.

55. En este sentido, QUINTERO OLIVARES, op. cit., p. 84.

56. Así lo sostiene FERNÁNDEZ TERUELO. Estafas (arts. 248, 249, 250 y 251 CP), p. 279 y ss., quien señala para reforzar este criterio que la jurisprudencia (cita la línea argumentativa de numerosas sentencias al respecto) no ha tenido dificultades para subsumir en la estafa genérica o en el fraude informático conductas de utilización de tarjetas reales o falseadas o sus datos en comercios o en internet por el sistema *on line*.

57. QUINTERO OLIVARES, op. cit., p. 84 y s.

phising), aunque no se haya utilizado todavía, debería pensarse en la sanción penal específica de estos hechos, que de otro modo quedaría impune, al ser meros actos preparatorios no punibles.[58]

Finalmente, también debe acogerse la crítica de la insuficiente referencia a sólo dos instrumentos de pago o de obtención de moneda, las tarjetas de crédito y de débito, además de los cheques de viaje,[59] pues el mercado conoce otras tarjetas diferentes, como la de prepago y telepeaje. Hubiera sido más eficaz la mención genérica de medios de pago diferentes al efectivo.[60]

Por lo demás, la estructura del tipo objetivo y subjetivo (este incluye un elemento subjetivo de lo injusto, "en perjuicio de su titular o de un tercero", además del dolo) no ofrece mayores dificultades interpretativas.

II.6 Falsificación de tarjetas de crédito, de débito y cheques de viaje

Se ha introducido un delito específico sobre estos documentos por la LO 5/2010, en una sección independiente (Sección 4.ª, "De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje"), dentro de los delitos de falsedades documentales (capítulo II, del título XVIII):

"1. El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del art. 33.

---

58. FERNÁNDEZ TERUELO. Estafas (arts. 248, 249, 250 y 251 CP), p. 279, considera que algunos hechos de sustracción de claves ajenas para el uso de instrumentos y servicios de pago podrían ser punibles a través del art. 197.3 CP (acceso no autorizado a datos o programas), aunque ya hemos visto lo problemático que puede ser la aplicación de este delito fuera del ámbito de la intimidad, como es aquí el caso, dadas las tensiones que se generan en relación con el bien jurídico protegido.

59. FERNÁNDEZ TERUELO. Estafas (arts. 248, 249, 250 y 251 CP), p. 281.

60. Ídem, ibídem.

2. La tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación.

3. El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años" (art. 399 bis).

Como antecedente de la inserción de este nuevo delito,[61] deben mencionarse las dificultades que encontraba la jurisprudencia para considerar documento la incorporación a una cartulina o a cualquier otro soporte una banda magnética con los datos de la tarjeta de otra persona o la reproducción (clonación) de una tarjeta existente. Por ello, y apoyándose además en que el CP durante un tiempo ha considerado legalmente moneda a las tarjetas de crédito y débito a los efectos penales (art. 387 CP, del que se ha suprimido esta alusión) se fue decantando por la consideración de estos hechos falsarios como un delito de falsificación de moneda, lo que no mejoró la situación, con la consecuencia añadida de tener que aplicar penas desmesuradas, propias de la gravedad que representa para el sistema monetario de un país la falsificación de moneda, pero no para hechos aislados de clonación u otras manipulaciones de tarjetas (incluso, en casos masivos). Por consiguiente, parecía necesaria una solución específica para este caso.[62]

En resumen, la nueva regulación recoge tres variantes típicas: la falsificación de tarjetas o cheques de viaje, la tenencia de estos instrumentos falsificados con fines de distribución o tráfico y la utilización de los mismos a sabiendas de su falsedad sin haber intervenido en su falsificación.

II.6.1 Falsificación de tarjetas o cheques de viaje

El objeto material está constituido exclusivamente por tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje. De nuevo se queda aquí corto,[63] lo que abrirá bolsas

61. Sobre este particular, v. MORÓN LERMA; M. J. RODRÍGUEZ PUERTA. *Comentarios al Código Penal español II*, p. 1106 y s.

62. Sin perjuicio de que ya se preveía un régimen específico en la Decisión Marco 2001/413/JAI, de 28.05.2001, *sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo.*

63. En este sentido, J. A. BRANDÁRIZ GARCÍA. Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis), en: F. J. ÁLVAREZ GARCÍA; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 458,

de impunidad, puesto que en el tráfico comercial se conocen otras tarjetas o medios de pago que no se corresponden en sentido estricto con las de crédito o débito ni con los cheques de viaje (por ejemplo, tarjetas de prepago, de centros comerciales, de telepeaje etc.). Por ello, como ya señalé en otro lugar, hubiera sido más acorde con esta realidad del mercado hacer referencia como objeto del delito a medios de pago distintos al efectivo.

La acción típica acoge diversas modalidades, de forma alternativa, aunque al final se incluye una cláusula más abierta que tiene la función de "escoba", esto es, de asegurar la tipicidad otras variantes no mencionadas explícitamente en el tipo: alterar, copiar, reproducir o de cualquier otro modo falsificar tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje. Como puede verse, quedan incluidas en el tipo la creación de tarjetas nuevas y la llamada clonación de tarjetas, que en sentido estricto, no comportan una falsificación.[64]

Habrá que prestar especial atención a las diversas posibilidades fácticas de autoría y –sobre todo– participación, pero no debería originar problemas de incriminación, salvo los derivados de las exigencias probatorias. Se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas por este delito.

La pena (para las personas físicas responsables del delito) es de cuatro a ocho años de prisión, pena que es muy elevada, y debía haberse reservado para los tipos agravados.

Estos tipos agravados son dos: que afecte a una generalidad de personas y que se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades (pena superior en grado). Considero acertadas ambas agravaciones,[65] dado que la primera es potencialmente más fácil a través de las TIC, pudiendo afectar a un número muy elevado de víctimas; la segunda es también más propicia para actuar en este ámbito, como ya viene ocurriendo, y la infraestructura de la organización criminal facilitará la resolución de los aspectos técnicos

---

para quien podría acudirse al delito de falsedad documental (documento mercantil), aunque la pena sea muy inferior en este caso que la que sería aplicable a través del art. 399 bis.

64. Sobre la clonación v. el Acuerdo del Pleno del TS de 28.06.2002, en el que ya se manifestaba favorable a la consideración de la clonación de tarjetas como falsificación.

65. Por su imprecisión, la primera de estas agravaciones (no así la segunda) merece crítica, no exenta de cierta razón, para MORÓN LERMA; M. J. RODRÍGUEZ PUERTA. *Comentarios al Código Penal español. II*, p. 1109. Pero, como apunta BRANDÁRIZ GARCÍA. *Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis)*, p. 459, contamos con prescripciones semejantes en otros lugares del Código, lo que, añado, habrá permitido a la jurisprudencia modular el alcance de esta expresión.

de la falsificación; es lógico, entonces, que este efecto agravatorio recaiga en primer lugar en las personas físicas que han intervenido desde la organización, y no se limite a la imposición de meras consecuencias accesorias a ésta última, como sucedía en el pasado.[66] Además, si esta organización criminal tuviera la consideración de persona jurídica (art. 31 bis CP) sería penalmente responsable en cuanto tal.

La LO 5/2010 da respuesta a un problema no material que se les venía planteando a los tribunales de justicia, a saber, determinar el órgano judicial competente para conocer de este delito. Con tal propósito la disposición final tercera de esta ley prevé una modificación del art. 65.1, *b)* de la LOPJ, por el cual se atribuye a la Audiencia Nacional el conocimiento y persecución de este delito de falsificación cuando haya sido cometido por organizaciones o grupos criminales;[67] en otro caso será competencia de la audiencia provincial, por razón de la gravedad de la pena.

II.6.2 Tenencia de estos instrumentos falsificados destinados a la distribución o tráfico

Con este delito se quiere prevenir el tráfico ilegal de estos instrumentos de pago, es decir, su introducción en el mercado negro a cambio de una contraprestación económica (que es donde radica el "negocio" de la falsificación de tarjetas), con independencia de que el autor haya participado o no en su falsificación. En efecto, tan importante o más que la falsificación es, para que estos hechos delictivos culminen con éxito, la facilidad de su distribución y la obtención consiguiente de un beneficio.

La acción típica consiste en la tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a determinados fines, que veremos después. Se trata, pues, de actos preparatorios del tráfico. Tenencia es la mera posesión física de estos instrumentos por parte del sujeto activo, no hace falta que el tenedor sea su propietario (o es rechazable tal alegación para eximirse del delito). Sobre el objeto material valen las observaciones realizadas más arriba, y para determinar si se trata de instrumentos falsificados se estará a lo que por tal indica el apartado anterior, ya estudiado (art. 399 bis.1).

La intencionalidad de su distribución o tráfico (delito mutilado de dos actos), que es un elemento subjetivo de lo injusto acompañante del dolo,

66. Concordando así con las reflexiones de BRANDÁRIZ GARCÍA. *Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis)*, p. 460.

67. Crítico con esta solución, ídem, p. 461.

requiere el conocimiento de su falsedad por parte del sujeto activo como parte integrante de éste último (el dolo).[68]

II.6.3 Uso de estos instrumentos a sabiendas de su falsedad sin haber intervenido en su falsificación

Puesto que esta conducta no parece encajar en otros tipos, ni siquiera a través de alguna forma de participación, se ha querido sancionar expresamente, aunque con una pena inferior, esta variante de receptación.

El objeto material es común a los anteriores delitos y a ellos nos remitimos.

La acción consiste en la utilización de estos instrumentos, por lo que cabe la tentativa, y, como requisito negativo (elemento del tipo redactado en forma negativa, no un elemento negativo del tipo, que es bien diferente, como es sabido), no haber participado en la falsificación. De aquí se deduce que si ha contribuido a la falsificación este solo hecho será impune, y sólo será sancionado por lo que comporte su uso.

El tipo subjetivo requiere, además del dolo, el haber actuado en perjuicio de tercero (de otro) y conocer la falsedad del instrumento operacional utilizado.

II.7 Daños informáticos

La modificación del CP 2010 ha introducido una redacción completamente nueva a este delito, dando así cumplimiento a lo establecido en la Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, de 24.02.2005 (arts. 3 y 4):

"1. El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que por cualquier medio, sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado, con la pena de prisión de seis meses a tres años.

---

68. Ídem, p. 458, del texto legal se deduce la exigencia de connivencia del poseedor con el falsificador.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal.

2.º Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales.

4. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del doble al cuádruple del perjuicio causado, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

b) Multa del doble al triple del perjuicio causado, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b)* a *g)* del apartado 7 del artículo 33" (art. 264 CP).[69]

Se observará que el art. 264 ha quedado ahora reservado a diversas modalidades de daños relacionados con los sistemas informáticos, para lo que los tipos agravados no relacionados con ellos han sido trasladados al art. 263.2. La nueva regulación del delito de daños ha dado acogida no sólo a la destrucción, sino también a la inutilización del soporte lógico (los datos, programas o documentos electrónicos), pues ésta última afecta a su operatividad o funcionalidad (a la utilización normal del programa o de los datos) sin que se destruya ni altere al mismo tiempo (al menos necesariamente) el sistema informático en el que se encuentra recogido; así como, con pena más grave (en su límite máximo), la obstaculización o interrupción del funcionamiento de un sistema informático. Esta nueva observación nos lleva a concluir que estos nuevos delitos de daños configuran sendos tipos específicos autónomos y por consiguiente, no se hallan en una relación de tipo agravado con el tipo básico de daños sobre objetos no informáticos[70] de propiedad ajena (art. 263.1 CP). Ambos son tipos delictivos

69. Sobre los aspectos más importantes de este delito antes de la reforma de 2010, v. R. Mata y Martín. *Delincuencia informática y derecho penal*, Madrid, 2001, p. 63 y ss.

70. Prefiero utilizar esta denominación menos comprometida y cerrada, porque en mi opinión este delito podría acoger los daños sobre otro tipo de cosas inmateriales o incorpóreas de carácter no informático o lógico evaluables económicamente, y no sólo sobre cosas materiales, pues no lo impide la descripción típica.

independientes,[71] lo que veremos más abajo que tiene transcendencia para algún caso particular (el daño simultáneo al *hardware* y al *software*).

En principio, todas estas novedades, que afectan a la redistribución de los diversos tipos ya existentes y a la inclusión de otros nuevos relacionados con los sistemas informáticos,[72] han de acogerse favorablemente, pues atienden mejor a la evolución de los sistemas informáticos y a su cambiante vulnerabilidad, sin perjuicio que hace ya bastante tiempo que pude sostener que la configuración del delito de daños anterior al CP 1995, que es cuando se introdujeron de forma específica los daños informáticos en nuestro ordenamiento jurídico, era compatible con esta entonces novedosa modalidad delictiva, al no hacer una referencia concreta y cerrada al objeto material, por lo que no tenía que ser éste algo de naturaleza tangible o material.[73] Es obvio que desde un punto de vista político criminal ha ganado el CP con las sucesivas concreciones y ampliaciones de este delito.

Aclarado lo anterior, puede sostenerse que el CP acoge ya de forma abierta que la determinación del daño en la cosa, sea física o inmaterial, se establecerá conforme al menoscabo, evaluable económicamente, experimentado por el uso o funcionalidad a los que originariamente estaba destinada aquella y no únicamente por el mero valor de su sustancia.[74]

II.7.1 Tipos básicos de los daños informáticos

Se incluyen ahora dos tipos diferenciados, en función del objeto sobre el que recae la acción típica y el modo de producirle el daño:

a) Borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos (art. 264.1). Desde el punto de vista del alcance de la acción (su desvalor), ha de entenderse que todas ellas son equivalentes y, por consiguiente, las acciones de dañar, deteriorar o alterar, que en principio podrían tener tan sólo un alcance parcial, han de producir el efecto similar al de borrar, suprimir o hacer inaccesibles,

---

71. En este sentido, A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. Daños, en: F. J. ÁLVAREZ GARCÍA; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 293.

72. G. QUINTERO OLIVARES. *Comentarios al Código Penal español. II*, p. 176.

73. C. M. ROMEO CASABONA. *Los delitos de daños en el ámbito informático*, en CPC, 1991, n. 43.

74. V. sobre este asunto v. C. M. ROMEO CASABONA. *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, 1988, p 167 y ss.; el mismo, *Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías*, PJ, 1993, n. 31, p. 163 y ss.

es decir, que no puedan utilizarse los objetos de la acción: datos, programas y documentos.

b) Obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático ajeno, que produzcan el mismo efecto respecto al objeto material de la acción (en este caso: sólo los datos, pues aunque también lo son los sistemas informáticos, a éstos alcanza únicamente de forma instrumental, con el fin de afectar a los datos) que en el delito anterior (es decir: borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles), pero, además, introducir o transmitir los datos (art. 264.2).

Estos dos últimos aspectos no quedan nada claros respecto al resultado de daños que han de experimentar los datos. Pues, ¿por introducir datos debemos entender que la acción consiste en añadir a los datos ya existentes otros diferentes, de modo que se pierda la información original, tal y como estaba? Podría ser así, pero no es tan explícita la redacción como para llegar necesariamente a esta conclusión interpretativa. Y respecto a la transmisión de los datos como conducta con efecto también de daños, es todavía más arduo encontrar un significado coherente para el contexto de este delito: ¿A qué transmisión se está refiriendo? ¿Cómo se puede producir un daño por este medio en el objeto material del delito? En todo caso, el resultado ha de ser que los datos no se puedan utilizar o sean inservibles. Por motivos de difícil comprensión político-criminal, la pena en este delito es superior a la del anterior (art. 264.1).

Las reflexiones precedentes y otras todavía pendientes nos llevan también a concluir que mientras el delito del apartado 1.º se mueve en el ámbito de los daños –en este caso específicos–, el segundo constituye una modalidad de sabotaje informático.[75]

Ambos delitos coinciden en algunos elementos del tipo, que vemos a continuación.

Puede utilizarse cualquier medio para producir el daño típico. Esto significa que la acción podrá realizarse por medios lógicos (informáticos), pero también

75. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Los daños informáticos en el derecho penal europeo, en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 422 y s., marca también las diferencias del sabotaje informático del resto de daños (aunque parece circunscribir éstos últimos tan sólo a los daños físicos), señalando que se trata de una figura autónoma e independiente y entiende que su lugar adecuado sería un capítulo o sección independiente (reitera los problemas que genera este solapamiento en *Daños*, 293); segregación que comparto.

actuando sobre el soporte físico relacionado con el sistema informático en el que se encuentren los datos, programas y documentos electrónicos (*hardware*).

Ya se indicó que el objeto sobre el que recae la acción (objeto material del delito) en ambos delitos son los datos, y, además, los programas y documentos electrónicos en el primero, y los sistemas informáticos en el segundo, aunque ya se señaló que en este caso el objeto es meramente instrumental para lograr alcanzar al objeto final, que son los datos.

Ha de obrarse sin autorización, se entiende de la persona física o jurídica que tenga la facultad de otorgar la autorización, es decir, el propietario o el representante legal; pero de existir tal autorización será preciso que sea explícita para producir la inutilización de datos, programas o documentos electrónicos, o para hacer inservibles los primeros. Como es lógico, están excluidos del delito los objetos materiales que sean de titularidad del propio sujeto activo, pues han de ser ajenos. En el art. 264.2 sólo se requiere la ajenidad respecto a los sistemas informáticos, pero no respecto a los datos, que podrían ser propios, pero tiene la lógica de que se encuentran en un sistema de terceros, quienes son los legítimos gestores etc. de los datos y por consiguiente, el titular de éstos deberá seguir el procedimiento legalmente establecido para el borrado de sus datos (por ejemplo, mediante el procedimiento de cancelación). Habrá que tener presente que si la operación se realiza en el ámbito laboral, normalmente el propietario lo será el empresario (salvo pacto de otro tenor), por tanto tendrá libertad para afectar a los datos y documentos electrónicos y será a quien corresponderá dar la autorización a un tercero para su destrucción o inutilización;[76] si se trata de un programa informático, será el licenciatario del programa a quien corresponderá dar la autorización que afecte al mismo.[77]

Tanto la acción como el resultado han de ser graves. Esta tendencia, cada vez más frecuente, de recurrir el legislador al término "grave" es perniciosa, pues genera inseguridad jurídica, al no contar con elementos interpretativos comparativos que ayuden a fijar esa gravedad, aquí por partida doble, esto es, tanto en la acción como en el resultado. Como en otros casos semejantes, corresponderá a la jurisprudencia consolidar el alcance del citado término en este delito.

En todo caso, el límite de 400€ para diferenciar entre el delito (art. 263) y la falta (art. 625.1 CP) no será aplicable en este delito de daños, porque exige que el resultado sea grave, sin aludir a esa cantidad, como se hace en el delito

76. MORALES GARCÍA, op. cit., p. 190.

77. Ídem, ibídem.

de daños genéricos. No ha de parecernos especialmente llamativo, dado que hemos considerado que este tipo delictivo es autónomo del genérico de daños (art. 263.1 CP) y por ello no se impone una subordinación al mismo. Parece deducirse entonces que en la voluntad del legislador estaba presente la idea de que el resultado sea superior a esa cantidad. Sin embargo, no deja de percibirse una incongruencia, pues la consecuencia lógica debería llevar a concluir que los daños no graves no son punibles (tampoco, por supuesto, la falta), lo que no tiene ninguna justificación político-criminal; o llegar al absurdo de que son punibles como falta los daños hasta 400€ y no los daños superiores a esa cantidad pero que no llegan a la categoría de graves; o, finalmente, considerar que son siempre graves los daños a partir de la cantidad de 400€ (superior a ella), punibles entonces por el delito, mientras que de ser inferior la cantidad se sancionarían como falta, pero en este caso la alusión al resultado grave sería totalmente superflua. ¿Podría estimarse que ese tramo entre 400€ hasta llegar a grave sería punible por el delito de daños genéricos, como solución menos incongruente? Probablemente sería la menos absurda, pero, escapa por completo a la voluntad del legislador, por lo que debe insistirse en la viabilidad de la propuesta interpretativa inicial.

Además de la comisión dolosa, que no requiere ningún elemento subjetivo de lo injusto, cabe la modalidad imprudente cuando lo sea por imprudencia grave y los daños producidos superen la cuantía de 80.000€; no obstante, es necesaria la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (o del Ministerio Fiscal en los casos habituales); y cabe el perdón de éstos (art. 267 CP). Este precepto ha experimentado, en consecuencia, tan sólo una modificación formal relativa a una remisión interna en el propio CP.

Cuando el objeto material del delito es el soporte físico (hardware) se nos plantea un problema: ¿cuál es el delito aplicable? Contamos con dos hipótesis:

1.ª Que el daño recaiga exclusivamente en el soporte físico. Entiendo que no serán aplicables estos delitos, sino los daños genéricos (art. 263), pues ni el objeto ni las características de la acción se corresponden con lo que establece el delito de daños informáticos (art. 264).

2.ª Que la acción alcance tanto a la parte lógica como al soporte físico. Es también un problema en el que tendría que haber pensado el legislador, integrando explícitamente este supuesto de doble daño en el art. 264. Lo que ocurre ahora es que este daño no encaja en el art. 264, a la vista de las modalidades típicas que acoge, sino, como ya se dijo, en el art. 263, mientras que los daños lógicos irían al art. 264. En situaciones parecidas (afectación al mismo bien jurídico, relación de tipo básico-tipo agravado etc.) se resolvería como un concurso de normas, debiendo aplicar uno solo de los delitos de

acuerdo con las reglas generales establecidas (art. 8 CP), pero aquí habría que sancionar por ambos daños, apreciando la concurrencia de dos delitos (art. 263 y 264),[78] para que la pena abarque plenamente lo injusto del hecho, mediante las reglas del concurso ideal de delitos (una sola acción da lugar a varios delitos, art. 77 CP).

Entiendo que continúa siendo válida la propuesta de que de existir una copia de seguridad actualizada, concebida y disponible precisamente para los casos de pérdida o inutilización de datos o sistemas originadas por cualquier circunstancia, nos encontraríamos ante un delito intentado.[79]

II.7.2 Tipo agravado

Existe un delito agravado respecto a los dos anteriores (art. 264.3):

1.º Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal. Está justificada la agravación, puesto que en estos delitos pueden estar involucradas con más frecuencia organizaciones criminales.

2.º Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales. Volvemos de nuevo a ámbitos de inseguridad jurídica, todavía más elevados, pues aquí se requiere que el resultado no solo sea grave sino de una gravedad todavía más elevada: de "especial" gravedad. Es totalmente inaceptable. Por otro lado, en el mismo relativismo nos encontramos cuando, alternativamente, se prevé que el daño haya afectado a los "intereses generales", bien es cierto que no se trata de una expresión desconocida, pues da rúbrica a un título del Libro de las faltas (Título III: "Faltas contra los intereses generales", art. 629 y ss.).

III. CONCLUSIONES ¿UNA POLÍTICA CRIMINAL DE LA UE?

A la vista de las reflexiones anteriores se confirma el fundamental papel que han desempeñado los ciberdelitos en la toma de medidas penales impuestas por las instituciones europeas a los Estados miembros, bien es cierto que otros delitos han jugado también un papel decisivo en esta dirección. Todos ellos conforme al *numerus clausus* o lista cerrada que establece el TFUE (art. 83).

---

78. En este sentido, ya antes de la reforma de 2010, ANDRÉS DOMÍNGUEZ. *Los daños informáticos en el derecho penal europeo*, 417; la misma, después de la reforma, *Daños*, p. 294; E. ORTS BERENGUER; M. ROIG TORRES. *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001, p. 80.

79. En este sentido también, MORALES GARCÍA, op. cit., p. 186.

A lo largo de los últimos años se ha reafirmado la competencia europea en materia penal, que la UE especifica en la actualidad sobre todo por medio de Decisiones Marco. Esta afirmación es especialmente significativa para los delitos relacionados con las TIC, dado que se ha demostrado que la cooperación internacional y supranacional en relación con ellos es imprescindible para lograr su persecución más eficaz, lo que pasa por una unificación de los delitos implicados, aparte del incremento de nuevos instrumentos jurídicos encaminados a la cooperación judicial y policial.

Es acertado el criterio de las autoridades europeas de que la prevención de los delitos contra los sistemas de información y cibernéticos debe abordarse de una forma integral, es decir, con el recurso simultáneo a medidas jurídicas penales y no penales, así como a otro tipo de medias no legales (técnicas, autorregulación de las empresas del sector, educativas etc.), teniendo en cuenta, en todo caso, las características técnicas en las que se desenvuelven estos delitos, si quiere evitarse la aprobación de leyes que resultarán inaplicables en la práctica y por ello ineficaces para la persecución de estos delitos.

La persecución de los delitos vinculados a las TIC por parte de la UE se hace tanto de forma autónoma, dadas su creciente presencia en el escenario criminal y su gravedad, como en relación con otros delitos de diversa naturaleza, entre los que destacan el terrorismo, la delincuencia organizada y, a mayor distancia, los delitos económicos, los cuales no forman parte de la lista cerrada del TFUE mencionada, si bien indirectamente pueden tener cabida.

También se aprecia una creciente vinculación y respeto de algunos principios básicos del derecho penal contemporáneo, como son:

- El principio de subsidiariedad, que tanta importancia tiene en el derecho europeo en general, y podría sostenerse que es en este sentido (esto es, la intervención de la UE en defecto de los Estados miembros) en el que se le da acogida, más que en el puramente penal intra estatal (recurso al derecho penal en defecto o insuficiencia de otros sectores del ordenamiento jurídico).
- El principio de proporcionalidad.
- El principio de legalidad, el cual ha de abarcar el aseguramiento de la identidad sustancial de los hechos tipificados como delito por los Estados en sus legislaciones internas respectivas. En este sentido, la legislación penal común de los Estados miembros en algunos ámbitos delictivos facilita la satisfacción del requisito de doble incriminación o de "identidad" en relación con diversas acciones de asistencia y cooperación judicial entre aquellos.
- El respeto de los derechos fundamentales proclamados por el TUE.

En principio, puede aceptarse que en este ámbito delictivo se ha respetado en términos generales el principio de *mínima intervención* del derecho penal. Es un límite que debe mantenerse en todo caso, a la vista de la tendencia generalizada a recurrir, cada vez con mayor frecuencia y de forma no muy bien justificada, al derecho penal como *prima ratio*.

No obstante, debemos hacernos eco de la reflexión que sostiene[80] que "se han apreciado tendencias preocupantes que no deben pasar inadvertidas: la tendencia a establecer disposiciones penales que no persiguen claramente la tutela de interés alguno; la tendencia [ya apuntada] a descuidar el principio de *ultima ratio*; así como la tendencia a reaccionar ante cualquier problema social con un incremento de la represión, considerando que ello supone ya un valor añadido".[81]

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Derecho de competencia y protección penal de la información, de Carmen Eloísa Ruiz – *RBCCrim* 98/465; e
- Teoria del delito y derecho penal económico, de Jesús-María Silva Sanchez – *RBCCrim* 99/327.

80. V. "Manifiesto sobre la Política Criminal Europea".

81. Preocupaciones semejantes, poniendo el acento en la cesión de garantías del ciudadano frente a los poderes públicos, inquietud que, con se ha visto en este estudio, comparto, denuncia Galán Muñoz, "La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales", p. 107.

O CONCEITO CONSTRUTIVISTA DE CULPABILIDADE EMPRESARIAL PARA A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS: EXPOSIÇÃO E RESPOSTA ÀS CRÍTICAS FORMULADAS

2

The constructivist concept of corporate culpability for criminal liability of legal entities: exposure and response to criticisms raised

CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ

Doctor Europeo en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal (Universidad Autónoma de Madrid). Abogado.

Traduzido por

CAROLINA DE FREITAS PALADINO

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia (2008-2010). Pós-graduada em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide-Sevilla (2011). Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar (2007-2008). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST (2006-2007). Doutoranda em Ciências Criminais pela PUC-RS (2011-atual). Professora de Direito Constitucional e Administrativo – Fapar (2007-2012). Membro de Comissão de Pregão Presencial do TJPR. Gestora de Contratos do Tribunal de Justiça (2008 - atual).

NATÁLIA DE CAMPOS GREY

Mestre em Direito (na linha de Direito Público e Constitucional) com louvor pela PUC-RS. Especialista em Direito Ambiental (PUC-RS) e em Fundamentos Críticos de Derechos Humanos, pela Universidad de Pablo de Olavide, Sevilla. Professora na Faculdade de Direito da Unisc. Pesquisadora do Laboratório de Bioética e Ética Aplicada a Animais da PUC-RS. Membro da Comissão de Ética Para o Uso de Animais (Ceua) da Unisc. Associada e 1.ª Secretária da Sociedade Riograndense de Bioética (Sorbi).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El concepto constructivista de culpabilidad de las personas jurídicas ha sido recientemente utilizado por el TRF-4.ª Reg. para fundamentar una reciente sentencia. A la vista de la importancia de dicha decisión, y del reciente proyecto de reforma del Código Penal brasileño, el presente artículo desarrolla los fundamentos de dicho concepto, las críticas que se han vertido contra el mismo, y la réplica que las mismas merecen. En general, el modelo constructivista de responsabilidad penal de las personas jurídicas valora este tipo de responsabilidad sobre la base del injusto propio y la culpabilidad propia de la persona jurídica, resultando autónomo de la responsabilidad de las personas físicas.

PALABRAS CLAVE: Concepto constructivista de culpabilidad – Responsabilidad penal de las personas jurídicas – *Compliance programs* – Responsabilidad autónoma – Reforma Código Penal.

ABSTRACT: The constructivist concept of guilt for legal entities has been recently used by TRF-4.ª Reg. to support a recent sentence. In view of the importance of that decision, and the recent draft Brazilian Criminal Code reform, this paper looks into the foundations of this concept, the criticisms that have been made against it, and the answer that they deserve. Overall, the constructivist model of criminal liability of legal entities assesses this type of liability on the basis of the legal entity's unjust and guilt, thus, with no relation to the liability of individuals.

KEYWORDS: Constructivist concept of guilt – Criminal liability of legal entities – Compliance programs – Autonomous liability – Criminal Code reform.

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Exposição – 2. Uma teoria do delito empresarial – 3. Uma teoria da pena empresarial – 4. O modelo construtivista em debate: 4.1 Realismo da pessoa física *versus* ficção da pessoa jurídica?; 4.2 Monismo da teoria de sistemas *versus* pluralismo de outras teorias?; 4.3 Responsabilidade empresarial *versus* responsabilidade coletiva; 4.4 Culpabilidade empresarial "de verdade" *versus* culpabilidade empresarial "pela metade"; 4.5 Cidadania empresarial *versus* cidadania individual; 4.6 Direito penal empresarial de autor *versus* direito penal empresarial do fato; 4.7 Um direito penal empresarial de via dupla *versus* um direito penal individual de três vias – 5. O debate legislativo sobre a responsabilidade penal empresarial: em busca de eficácia e justiça: 5.1 Introdução; 5.2 A necessidade de um modelo de autorresponsabilidade penal empresarial; 5.3 A necessidade de estabelecer um fundamento duplo de responsabilidade penal empresarial; 5.4 A necessidade de distinguir entre autoria e participação empresarial; 5.5 A necessidade de distinguir entre dolo e imprudência empresarial; 5.6 A necessidade de causas de exclusão da culpabilidade empresarial.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, 12.09.2012, o TRF-4.ª Região – ApCrim 0010064-78.2005.404.7200/SC – exarou um acórdão de extrema importância em cuja ementa é adotado de modo expresso o "conceito construtivista de culpabi-

lidade" que tenho defendido em diversos trabalhos[1] graças aos "Princípios constitucionais que autorizam a construção de um conceito de culpabilidade empresarial que autonomize a responsabilização penal da pessoa jurídica por práticas lesivas ao bem jurídico coletivo ambiente ecologicamente equilibrado, sem restaurar o indesejável instituto da responsabilidade objetiva". A decisão do Tribunal brasileiro baseia-se na necessidade de construir um modelo *autônomo* de imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica em face do teor literal da Lei 9.605, de 12.02.1998: "A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato". Isto é: se a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui a responsabilidade penal das pessoas físicas, a primeira deve fundamentar-se de forma *autônoma* em relação à segunda.

Em um sentido similar, o art. 41, § 1.º, do Projeto de Código Penal brasileiro estipula que: "A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas". As considerações do TRF-4.ª Região, portanto, mostram-se não apenas relevantes para a interpretação da legislação atual, como também, de maneira significativa, para a análise da proposta legislativa que está sendo agora extremamente discutida no Brasil.

Vista de uma perspectiva material-penal, a decisão mais importante do legislador brasileiro consiste em afirmar que a RPPJ pode ser autônoma em relação à responsabilidade penal da pessoa física. Ou seja, as pessoas jurídicas podem receber penas isoladamente (de forma autônoma) e sua responsabilidade penal não exclui a das pessoas físicas. Esta circunstância deve orientar toda a interpretação do sistema brasileiro de RPPJ. A razão é bastante singela: em lugar de um sistema puro de responsabilidade pelo ato alheio – em que a RPPJ é dependente da responsabilidade penal da pessoa física –, no Brasil foi introduzido um sistema misto de responsabilidade pelo próprio ato – no qual, como diz a lei, a RPPJ é autônoma no tocante à responsabilidade da pessoa física. Afigura-se conceitualmente impossível afirmar que a pessoa jurídica pode responder de forma autônoma – e sofrer penas isoladamente – e ao mesmo tempo sustentar que o sistema brasileiro é um sistema vicariante puro de RPPJ. Certamente, a atuação da pessoa física será relevante para determinar se a pessoa jurídica responde penalmente; mas isso é uma coisa, e outra bem distinta

1. A decisão faz referência à monografia *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Chile/Peru/Colombia: Ediciones Jurídicas Santiago/ARA/Universidad Externado de Colombia, 2008/2009/2010.

é que a responsabilidade da pessoa jurídica seja vicariamente responsável da pessoa física.[2]

Ao introduzir um sistema de responsabilidade autônoma da pessoa jurídica, o legislador brasileiro torna obrigatório que sejam estabelecidas categorias autônomas de responsabilidade para a pessoa jurídica. A questão é como compreender tais categorias e como se pode imputar responsabilidade penal àpessoa jurídica. Uma solução tão fácil como equivocada seria afirmar que, sempre que responda uma pessoa física, deve responder a pessoa jurídica; ou seja, estabelecer una espécie de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. A soluçãoé equivocada, entre outros motivos, porque, *a contrario sensu*, se não responde uma pessoa física tampouco responde uma pessoa jurídica – o que contradiz o teor da lei –; e, com maior ênfase, porque o Direito Penal brasileiro proíbe a responsabilidade penal objetiva – tanto de pessoas físicas como de pessoas jurídicas.

Os intérpretes do sistema de RPPJ no Brasil devem esforçar-se para manter as categorias e garantias básicas penais ao tratarem com uns sujeitos tão especiais como são as pessoas jurídicas. Assim como a teoria do delito para pessoas físicas levou décadas para desenvolver-se até o grau de precisão que possui na atualidade, também a teoria do delito e da pena para pessoas jurídicas terá que sofrer uma evolução paulatina. Entretanto, o que se pode constatar facilmente ao observar a evolução da primeira, é que o Direito Penal – o instrumento mais punitivo do Estado – deve ser utilizado comextremo cuidado e não de forma precipitada. Além disso, quando se trata de pessoas jurídicas, que constituem um fator decisivo para a evolução social, graças à geração de recursos que comportam, a utilização do Direito Penal deve levar em consideração finalidades político-criminais as mais concretas possíveis.

Destarte, nesse contexto, pode-se constatar que uma das vantagens mais importantes na introdução de sistemas autônomos de RPPJ é a promoção de uma cultura de cumprimento da legalidade por parte das pessoas jurídicas. Isto é, se as empresas podem evitar sofrer a imposição de uma pena através da institucionalização de uma verdadeira e efetiva cultura de fidelidade ao Direito, isso constituirá um incentivo para que adotem programas de conformidade

2. Assim, essa circunstância de dependência parcial da pessoa física levou determinados autores a afirmar que "o modelo brasileiro atual, previsto na lei ambiental, seria uma conjugação do modelo de responsabilidade pelo fato de outrem com um modelo de culpabilidade individual, se levada em conta a tendência de interpretação que apuramos em levantamento jurisprudencial". Marta Rodriguez de Assis Machado et al, Série Pensando o Direito (*Responsabilidade penal da pessoa jurídica*) 18/2009, p. 31.

(*compliance programs*) que reduzam o risco de cometimento de ilícitos penais. Se, ao contrário, não é premiada adequadamente a empresa cumpridora da legalidade, então os comportamentos corporativos que produzem tanto dano social seguirão acontecendo.

Basear a RPPJ na organização empresarial e na cultura empresarial não somente é mais justo, como também mais eficaz. É mais justo, porque distingue adequadamente entre cidadãos corporativos fiéis ao Direito eaqueles que não o são – seria injusto considerar iguais duas empresas, uma com um sistema de conformidade (*compliance*) efetivo, e outra que carece de qualquer *compliance*. E é mais eficaz porque ao permitir às empresas evitar a responsabilidade penal mediante uma organização correta e uma cultura de cumprimento da legalidade, estas realizarão grandes esforços para implementar sistemas de organização e cultura conformes às normas do Direito brasileiro.

Pelo que se pode observar na doutrina brasileira, existem alguns autores que afirmam que nem toda a atuação de uma pessoa física pode gerar responsabilidade penal para a pessoa jurídica.[3] Recorre-se aqui a critérios limitadores, como que tipo de atuação da pessoa física gera responsabilidade para a pessoa jurídica – intenção de beneficiar a pessoa jurídica, implementação de uma política empresarial – e que grau de vinculação deve existir entre a pessoa física e a pessoa jurídica – não devem gerar responsabilidade os atos de meros empregados, apenas daqueles que podem ser considerados como o *alterego* da pessoa jurídica.

Em um sentido similar, Vladimir Passos de Freitas analisa os dois requisitos de representação legal e atuação no interesse da empresa, indicando que se "pressupõe que a lei, e não o ajuste dos sócios, indique o representante da pessoa jurídica", e admitindo que "na maioria das vezes a ação ou omissão importará em lucro para a pessoa jurídica, seja através de economia de equipamentos, falta de contratação de empregados ou outras cautelas".[4] Todavia, seria realizada a mesma análise se um representante legal de uma pessoa física atuasse no âmbito de sua representação e para beneficiar a pessoa física? A resposta é provavelmente negativa. Ademais, certamente se indagaria que ato ou omissão concreta realizou a pessoa física *representada*.

3. Sérgio Salomão Shecaira, Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 3. ed., 2011, p. 104 e ss., seguindo a proposta de João Castro e Sousa, *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado "direito de mera ordenação social"*, 1985, p. 85 e ss.

4. Vladimir Passos de Freitas, Crime praticado por pessoa jurídica. O *leading case* sul-americano, in: *O direito na história 2 – A responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2009, p. 44.

Verifica-se que essas propostas continuam colocando excessiva ênfase na atuação de pessoas físicas concretas, de tal maneira que, se não é possível identificá-las, nenhum tipo de sanção penal pode ser imposto à pessoa jurídica.[5] Destaca-se que pode ocorrer que a atuação da pessoa física, embora no âmbito de sua competência e com a intenção de beneficiar a pessoa jurídica, na realidade não constitua uma expressão da pessoa jurídica, caso esta última tenha uma organização e uma cultura adequadas. Expresso em outros termos, quando o operador jurídico brasileiro estiver diante de um delito cometido potencialmente por uma pessoa jurídica, deverá formular as mesmas perguntas que diante de uma pessoa física. Assim, quando há duas pessoas físicas – uma superior à outra – o julgador não se limitará a perguntar apenas se a pessoa física executora atuou dentro de sua esfera de competênciaecom a intenção de beneficiar a pessoa física superior; perguntará o que fez ou omitiu em concreto a pessoa física superior. O mesmo deverá acontecer quando, em lugar de duas pessoas físicas, houver uma pessoa física e uma pessoa jurídica. Faz-se necessário indagar o que fez ou omitiu a própria pessoa jurídica, de tal maneira que o foco de atenção para a imputação de responsabilidade não seja somente a pessoa física, mas, sobretudo, a pessoa jurídica. Essa mudança de mentalidade não é fácil; mas é imprescindível caso se pretenda manter um sistema de responsabilidade penal coerente com os princípios básicos do Direito Penal.

A prática judicial brasileira não é todavia abundante. Alguns autores consideram que a referida carência de mais decisões judiciais deve-se ao fato de que "uma enorme quantidade de acordos vêm sendo realizados em varas de todo o Brasil, sem que disso haja registros ou estatísticas".[6] Esta circunstância seria coincidente, por exemplo, com a prática judicial norte-americana em que não existem numerosas sentenças contra pessoas jurídicas, maso número de procedimentos penais contra elas que terminam em algum tipo de acordo – quer seja não dar-se início ao julgamento contra a pessoa jurídica ou adiá-lo sob certas condições – é bastante elevado.

Não obstante, como assinalam Paulo Alfonso Brum Vaz e Rainer Souza Medina: "no âmbito dos Tribunais Regionais Federais o entendimento favorável à incriminação de entes coletivos é pacífico".[7] Especialmente importante foi,

---

5. Como indicam Marta Rodriguez et al, "os tribunais têm sido avessos à aceitação da denúncia sempre que a pessoa física tida como responsável não é citada como co-ré, ao lado da pessoa jurídica" (op. cit., p. 31).

6. Vladimir Passos de Freitas, op. cit., p. 49.

7. Paulo Alfonso Brum Vaz e Rainer Souza Medina, *Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional*, 2011, p. 69.

como é sabido, a decisão exarada no processo 2011.7204.002225-0 em que o TRF-4.ª Região, após fazer uma compilação da melhor doutrina brasileira, chega à seguinte conclusão:

"(...) confirmada também a autoria, desde que a infração foi cometida por decisão do representante legal da empresa AJ Bez Batii Engenharia Ltda., o acusado (...) Sócio e único administrador da sociedade e no interesse da própria sociedade, que deve ser responsabilizada penalmente (...) Aplica-se ao presente caso uma responsabilidade penal nova, cujos contornos ainda não foram delineados perfeitamente mas que Pierangeli classificou de responsabilidade social, o que encontra perfeita ressonância com a realidade, desde que, via de regra, a infração ao meio ambiente vem atingir os direitos difusos, latentes em prol de toda a sociedade".

O Tribunal Regional provavelmente chegou à conclusão correta, porém não fundamentou o injusto e a culpabilidade da própria pessoa jurídica. Limitou-se a constatar os *pressupostos* da lei, mas não os *fundamentos* da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Deveria, penso, haver formulado as duas seguintes perguntas: que organização tinha a pessoa jurídica no momento dos fatos, tratava-se de uma organização correta de acordo com os padrões exigidos das empresas que afetam o meio ambiente? (injusto da pessoa jurídica) Se a resposta era negativa, como parecia ser no caso analisadopelo Tribunal, deveria ter formulado a segunda pergunta: possuía a pessoa jurídica uma cultura empresarial no sentido de cumprir com a legalidade ambiental? (culpabilidade da pessoa jurídica) Se a resposta era também negativa, como parecia ser no caso examinado pelo Tribunal, então se justificava a imposição da pena.

Por conseguinte, em resumo, quando o fiscal desse caso fosse decidir sobre a imputação de um delito ambiental a uma pessoa jurídica e um órgão judicial devesse decidir acerca da condenação de uma pessoa jurídica, estas são as perguntas básicas que deveriam ser efetuadas:

Pressupostos

1) Atuou a pessoa física na representação da pessoa jurídica?

2) Atuou a pessoa física em benefício da pessoa jurídica?

Fundamentos

3) Possuía a pessoa jurídica uma organização adequada ao Direito?

4) Possuía a pessoa jurídica uma cultura empresarial de cumprimento da legalidade ambiental?

Nas páginas seguintes, apresentam-se os argumentos básicos do conceito construtivista de culpabilidade empresarial. Ademais, examinam-se as críticas que foram lançadas contra o referido conceito, respondendo-se a estas para

que o leitor tenha uma visão completa do debate. Indubitavelmente, a decisão do TRF-4.ª Região coloca o Brasil na vanguarda da discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Espero que estas linhas convençam o leitor da propriedade do caminho empreendido pela judicatura brasileira e da necessidade de introduzir na reforma do Código Penal brasileiro disposições que permitam dotar as pessoas jurídicas de maior segurança jurídica acerca daquilo que se espera delas.

1.1 Exposição

1. Após a publicação de diversos trabalhos nos quais foram desenvolvidos os fundamentos e consequências do modelo construtivista de autorresponsabilidade penal empresarial,[8] vieram a ser publicadas várias contribuições em que se inicia um diálogo crítico e construtivo com o referido modelo.[9] Devido

8. Vide fundamentalmente Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005 [*Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Peru: ARA, 2009]; idem, "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", in: _____ (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, passim com referências ulteriores.

9. Vide, pelo que se pode observar, as análises críticas mais elaboradas a respeito são: Feijoo Sánchez, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 145 e ss.; Nieto Martín, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, p. 134 e ss., 145 e ss. Pastor Muñoz, *InDret* 2/2006, p. 13 e ss.; Schünemann, Bernd, La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea, in: Bajo Fernández (dir.); Bacigalupo; Gómez-Jara Díez (coords.), *Constitución europea y derecho penal económico*, 2005, p. 148 e ss. Uma excelente análise descritiva pode ser encontrada em Gracia Martín, Luis, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", in: Boix Reig (dir.); Lloria García (coord.), *Diccionario de derecho penal económico*, 2008, p. 805 e ss. Críticas específicas podem ser encontradas, por exemplo, em Bajo Fernández, Miguel, "La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro", *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Antonio González Cuellar*, 2006, p. 80; Galán Muñoz, *RDPCr* 18 (2006), p. 251 e s.; Zugaldía Espinar, José Miguel; *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, 2008, p. 151 e 158; em língua alemã mostram-se especialmente interessantes as agudas críticas de v. Freier, "Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen", em: *GA* 2009, p. 98 e ss; de modo mais recente, von Freier, "Selbstbelastungfreiheit für Verbandspersonen?", em:*ZStW* 122 (2010), p. 117 e ss. Possivelmente uma das questões que teve maior aceitação no debate acadêmico espanhol foi adotar a nomenclatura da distinção proposta em Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, p. 139 e ss., entre autorresponsabilidade penal empresarial e

à importância conjuntural da questão no que concerne a qual modelo seria o mais idôneo para ser introduzido nas diversas legislações que contemplam a possibilidade deste tipo de normas na atualidade, no presente texto proceder-se-á ao debate acerca das críticas formuladas, para o que se torna necessária uma breve descrição das linhas gerais tanto do delito empresarial como da pena empresarial. Com isso, não se pretende sugerir que se trata de uma discussão encerrada – de modo algum – senão única e exclusivamente assinalar sua importância e o caminho que, na opinião do autor, deveria ser tomado.

2. Afigura-se evidente, entretanto, que uma exposição medianamente detalhada de uma teoria do delito e da pena excederia em muito o espaço disponível no presente trabalho. Em face disso, espera-se que o leitor possa desculpar a estreita síntese a que serão submetidos conceitos jurídico-penais tão fundamentais como aqueles aqui tratados, tendo em vista uma compreensão global da posição adotada e dos principais fundamentos em que se apoia. A réplica a diversas críticas que foram apresentadas, tanto nos trabalhos acadêmicos já citados como em intervenções em seminários acadêmicos e profissionais, tomará como base as linhas que se traçam previamente, motivo pelo qual a exatidão da exposição será em certa medida sacrificada em favor da clareza.

2. UMA TEORIA DO DELITO EMPRESARIAL

1. O delito empresarial parte de uma premissa fundamental: determinadas organizações empresariais alcançam um tal nível de complexidade que – assim como ocorre com a psique do ser humano – começam a mostrar caracteres próprios de autorreferencialidade, autocondução e autodeterminação.[10] Precisamente a partir daí, se estabelece o fundamento da competência da pessoa jurídica sobre seu próprio âmbito organizacional. Isso significa que o fato de que determinadas pessoas jurídicas alcancem um determinado grau de auto-organização resulta que seja legítimo do ponto de vista do Direito Penal que se responsabilize a empresa pelas consequências derivadas do exercício de sua

heterorresponsabilidade penal empresarial (Bajo Fernández, Responsabilidad, p. 76 e ss.; Cancio Meliá, Responsabilidad, p. 6 e ss.; Galán Muñoz, *RDPCr* 18 (2006), p. 239 e ss.; Quintero Olivares, Gonzalo, "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas", in: García García (dir.), Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario. *Estudios de derecho judicial* 115-2007, 2007, p. 189 s.).

10. Vide Gómez-Jara Díez, *RECPC* 8/2006, p. 1 e ss. com referências ulteriores à teoria da organização e à sociologia da organização.

liberdade auto-organizativa.[11] Em poucas palavras, o primeiro nível de análise da teoria do delito empresarial é a capacidade de auto-organização da pessoa jurídica – funcionalmente equivalente à capacidade de ação da pessoa física.[12]

2. Relativamente à *imputação objetiva*, não se colocam, à primeira vista, excessivos problemas, observando-se que se tem tradicionalmente considerado que as dificuldades no âmbito da responsabilidade penal empresarial advêm da vertente subjetiva, e não da objetiva. De qualquer modo, trata-se de determinar se, em função do uso que a empresa fez de sua capacidade auto-organizativa, esta veio a gerar um determinado risco empresarial que culminou na realização do concreto resultado lesivo produzido.[13] Brevemente, pode-se indicar que um dado especialmente relevante é que, no momento de determinar o risco permitido, as maiores capacidades empresariais para a gestão do risco permitem caracterizar um "cidadão empresarial médio" com uma série de deveres que superam, largamente, os de um indivíduo concreto, sobretudo à luz do fenômeno autorregulador anteriormente assinalado e da impossibilidade do Estado de gestionar determinados riscos modernos.

3. Em relação à vertente da imputação subjetiva – tradicionalmente a mais problemática –, o dolo/imprudência empresarial se materializa na existência de um determinado *conhecimento organizacional do risco empresarial*. O *topos* do conhecimento organizacional (*organizational knowledge*) tem sido e é amplamente estudado no âmbito da teoria da organização, e por meio dele se podem adquirir importantes perspectivas no tocante ao que significa que uma organização empresarial tenha/devia ter, em um momento concreto, um determinado conhecimento organizacional. Em correspondência coma aproximação teórico-sistêmica a este *topos*, concorda-se com Willke, no sentido de que "o núcleo do conhecimento coletivo é a observação de que o conteúdo deste conhecimento não se caracteriza pelas partículas de conhecimento individuais que se encontramnas cabeças das pessoas (...), *mas pelas relações eos modelos de vinculação entre estes elementos de conhecimento*. As próprias

11. Vide Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, p. 278 e ss. com referência a posições como as de Schünemann, Bottke ou Heine que, em certa medida, compartilham o argumento fundamental de liberdade de organização em lugar de responsabilidade pelas consequências.

12. Vide Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, p. 228 e ss. com referência às posições coincidentes de autores como Heine (empresas com domínio de organização funcionalmente sistêmico), Lampe (empresas como produtoras sociais de injusto) ou Bottke (empresas como organizadoras de contatos sociais).

13. Vide sucintamente Gómez-Jara Díez, *Modelo constructivista*, p. 137 e ss.

vinculações constituem o conhecimento independente, coletivo ou sistêmico, da organização".[14]

4. Passando diretamente a outro núcleo problemático, a culpabilidade empresarial relaciona-se com três elementos fundamentais: a fidelidade ao Direito como condição para a vigência da norma, o sinalagma básico do Direito Penal e, por último, a capacidade de questionar a vigência da norma.[15] Considerando-se esta perspectiva, a circunstância de que as organizações empresariais possam gerar uma cultura empresarial de fidelidade ou infidelidade ao Direito, que a referida cultura empresarial possa questionar gravemente a vigência das normas do ordenamento jurídico e que se esteja reconhecendo paulatinamente um mínimo de cidadania à empresa no que diz respeito à liberdade de expressão – *corporate free speech* – contribuem para que, na sociedade moderna, a culpabilidade empresarial e a culpabilidade individual se mostrem como funcionalmente equivalentes.

3. UMA TEORIA DA PENA EMPRESARIAL

1. A possibilidade de compatibilizar o conceito de pena com a organização empresarial também constituiu, sem dúvida alguma, um dos maiores empecilhos no momento de institucionalizar a responsabilidade penal empresarial.[16] Nesse sentido, não são poucas as vozes que se ergueram sustentando que, por um lado, a empresa, em si, não tem capacidade de sentir a "dor" da pena;[17] por

14. Idem, *Steuerungstheorie*, 2002, p. 283 e ss., 290 e s. Vide também, idem, *Management for schung* 6 (1996), p. 263 e ss.; extensamente idem, *Wissensmanagement*, 2006, p. 27 e ss., 66 e ss. Sobre a distinção entre conhecimento organizacional e conhecimento individual vide Willke, *Einführung in die Systemtheorie*, 2006, p. 55 e ss., 59 e ss.

15. Para o desenvolvimento dos referidos pilares no âmbito da culpabilidade individual, vide GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, p. 258 e ss., 273 e ss., 285 e ss.

16. Vide, por exemplo, em um período recente, Stratenwerth, *FS-Schmitt*, 1992, p. 302 "falta todo substrato para uma pena"; a crítica mais contundente pode ser encontrada em v. Freier, *Verbandsstrafe*, 1998, p. 55 e ss., 230 e ss.

17. Possivelmente uma das posições mais antigas conhecidas a este respeito é a de Kohler, J., *GA* 1917, p. 503 e ss. Este autor entende que não deve haver um Direito Penal das pessoas jurídicas (mas sim um Direito Penal administrativo), visto que parte de um conceito de pena justa que se encontra vinculada ao sentimento de dor e este somente pode dar-se na pessoa física (não obstante, afirma que a partir de uma concepção da pena como dissuasão é perfeitamente possível a união de pena e pessoa jurídica, dando lugar a um Direito Penal administrativo, tendo em vista que a dissuasão não é um verdadeiro fim do Direito Penal, mas sim do Direito Penal administrativo).

outro lado, também se objetou com certa frequência que ao impor uma pena à empresa, se estará castigando, na realidade, os acionistas ou os membros da empresa.[18] Entretanto, o fato de que o conceito de pena tenha-se afastado cada vez mais da dor física do condenado,[19] e de que se haja constatado que a organização empresarial se apresenta como uma entidade/sistema separada dos referidos acionistas/membros[20] contribui, indubitavelmente, para que seja reconsiderado o verdadeiro alcance desta objeção.

2. Conforme explicitado anteriormente na exposição realizada, o modelo construtivista estabelece uma estreita relação entre os conceitos de culpabilidade e pena.[21] Nesse sentido, a culpabilidade, tanto no Direito Penal empresarial como no Direito Penal individual, fundamenta-se em uma determinada concepção da conhecida prevenção geral positiva – de modo concreto: na *retribuição comunicativa*. Assim, de acordo com a teoria da pena baseada na retribuição comunicativa, a pena cumpre a *função* de contribuir – no sentido de aumentar a probabilidade de êxito da comunicação – para o restabelecimento comunicativo da norma, surgindo em decorrência disso como *prestação* o reforço da fidelidade ao Direito. Dessa maneira, a intensa e atual discussão

18. Vide v. Bar, *Gesetz und Schuld*, II, 1917, p. 135, nota 5a. Por isso não causa surpresa que na atualidade alguns partidários da responsabilidade penal empresarial pareçam reconhecer essa circunstância e procurem oferecer justificativas do motivo pelo qual, apesar de tudo, se mostra legítima a imposição de uma sanção à empresa (vide Schünemann, *ADPCP* 2002, p. 232 e ss.). Entretanto, essa objeção encontra uma firme oposição desde que Hepp, *Rechtswissenschaft*, 1827, p. 85 e ss., assinalou que muitas penas afetam indiretamente a pessoas inocentes, com consequências prejudiciais. Além disso, não se pode deixar de destacar que no âmbito administrativo sancionador foi vista a justificativa da responsabilidade das pessoas jurídicas pela capacidade que possuem de suportar a sanção (vide Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, 2004, p. 323 e ss.).

19. Sobre o papel que desempenha a dor "penal" na concepção da pena vide, por um lado, Jakobs, *Staatliche Strafe*, p. 26, 28, 29, vinculando-a à *finalidade* da pena e separando-a do *significado*; mais detalhadamente em idem, *LH-Reyes Echandía*, 2005, p. 152 e ss; cfr. acerca do tema, GÓMEZ-JARA, *Rechtstheorie* 36 (2005), p. 332 e s., atribuindo à dor a categoria de constructo normativo; mais desenvolvido em Gómez-Jara Díez, *InDret* 2/2008, p. 15 e ss.

20. Neste ponto volta a mostrar-se decisiva a concepção autopoiética da organização empresarial, visto que, entre outras questões, esta concepção não obedece à distinção tudo/parte, mas sim à de sistema circundante, estando situados os indivíduos no entorno – e não no sistema. Vide sobre isso, com referências ulteriores Gómez-Jara Díez, *RECPC* 8/2006, p. 5 e ss.

21. Vide em detalhe Gómez-Jara Díez, *Teoría*, p. 414 e ss.

que existe no Direito Penal individual no tocante à relação que se estabelece entre culpabilidade e pena estende-se igualmente ao Direito Penal empresarial, como consequente benefício – ao menos conceitual – que se supõe poder tornar compatível uma discussão do "núcleo duro" do Direito Penal moderno com a responsabilidade penal empresarial.

3. A opção de fundamentar a pena empresarial em uma vertente da prevenção geral positiva não constitui uma novidade. São vários os autores que, de uma forma ou de outra, buscaram sustentáculo em diversas variantes desta teoria da pena para fundamentar suas posições nesta matéria.[22] O que o modelo construtivista traz talvez como contribuição nesse sentido é uma "atualização" dessa opção, apoiando-se nos avanços experimentados pelas ciências da comunicação.[23] No que diz respeito à *função*, a pena, quer seja imposta a um indivíduo como a uma organização empresarial, restabelece comunicativamente a vigência da norma e, nesse sentido, não se verifica qualquer diferença entre o campo do Direito Penal individual e o do DireitoPenal empresarial.[24]

---

22. Vide, com diferentes matizes, entre outros, Bottke, *wistra* 1997, p. 250; Bucy, *Minn.L.Rev.* 75 (1991), p. 1106 e ss.; Dannecker, *GA* 2001, p. 104; Tiedemann, *NJW* 1988, p. 1172.

23. Nesse sentido, Feijoo Sánchez, *Sanciones*, p. 82 e s., expôs recentemente em oposição a determinadas construções antigas na doutrina espanhola que "é certo que, como ponto geral de partida, pode afirmar-se a existência de culpabilidade e, portanto, a necessidade de impor uma pena quando o exige o restabelecimento da norma. Esta, porém, é uma argumentação circular que não fundamenta nada se não forem acrescentadas considerações posteriores que legitimem o motivo pelo qual uma determinada pessoa, um determinado ente ou um determinado sistema deve sofrer a imposição de uma pena como meio necessário para manter a confiança geral na vigência da norma. (...) A mera referência à prevenção geral positiva não basta para individualizar por que um determinado subsistema ou uma determinada pessoa é a que deve receber uma sanção para que se restabeleça o ordenamento". Nesse sentido, para que a imposição de uma pena à empresa adquira o significado comunicativo de restabelecimento da vigência do ordenamento jurídico, revela-se fundamental – no Direito Penal moderno – que os pressupostos para impor a referida pena configurem um modelo de autorresponsabilidade ou de responsabilidade pelo fato próprio.

24. Vide a respeito Gómez-Jara Díez, *Teoría de sistemas y Derecho penal*, 2005, p. 414 e ss., 420 e ss.; sobre sua relevância no âmbito do Direito Penal empresarial vide idem, *Culpabilidad*, p. 295 e ss. Nessa perspectiva, portanto, não se podem compartilhar as afirmações de Cancio Meliá, Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa, in: Mir Puig; Corcoy Bidasolo (dir.); Gómez Martín (coord.), *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006, p. 11 e s., de que a pena à organização empresarial constitui, *per se*, uma debilitação da força expressiva da

Isso, ademais, éuma consequência obrigatória de formar-se um conceito de pessoa jurídico-penal que abarque tanto indivíduos como organizações empresariais.[25] No que concerne à *prestação*, o que mais interessa aqui é como se mostra o reforço da fidelidade ao Direito no âmbito jurídico-penal empresarial. E constata-se que, da mesma forma que ocorreu com o indivíduo, o simbolismo jurídico-penal associado à pena imposta com base na liberdade de auto-organização da pessoa estimula a ideia da autorresponsabilidade da pessoa.[26] No caso do Direito Penal empresarial, esta ideia se plasma na estimulação e no reforço da autorresponsabilidade empresarial,[27] como reforço da criação e manutenção de uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito.

4. O que acaba de ser exposto não se choca, em absoluto, com a proclamada necessidade de se contar comum catálogo amplo de sanções para empresas no âmbito de um Direito Penal empresarial.[28] Desse modo, *por um lado*, o modelo

---

pena, além de uma debilitação da prevenção geral positiva (vide igualmente Mir Puig, *RECPC* 06 (2004), p. 14, fazendo referência à distinção simbólica e comunicativa que pressupõe a pena e que, no caso de ser aplicada à pessoa jurídica, se perderia). Assim, no que concerne ao primeiro, a força expressiva da pena, pelo menos da perspectiva teórico-sistêmica aqui adotada, não se vincula à dor penal humana entendida em termos psicológicos, senão que, no que se refere à dor, como se mencionou anteriormente, esta é entendida como um constructo normativo *sobre* o qual se comunica *normativamente* (vide, com mais detalhes Gómez-Jara Díez, *Rechtstheorie* 36 (2005), p. 332 e ss.); o determinante para tais efeitos é que o sistema ao qual se impõe a pena goze, em primeiro lugar, de uma autorreferencialidade suficiente e, em segundo lugar, da possibilidade de participar na conformação da norma. No que concerne ao segundo, a confirmação da identidade normativa da sociedade depende, evidentemente, de quais características configurem a identidade de uma sociedade em uma época determinada; dado que atualmente existem fortes indícios de que a sociedade moderna é, em grande medida, uma sociedade de organizações (vide Perrow, *Theory and Society* 20 (1991), p. 725 e ss.) não parece despropositado considerar que as penas às organizações empresariais confirmam igualmente sua identidade. Expresso de modo mais conciso: as críticas de Cancio Meliá e Mir Puig mostram-se válidas, em princípio, para os modelos de heterorresponsabilidade empresarial, mas não para os modelos de autorresponsabilidade penal empresarial.

25. Sobre o referido conceito de pessoa e seus requisitos, vide amplamente Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad penal*, p. 219 e ss.

26. Vide agora apenas Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez), Madri, Civitas, 2003, p. 108.

27. Vide as reflexões de Bottke, *wistra* 1997, p. 250 e s.; Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 253 e s., 279 e s.

28. Sobre a necessidade de um catálogo amplo, vide Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 301 e ss.

construtivista indica que nem todas essas sanções devem ter a consideração de penas; assim como no Direito Penal individual existe um sistema de – no mínimo – dupla via, também o Direito Penal empresarial deve distinguir entre tipos de sanções e estabelecer um sistema de – no mínimo – dupla via.[29] *Por outro lado*, a concepção construtivista não implica que as penas para as empresas sejam idênticas às penas para os indivíduos; somente se pretende assinalar que, do ponto de vista conceitual – isto é, em um plano de reflexão *abstrato* –, são funcionalmente equivalentes. Dessa forma, no momento de *fixar* que tipo de penas devem ser impostas às empresas, deve-se levar em conta a realidade empresarial, no sentido de observar que necessidades a sociedade moderna apresenta em relação à punição de empresas e qual é o *status* que, nas circunstâncias atuais, nela ostentam as organizações empresariais.[30]

5. Finalmente, não se pode desconhecer a extraordinária importância da denominada "pena de morte empresarial" (*corporate death penalty*).[31] A desaparição.da.conhecida firma de auditoria e consultoria *Arthur Andersen* como consequência do procedimento penal que foi iniciado contra ela no ano de 2002[32] chamou a atenção de modo relevante, alertando paraa importância da

29. Nesse sentido, mostra-se idônea a imposição de penas baseadas na culpabilidade empresarial e medidas de segurança fundamentadas na periculosidade empresarial (vide Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, p. 74 e s.; em sentido similar Bottke, *wistra* 1997, p. 249, 252 e s.). É por isso que, no fundo, não há por que serem irreconciliáveis as posições que advogam por um Direito Penal empresarial de medidas (entre outros Schünemann, *ADPCP* 2002, p. 29) e aquelas que propõem um verdadeiro Direito *Penal* empresarial.

30. Isso se torna decisivo em relação à denominada "pena de morte" para as empresas: por exemplo, a dissolução ou a privação de ativos. Nesse sentido apresenta-se especialmente ilustrativa a situação norte-americana, visto que, conforme as Diretrizes, a pena de morte empresarial somente poderá ser imposta àquelas empresas que tenham uma finalidade delituosa ou que operem principalmente através de meios delituosos. Assim, afigura-se um pouco curioso que a regulamentação espanhola seja mais "agressiva" que a norte-americana sempre que as Consequências Acessórias do Código Penal – art. 129, *b* – permitem a dissolução da sociedade, questão vedada no ordenamento norte-americano àquelas organizações empresariais que não tenham sido constituídas por motivos delituosos ou que não operem fundamentalmente sobre a base de meios delitivos. Provavelmente a causa disso é a maior relevância da liberdade empresarial nos Estados Unidos, que sustenta um *status* maior das organizações empresariais daquele país.

31. Vide a respeito Hamdani; Klement, *Deterrence and the Corporate Death Penalty*, 2006, p. 1 e ss.; Kreiner, *Ariz. L.Rev.*47 (2005), p. 933 e ss.

32. Sobre o caso *Andersen* vide, com ulteriores referências, Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad*, p. 54 e ss.

condenação pública das empresas eda significativa recriminação que a pena – e não outro tipo de sanções de caráter punitivo como, por exemplo, os "danos punitivos" (*punitive damages*) – comporta na sociedade moderna devido ao impacto devastador da publicidade negativa nas organizações empresariais.[33]

4. O MODELO CONSTRUTIVISTA EM DEBATE

4.1 Realismo da pessoa física versus ficção da pessoa jurídica?

1. Na discussão jurídico-penal acercada responsabilidade penal das pessoas jurídicas aparece, em algumas mais veladamente que em outras, a crítica de que, em última instância, as únicas pessoas que existem no mundo real são as pessoas físicas e não as pessoas jurídicas. Relevando-se o fato de que tais críticas dependem extraordinariamente da abordagem teórica que se adote como ponto de partida – sendo imprescindível mencionar aqui que, para numerosas posições teóricas,[34] aos "olhos" do Direito somente existem pessoas jurídicas –, o certo é que parece que as referidas críticas tendem a simplificar excessivamente a problemática que circunda a própria existência das pessoas físicas.

2. Destarte, afigura-se complicado afirmar, por exemplo, que os processos de autorreferencialidade no ser humano são evidentes, enquanto na organização empresarial são "fictícios". O que se pode efetivamente verificar é que tais processos têm sido mais estudados até agora nos primeiros do que nas segundas, gerando-se assim pela ciência – sobretudo as ciências neuropsicológicas –[35] uma estrutura comunicativa que irrita notavelmente o Direito Penal

---

33. Sobre isso vide apenas o clássico estudo de Fisse; Braithwaite, *The Impact of Publicity on Corporate Offenders*, 1983, passim.

34. Provavelmente se deva a Teubner a construção mais depurada a respeito (vide entre outras muitas contribuições Teubner; Hutter, Homo Oeconomicus and Homo Juridicus – Communicative Fictions?, in: Baums, Theodot; Hopt, Klaus J.; Horn, Norbert (EE.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, p. 574; Teubner, *DOXA* 25 (2002), p. 538 e o excelente e esclarecedor trabalho Teubner, *Am.J.Comp.L.* 36 (1988), p. 130 e s.).

35. Vide apenas Roth, Selbstorganisation – Selbsterhaltung – Selbstreferentialität: Prinzipien der Organisation der Lebewesen und ihre Folgen für die Beziehung zwischen Organismus und Umwelt, in: Dress, Andreas; Hendrichs, H.; Küppers, Günter (EE.), *Selbstorganisation – Zur Entstehung von Ordnung in Natur und Gesellschaft*, 1986, p. 149 e ss.; idem, Gehirn und Selbstorganisation, in: Krohn, Wolfgang, Küppers, Günter (EE.), *Selbstorganisation. Aspekte einer wissenschaftlichen Revolution*, Braunschweig, Vieweg, 1990, p. 167 e ss.; idem, *Fühlen*, passim.

(individual). É por isso que ageração paulatina dessa estrutura no âmbito das ciências sociais – e em especial, da teoria da organização – em relação às organizações empresariais acarreta – ou pelo menos, deve acarretar – importantes consequências no Direito Penal (empresarial). Indubitavelmente, a teoria da comunicação,[36] a teoria da organização e a sociologia da organização[37] parecem ter dado importantes demonstrações nas últimas décadas de que existem indícios suficientes de que a comunicação goza da mesma autorreferencialidade que a consciência – premissa fundamental da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos.[38]

3. Isso pode ser constatado de maneira especialmente significativa no âmbito da imputação subjetiva. Neste ponto, sustenta-se que falar do dolo como conhecimento da pessoa física é algo evidente, mas se a mesma frase é formulada com relação à pessoa jurídica, trata-se de uma ficção.[39] No entanto, para

36. Fundamental Merten, *Kommunikation: Eine Begriffs- und Prozessanalyse*, 1977, p. 43 e ss. e passim.

37. Vide, entre outros, Ausor, *Evolution of the Firm*, p. 179 e s., 181; Drazin; Sanderlands, *Organization Science* 3 (1992), p. 230 e ss.; as contribuições contidas em Ulrich, Hans; Probst, Gilbert J. B.; *Self-organization and managament of social systems: insights, doughts, and questions*, 1984, passim e Probst, Gilbert J. B.; Siegwart, Hans, *Integriertes Management: Bausteine der system orientierten Managements. Festschrift zum 65 Geburstag von Prof. Dr. h.c. Hans Ulrich*, 1985.

38. Baecker, *Wozu Systeme*, 2000, p. 111 e ss.; Luhmann, *Soziale Systeme*, 1984, p. 191 e ss.; idem, *Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990, p. 21 e ss.; idem, *Soziologische Aufklärung. Bd. VI*, p. 113 e ss.; Nassehi, La diferencia de la comunicación y la comunicación de la diferencia. Sobre los fundamentos de la teoría social de Niklas Luhmann (tradução de Juan Ignacio Piña Rochefort), in: Gómez-Jara Díez (E.), *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 21 e ss.

39. Nesse sentido observa Feijoo Sánchez, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 145 e s., que "até agora não foi oferecida nenhuma análise detalhada que respalde a ideia de que existem sistemas comum a autorreferencialidade que sequer se aproxime da complexidade da psique humana", motivo pelo qual conclui que uma fundamentação dogmática com tal pressuposto é "não somente demasiado simples e formal, mas também frágil". Evidentemente, dificilmente pode um dogmático penal levar a cabo por si mesmo uma análise da autorreferencialidade da comunicação e da organização empresarial, devendo fazer remissão, irremediavelmente, aos estudos, sumamente exaustivos, que existem nas ciências da comunicação e da organização empresarial. O modelo construtivista parte da certeza de tais análises, e quem pretender divergir deve buscar suportes nas referidas ciências ou em outras para rebatê-las, mas não na própria ciência penal, visto que nesse caso a argumentação cai em um círculo vicioso. Mais acertado em sua crítica, v. Freier, *GA* 2009, p. 113 com a nota 79, o qual assinala que a questão principal reside em determinar em que consiste o

que se possa efetivamente realizar a imputação subjetiva a uma determinada pessoa – seja física ou jurídica – torna-se relevante a existência de determinados indícios que permitam atribuir significativamente um determinado conhecimento em um determinado momento. Disso não redunda que em um caso se esteja tratando com uma atribuição "realista" de conhecimento e em outro "fictícia"/"normativa",[40] mas que em ambos os casos se está na presença da imputação de um determinado conhecimento – quer seja individual, quer seja organizacional – sobre a base de determinados indícios.

4.2 Monismo da teoria de sistemas versus pluralismo de outras teorias?

1. Em várias das explicações oferecidas até o momento, foi feita referência ao fato de adotar-se a perspectiva que propõe a teoria de sistemas. Isso parece haver sido interpretado por certos autores como uma obrigatoriedade de adotar os pontos de partida construtivistas para poder fundamentar os resultados alcançados. Desta maneira, a correção destes últimos dependeria, exclusiva-

---

qualificativo de "auto" nos conceitos de autorreferencialidade, autoconstituição etc. aplicados às organizações empresariais. Neste ponto afirma que tais organizações não se experimentam a si mesmas como "eu" diante de um "outro"; no entanto o ser humano o faz, e, em sua opinião, essa é a característica central que permite a imputação jurídico-penal. Independentemente do fato de que seria muito discutível que essa fosse a característica central, v. Freier não leva suficientemente em conta três circunstâncias: em primeiro lugar, que a afirmação de que o ser humano tem essa experiência é uma construção comunicativa de um sistema social, razão pela qual é o próprio sistema que determinará se pode aplicar-se essa experiência de outros sistemas que não têm por que serem psíquicos; em segundo lugar, que as reflexões iniciais a este respeito foram motivadas pela *analogia entis*, mas o que se entende na sociedade moderna por um ente análogo não necessariamente coincidirá com essas primeiras reflexões; finalmente, que a teoria de sistemas não parte, como ele parece entender, de um raciocínio analógico, mas sim de uma abstração teórica que posteriormente se concretiza em sistemas específicos (vide a respeito Gómez-Jara Díez, Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos del concepto constructivista de culpabilidad, in: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (E.), *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 390 e ss. (Culpabilidad y penal en una teoría constructivista del derecho penal: Peru: ARA, 2008).

40. Cfr. não obstante Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, p. 159 e ss., interpretando que, ao construir da maneira acima exposta, se "abandona" o caminho do normativismo. Na realidade, tanto para as pessoas físicas como para as jurídicas, é proposto um conceito normativo de dolo que, em ambas as ocasiões, se atribui sobre a base de determinados indícios – no caso das organizações empresariais, graças às contribuições da teoria da organização.

mente, da conivência com alguns pressupostos epistemológicos determinados. Por conseguinte, desterrada a teoria de sistemas como inadequada para o Direito Penal, elimina-se *ipso facto* a base sobre a qual se assenta o modelo construtivista.[41]

2. Independentemente do fato de que a própria teoria de sistemas se nutre, como não poderia deixar de ser, das contribuições de muitas outras teorias – e, portanto, irremediavelmente, integra os seus respectivos conhecimentos –, ressalta-se que a vantagem que representa a adoção desta teoria é, fundamentalmente, não contar somente com uma descrição adequada de um fenômeno concreto – haja vista a autorregulação – mas integrar tal concepção em uma explicação completa do fenômeno social. Certamente, são muitas as análises teóricas que fornecem aportes fundamentais no que concerne a circunstâncias pontuais, mas considera-se possível afirmar que se estes se integram em uma explicação coerente da multiplicidade de facetas que apresenta a sociedade moderna, obtém-se um resultado de maior nitidez.

3. Finalmente, para abordar uma das críticas típicas que se efetua à teoria de sistemas, o "encapsulamento" ou "isolamento" somente pode ser sustentado devido a um relativo desconhecimento dos pressupostos desta teoria. E isso ocorre porque, como tem sido reiterado na literatura teórico-sistêmica, *o fechamento é a condição da abertura e não implica, sob nenhum conceito, o isolamento.*[42] O problema consiste em determinar a que está aberto o sistema; não se está aberto ou não, visto que a resposta a esta última pergunta é claramente afirmativa. No âmbito próprio da teoria de sistemas indica-se que o sistema

41. Vide Feijoo Sánchez, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del derecho penal contra las empresas*, 2003, p. 127, nota 36: "Conduz a uma ideia de autismo, enquistamento e encapsulamento do ordenamento jurídico como sistema"; idem, *Derecho penal*, p. 149; Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 81: "É preferível apostar em sistemas abertos, não encapsulados ou autorreferenciais". A inidoneidadeda crítica torna-se ainda mais evidente quando se adverte que grande parte dos fundamentos do modelo construtivista deriva de autores como Helmut Willke ou Gunther Teubner, que podem ser tachados de tudo menos de "sistêmicos ortodoxos"; sendo inclusive mais conhecidos – como se pode observar pela leitura de qualquer um de seus trabalhos – pela combinação das contribuições da teoria de sistemas com outras disciplinas.

42. Vide amplamente Gómez-Jara Díez, Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos del concepto constructivista de culpabilidad, in: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (E.), *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 390 e ss. com ulteriores referências (*Culpabilidad y penal en una teoria constructivista del derecho penal*, Peru: ARA, 2008).

está aberto à energia, mas não à informação; ou, expresso de outra maneira, que o sistema recebe irritações do exterior que não condicionam de modo determinante a informação que gera o próprio sistema.

4.3 Responsabilidade empresarial versus *responsabilidade coletiva*

1. No âmbito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, têm-se apresentado numerosas discussões no tocante à questão de tratar-se de uma responsabilidade coletiva – respondemos membros do ente coletivo – ou de uma responsabilidade empresarial – responde a própria empresa. A primeira vincula-se estreitamente com a responsabilidade do grupo, a tribo, o clã ou a família – *sit venia verbo* "*Sippehaftung*" – e revela-se, da perspectiva do modelo construtivista, incompatível com os princípios básicos do Direito Penal moderno – questão diversa é sua compatibilidade com outros Direitos penais pretéritos.[43]

2. Essa é a razão pela qual a depurada argumentação de Nieto Martín sofre uma séria desvantagem. E isso ocorre porque a finalidade última da responsabilidade penal das pessoas jurídicas consiste em reforçar a responsabilidade penal das pessoas físicas. Através do castigo imposto à coletividade de pessoas que formam a organização empresarial pretende-se, em última instância, aumentar a responsabilidade penal das pessoas físicas que, a seu modo de ver, a integram.[44] A autorregulação que pulsa no fundo não é senão a autorregulação das pessoas que integram a pessoa física, o que se apresenta como especialmen-

---

43. Em face disso não se pode compartilhar a opinião de Pastor Muñoz, *InDret* 2/2006, p. 2, de que o modelo construtivista defenda a afirmação de que "em Direito Penal é admissível a *responsabilidade coletiva*" (grifado no original). O modelo construtivista parte de uma distinção fundamental entre responsabilidade empresarial e responsabilidade coletiva (vide apenas French, *Corporate responsibility*, passim) e somente considera compatível com os parâmetros do Direito Penal a primeira. Sobre as diferentes formas de culpabilidade coletiva vide Rothenpieler, *Der Gedanke einer Kollektivschuld in juristischer Sicht*, 1982, p. 120 e ss. e passim.

44. Vide de maneira taxativa Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 48: "A responsabilidade da empresa não procura substituir a responsabilidade individual, mas sim incrementá-la". Precisamente em sentido contrário parece dirigir-se a construção de Feijoo Sánchez, visto que para este autor uma organização global correta da empresa impossibilita "penetrar" nesta para atribuir responsabilidade (Feijoo Sánchez, *Derecho penal*, p. 181 e ss.). Em vista disso, Feijoo Sánchez analisa quando se considera que uma empresa, como realidade emergente, está bem organizada ou quando conta com uma organização defeituosa (Feijoo Sánchez, *Derecho penal*, p. 125 e ss., 131 e ss.) que, segundo sua concepção, não implica a responsabilidade penal da mesma, mas sim a possibilidade de indagar quem são os responsáveis individuais por tal organização

te problemático quando, no momento de impor a pena e de executá-la, existem pessoas físicas diferentes daquelas que lá se encontravam quando aconteceram os fatos delituosos.[45]

3. Entretanto, o *quid* da questão, da perspectiva do modelo construtivista, não reside em aumentar ou diminuir a responsabilidade das pessoas físicas. Consiste em constatar a existência de novos sujeitos – organizações empresariais – no cenário social moderno que apresentam comportamentos socialmente lesivos, merecedores e necessitados de sanção penal.[46] E isso independentemente de que outros sujeitos – pessoas físicas – participem ou não nos mesmos. Questão diversa é como se relacionamos injustos de ambos, mas daí não deve decorrer uma "transferência" de responsabilidade em um ou outro sentido.[47]

---

defeituosa, podendo impor-se à empresa, unicamente, determinadas sanções, que em nenhum caso podem ser consideradas penas.

45. E, na realidade, não se trata apenas disso, mas existe, pelo que se pode observar, um grave *déficit* de legitimação – que, em última instância, afeta todas as formas de culpabilidade coletiva. É legítimo sancionar *penalmente* uma pessoa jurídica para conseguir maiores efeitos dissuasórios sobre as pessoas físicas? Independentemente de que, desta maneira, se esteja concebendo a empresa como um meio para um fim em um âmbito como o do Direito Penal, no qual estes raciocínios são vedados, os pretendidos efeitos psicológicos sobre os indivíduos são mais do que questionáveis – se já são questionados mediante a sanção penal direta aos indivíduos, ainda mais mediante a sanção indireta através da pessoa jurídica – e, sobretudo, estão expostos a graves abusos. O modelo construtivista parte da concepção oposta: o reconhecimento da organização empresarial como um cidadão da sociedade moderna ao qual, junto aos benefícios relevantes de que goza como tal, se impõem obrigações relevantes – até chegar às cotas máximas: as penais – por seu próprio comportamento empresarial – e não pelos efeitos que possam ser estendidos sobre os indivíduos.

46. Por esse motivo não se pode concordar com a proposta de Pastor, *InDret* 2/2006, p. 13, de que, ainda que se constate a passagem de uma sociedade de indivíduos a uma sociedade de organizações, "para fazer frente ao fenômeno dos riscos não permitidos produzidos pelas organizações (e, concretamente, pela empresa), deve recorrer-se a respostas distintas da pena (medida de segurança, Direito Administrativo sancionador)". E isso porque, afora a possibilidade de que o legislador possa tornar inútil toda a discussão ao introduzir as penas para empresas sem maiores considerações, no que se refere ao "deve", está sendo descrita a situação atual – penas para pessoas físicas e medidas de segurança (consequências acessórias) e Direito administrativo sancionador – que são consideradas por grande parte dos que participam deste debate tanto ineficazes como injustas.

47. O mesmo cabe assinalar a respeito das críticas de "dupla valoração" do mesmo fato – conhecimento da pessoa física – e da "transferência" dos elementos do delito das

4.4 Culpabilidade empresarial "de verdade" versus culpabilidade empresarial "pela metade"

1. Outra das questões mais debatidas nos últimos tempos, e acerca da qual não se vislumbra uma solução satisfatória, é se, ao se falar em culpabilidade empresarial, na realidade se estará tratando de algo diferente da culpabilidade individual. Ou seja, estando a ideia de culpabilidade estreitamente vinculada a determinadas características do ser humano, considera-se que nunca poderá existir uma verdadeira culpabilidade na pessoa jurídica, senão que, quando muito, falar de culpabilidade empresarial se revela pouco mais que um eufemismo.[48] Da mesma forma, nesta linha de argumentação, faz-se referência ao fato de que, na realidade, não se pode realizar uma reprovação ético-social similar àquela que é dirigida aos seres humanos.[49]

2. Diante deste tipo de alegação não deixa de surpreender a aparente univocidade, em relação ao próprio conceito de culpabilidade, na qual se apoiam. Nesse sentido, torna-se difícil excluir *a priori* a possibilidade de uma culpabilidade empresarial apelando a uma espécie de consenso no que concerne à culpabilidade individual, já que, como bem é sabido, este não foi alcançado, nem tem a expectativa de ser alcançado em um futuro próximo. A possibilidade de

---

pessoas físicas da empresa para esta última "para construir os elementos da responsabilidade penal empresarial" (Pastor, *InDret* 2/2006, p. 16). Este tipo de consideração, em geral, desconhece a separação entre conhecimento individual e conhecimento organizacional – que *não* é a soma de conhecimentos individuais, como se teve oportunidade de expor anteriormente. Acertadamente, vide na mesma linha Zúñiga Rodríguez, *Bases*, p. 239.

48. Isso é observado tanto por detratores da culpabilidade empresarial como Feijoo Sánchez, *Derecho penal*, p. 150 e ss., como por importantes defensores [Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 145, o qual fundamenta em última instância determinados aspectos de sua proposta no fato de que não se trata de uma culpabilidade equivalente à da pessoa física e, portanto, podem ser admitidos certos aspectos intoleráveis no Direito Penal individual, como a configuração do Direito Penal empresarial como um Direito Penal de autor (vide ibidem, p. 151 e ss.)].

49. Vide Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 21: "Quando emprego no texto o termo de culpabilidade de empresa, deve entender-se que não me refiro a um juízo de recriminação similar àquele que se projeta sobre as pessoas físicas". Entretanto, precisamente a partir do importante significado que os peritos nessa matéria atribuem à recriminação (*shaming*) empresarial, dificilmente pode concordar-se com a afirmação de que não existe uma recriminação à empresa (vide, entre outros muitos, Banard, *S. Cal. L. Rev.* 72 (1999), p. 959 e ss.; Curcio, *DePaul L. Rev.* 45 (1996), p. 341 e ss., especialmente, p. 368 e ss.; Skeel, *U.Penn.L.Rev.* 149 (2001), p. 1811 e ss.

afirmar a existência de uma culpabilidade empresarial deve, necessariamente, ser vinculada a um conceito determinado de culpabilidade,[50] e não se pode descartar, imotivadamente, levado por apriorismos baseados em consensos inexistentes.[51]

3. Também neste âmbito da culpabilidade empresarial, parece estranho que se submeta este conceito a exigências às quais não se submete o conceito de culpabilidade individual. Observa-se serem frequentes as argumentações que apelam à "indemonstrabilidade" da culpabilidade empresarial em contraposição à aparente "demonstrabilidade" da culpabilidade individual.[52] Independentemente do que foi anteriormente assinalado acerca da necessidade de referir-se a discussão a conceitos concretos de culpabilidade, realmente não se consegue ver como pode se sustentar a "evidência" da culpabilidade individual em contraposição à "artificialidade" da culpabilidade empresarial – a menos que todo o raciocínio penal se baseie em uma *analogia entis* de tal maneira que não se possa atribuir responsabilidade penal a quem não se pareça fisicamente comum ser humano.

4. Finalmente, o importante é abandonar preconceitos antropocêntricos e observar quais são as condições mínimas para que um sistema jurídico-penal atribua responsabilidade sobre a base da culpabilidade. E se tais condições

50. Nesse sentido é correta a afirmação de Feijoo Sánchez, *Derecho penal*, p. 147, ao adotar seu conceito de culpabilidade como ponto de partida, mas é incorreta ao não analisar mais detidamente aquilo que para o referido conceito – do mesmo modo que para o conceito construtivista de culpabilidade – é uma circunstância fundamental: a participaçãonos assuntos públicos. Ocorre que, como já se teve oportunidade de esclarecer em outro lugar e se referirá brevemente após, nos dias atuais mostra-se dificilmente questionável que certas organizações empresariais não participemnos assuntos públicos.

51. Da mesma forma, tampouco se afiguram úteis aquelas críticas (vide Zugaldía Espinar, *Responsabilidad*, p. 158) que se referem a determinadas contribuições de diversas teorias da culpabilidade que possam servir de apoio pontual na construção de um conceito de culpabilidade – no caso do conceito construtivista, determinadas contribuições da teoria da culpabilidade de Jakobs –, mas que não apenas contam com outros apoios – no conceito construtivista, aqueles brindados entre outros por Kindhäuser ou Klaus Günther (vide as referências em Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, p. 286 e ss.)–, mas que contam com uma aproximação global diferenciada (vide, corretamente, Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 142 e ss.). Em geral, sobre a diferenciação a respeito da teoria normativo-funcionalista e a busca de um fundamento próprio, vide as considerações vertidas em Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, p. 208 e ss.

52. Vide as referências em Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, p. 139 e ss.

são atribuíveis à organização empresarial, então não existem motivos teóricos ou práticos para evitar utilizar, com todas suas consequências, o conceito de culpabilidade empresarial. Além disso, não se podem compartilhar aquelas concepções que pretendem empregar o conceito referido, mas sem, posteriormente, produzir todas as consequências que lhe são inerentes – Direito Penal do fato, culpabilidade *versus* periculosidade, penas *versus* medidas de segurança etc. –, nem admitir sua equivalência com o conceito de culpabilidade individual.[53]

4.5 *Cidadania empresarial* versus *cidadania individual*

1. Em uma perspectiva análoga ao tema que acaba de ser exposto, encontra-se uma das questões mais debatidas do conceito construtivista de culpabilidade empresarial: aquela que se refere à cidadania empresarial. Nesse sentido, foram formuladas críticas especialmente a respeito da atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas,[54] considerando-se que estes, em última instância, não são suficientes já que o Direito Penal trata com conceitos máximos de cidadania e não o mínimo de cidadania a que faz referência o conceito

53. Fundamentalmente a proposta, por outro lado sugestiva, de Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 145 e ss. Ou efetivamente se reconhece que a organização empresarial tem capacidade de culpabilidade – ainda que seja equivalente funcionalmente –, sendo-lhe, portanto, reconhecidas *todas* as garantias que esse conceito essencial para o Direito Penal comporta, ou se declara abertamente, como faz uma grande variedade de autores, que não tem capacidade de culpabilidade, sendo tratada, em maior ou menor medida, como um objeto, não lhe sendo concedidas as proteções conferidas pelos princípios informadores do Direito Penal. *Tertium non datur*. Tanto neste âmbito (culpabilidade) como no da pena, os nomes importam, e muito. Outra questão é que o nominalismo se tornou, como bem indica Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 15 e ss., um debate estéril. Mas isso no sentido de que, com uma palavra do legislador, a discussão se vê certamente terminada. Possivelmente tenha sido essa uma das maiores conquistas do Código Penal de 2010, visto que nele se declara abertamente que à pessoa jurídica são impostas as penas do art. 33 do CP.

54. Em geral, sobre os direitos fundamentais das pessoas jurídicas, vide Rosado Iglesias, *Titularidad*, p. 168 e ss., 171 e ss., distinguindo entre os direitos fundamentais que podem ser estendidos às pessoas jurídicas e aqueles que não o podem. No tocante aos direitos fundamentais do processo penal vide, na Espanha, Echarri Casi, *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, 2003, p. 131 e ss.; nos EUA, Henning, *Tenn. L. Rev.* 63 (1996), p. 793 e ss.; na Alemanha, Drope, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, Berlim, Duncker & Humblot, 2002, passim.

construtivista,[55] acrescentando-se que este último se baseia em interpretações de outros ordenamentos jurídicos que não podem ser incorporados, por exemplo, ao espanhol.[56]

2. Em face de tais críticas deve-se colocar, em primeiro lugar, que dificilmente pode ser afirmado que, em termos gerais, a culpabilidade esteja vinculada a um *status* de cidadania máxima.[57] Nesse sentido, o recurso que certos autores fazem ao direito de voto revela-se especialmente problemático,[58] visto que isso implicaria excluir do Direito Penal todos os estrangeiros, residentes ou não, que não fossem titulares do referido direito. O fundamental, ao menos da perspectiva aqui defendida, é a vertente expressiva do direito de voto, no sentido de que somente aquela pessoa que teve a oportunidade de participar em conformidade com as normas, pode ser sancionada penalmente de maneira legítima por estas – o conhecido paradigma da autolegislação.[59]

3. Como consequência desta abordagem, o direito fundamental decisivo no momento de estabelecer a culpabilidade empresarial é o direito à liberdade de expressão. A este respeito cabe assinalar aquilo que os próprios constitucionalistas destacam no tocante aos direitos fundamentais das pessoas jurídicas na Espanha, isto é, sem subterfúgios, que não se conta comum a doutrina jurisprudencial e acadêmica consolidada acerca da matéria.[60] Dessa forma, não parece

55. Vide Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 104 e ss., o qual, entretanto, reconhece que "atribuição de direitos de cidadania e atribuição de responsabilidade é um binômio que vai naturalmente unido"; Pastor Muñoz, *InDret* 2/2006, p. 15, declarando, finalmente, que é muito duvidoso afirmar uma equivalência entre a cidadania individual e a cidadania empresarial. Em linhas gerais também v. Freier, *GA* 2009, p. 114.

56. Vide com diversas nuances, Feijoo Sánchez, *Derecho penal*, p. 147, nota 268.

57. Cfr., não obstante, Feijoo Sánchez, *Derecho penal*, p. 147, nota 268, afirmando que "em Direito Penal falamos de 'cidadania máxima' que é a única que pode fundamentar a imposição de uma pena".

58. Feijoo Sánchez, *Derecho penal*, p. 147, nota 268; Pastor Muñoz, *InDret* 2/2006, p. 15.

59. Vide de maneira extensa Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, p. 286 e ss. com ulteriores referências.

60. Vide Gómez Montoro, *Rev. Esp. Der. Const.* 22 (2002), p. 49 e ss.; idem, La titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación, *La democracia constitucional: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, 2002, p. 387 e ss. De fato, existem poucos trabalhos acadêmicos a respeito (vide recentemente a monografia de Rosado Iglesias, *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, 2004, p. 97 e ss., 165 e ss., onde chega a afirmar que existe uma "escassez de trabalhos específicos na matéria"; resumidamente em Rosado Iglesias, Sobre la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de de-

inadequado tentar apresentar contribuições para o debate espanhol a partir da discussão que está ocorrendo em um país como os Estados Unidos em torno do conceito da liberdade de expressão empresarial (*corporate free speech*).[61]

4. No debate norte-americano, o essencial para estes efeitos não é tanto o reconhecimento em si, mas o *conteúdo e o significado da referida liberdade*. Nesse sentido, afiguram-se especialmente relevantes as considerações de Lawrence Friedman,[62] o qual traz à colação a sentença da Suprema Corte norte-americana *First National Bank of Boston vs. Belloti*.[63] Destarte, em relação à liberdade de expressão reconhecida às corporações, a referida Corte declarou expressamente que se tratava da "expressão ou discurso que se mostra indispensável para a tomada de decisões na democracia, e isso não é menos certo pelo fato de que a expressão provenha de uma corporação em lugar de um indivíduo".[64] Dessa maneira tem-se entendido que, emboraumacorporação como tal não possa votar, deve ser-lhe reconhecido o direito a participar no que realmente conta em uma democracia: o debate entre os cidadãos. Finalmente, às corporações, do mesmo modo que aos indivíduos, é reconhecido um *direito a participar no processo de criação e definição das normas sociais*. Esse processo não se caracteriza especificamente pelo direito de voto, mas principalmente pela liberdade de expressar opiniões no discurso público sobre as normas sociais, contribuindo assim para a sua configuração.

5. Isso, em princípio, não se mostra incompatível com o ordenamento jurídico espanhol. Assim, o Tribunal Constitucional tem declarado, com caráter geral, "o pleno reconhecimento constitucional do fenômeno associativo e da

---

rechos fundamentales, in: Carrasco Durán; Pérez Royo; Urías Martínez; Terol Becerra (coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, 2006, vol. 1, p. 1465 e ss.).

61. Vide, sobre o estado da questão Developments, *Harv.L.Rev.* 117 (2004), p. 2272 e ss.; sobre os fundamentos desse movimento, de maneira introdutória, Kerr, *Comm.L.&Pol'y* 10 (2005), p 63 e ss.; mais em detalhe suas monografias Kerr, *Rights of Corporate Speech*, 2005, passim e idem, *Corporate Free-Speech Movement*, 2008, p. 175 e ss. e passim (não é de surpreender que este autor, provavelmente um dos maiores conhecedores da diatribe do momento neste campo, introduza em sua exposição raciocínios jurídicos, históricos, econômicos e filosóficos com que ele mesmo reconhece nada mais do que começar sua fantástica monografia (p. 1). Sobre o caso provavelmente mais importante dos últimos 10 anos – o caso *Nike* – vide Baker, *Case W. Res. L. Rev.* 54 (2004), p. 1161 e ss.; no âmbito penal revela-se fundamental a contribuição de Friedman, *Harv.J.L.& Pub.Pol.* 23 (2000), p. 833 e ss.

62. Friedman, *Harv.J.L.& Pub.Pol.*23 (2000), p. 833 e ss.

63. 435 U.S. 765 (1978).

64. 435 U.S. 765 (1978) 777.

articulação de entidades coletivas dotadas de personalidade, (o que) exige que seja adotada uma interpretação ampla das expressões utilizadas para, em cada caso, denominar-se o titular dos direitos constitucionalmente reconhecidos e legalmente exercidos. Finalmente, o termo 'cidadãos' (...) deve ser interpretado, pelas razões assinaladas, em um sentido que permita a subsunção das pessoas jurídicas".[65] Destaca-se, além disso, haver reconhecido que as pessoas jurídicas têm direito à honra –[66] pelo que, mais uma vez, decai o argumento da impossibilidade de recriminação –, explicitando que para o caso das pessoas jurídicas é "correto, do ponto de vista constitucional, empregar os termos de dignidade, prestígio e autoridade moral, que são valores que merecem a proteção penal que lhes concedao legislador (!)".[67]

4.6 *Direito penal empresarial de autor* versus *direito penal empresarial do fato*

1. Outra crítica que surge comumente é aquela que se refere à necessidade de considerar que a culpabilidade empresarial é sempre, quando muito, uma culpabilidade pela conduta e nunca uma culpabilidade pelo fato, resultando disso que o Direito Penal empresarial seja *per definitionem* um Direito Penal de autor e não um Direito Penal do fato.[68] Por esse motivo, inclusive os partidários dos modelos autorreguladores no Direito Penal empresarial reconhecem que se trata de um Direito Penal de autor que, entretanto, devido às menores exigências que se apresentamem face das pessoas jurídicas, revela-se constitucionalmente legítimo.[69]

---

65. STC 241/1992, de 21 de dezembro (FJ 4.º). É por isso que não se pode concordar com a recriminação de Bajo Fernández, La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro; *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Antonio González Cuellar*, 2006, p. 80, quando faz referência ao fato de que empregar o termo "cidadão" em relação a uma pessoa jurídica seria "exótico".

66. Vide a este respeito a conhecida STC 139/1995: "El significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas".

67. STC 107/1988, de 8 de junho. Ademais, surge a paradoxal situação de que as injúrias e as calúnias contra pessoas jurídicas são sancionadas penalmente, mas, por outro lado, estas não podem cometer delitos – de fato, se fosse assim, como seria possível caluniar a pessoa jurídica? – (em geral sobre a relação entre o *status* de vítima e o de autor por parte da empresa vide Gómez-Jara Díez, Corporations as Victims of Mismanagament: Beyond the Shareholders v. Managers Debate, *PACE L.Rev.* 28 (2008), p. 795 e ss.).

68. Feijoo Sánchez, *Derecho penal*, p. 152 e ss.

69. Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 150 e ss.

2. O fundamento último do argumento reside em como conceituar o delito da pessoa física em relação à pessoa jurídica. Assim, assinala-se que o referido delito vem a ser concebido como uma condição objetiva de punibilidade e que esta gera como resultado que à pessoa jurídica, efetivamente, seja aplicada a sanção não pelo que ela fez, mas por aquilo que a pessoa física fez por ela.[70] Admite-se então que a responsabilidade da pessoa jurídica deriva fundamentalmente de como se organizou no decurso do tempo, constituindo seguramente um Direito Penal de autor e não do fato.

3. No entanto, este tipo de argumentos não se mostra convincente. O principal motivo é que, novamente, pretende-se observar na pessoa física "qualidades" do fato que se apresentam excessivamente naturalistas. Nesse sentido, toma-se como referência o "imediatismo" de determinados delitos cometidos por pessoas físicas – por exemplo um clássico homicídio entre pessoas físicas – e, evidentemente, apela-se à impossibilidade de que exista uma "mão" da pessoa jurídica que "segure" a faca que tira a vida de uma pessoa física. Todavia, isso constitui uma visão extremamente fragmentada da realidade jurídico-penal e, com efeito, redundaria na exclusão de uma infinidade de pressupostos do Direito Penal individual.

4. Ocorre que um entendimento normativo do conceito de fato penal produz um resultado bem diferente, o que não significa quese esteja na presença de uma culpabilidade pelo caráter ou pela conduta. O fato – para respeitar a culpabilidade pelo fato – consiste na configuração de um âmbito de organização próprio – sempre, é claro, respeitando os *limites* da tentativa e da consumação – e consequentemente a liberdade a partir deste posicionamento teórico não é entendida como uma liberdade de vontade, liberdade de decisão em um momento concreto, mas liberdade de (auto)organização, liberdade de autoadministração.[71] Concluindo-se, o fato, tanto no Direito Penal individual como

70. Feijoo Sánchez, *Derecho penal*, p. 152; Schünemann, La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea, in: Bajo Fernández (Dir.); Bacigalupo; Gómez-Jara Díez (coords.), *Constitución europea y derecho penal económico*, 2005, p. 148 e s.: "A culpabilidade por organização remete, em todo caso, a atos incorretos de organização de sujeitos individuais e conduz, nessa medida, a um regresso infinito"; Bajo Fernández, *Responsabilidad*, p. 80: "A conduta punível da pessoa física apresenta-se como condição objetiva de punibilidade para a pessoa jurídica".

71. Daquilo que foi exposto advém um sentido bem concreto de como deve entender-se o conceito de "liberdade". Assim, a liberdade, tanto para o indivíduo como para a empresa, é uma liberdade de autoadministrar-se (vide Jakobs, *Estudios de derecho penal*, 1997, p. 392; idem, *Teoría*, p. 189 e ss.; idem, *ZStW* 117 (2005), p. 247 e ss.,

no Direito Penal empresarial, define-se como a *configuração de um âmbito organizacional determinado*[72] e esta configuração é efetivada, no caso da organização empresarial, graças à sua capacidade de auto-organização que fundamenta precisamente sua competência organizacional.

4.7 *Um direito penal empresarial de via dupla* versus *um direito penal individual de três vias*

1. Em um período recente, fundamentalmentecomo consequênciada obra de Nieto Martín,[73] tem sido arguida a inadequação do Direito Penal empresarial de via dupla proposta pelo modelo construtivista, sugerindo-se, em seu lugar, um Direito Penal individual de três vias no qual, junto às clássicas vias da pena e da medida de segurança individual, aparece a sanção de caráter penal à empresa, cuja missão é reforçar a responsabilidade penal individual[74] e cuja orientação é fundamentalmente ao futuro, sem necessidade de distinguir se o fundamento de imposição da sanção se baseia na culpabilidade antecedente ou na periculosidade futura visto que, em última instância, como foi observado, a culpabilidade empresarial não tem correspondência com os fundamentos da culpabilidade individual.

2. Do ponto de vista teórico – o prático será analisado mais adiante – tal proposta não parece ser coerente. Isso ocorre porque, embora se mostre válida, e como tal deve ser reconhecida, da perspectiva do próprio Nieto Martín, o certo é que se revela dificilmente compatível com os parâmetros do Direito Penal moderno. Com efeito, dado que se pretende que o Direito Penal siga mantendo sua força expressiva – razão fundamental para defender a responsa-

---

259 e ss., 261, o qual concorda igualmente com a liberdade no sentido de autonomia comunicativa de Kindhäuser, La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad (tradução de Percy García Cavero), in: Luzón Peña; Mir Puig (coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, p. 203 e ss.; Günther, *Card.L.Rev.* 17 (1996), p. 1035 e ss., 1037 e ss.; do ponto de vista do Direito Penal empresarial Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, p. 279 e ss.].

72. Vide mais extensamente Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad penal*, p. 185, 193, 279 e s.; em sentido similar, a concepção de Bottke, *Assoziationsprävention*, 1995, p. 310, nota 1002, parece entender por fato – tanto individual como empresarial – a *organização de um contato social*.

73. Vide Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 81 e ss.

74. Idem, p. 24: "A sanção à pessoa jurídica é um método de motivação aos componentes de um ente coletivo"; "a sanção a pessoas jurídicas representa uma terceira via dentro do Direito Penal juntamente com as penas e as medidas de segurança".

bilidade penal, e não meramente sancionável, da pessoa jurídica –[75] fica bastante complicado sustentar que se está tratando de culpabilidade empresarial para a prevenção de futuros delitos.

5. O DEBATE LEGISLATIVO SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL EMPRESARIAL: EM BUSCA DE EFICÁCIA E JUSTIÇA

5.1 Introdução

1. Na Espanha, tradicionalmente a ideia da responsabilidade, em geral, das pessoas jurídicas vinculou-se à atuação das pessoas físicas. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não podia ser uma exceção e, por esse motivo, não pode causar surpresa que a regulamentação existente a respeito tanto no art. 129 do CP[76] como no 31.2 do CP[77] esteja baseada em modelos de heterorres-

75. O autor citado manifesta-se contra o raciocínio da força expressiva do Direito Penal: "Se colocamos a discussão no terreno empírico, não creio que a sociedade perceba como fenômenos distintos uma 'pena' e uma 'sanção de caráter penal', sobretudo quando se considera que o tipo de sanção (...), abstraindo-se da etiqueta, será o mesmo" (Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 26). No entanto, o terreno empírico, pelo menos na opinião de quem escreve estas linhas, certamente oferece exemplos conhecidos da força expressiva da "pena" e da responsabilidade "penal" da empresa ao contrário, por exemplo, de outras sanções que poderiam ser tachadas de "sanções de caráter penal": os danos punitivos (*punitive damages*) que em sua própria denominação comportam esse caráter de infligir um dano e de castigo. A diferença que se constata no ordenamento norte-americano, que conta com ambos os tipos de sanções, é avassaladora: a desaparição da empresa *Arthur Andersen* em consequência de sua condenação penal pela destruição de documentos é um exemplo claro. O público percebeu de modo meridiano a implicação da recriminação penal da pena que lhe havia sido imposta – ainda que esta não fosse, efetivamente, exorbitante. De fato, o temor da força expressiva da pena é o que leva numerosas empresas, como se relatará no Epílogo, a firmar acordos absolutamente draconianos com as Promotorias em troca de não se ver submetida ao risco de uma sanção penal – atitude que não se constata em nenhum outro âmbito jurídico, ainda que existam sanções de caráter penal. Em outras palavras: o custo no tocante à reputação que a "pena" e a "responsabilidade penal" pressupõem para a empresa é maior que qualquer tipo de "sanção de caráter penal".

76. Vide, entre outros, Guardiola Lago, *Art. 129*, passim; De la Fuente Honrubia, *Consecuencias accesorias*, passim; Feijoo Sánchez, *Sanciones*, passim; Miró Llenares, *Art. 129 do CP*, p. 119 e ss.; Silva Sánchez, *Consecuencias accesorias*, p. 1 e ss.

77. Vide, com referências ulteriores, Gómez-Jara Díez, *Art. 31.2*, p. 239 e ss.; Silva Sánchez; Ortiz de Urbina, *InDret* 2/2006, p. 1 e ss.

ponsabilidade, ou, expresso de outra maneira, de responsabilidade pelo fato alheio. Talvez o que pareça mais surpreendente é que a doutrina tradicional na Espanha tenha proposto até um tempo bastante recente modelos de heterorresponsabilidade baseados na atuação de determinadas pessoas físicas e na transferência de culpabilidade da pessoa física para a pessoa jurídica.[78]

2. Os avanços conceituais e legislativos dos últimos anos no âmbito internacional, entretanto, recomendam que se proceda de maneira diversa. A necessidade de levar em consideração o fenômeno da autorregulação no âmbito das propostas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas revela-se estimulante visto que, em caso contrário, não apenas se está desperdiçando uma oportunidade extraordinária de procurar conciliar o melhor possível responsabilidade individual com responsabilidade empresarial, senão que político-criminalmente se levam a cabo propostas que sofrem de graves *déficits*. Por essa razão, apresentar-se-á a seguir uma série de reflexões a respeito das diversas necessidades que existem para introduzir a autorregulação nas mencionadas propostas legislativas, defendendo, concretamente, a perspectiva construtivista.

5.2 A necessidade de um modelo de autorresponsabilidade penal empresarial

1. Historicamente, ao delinear a introdução da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a maior parte dos ordenamentos jurídicos tomou como base a heterorresponsabilidade. Em outras palavras, estabeleceram-se modelos nos quais determinados delitos cometidos por determinados membros de uma pessoa jurídica eram imputados a esta sem maiores indagações. Isso não causa surpresa em face da dificuldade que representava construir uma teoria jurídica do delito para pessoas jurídicas e da necessidade premente de dar uma resposta contundente diante de certos acontecimentos que abalavam a realidade social da época. Argumentos referentes à possibilidade de que, por exemplo, em outros ramos do ordenamento as pessoas jurídicas concluíam contratos válidos, sendo que, quando tais contratos fossem fraudulentos, o delito devia ser imputado a estas, apresentavam-se certamente atraentes ao senso comum.[79]

---

78. Vide as referências e sua crítica em Gómez-Jara Díez, *Art. 31.2*, p. 289 e ss.

79. É feita aqui referência ao clássico argumento de v. Liszt, *Lehrbuch*, § 28 I 2 nota 3, de que se uma pessoa jurídica pode concluir contratos, pode então concluir contratos fraudulentos. Cfr. a réplica de Rodríguez Mourullo, *PG*, p. 227, assinalando que "na verdade não é que a pessoa jurídica 'conclua' contratos por si mesma, senão que fica vinculada pelos contratos celebrados em seu nome pelas pessoas individuais que atuam como seus órgãos" (mostra sua concordância Gracia Martín, *Personas jurídicas*, p. 42).

2. No entanto, esses primeiros modelos de responsabilidade penal empresarial foram logo corrigidos pela jurisprudência, a doutrina e, finalmente, pela legislação.[80] Com efeito, não se mostrava em conformidade com a Justiça o reflexo advindo de qualquer atuação de um empregado de uma empresa – mesmo no âmbito de sua competência e com a intenção de beneficiá-la – quando esta houvesse levado a cabo uma atuação de cumprir com o Direito, nem se afigurava político-criminalmente adequado fazer depender da pessoa física a punição da pessoa jurídica pelos problemas evidentes de imputação a pessoas físicas que podem apresentar-se em estruturas empresariais complexas.

3. Destarte, os modelos de autorresponsabilidade penal empresarial fazem frente a ambos os *déficits* das abordagens tradicionais, sendo mais justos – somente se torna a empresa responsável por aquilo que realmente se lhe pode recriminar – e político-criminalmente mais adequados – toda vez que não fazem a punição da empresa depender da punição da pessoa jurídica. Não é em vão que as propostas legislativas contemporâneas, sobretudo as dos países anglo-saxões, incorporam cotas elevadas de autorresponsabilidadeno momento de delimitar os fatos e as circunstâncias pelos quais devem ser consideradas penalmente responsáveis as organizações empresariais.[81] Não levar em conta tais avanços realizados recentemente e instaurar modelos de heterorresponsabilidade penal empresarial – como aqueles que vêm sendo efetuados até o momento na Espanha – dificilmente pode ser visto como algo que não seja um grave atraso, visto que não se passará muito tempo até que a jurisprudência – a doutrina já está dedicando a devida atenção a isso –[82] se veja obrigada a introduzir cotas de autorresponsabilidadena resoluçãodos casos que lhe são apresentados.

5.3 *A necessidade de estabelecer um fundamento duplo de responsabilidade penal empresarial*

1. A introdução do fenômeno da autorregulação na esfera da responsabilidade penal das pessoas jurídicas representaum avanço sumamente importante,

80. Vide as referências ao caso francês na Europa e ao norte-americano no mundo anglo-saxão em Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, p. 67 e ss.

81. Vide as referências em Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad*, p. 115 e ss.; idem, *Artículo 31.2*, p. 302 e ss.

82. Vide nesse sentido, além das reflexões em Gómez-Jara Díez, *Artículo 31.2*, p. 234 e ss., as acertadas observações de Zúñiga Rodríguez, *Bases*, p. 287 e ss.; idem, *Responsabilidad*, p. 87 e ss.; Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 109 e ss.

mas não implica que as propostas originadas a partir dele sejam idênticas. *Ad exemplum*, pode-se fazer referência à circunstância de que autores em princípio tão distantes na nomenclatura da responsabilidade a introduzir como, por exemplo, Nieto Martín[83] e Feijoo Sánchez,[84] baseiem, ambos, grande parte de seus argumentos na autorregulação. Isso se aplica, inclusive, àqueles que, como Nieto Martín e Gómez-Jara Díez, defendem uma responsabilidade *penal* das pessoas jurídicas.

2. Isso se traduz, por exemplo, na proposta de Nieto Martín de não distinguir entre culpabilidade empresarial e periculosidade empresarial.[85] Pois bem, a necessidade deste duplo fundamento – culpabilidade para as penas a organizações empresariais e periculosidade para as medidas de segurança dirigidas aos mesmos sujeitos organizativos – acarreta, novamente, considerações de eficácia e justiça. Com efeito, mostra-se extremamente benéfico distinguir entre aproximações retrospectivas e prospectivas – independentemente de que em cada uma delas se encontre ínsito algum elemento da contrária –,visto que se possibilita uma valoração mais adequada tanto do tipo de sanção como do *quantum* desta a impor. Por exemplo, se o resultado lesivo ocorrido é consequência de uma organização empresarial deficitária em um dado momento do passado, no qual existia uma cultura empresarial de infidelidade ao Direito, mas que já não subsiste, não parece ter sentido a imposição de determinados programas de conformidadeno futuro – visto que já conta com estes –, mas tampouco se afigura conveniente deixá-la sem qualquer sanção pelo que aconteceu no passado.

3. Certamente podem ser alcançados resultados similares optando-se por não distinguir entre tipos de sanção e estabelecer um catálogo amplo de sanções; mas o fundamento na culpabilidade empresarial ou na periculosidade empresarial ajuda a determinar que tipo de reação estatal se mostra mais apropriada no tocante à organização empresarial. Retomando o exemplo anterior, não seria justo impor determinados programas de conformidade quando a empresa já conta com alguns destes adequados, porém não seria eficaz deixar sem sanção o acontecimento socialmente lesivo do passado. Avaliar se a empresa apresenta periculosidade para o futuro ou se a empresa manifestou em um determinado momento uma culpabilidade evidente revela-se – da mesma forma que no tocante ao indivíduo – mais adequado. Ou em outras palavras:

83. Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 48 e ss., 77 e ss., 178 e ss., 223 e ss.

84. Feijoo Sánchez, *Derecho penal*, p. 55 e ss., 167 e ss.

85. Vide Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 170, nota 344, 300 e s.

por que distinguir entre ambas no Direito Penal individual e não no Direito Penal empresarial?

5.4 A necessidade de distinguir entre autoria e participação empresarial

1. A estreita vinculação que tradicionalmente existiu entre o delito cometido pela pessoa física e o nascimento da responsabilidade para a pessoa jurídica dificultou extraordinariamente a distinção entre o que concerne a um sujeito de imputação e ao outro. Em sua expressão máxima, considerar que o delito da pessoa física constitui uma condição objetiva de punibilidade da pessoa jurídica – como se referiu anteriormente – parece acarretara impossibilidade de distinguir entre autoria e participação empresarial.

2. Não obstante, isso gera sérios problemas de eficácia e justiça. Com efeito, dessa maneira torna-se necessário constatar a comissão de um delito concreto por parte de uma pessoa física, o que, em determinadas circunstâncias, se revela impossível, implicando uma dependência, em última instância, da responsabilidade empresarial em relação à responsabilidade individual. E tal consequência não quer ser assumida, sob nenhum pretexto, por praticamente todos os partidários da responsabilidade penal empresarial. Na realidade, as legislações mais modernas na matéria estabelecem claramente a independência de um tipo de responsabilidade em relação ao outro.

3. Esse é o motivo pelo qual se mostra extremamente útil a distinção entre autoria e participação empresarial. Não parece ser o mesmo que uma determinada organização empresarial tenha efetuado uma contribuição mínima – através de uma configuração lassa de sua estrutura organizacional – a partir da qual a pessoa física executou uma ação delituosa fundamental no que concerne à concretização do resultado, que uma conformação determinante por parte da organização empresarial, na qual a pessoa física realiza uma contribuição sumamente reduzida – por exemplo, a abertura de uma comporta de liberação de resíduos tóxicos – para o resultado final.

5.5 A necessidade de distinguir entre dolo e imprudência empresarial

1. Na mesma linha do que foi exposto, a atribuição do dolo ou imprudência da pessoa física à pessoa jurídica, como recurso "fácil" para estabelecer a imputação subjetiva da pessoa jurídica, gerou sérias dificuldades para distinguir ulteriormente entre a imputação subjetiva daprópria empresa eaquela concernente àpessoa física. Se a isso se acrescenta a dificuldade de explicar em que consiste o dolo ou imprudência da própria pessoa jurídica, então não causa surpresa que este tipo de distinções tenha passado, até um período

bem recente,[86] totalmente despercebido tanto para a doutrina como para o legislador.

2. No entanto, o nascimento do *topos* do "conhecimento organizacional", como conhecimento da organização empresarial desvinculado do "conhecimento individual", por um lado, e a paulatina normatização que foi levada a cabo na doutrina moderna da imputação subjetiva no Direito Penal, abriram novas possibilidades de observação. A definição do dolo empresarial como conhecimento organizacional da realização de um determinado resultado lesivo, e da imprudência como o dever de possuir tal conhecimento, permite começar a distinguir entre aquele próprio das organizações e o que é próprio dos indivíduos.

3. Assim, por exemplo, o fato de que uma organização empresarial possuía um determinado conhecimento organizacional acerca das consequências de introduzir determinadas composições químicas nos compostos alimentares que distribui e a carência de tal conhecimento – mas com o dever de possuí-lo devido ao que se considera uma empresa prudente no setor alimentício – implicam uma clara diferenciação. Disso decorre que, na hipótese de poder ser-lhe atribuído o referido conhecimento, a sanção que merece a distribuiçãodos alimentos seja maior do que se não o possuísse efetivamente, embora devesse possuí-lo.[87]

5.6 A necessidade de causas de exclusão da culpabilidade empresarial

1. Não se revela nenhuma novidade ao afirmar-se que as organizações empresariais são, *ab initio*, temerosas do estabelecimento da responsabilidade

86. Vide Zúñiga Rodríguez, *Bases*, p. 238 e ss.; idem, *Responsabilidad*, p. 110 e ss.; Nieto Martín, *Responsabilidad*, p. 155 e ss., o qual, após examinar as diversas propostas contemporâneas, considera que "não é necessário nem conveniente falar de dolo ou imprudência empresarial" e conclui que "o pretendido tipo subjetivo não é, portanto, se não a intensidade da relação entre defeito de organização e o comportamento do autor" (p. 160), pelo que, em última instância, seu modelo se vê submetido à séria crítica de que a responsabilidade penal empresarial não é senão o cúmulo de várias responsabilidades penais individuais ao longo do tempo (Schünemann). Não obstante, ele se mostra coerente com sua concepção de que a responsabilidade penal empresarial não é mais – nem menos (!) – que o reforço da responsabilidade penal individual.

87. Devem deixar-se de lado aqui as considerações sobre a indiferença ou a ignorância deliberada como dolo, sem que isso implique qualquer carência, visto que se mostram transponíveis as construções que já atuam no Direito Penal individual (vide sobre o primeiro, Jakobs, *Dolo*, p. 145 e ss.; sobre o segundo, Ragués i Valles, *Ignorancia*, p. 214 e ss.].

penal das pessoas jurídicas. Nesse sentido, o importante conteúdo simbólico-comunicativo do Direito Penal comporta o temor de que comece a ver-se consideravelmente afetado algo que as empresas valorizam em alto grau, mormente na sociedade globalizada contemporânea: a reputação empresarial. Se a isso se acrescenta o fato da inexistência, até agora, de um sistema de garantias claras e precisas para a imposição de penas às empresas, certamente torna-se compreensível a intranquilidade que a questão desperta no setor empresarial.

2. Não obstante, é precisamente aqui que se mostra fundamental advertir que se trata de uma verdadeira responsabilidade e que, portanto, a imposição das penas se vê submetida à necessidade de constatar a existência de uma culpabilidade empresarial, de tal maneira que se esta não é objeto de prova no processo penal – com as garantias que em virtude disso devem ser estabelecidas –, a organização empresarial não deve ser responsabilizada. E isso apesar de que um empregado/diretor/membro do conselho de administração tenha cometido um delito. A instauração de um sistema de autorresponsabilidade penal empresarial comporta que não possa sequer vislumbrar-se os vestígios de uma responsabilidade objetiva – como ocorre, em que pese a certos intentos doutrinários e jurisprudenciais – no âmbito do Direito administrativo sancionador.

3. Destarte, se realmente pretende sustentar-se que as organizações empresariais têm uma capacidade de culpabilidade, deve afirmar-se, exatamente na mesma medida, que devem existir causas de exclusão dessa culpabilidade. Nesse sentido, afigura-se imprescindível um mínimo de coerência e de justiça; pelo menos caso se queira estabelecer um sistema de responsabilidade *penal* empresarial. Conforme a argumentação aqui sustentada, a culpabilidade empresarial consiste em um *déficit* de fidelidade ao Direito que se manifesta em uma cultura empresarial de não cumprimento do Direito. De acordo com este posicionamento, um dos modelos especialmente idôneo de introdução de causas de exclusão da culpabilidade empresarial é o norte-americano, o qual se baseia nos denominados programas de conformidade corporativos – *Corporate Compliance Programs* – cujos detalhes, por motivos de espaço, não podem ser explanados aqui.[88] Basta no momento recordar que o sistema mais detalhado

88. Vide sobre isso mais detalhadamente, Gómez-Jara Díez, *Culpabilidad*, p. 254 e ss.; idem, *Responsabilidad*, p. 76 e ss. Resumidamente podem ser consultadas as indicações de Gruner, Compendium, p. 641 e ss.; idem, Designing, p. 153 e ss. Em geral, sobre a responsabilidade dos Conselhos de Administração, por não implementar um *Effective Compliance Program* a partir da sentença no caso *Caremark*, vide Orland, *Criminal Liability*, § 14.01 e ss.

que existe até agora a este respeito – o sistema norte-americano – considera que os referidos programas constituem um reflexo da cultura empresarial da pessoa jurídica e, por conseguinte, servem para determinar o índice de culpabilidade especificamente empresarial.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A responsabilidade penal da pessoa jurídica, de Aline Barandas – *RBCCrim* 96/385;
- A responsabilidade penal das pessoas jurídicas: regulação espanhola, de José Luis Díez Ripollés – *RCP* 16/109;
- Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica, de Ada Pellegrini Grinover – *RDA* 35/9;
- Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do STJ, de Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho – *RCP* 9/202;
- Reminiscências da responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua efetividade, de Fábio Guedes de Paula Machado – *RBCCrim* 79/75; e
- Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sucessão de empresas, de Maria Elizabeth Queijo – *RIASP* 21/186.

3

SENTIDO E FUNÇÃO DO INSTITUTO DA PERDA DE VANTAGENS RELACIONADAS COM O CRIME NO CONFRONTO COM OUTROS MEIOS DE PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE REDITÍCIA

(em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento "ilícito")*

The meaning and purpose of forfeiture of crime proceeds as compared to other means of preventing profitable crime (in particular, confiscation in rem *and the criminalisation of unlawful enrichment)*

PEDRO CAEIRO

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

À memória do Dr. Rui Lisboa Epifânio

* Publicado na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 2, ano 21, p. 267-321, abr.-jun. 2011. Além de escassas modificações de pormenor, adicionaram-se à versão original algumas notas de actualização, devidamente assinaladas.

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Penal

RESUMO: Partindo de um projecto liderado pela Procuradoria-Geral da República de Portugal, destinado a esclarecer e a dar maior operacionalidade ao instituto do "confisco alargado", o presente estudo examina as respostas ao dispor do Estado para que o crime reditício não compense, confrontando-as com princípios basilares do Estado de Direito e ponderando as suas vantagens e inconvenientes. Em especial, analisa-se a perda de vantagens "tradicional", o confisco alargado previsto na legislação de vários países (que permite, em certas circunstâncias, confiscar bens cuja origem criminosa não se prova para lá de toda a dúvida razoável), os procedimentos (administrativos) *in rem* para o confisco de coisas de origem suspeita e a criminalização do enriquecimento ilícito. O estudo termina com conclusões diferenciadas no plano da legitimidade e da conveniência de cada um daqueles institutos.

PALAVRAS-CHAVE: Perda de vantagens de origem criminosa - Confisco alargado - Procedimentos de confisco *in rem* - Presunção de inocência - Enriquecimento ilícito.

ABSTRACT: Drawing on a project lead by the Portuguese Office of the Attorney General, this paper analyses several tools for responding to profitable crime, discussing their compliance with the rule of law, as well as their pragmatic strengths and disadvantages. In particular, the paper focuses on "classical" forfeiture, "extended confiscation" (a penal measure provided for by the legislation of several countries, which allows for the confiscation of assets even where their criminal provenance cannot be proved beyond reasonable doubt) , the adoption of (civil) *in rem* proceedings for the confiscation of suspicious assets as well as the criminalisation of unlawful enrichment. The conclusion submits a differential assessment of those tools, in what concerns their legitimacy and convenience.

KEYWORDS: Forfeiture of proceeds of crime - Extended confiscation - *In rem* confiscation- Presumption of innocence - Unlawful enrichment.

SUMÁRIO: I. Introdução - II. "O crime não compensa": variações sobre um lugar-comum - III. Os instrumentos mobilizáveis para que o crime não compense: breve resenha de direito estrangeiro - IV. O estatuto da proposição "o crime não compensa" no direito internacional e, em particular, a sua relação com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: desfazendo alguns equívocos - V. A inconveniência da instituição de procedimentos administrativos *in rem* - VI. A ilegitimidade da incriminação do enriquecimento "ilícito": entre a violação da presunção de inocência e a falta de dignidade penal - VII. A perda clássica - VIII. A perda alargada.

I. INTRODUÇÃO

1. O Projecto Fénix sobre recuperação de activos de proveniência criminosa[1] é uma iniciativa meritória, na *intenção*, no *método* e no *resultado*.

1. Ao abrigo do programa financeiro europeu "Prevenir e combater a criminalidade", criado pela Decisão 2007/125/JAI do Conselho, de 12.02.2007, a *Procuradoria-Geral*

Desde logo, porque afronta um problema candente na política criminal contemporânea, para o qual têm sido propostas, ultimamente, as mais variadas soluções: como pode o Estado reagir contra o domínio de bens com provável origem criminosa, quando não seja possível estabelecer concretamente essa ligação, em virtude, nomeadamente, do estalão de prova aplicável à condenação pela prática de um crime (para lá da dúvida razoável).

Depois, porque os produtos do Projecto (o *Manual de boas práticas* e os *Canais dedicados de comunicação*) abordam a questão de forma adequada, focando-se, com realismo, nas práticas e na operacionalidade dos dispositivos legais, evitando assim a solução mais fácil e mais barata sempre à disposição do Estado, que os tempos certamente estimulam: editar, sofregamente, outra lei, sem procurar explorar e potenciar as virtualidades que as leis existentes oferecem.

Por último, o Projecto tem um importante valor de resultado, ao condensar aquelas que são, do ponto de vista das autoridades responsáveis, as melhores práticas relativas à recuperação de activos de origem criminosa (aí se incluindo as que dizem respeito à utilização dos canais dedicados de comunicação), com a preocupação de que sejam compatíveis com o maior número de sistemas jurídicos da União Europeia. Além da sua utilidade imediata para os destinatários, o *Manual de boas práticas* exprime de forma clara, concisa e enxuta a perspectiva de uma parte dos operadores envolvidos no problema, que deve ser ponderada em eventuais intervenções futuras do legislador.

2. O presente estudo constitui uma reflexão sobre o sentido e a função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime, bem como sobre

---

da República, em parceria com a *Polícia Judiciária*, a *Fiscalía General del Estado* (Espanha) e o *Bureau Ontnemingswetgeving OM – B.O.O.M.* (Gabinete de Recuperação de Activos dos Países Baixos), desenvolveu, sob a coordenação do Senhor Procurador-Geral Distrital de Coimbra, Dr. Euclides Dâmaso Simões, um projecto respeitante à recuperação de activos denominado "Projecto Fénix", de que fui "consultor externo" [http://fenix.pgr.pt]. O presente artigo constitui uma versão desenvolvida da conferência que proferi, nessa veste, no Seminário de Encerramento do Projecto. Nos termos do contrato então celebrado, mantenho absoluta liberdade relativamente ao conteúdo das minhas opiniões, pelo que as considerações seguintes são da minha inteira responsabilidade e de nenhum modo devem ser associadas ao Projecto Fénix ou aos membros da equipa.

Por motivos que, sendo sempre menores, não causam menos estorvo, não pude participar na obra colectiva que prestou merecida homenagem ao Dr. Rui Epifânio, com quem tive a honra, o proveito e a alegria de trabalhar semanalmente durante dois anos. Estas linhas vão-lhe dedicadas, como testemunho modesto da marca que em mim deixou o jurista, o cidadão e o amigo.

as suas virtualidades e insuficiências, no confronto com outros mecanismos destinados à prevenção da criminalidade reditícia. Para tanto, questionaremos a densidade jurídica do mandamento "o crime não compensa" e a sua posição no direito internacional que vincula o Estado português; daremos breve notícia dos instrumentos de prevenção da criminalidade reditícia adoptados em outros países da nossa órbita cultural; examinaremos a legitimidade e a conveniência da instituição de procedimentos *in rem* para a recuperação de activos, bem como da incriminação do enriquecimento "ilícito"; e, por fim, centrar-nos-emos no instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime, nas suas modalidades "clássica" e "alargada", cuja delimitação precisa nos convoca já para alguns problemas substantivos.

2.1 Por "perda", ou confisco, entendemos as medidas *jure imperii* que instauram o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fácticas que os tivessem por objecto (v.g., a posse).[2]

2. No entender de José Manuel Damião da Cunha, Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7.º-12.º da Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro (medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, 2009, vol. III, p. 138 e ss., a expressão "perda de bens" constante dos arts. 7.º e ss. da Lei 5/2002 é "duplamente errada", porque "não se trata de sanção nenhuma" (mas sim da "'execução da sanção', caso esta última não seja voluntariamente cumprida") e porque "nada tem [que] ver com a 'perda de bens' que no CP se prevê", pois toda a declaração de perda deve referir-se "a determinados objectos (é sempre um procedimento *in rem*)" e, ali, pretende-se "determinar o 'montante apurado' que deve ser declarado perdido a favor do Estado – trata-se, pois, de uma declaração de perda pelo valor (figura, a nosso ver, inexistente). Assim, a verdadeira sanção é uma sanção pecuniária avaliada em função do património do condenado – que caso não seja voluntariamente cumprida é executada com os bens do condenado".
Mais longe vai Jorge Alexandre Fernandes Godinho, Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, p. 1356, nota 126 e s., para quem a introdução do termo "perda" no art. 64.º do CP de 1852 em detrimento do "confisco" usado no *Code Pénal* se deveria à proibição de confiscação de bens imposta no art. 11.º da Constituição de 1822 e no art. 145.º, § 19, da Carta Constitucional de 1826. Assim, no entender do A., "não faz sentido insistir no aparente tabu contra o termo 'confisco'", até porque "a terminologia que, procurando evitá-lo, se centra sobre o verbo perder ('perda de bens') é intuitivamente inadequada: os bens confiscados não se 'perdem', em qualquer dos sentidos mais comuns do termo (...)". Em suma: "o termo 'perda' não contribui para a clareza conceptual nem para o entendimento da doutrina portuguesa fora do país e, como tal, deve ser abandonado", em favor do vocábulo "confisco".

Por "vantagens relacionadas com o crime" entendemos, latamente, os bens que, existindo já à data da prática do crime (de forma a excluir os produtos), passam (ou destinam-se a passar) para a disponibilidade do agente como efeito desse crime, aí se incluindo as recompensas dadas ou prometidas aos agentes

---

Estas preferências foram também adoptadas pela doutrina mais recente: vide, por exemplo, Duarte Alberto Rodrigues Nunes, *A inversão do ónus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada. Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República portuguesa*, Relatório de direito processual penal, Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Lisboa, set. 2008 (não publicado), p. 4 e s.; e João Conde Correia, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Procuradoria-Geral da República/Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p. 65, nota 101.

Em nossa opinião, as expressões "perda de bens a favor do Estado" e "confisco" exprimem adequadamente a mesma noção e podem, por isso, ser usadas indistintamente. Na realidade, o emprego das duas expressões tem vetusta tradição no direito português, muito anterior ao CP de 1852 – veja-se, paradigmaticamente, o seguinte passo das Ordenações Afonsinas: "E dizemos ainda, que no caso honde a treiçom fosse cometida em cada hum dos Capitulos, em que o culpado deve morrer, e *perder seus bens em todo caso*, como dito he, se o culpado morresse ante que fosse acusado, preso ou afamado da dita maldade, ainda despois da sua morte se pode bem enquerer da dita maldade, por tal que se achado for que verdadeiramente he culpado, seja sua memoria dapnada, e seus *beens confiscados* pera a Coroa do Regno (...)" (Liv. V, Tít. 2, n. 27: "Dos que fazem treiçom, ou aleive etc."; vide também o n. 35 do mesmo Título: "os Hereges condapnados por sentença da Igreja *percam os beens*"; itálicos nossos). O Tít. IIII, § 11, do Projecto de Código Criminal de Mello Freire empregava também as duas expressões, ainda que distinguindo, aparentemente, entre a simples perda (enquanto destituição da titularidade dos bens) e o confisco (reversão dos mesmos para a Coroa): "11. Indaque o criminoso condemnado á morte *perca os seus bens*, não lhe serão comtudo tomados e *confiscados*, tendo descendentes ou ascendentes em qualquer gráo, ou transversaes dentro do terceiro" (Pascoal de Mello Freire, *Codigo criminal intentado pela Rainha D. Maria I etc.*, 2. ed., 1823, p. 7; itálicos nossos). Nas Ordenações Filipinas, é usual cominar-se o "perdimento" de bens, seja como confisco geral (v.g., Liv. V, Tít. 107, n. 20), seja como confisco especial (Liv. IV, Tít. 67; Liv. V, Tít. 69 e Tít. 112, n. 1).

Por fim, note-se que o perdimento já podia revestir ali a forma de perda pelo valor: vejam-se, por exemplo, no Liv. V, o Tít. 112, n. 2 ("Mandamos, que pessoa alguma não leve, nem mande levar courama para as partes da India, curtida, nem em cabello, nem obra feita della (...). E levando-a sem nossa licença, sendo-lhe achada na Náo, ou provado que a leva, perca a dita courama e obra, *ou sua justa valia em do[b]ro* (...))", e o Tít. 115, onde se impõem certos deveres de registo aos criadores e comerciantes de gado, cuja violação importa o "perdimento do gado, ou da sua valia" (n. 16) ou, noutra sub-hipótese, o "perdimento da valia do dito gado" (n. 18).

de factos ilícitos. A propósito da distinção legal entre "vantagens" e "recompensas", importa dizer já o seguinte:

a) Aparentemente, o regime das recompensas dadas ou prometidas aos agentes de crimes (art. 111.º, n. 1, do CP) distingue-se do regime das vantagens adquiridas através da prática de crimes (art. 111.º, n. 2) em dois pontos: por um lado, as recompensas, ao contrário das vantagens, não pressupõem a efectiva prática de um crime pelo beneficiário, sendo legítimo confiscá-las antes que tenha lugar algum crime; por outro lado, a posição dos terceiros de boa-fé só é protegida em relação às vantagens adquiridas através do crime, já não no que toca às recompensas dadas ou prometidas.

Esta distinção de regime exigiria uma diferença de pressupostos capaz de justificá-la. Ora, de acordo com o Autor do Projecto de Código Penal de 1963, no contexto da apreciação, pela Comissão Revisora, do § 2 do art. 103.º (idêntico ao actual n. 2 do art. 111.º), "quando se fala em direitos ou vantagens querem-se abarcar *apenas aqueles que, por sua natureza, estão ligados ao conceito de crime*".[3] Assim, parece que a (única) diferença entre as duas previsões residiria no seguinte: os direitos ou vantagens adquiridos através da prática de um crime teriam de ter uma *conexão típica* com a infracção (ou, ao menos uma *referência típica*), ao invés das recompensas, que designariam, residualmente, as vantagens que, não tendo conexão com o ilícito-típico, são atribuídas por outrem como *contrapartida* da prática de um crime.

Pois bem: se assim fosse, o regime enfermaria de graves defeitos. Em primeiro lugar, não seria possível confiscar, por exemplo, as vantagens prometidas ou oferecidas como contrapartida de um crime de corrupção activa ou tráfico de influência quando o destinatário da promessa não viesse a recebê-las, porque, por um lado, têm uma conexão ou referência típica (fazem mesmo parte dos tipos de crime respectivos) e por isso são "vantagens" e não "recompensas"; e, por outro lado, enquanto se mantiverem na disponibilidade do promitente não são "vantagens adquiridas" com a prática de um crime. Em segundo lugar, não se vê qualquer justificação para tutelar de forma diferente a posição dos ofendidos e dos terceiros de boa-fé em relação a bens com uma ou outra proveniência; a título de exemplo: por que razão o terceiro adquirente de uma jóia que anteriormente serviu de *recompensa* a um crime de difamação ou de ofensas corporais há-de ser *menos* protegido do que o terceiro que adquiriu ao funcionário a jóia recebida por este como *suborno* (tipicamente relevante) de um crime de corrupção?

---

3. *Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral*, vol. I e II, AAFDL, p. 208 (vol. II) (itálicos nossos).

Perante as perplexidades causadas pelo direito vigente, cremos que, *de jure condito*, as recompensas devem ser vistas como uma mera sub-espécie das vantagens (*lato sensu*), diferenciada das restantes pela existência de uma relação intersubjectiva entre o agente e um disponente, que serve de contexto à atribuição dos bens com o propósito de recompensar. Consequentemente, é possível subsumir no conceito de recompensas todas as atribuições patrimoniais que ainda correspondam ao sentido literal da palavra (no respeito pelo princípio da legalidade), *mesmo que se trate de vantagens com relevância típica*, permitindo-se assim o confisco, v.g., de bens oferecidos como contrapartida da prática de um crime, ainda que não transmitidos. Por outro lado, dado o silêncio do art. 111.º, n. 1, não se encontra vedada a interpretação segundo a qual a pretensão estatal não pode afectar os direitos de terceiros de boa-fé que tenham adquirido as vantagens *sub specie* recompensas.

Em definitivo, a regulamentação do art. 111.º só teria a ganhar com a eliminação do n. 1, reformulando-se o n. 2 em conformidade: "São perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa-fé, as coisas, direitos ou vantagens que tiverem sido adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes, através da prática de facto ilícito típico, ou lhes tiverem sido dados ou prometidos para esse efeito, e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie". Este conceito amplo de vantagens englobaria também as recompensas e sujeitaria todos os bens ao mesmo regime.

b) Em segundo lugar, a expressão "vantagens relacionadas com o crime" permite englobar não só as vantagens que provêm dos factos ilícitos-típicos que dão origem ao processo, sujeitas à "perda clássica", como também aquelas que se suspeita provirem de uma actividade criminosa não incluída no objecto do processo, sujeitas à "perda alargada".

II. "O CRIME NÃO COMPENSA": VARIAÇÕES SOBRE UM LUGAR-COMUM

1. Na medida em que o crime, para sê-lo, é expressão do ser-livre que constitui o homem,[4] todo o crime é uma auto-gratificação indesejada pela sociedade, que a proíbe através do seu instrumento mais poderoso em tempo de paz:

4. Jorge de Figueiredo Dias, *Liberdade – Culpa – Direito penal*, 1983, p. 148 e ss. e passim; Kai Ambos, A liberdade no Ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – Sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias, trad. Pedro Caeiro; Susana Aires de Sousa. In: Manuel da Costa Andrade; Maria João Antunes; Susana Aires de Sousa, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, p. 53 e ss.

o direito penal. Isso é evidente nos crimes dolosos, em que o agente sobrepõe conscientemente a realização do seu interesse ao bem comum, mas também se aplica aos crimes negligentes, porquanto o défice de cuidado que possibilita a materialização da conduta proibida incrusta-se ainda no desejo de prosseguir determinado interesse próprio (na generalidade dos casos, abster-se de um cuidado ou esforço juridicamente exigíveis). Assim, sem que desta forma se pretenda reabilitar a doutrina da acção final, é inequívoco que também nos crimes negligentes é possível encontrar uma finalidade referida ao programa de interesses do agente, porque todo o agir humano é teleologicamente cunhado, e aí adquire o sentido que permite qualificá-lo como tal.[5]

Tudo isto significa que o crime, por definição, *compensa*, mesmo quando não se trate de uma auto-gratificação puramente egoística.

É precisamente por o crime ser, estruturalmente, compensação para o seu autor, que a lei procura levantar obstáculos contra a sua prática – a cominação de penas. Esse é mesmo o cerne das doutrinas da prevenção geral negativa, assente na pressuposição do hedonismo (a pena como contra-motivo para a prática do crime),[6] mas não só aí: numa formulação contemporânea, a pena é a confirmação solene, à custa do infractor, de que o modelo de orientação continua a ser o consignado na norma, e não aquele que a conduta transgressora egoisticamente exprime e com o qual pretende desautorizá-la.[7] Da mesma forma, à doutrina da protecção de bens jurídicos através do direito penal está subjacente uma necessidade colectivamente percebida e legitimada de proteger valores sociais contra ofensas causadas pelo arbítrio individual.

2. Deste modo, o risco de sujeição às penas cominadas – *maxime*, à privação da liberdade – faz com que, na óptica do Estado, a potencial gratificação pro-

5. O que não significa, naturalmente, tomar a acção (empírica) subjacente à violação do dever de cuidado como elemento do crime negligente: cf. Eduardo Correia, *Direito criminal I* (com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias), 1963, p. 246 e ss.

6. Nas palavras de Beccaria, "para que uma pena tenha efeito, basta que o mal, nascido da pena, exceda o bem que nasce do delito e é neste excedente de mal que deve ser calculada a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito produziria" (Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, trad. de José de Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 116); e também, de forma porventura mais exacta [comparando o mal da pena (*Uebel*) com o mal da frustração (*Unlust*) por não praticar o crime], Paul J. Anselm R. von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14. ed. (hrsg. v. C. Mittermaier), Giessen: Georg Friedrich Heyer's Vlg., 1847, p. 38 e s.

7. Vide Günther Jakobs, *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. ed., Berlin: de Gruyter, 1993, p. 9.

piciada pelo crime seja anulada. Nesse contexto, o crime torna-se numa acção sem sentido e é legítimo esperar que desapareça. Porém, a experiência mostra que as coisas não se passam dessa forma e que aquela expectativa continua, hoje como ontem, a frustrar-se com a prática de cada crime. Isso deve-se a três factores diferentes:

2.1 O primeiro, e mais comum, consiste na percepção de um *baixo risco* de efectiva punição por parte do infractor, que decerto variará com o grau de probabilidade de punição objectivamente existente, mas que mantém, em relação a ele, uma certa autonomia – circunstância bem conhecida e imortalizada por Montesquieu na sua lapidar sentença.

2.2 Em outros casos, a satisfação pessoal com a prática do crime, que pode até ser sentida pelo infractor como um dever moral, atinge um grau elevadíssimo, sendo impossível desmotivá-lo através da cominação de um mal – uma compensação *imponderável*, que nenhuma acção pública pode eliminar.

2.3 Por último, casos há em que a apreciação do infractor relativamente à compensação trazida pelo crime diverge daquela que o Estado supõe ao cominar as penas: a sujeição à pena pelo facto (independentemente do grau em que é representado o risco da sua efectiva aplicação) não anula o sentimento de compensação *material* trazida pelo crime. Nesta óptica, a pena funciona como um custo, e tão-só eventual, de um benefício económico. A diferença com a situação anterior, como rapidamente se intui, está em que a eliminação deste benefício se encontra ao alcance do Estado.

É a estas situações que nos referimos quando relacionamos a perda de vantagens com o brocardo "o crime não compensa", que tem portanto um conteúdo normativo: o crime não *deve* compensar.

3. A questão que se põe então é a de saber se o Estado pode conferir vigência jurídica àquela proposição, ou se, pelo contrário, ela tem um conteúdo eminentemente moral, insusceptível de ser prosseguido pelo Estado, a quem compete apenas proteger bens jurídicos, e não executar coercivamente máximas daquela natureza – sobretudo quando isso implica, de certa forma, uma *degradação* do Estado, que assim se vê forçado a funcionar de acordo com a lógica (económica) ditada pelo criminoso.[8]

Parece claro que a eliminação de todas as compensações do crime que estejam ao alcance da acção pública tem um efeito relevante de prevenção,[9] em to-

8. Aquilo a que João Conde Correia, op. cit., p. 101, chama "falar a mesma linguagem" do criminoso.

9. Vide, por exemplo, Peter Alldridge, *Money laundering law*, Hart Publishing, 2003, p. 55.

das as suas dimensões, que será tão mais importante quanto a obtenção de tais vantagens obedecer a uma lógica comercial, onde a sujeição às penas clássicas seja contabilizada como um custo. Assim, não pode pretender-se que a ablação das vantagens provenientes da prática de crimes prossegue um fim puramente moral, porque ela é imanente à prevenção de certas formas de criminalidade, que se legitima na protecção de bens jurídicos. Aliás, num outro plano, só essa densidade especificamente jurídica lhe permite constituir-se, ela própria, em expressão da administração da justiça com dignidade penal e por aí justificar a incriminação do branqueamento.

Mas daqui decorre também uma outra consequência: *é à luz desses fins de prevenção criminal*, e não de outros mais ou menos evanescentes – como, por exemplo, a tutela da concorrência ou o restabelecimento de uma ordenação dominial juridicamente válida –, que a acção pública relativa ao confisco de vantagens de origem criminosa deve ser prosseguida. Com efeito, deve rejeitar-se a ambiguidade do discurso que alerta para a imperiosa necessidade de adoptar mecanismos particularmente agressivos para os direitos individuais, em virtude da organização da criminalidade, da ineficácia dos mecanismos tradicionais de prevenção do crime etc., para depois "civilizar" tais instrumentos, ordenando-os a *fins* não especificamente penais e arredando *logo por aí* as garantias que o direito penal e processual penal propiciam.

III. Os instrumentos mobilizáveis para que o crime não compense: breve resenha de direito estrangeiro

1. Para evitar que o crime compense, o Estado dispõe de vários instrumentos, que não são mutuamente exclusivos, embora possam apresentar margens de sobreposição.Trata-se, portanto, de saber qual o sentido e as funções que estes institutos desempenham hoje, reflexão que se impõe não tanto por um comprovado aumento da geração e circulação de riqueza de origem criminosa (as máfias, os sindicatos de crime organizado e os cartéis da droga existem há várias décadas), mas, sobretudo, por força da atenção crescente que vem sendo dada às chamadas "estratégias patrimoniais de combate à criminalidade"[10] por parte das autoridades estatais e transnacionais.

10. Jorge Alexandre Fernandes Godinho, Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau. In: Leonel Alves; Paulo Cardinal (coords.), *Primeiras jornadas de direito e cidadania da Assembleia Legislativa*, Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 139 e ss. Cf. também, para uma visão compreensiva destes instrumentos, Anna Maria Maugeri, I modelli di sanzione

Além da perda de vantagens "clássica",[11] divisam-se, assim,as seguintes vias:

1.1 Em primeiro lugar, há que prevenir e reprimir as manobras tendentes a dissimular ou a converter as vantagens de origem ilícita, ou a sua natureza, que visam iludir a pretensão do Estado à detecção e confisco das mesmas. A isso veio a criminalização do branqueamento, que, tendo sido pensada para o controlo das vantagens provenientes do tráfico de droga, foi sendo estendida, ao longo da última década, a uma vasta panóplia de infracções, praticamente esgotando o leque dos crimes com escopo lucrativo e, até, transcendendo-o.[12]

1.2 Em segundo lugar, é possível estender o confisco a bens de origem desconhecida que se encontram na posse ou titularidade do agente através de presunções cuja base factual (exclusiva ou concomitante) é a condenação por certos crimes tipicamente rendosos.[13]

1.3 Outra forma de evitar que o crime compense é a previsão de um procedimento *in rem*, de natureza administrativa, dirigido contra coisas de origem suspeita (a *civil forfeiture* do direito estadunidense e a *civil recovery* do direito britânico), impondo aos pretensos titulares que provem a legitimidade da sua pretensão ou a titularidade dos bens, sob pena de os perderem para o Estado.

1.4 Por fim, é ainda pensável criminalizar o enriquecimento "ilícito" (*rectius*, injustificado), isto é, cominar penas para quem possua ou domine um património incongruente com os seus rendimentos lícitos, cuja origem é desconhecida.

2. Sendo certo que todos os sistemas conhecem formas de "perda clássica", e que a generalidade dos países pune hoje o branqueamento, ao menos em relação às vantagens provenientes de certos crimes, em cumprimento dos

---

patrimoniale nel diritto comparato. In: Anna Maria Maugeri (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione. Atti del Convegno*. Catania, 19-20 gennaio 2007, Giuffrè, 2008, p. 5 e ss.; e, entre nós, Euclides Dâmaso Simões; José Ferreira Trindade, Recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves), *Julgar online*, 2009; e João Conde Correia, op. cit., p. 41 e ss. e *passim*.

11. Para uma descrição exaustiva das normas que regulam a perda de vantagens em vários lugares do sistema jurídico-penal português, vide João Conde Correia, op. cit., p. 65 e ss.

12. Veja-se, em Portugal, o âmbito do art. 368.º-A, n. 1.

13. Este é o regime da chamada "perda alargada", constante da Lei 5/2002, de 11 de janeiro.

deveres de fonte internacional[14] ou europeia[15] que sobre eles impendem, o panorama do direito comparado relativamente aos restantes instrumentos é muito diversificado.

2.1 *Espanha*: No direito espanhol, a *Ley Orgánica* 5/2010 modificou o art. 127 do Código Penal espanhol, que impõe agora ao tribunal o dever de "ampliar" o âmbito da perda às vantagens provenientes de "actividades criminosas" cometidas no quadro de uma organização criminosa ou terrorista, entendendo-se que provém de actividade criminosa o património de todas e cada uma das pessoas condenadas por crimes cometidos no quadro da organização criminosa ou terrorista, ou por crimes de terrorismo, cujo valor seja desproporcional aos rendimentos lícitos de cada uma das ditas pessoas. Assim, é necessário: (1) uma condenação por crimes cometidos no quadro de uma organização criminosa ou terrorista, ou por crimes de terrorismo; (2) a prova, no primeiro caso, de uma actividade criminosa no quadro de uma organização criminosa ou terrorista; (3) a desproporção patrimonial. A partir daqui, a lei presume – *iuris tantum* – a conexão entre a dita actividade criminosa ou crime (de terrorismo) e a desproporção patrimonial.[16]

---

14. Vide a *Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas*, de 1988 (ratificada pelo Dec. do Presidente da República 45/1991, de 06 de setembro) e a *Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo*, de 2005 (ratificada pelo Dec. do Presidente da República 78/2009, de 27 de agosto).

15. Vide a *Decisão-Quadro do Conselho* 2001/500/JAI, *de 26.06.2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime* (JO L 182 de 05.07.2001, p. 1 e ss.).

16. Na interpretação da *Fiscalía General del Estado*, "[e]n virtud de esta nueva regulación, en los expresados supuestos de comiso ampliado – efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo –, no será necesaria la prueba de la relación de causa-efecto o, en otras palabras, de vinculación concreta entre el delito que la sentencia declara probado y los bienes cuyo comiso se decreta, pero si será necesario probar y que así se aprecie en la sentencia, que el sujeto viene realizando actividades ilícitas en el marco de una organización criminal, grupo criminal o terrorista o que ha realizado un delito de terrorismo y que el valor de los bienes incautados resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente la persona enjuiciada. A partir de dichos presupuestos, el legislador establece una presunción *iuris tantum* acerca del origen de dicho patrimonio, susceptible en todo caso de ser enervada mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado, o al menos que no procede

No que especificamente diz respeito às vantagens provenientes do tráfico de estupefacientes e do branqueamento, o *Acuerdo Plenario de la Sala de lo Penal* do Tribunal Supremo, de 05.10.1998, havia já estabelecido que o art. 374 do CP deve interpretar-se no sentido de que a decisão de confisco abrange as vantagens provenientes de operações anteriores ao concreto crime por que o agente é condenado, sempre que se prove essa proveniência e se respeite o princípio do acusatório.[17]

2.2 *Países-Baixos*: Desde 01.03.1993, e levando em conta as modificações introduzidas pela Lei de 01.09.2003, o direito *neerlandês* trata a perda de vantagens do seguinte modo:

A requerimento do Ministério Público, o tribunal pode impor ao condenado a obrigação de pagar um certo montante como forma de privá-lo de vantagens obtidas ilegalmente quando elas provenham do crime em questão, ou de crimes semelhantes ou crimes puníveis com multa do 5.° grau, desde que, neste caso, existam *indícios suficientes* (*voldoende aanwijzingen*) de que foram cometidos pelo condenado (art. 36e, 2, do CP neerlandês). Se o agente tiver sido condenado por um crime punível com multa do 5.° grau e houver a suspeita de que a vantagem ilicitamente obtida excede 12.000 euros, inicia-se uma investigação financeira autónoma em relação ao processo penal. A perda é decretada se essa investigação tornar *plausível* (*aannemelijk*) que outras infracções penais tenham permitido ao condenado obter vantagens ilegais (art. 36e, 3). Neste caso, não é necessário provar que o condenado participou no cometimento

---

de actividades criminales llevadas a cabo en el marco de una organización, grupo criminal o terrorista o derivadas de la realización de un delito de terrorismo" (Fiscalía General del Estado, Circular 4/2010, de 30.12.2010, *Sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, ponto 2.3).

17. "El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 CP debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio". A jurisprudência posterior tem enfatizado a necessidade de se determinar a "relação directa" entre as vantagens com os crimes *sub judice*: "la jurisprudencia exige (cfr. SSTS 31/2003, de 16 de enero y 1.528/2002, de 20 de septiembre), además, una relación directa de lo decomisado con la actividad ilícita enjuiciada de modo que si no se determina claramente en la sentencia, la afirmación expresa de que el dinero ocupado eran ganancias procedentes de la venta de drogas carece de un requisito imprescindible para la aplicación de los artículos 127 y 374, pues, en todo caso, debe constar la procedencia del delito y no pertenencia a un tercero, como condiciones para acordarse el decomiso (STS 235/2001, de 20 de febrero)" (Sentença do Tribunal Supremo, de 21.10.2010).

desses crimes, nem especificá-los: basta provar que não foi possível estabelecer uma origem legítima relativamente aos bens do visado.

A obrigação de pagamento é flanqueada pela medida de detenção para pagamento da dívida por um período que pode ir até três anos,[18] excepto se se provar a impossibilidade de pagamento.

2.3 *França*: No direito francês, o controlo das vantagens relacionadas com o crime evoluiu em duas direcções.

a) Em primeiro lugar, a Lei 2006-64, de 23.01.2006, modificou o art. 321-6 do CP francês (integrado no capítulo onde se pune a receptação e crimes afins), que passou a incriminar, punindo-o com três anos de prisão e 75.000 euros de multa, o facto de o agente não apresentar recursos lícitos que justifiquem o seu modo de vida, mantendo ao mesmo tempo relações habituais com pessoas que, ou se entregam ao cometimento de crimes ou delitos puníveis com pena não inferior a cinco anos de prisão que lhes trazem um benefício directo ou indirecto, ou são vítimas de uma destas infracções.[19]

b) Em segundo lugar, a Lei 2007-297, de 05.03.2007, modificou o art. 131-21 do CP, estabelecendo, no que aqui interessa, o seguinte regime:[20]

• a perda (*confiscation*) é uma pena complementar, de carácter facultativo, aplicável nos casos especialmente previstos na lei e às infracções puníveis com pena superior a um ano (exceptuando os crimes de imprensa);

• no que diz respeito ao seu âmbito, o confisco incide sobre os bens móveis e imóveis que tenham servido ou estivessem destinados a servir para o come-

18. Art. 36e, 10, do CP, e art. 577c do Código de Processo Penal. Esta medida veio substituir, com a modificação legislativa de 2003, a prisão subsidiária (até seis anos) em caso de incumprimento, prevista no revogado art. 24d do CP, que, uma vez executada, isentava o agente do pagamento.

19. Anteriormente, o art. 321-6 punia quem, tendo autoridade sobre um menor que com ele/ela coabitasse e que se entregasse habitualmente à prática de crimes contra o património, não conseguisse justificar o seu modo de vida através da apresentação de recursos lícitos. Esta incriminação desapareceu enquanto tal, passando a integrar uma das circunstâncias agravantes previstas no art. 321-6-1 criado em 2006 (embora já não se exija a coabitação).

20. Sobre a evolução da *confiscation*, veja-se o *Rapport n. 328 (2009-2010) de M. François Zocchetto, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24.02.2010*, precedendo a *Proposition de loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale*, disponível em: [www.senat.fr/rap/l09-328/l09-328.html], que deu origem à Lei 2010-769 de 09.07.2010, à qual se deve a inclusão dos "*droits incorporels*" no âmbito dos bens confiscáveis.

timento do crime e que sejam propriedade do agente, ou que se encontrem na sua disponibilidade, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa-fé, bem como sobre os bens que constituem o objecto ou o produto, directo ou indirecto, da infracção, à excepção daqueles que possam ser restituídos à vítima;

• se se tratar de uma infracção punível com pena não inferior a cinco anos de prisão, que tenha proporcionado um lucro directo ou indirecto, a perda abrange os bens que pertençam ao condenado quando este não consiga justificar a origem dos bens que se pretende confiscar;

• o confisco geral pode incidir sobre todo o património do condenado, ou apenas parte dele, se as normas que punem o crime em causa o previrem, como sucede, v.g., com os arts. 213-1, 213-3 (crimes contra a humanidade) e 225-25 (tráfico de pessoas e lenocínio) do CP;

• a perda é aplicável às pessoas jurídicas condenadas em processo penal.

2.4 *Itália*: O ordenamento italiano é aquele que mais semelhanças apresenta com o vigente direito português, ao menos nas suas disposições essenciais.

a) O art. 204 do CP Italiano regula a "perda clássica", que tem por pressuposto uma condenação e a prova da ligação entre o crime e as vantagens, sendo qualificada como uma "medida de segurança patrimonial", assente na perigosidade representada pela posse dos bens.[21]

b) Por sentença de 17.02.1994, o Tribunal Constitucional italiano declarou a inconstitucionalidade da norma contida no art. 12-*quinquies* da Lei 356/92, que incriminava a posse injustificada de bens desproporcionais aos respectivos rendimentos por parte de pessoas arguidas por certos crimes. Na sequência, o legislador aprovou o art. 12-*sexies*, onde veio prever o confisco desses bens desproporcionais e injustificados que se encontrem na titularidade ou posse de pessoas condenadas pelos ditos crimes. A jurisprudência maioritária considera que se trata de uma medida de segurança patrimonial (atípica),[22] ao passo que a doutrina dominante entende que se trata de uma pena, devido à prevalência

21. Para uma resenha de outras normas dispersas que regulam o confisco em determinados sectores normativos e a diferente natureza que ele assume em cada um desses lugares (um instituto "camaleónico"), cf. Alessandro Auletta; Antonio Serpico, La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU, *Innovazione e Diritto* 6/209 e s., 2010.

22. *Cass.*, sez. UU, n. 920, de 17.12.2003; dessa natureza decorreria, por exemplo, a legitimidade da aplicação retroactiva da perda alargada a factos anteriores à entrada em vigor da lei: cf. Alessandro Auletta; Antonio Serpico, op. cit., p. 216, com indicações de jurisprudência.

dos fins punitivos sobre os fins preventivos[23] e à inexistência de um nexo entre a medida e o facto por que o agente é condenado.[24] Esta pena seria assim semelhante à *Vermögensstrafe* que o Tribunal Constitucional alemão declarou inconstitucional por decisão de 20.03.2002.[25]

2.5 *Alemanha*: O direito alemão prevê também a perda e a perda alargada, respectivamente nos §§ 73 e 73d do CP. Duas características merecem destaque:

a) Tradicionalmente, a perda era vista como uma medida de segurança, que tinha por objectivo privar os agentes da vantagem patrimonial obtida através de um facto ilícito-típico, colocando-os na posição em que estariam se não o tivessem praticado. Porém, a Lei de 28.02.1992 alterou o enunciado da norma, substituindo a expressão "vantagem patrimonial" (*Vermögensvorteil*) pelo termo "aquilo" (*etwas*); em consequência, a perda deixou de ter por objecto o benefício patrimonial concreto (a vantagem líquida, calculada de acordo com o *Nettoprinzip*) e passou a referir-se aos bens obtidos (*Bruttoprinzip*), o que, de acordo com a doutrina dominante, deu uma configuração diferente ao instituto: o possível excesso do valor da perda relativamente ao ganho concreto obtido pelo agente constitui materialmente uma punição, pelo que o confisco passou a assumir a natureza de pena.[26] Daqui decorre que, pelo menos nos casos em que tal excesso se verifica, não basta, para a sua aplicação, a prática do ilícito-típico referida na lei: é ainda necessária a prova da culpa, ou seja, de um

---

23. Luigi Fornari, *Criminalità del profitto e techniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova: Cedam, 1997, p. 63 e ss.

24. Gabriele Fornasari, L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12-*sexies* della legge n. 356 del 1992, *Critica del Diritto* (1994), p. 17.

25. BVerfG, 2 BvR 794/95, de 20.03.2002. Neste preciso sentido, Désirée Fondaroli, Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. *Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bononia University Press: Bologna, 2007, p. 225.

26. Vide Sven Keusch, Probleme des Verfalls im Strafrecht, Peter Lang, 2005, p. 45 e ss., com indicação de outra bibliografia, e, por último, Hans Achenbach, Sanktionen gegen Unternehmen. In: Achenbach; Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. ed., 2012, p. 18 e s. Vide também, a propósito, Peter Alldridge, cit., p. 57, citando o Hodgson Report (David Hodgson, Profits of crime and their recovery, Heinemann, 1984) e desenvolvendo o argumento mais adiante, p. 149. Esta construção não foi partilhada pelo Tribunal Constitucional alemão, que a afastou expressamente, sustentando que o Bruttoprinzip é uma mera transposição, para o regime do confisco, de um critério de distribuição do risco vigente na disciplina do enriquecimento sem causa (BVerfG, 2 BvR 564/95, de 14.01.2004): vide infra no texto.

crime completo (*volldeliktische Tat*), sob pena de violação do princípio *nulla poena sine culpa*.[27]

b) A perda alargada (*erweiterte Verfall*) foi introduzida no § 73d do CP alemão pela Lei de 15.07.1992, que entrou em vigor a 22 de setembro do mesmo ano. De acordo com o enunciado da norma, em caso de cometimento de um facto ilícito-típico punido por uma norma que expressamente remeta para o instituto da perda alargada, o tribunal ordena a perda dos bens titulados ou detidos pelos autores e participantes sempre que as circunstâncias justifiquem a suposição (*"wenn Umstände die Annahme rechtfertigen"*) de que eles foram obtidos através ou para o cometimento de outros factos ilícitos-típicos. O *Bundesgerichtshof* pronunciou-se no sentido da conformidade do confisco alargado com o princípio da culpa e a presunção de inocência constitucionalmente garantidos, adoptando para tanto uma interpretação (muito) restritiva da referida norma: a medida só pode ser decretada se o tribunal se encontrar plenamente convencido, em virtude de exaustiva produção e valoração da prova, que o arguido adquiriu os bens através de factos típicos e ilícitos, os quais todavia não têm que ser individualmente provados; consequentemente, a dúvida razoável sobre a proveniência dos bens impedirá o decretamento do confisco.[28]

---

27. S. Keusch, op. cit., p. 59 e ss.

28. BGH 4 StR 516/94, de 22 de novembro de 1994, § 8 e s.: "Die Anordnung des erweiterten Verfalls kommt nur in Betracht, wenn der Tatrichter aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung (...) die uneingeschränkte Überzeugung gewonnen hat, daß der Angeklagte die von der Anordnung erfaßten Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt hat, ohne daß diese selbst im einzelnen festgestellt werden müßten (...). Insoweit kann an die Rechtsprechung zur rechtsfehlerfreien richterlichen Überzeugungsbildung angeknüpft werden (...). Gründe, die zu vernünftigen Zweifeln an einer deliktischen Herkunft von Tätervermögen Anlaß geben, stehen der Anordnung des erweiterten Verfalls dieser Gegenstände entgegen". Note-se que a decisão do BGH 2 StR 691/94, de 01.03.1995, não parece ter vindo admitir, contra aquele entendimento, a possibilidade de "um menor grau de convencimento do tribunal" relativamente à origem dos bens; diversamente, afirmou-se ali que as objecções que pressupõem essa interpretação não tinham aplicação ao caso, porque o tribunal *a quo* se tinha convencido da origem criminosa do património: "[z] u Recht hat das Landgericht die zwingende Vorschrift des § 73 d StGB angewandt. Es ist von der strafbaren Herkunft des Geldes überzeugt. Bedenken, welche sich daraus ergeben, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers bereits ein geringerer Grad richterliche Gewißheit die Anordnung der Maßnahme rechtfertigt (Dreher/Tröndle StGB 46. Aufl. § 73 d Rdn. 4; Eser in Festschrift für Stree und Wessels [1993] S. 833, 845), stellen sich daher nicht (s. dazu auch BGH, Beschl. vol. 22. November 1994 – 4 StR 516/94)".

Mas as dúvidas sobre a constitucionalidade da perda alargada no direito alemão suscitam-se também em outros quadrantes. Na verdade, tanto o legislador como o Tribunal Constitucional pretenderam conferir a esta medida um carácter não penal, por analogia com a perda clássica. Porém, como vimos, a perda clássica, dirigindo-se agora ao valor bruto dos bens obtidos – inovação que, curiosamente, foi introduzida para uniformizar o seu regime com o da perda alargada, criada uns meses depois – tem, de acordo com a doutrina dominante, a natureza de uma pena. Ora, parte da doutrina entende que, ao invés do que ocorre com a perda clássica, não é possível fazer aqui uma interpretação conforme com a Constituição, de maneira a harmonizar o regime com o princípio da culpa, visto que este foi expressamente afastado pelo legislador e aquela interpretação implicaria, na realidade, a (metodologicamente ilegítima) determinação de uma nova norma.[29] Consequentemente, o § 73d seria inconstitucional.

2.6 *Reino Unido*: O direito britânico mais recente, contido no *Proceeds of Crime Act* de 2002 (POCA),[30] prevê uma dupla via para a perda de vantagens provenientes de crimes: o confisco penal (*criminal confiscation*) e o confisco administrativo (*civil recovery*).

a) O processo de confisco penal decorre num *Crown Court* e pode seguir-se à prolação de uma sentença condenatória em processo decorrido perante esse tribunal ou à recepção de um processo que terminou com sentença condenatória proferida num *Magistrates' Court* e remetido por este tribunal ao *Crown Court* para efeitos de determinação da pena, ou especificamente para a instauração de um processo de confisco. O processo pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal ou por promoção da Coroa (caso em que o processo é obrigatório, salvo *abuse of process*).

Para decretar a medida, o tribunal determina se o condenado tem um modo de vida criminoso (*criminal lifestyle*),[31] o qual pode resultar de

29. S. Keusch, op. cit., p. 155 e ss. O A. entende também que a perda alargada viola a presunção de inocência e a garantia da propriedade privada, caracterizando-a como um instituto "totalmente falhado" ("*völlig missglückten Vorschrift*": idem, p. 172). Em sentido oposto, por entender que a aplicação do *Bruttoprinzip* não dá ao instituto a natureza de pena, vide a decisão do Tribunal Constitucional alemão referida supra, na nota 26.

30. Subsequentemente modificado pelos diplomas *Serious and Organised Crime Act 2005*, *Serious Crime Act 2007* e *Policing and Crime Act 2009*.

31. Secção 75 POCA.

um dos três seguintes factores, a provar pela acusação "*on the balance of probabilities*":[32]

(I) a condenação em causa diz respeito a *certos crimes* (tráfico de estupefacientes, branqueamento, direcção de grupo terrorista, tráfico de pessoas ou armas, contrafacção e crimes contra a propriedade intelectual, lenocínio, extorsão, bem como a tentativa, a instigação e a conspiração para praticar estes crimes); ou

(II) o crime insere-se numa sequência de actividade criminosa ("*part of a course of criminal activity*"); para tanto, é necessário que o agente tenha tirado do crime por que foi condenado benefício não inferior a 5.000£ e:

α) que tenha sido condenado, no mesmo processo, por, pelo menos, três outros crimes de que tenha tirado idêntico benefício;[33] ou

β) que, nos seis anos anteriores ao início do processo, tenha sido condenado em, pelo menos, duas ocasiões, por um crime de que tenha tirado idêntico benefício;[34] ou

(III) o crime foi cometido durante pelo menos seis meses e o condenado tirou dele um benefício não inferior a 5.000£.

Se concluir pela existência de um modo de vida criminoso, o tribunal determina, por intermédio de presunções, o benefício obtido pelo condenado: presume-se que todos os bens transferidos para o condenado nos seis anos

32. Secção 6(7) POCA. Na decisão *Briggs-Price* ([2009] 1 AC 1026), a Câmara dos Lordes afirmou que, se a prova do benefício assentar unicamente na prática de outros crimes (*sc.*, se não forem detectados bens na posse do arguido), o tribunal tem que convencer-se da culpabilidade do arguido por esses crimes para lá da dúvida razoável ("beyond reasonable doubt"), pois só assim o regime será compatível com o art. 6(1) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (vide Edward Rees; Richard Fisher; Richard Thomas, *Blackstone's guide to the Proceeds of Crime Act*, 4. ed., OUP, 2011, p. 19 e p. 25). Essa jurisprudência parece não ter sido posta em crise na recente decisão da Câmara dos Lordes *Gale v. SOCA* ([2011] UKSC 49), de 26.10.2011, que considerou suficiente o estabelecimento da actividade criminosa anterior "on the balance of probabilities", pois este caso dizia respeito a um confisco civil e os bens encontravam-se na posse dos demandados.

33. Não é líquido se se trata de uma quantia global ou relativa a cada infracção (vide Edward Rees; Richard Fisher; Richard Thomas, op. cit., p. 23), mas a letra da Secção 75(4) do POCA parece apontar para a segunda alternativa ("[b]ut an offence does not satisfy the test in subsection (2)(b) or (c) unless the defendant obtains relevant benefit of not less than 5.000£").

34. Idem.

anteriores ao início do processo e todos os bens possuídos pelo condenado, em qualquer momento posterior à sentença condenatória, constituem resultado da sua actividade criminosa geral (*general criminal activity*); e presume-se também que todas as despesas efectuadas naquele período de seis anos foram realizadas com bens com a mesma proveniência. As presunções podem ser elididas pelo visado através da prova (por preponderância das probabilidades) de que certo bem ou rendimento é de fonte legítima e podem ser afastadas pelo tribunal quando a sua aplicação produzir um risco sério de injustiça.

Se concluir pela inexistência de um modo de vida criminoso, o tribunal tem que decidir se o condenado beneficiou da particular conduta que é objecto dos autos (aí se englobando todos os crimes que tiverem sido levados em conta na determinação da pena, para abranger as chamadas "*lesser included offences*"). O ónus da prova do benefício cabe à Coroa, "*on the balance of probabilities*".

b) O *confisco administrativo* é um procedimento *in rem*, dirigido contra a propriedade confiscável (*recoverable property*), que se define como sendo composta pelos bens obtidos através de actividade criminosa (*unlawful conduct*)[35] de valor superior a 10.000£, ou os bens que se sub-rogam no lugar deles.

Na formulação do Juiz Sullivan,[36] as autoridades não têm que alegar e provar o cometimento de um crime determinado, mas devem expor e provar, "*on the balance of probabilities*", que os bens procedem de factos que integram certo género ou géneros de crimes (fraude, roubo etc.), mesmo que praticados por pessoa diferente daquela que actualmente é titular do bem ou tem sobre ele uma pretensão.[37]

A jurisprudência diverge quanto à questão de saber se a prova de que o demandado não tem rendimentos legítimos que expliquem o seu modo de vida é suficiente para se considerar provada (por preponderância das probabilidades) a origem criminosa dos bens: em sentido negativo, *Director of ARA* vs. *Green*[38] e, em sentido afirmativo, o Juiz Griffith Williams no caso *SOCA* vs. *Gale and others*.[39]

---

35. Secções 304(1) e 241(1) POCA; cf. Edward Rees; Richard Fisher; Richard Thomas, op. cit., p. 161. Se se tratar de actividade praticada no estrangeiro, vale o princípio da dupla incriminação (Secção 241(2) POCA).

36. *Director of ARA* vs. *Green*, [2005] EWHC 3.168 Admin.

37. Assim também o Juiz Moore-Bick no caso *The Director of Assets Recovery Agency* vs. *Szepietowski & Ors*, [2006] EWHC 3.228 Admin., § 107.

38. Supra, nota 36.

39. [2009] EWHC 1015.

IV. O ESTATUTO DA PROPOSIÇÃO "O CRIME NÃO COMPENSA" NO DIREITO INTERNACIONAL E, EM PARTICULAR, A SUA RELAÇÃO COM A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM: DESFAZENDO ALGUNS EQUÍVOCOS

1. Sucintamente, pode afirmar-se que não existem deveres internacionais ou europeus que imponham um abrandamento das exigências em matéria de prova para efeitos da perda alargada ou a criminalização do enriquecimento "ilícito".

No que diz respeito ao primeiro ponto, o direito da União Europeia só exige a declaração de perda quando o tribunal esteja plenamente persuadido, com base em factos específicos, de que os bens em questão foram obtidos a partir de actividades criminosas semelhantes da pessoa condenada,[40] deixando aos Estados-membros a opção de utilizar "procedimentos não penais para destituir dos bens em questão o autor da infracção".[41] Por sua vez, o art. 5.º, n. 7, da *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas*, de 1988,[42] o art. 12.º, n. 7, da *Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional*, de 2000,[43] e o art. 3.º, n. 4, da *Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo*, de 2005,[44] prevêem a *possibilidade*, mas não o dever, de os Estados imporem o ónus de provar a origem lícita dos bens ao seu detentor, dentro do respeito pelos respectivos ordenamentos jurídicos internos.

---

40. Art. 3.º, n. 2, als. b) e c), da *Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24.02.2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime* (JO L 68, de 15.03.2005, p. 51).

41. Idem, art. 3.º, n. 4. Não será este o local para aprofundar o problema, mas seja-nos permitido questionar até que ponto a função das decisões-quadro e das directivas – *impor* certo resultado aos Estados-membros: art. 34.º, n. 2, al. b), do Tratado da União Europeia, na versão de Amesterdão, e art. 228.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia vigente – é compatível com normas *permissivas* deste género ("os Estados-membros podem...") fora dos casos em que se limitam a esclarecer que a vinculação à obtenção de certo resultado não impede os Estados-membros de adoptar certas soluções cuja compatibilidade com o instrumento europeu poderia ser, de outra forma, duvidosa.

42. Supra, nota 14.

43. Ratificada pelo Dec. do Presidente da República 19/2004, de 02 de abril.

44. Supra, nota 14.

Por outro lado, nem o direito internacional nem o direito europeu impõem um dever de criminalizar o enriquecimento "ilícito". De acordo com o art. 20.º da *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, de 2003,[45] os Estados Partes têm apenas o dever de *ponderar*, no respeito pelas respectivas Constituições e pelos princípios fundamentais dos respectivos sistemas jurídicos, a criminalização do aumento patrimonial significativo do(a) funcionário(a) que não possa ser por ele(a) razoavelmente explicado, tendo em atenção os seus rendimentos lícitos.

2. Em segundo lugar, a conformidade de certo procedimento ou sanção com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), tal como interpretada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), muitas vezes brandida em matéria de confisco,[46] não é garantia absoluta e formal da sua *legitimidade*, nomeadamente perante o direito constitucional nacional: importa não esquecer que a CEDH contém apenas um catálogo de *garantias mínimas*, e não um código europeu dos direitos humanos.

3. Em terceiro lugar, devemos ter presente que não cabe ao TEDH determinar a "verdadeira natureza", penal ou não-penal, de um certo procedimento ou sanção. Essa qualificação compete aos ordenamentos nacionais, de acordo com os instrumentos hermenêuticos geralmente aplicáveis (*maxime*, atendendo aos respectivos pressupostos e fins). O que a jurisprudência do TEDH tem afirmado desde o célebre Acórdão *Engel* (e depois *Öztürk*) é que, *para efeitos da aplicação das garantias aí contidas*, os conceitos de "pena" e de "matéria penal" constantes da CEDH são autónomos em relação às qualificações operadas pelos Estados. Assim, pode suceder que certa sanção, procedimento ou infracção,

45. Ratificada pelo Dec. do Presidente da República 97/2007, de 21 de setembro.

46. É usual invocar propósito do uso de presunções em matéria penal a jurisprudência expendida pelo Tribunal no Ac. TEDH *Salabiaku* v. *France*, de 07.10.1988, segundo a qual "[p]resumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law. (...) Article 6 para. 2 (art. 6-2) does not therefore regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence" (§ 28). O Tribunal concluiu que, *no caso concreto*, tais limites não haviam sido violados, porque, apesar de a lei francesa presumir o cometimento do crime de importação ilegal de bens a partir da respectiva detenção, os tribunais da condenação não se acolheram simplesmente à presunção, antes formaram a sua convicção com base na prova existente no processo (§ 29 e s.). Criticamente sobre esta decisão, cf. Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, O.U.P, 2005, p. 157 e s., e 158 e ss.

qualificados como não-penais (v.g., administrativos) no direito interno, devam obedecer aos parâmetros postos pela CEDH para a matéria penal – mas isso não significa que seja a CEDH, ou, muito menos, o Tribunal, a determinar a sua "verdadeira" natureza, nem que a qualificação aí operada modifique a natureza de que se revestem no direito nacional.

V. A INCONVENIÊNCIA DA INSTITUIÇÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS *IN REM*

1. A instituição de procedimentos *in rem* para obter o confisco de bens de cuja origem *ilícita* (não necessariamente *criminosa*) se suspeita não é ilegítima no seu princípio. Sê-lo-á, decerto, em algumas das suas possíveis concretizações, como no modelo que vigorou nos Estados Unidos da América até a entrada em vigor do *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (CAFRA), de 25.04.2000, de acordo com o qual bastava ao Governo alegar os indícios (*probable cause*) da origem criminosa de certo bem para que o interessado tivesse de provar a legitimidade da sua proveniência.[47] Dessa forma, os indícios que servem para a instauração da acção penal constituíam causa bastante para o confisco, levando, na prática, à imposição de um dever *geral* de justificação da proveniência do património, frontalmente contrário ao princípio liberal do Estado.

Porém, corrigidos esses excessos, podem conceber-se procedimentos *prima facie* legítimos, que não visam imputar a responsabilidade pela prática de crimes (ou de outros ilícitos, v.g., administrativos) a uma pessoa, mas tão-só fazer reverter formalmente a favor do Estado certos bens sobre os quais ninguém apresenta uma pretensão válida. Na verdade, o respeito escrupuloso pelos princípios e garantias vigentes no direito penal não impedem que o Estado possa provar em procedimento adequado, com vista ao decretamento do confisco, que o detentor de certos bens ou valores os obteve ilicitamente, pouco importando se a forma ilícita de tal obtenção constitui, ou não, um ilícito criminal, com todos os seus sinais. Mais concretamente, o respeito pela presunção de inocência não implica que só se possa eliminar certa posição patrimonial ilegítima obtida através de um crime através do direito e do processo penal, mesmo que, para tanto, seja necessário alegar e provar factos que

47. Actualmente, o título 18, capítulo 46, § 983 (c), (1) do *US Code* exige que o Governo prove a sua pretensão estabelecendo que a origem ilícita é a mais provável das alternativas (*by preponderance of the evidence*): cf. Dee R. Edgeworth, *Asset forfeiture: practice and procedure in State and Federal Courts*, 2. ed., ABA, 2008, p. 127 e s.; e Charles Doyle, Crime and forfeiture, in Ryan E. McGowan; Colin H. Grovsten (eds.), *Forfeiture, conspiracy, venue. Federal crime law*, Nova Science Publ., 2011, p. 4 e s.

também constituem um ilícito criminal – desde que a medida visada (a eliminação da posição patrimonial ilegítima) não tenha conteúdo nem finalidade punitivos e o procedimento não possa, por isso, prevalecer-se dos meios de investigação disponíveis no processo penal.[48]

2. Sucede que, em nossa opinião, tal solução seria muito inconveniente, porque, na prática, tais procedimentos são construídos e mobilizados como um *sucedâneo* dos mecanismos penais, adivinhando-se a produção de um sem número de graves disfunções.

2.1 Desde logo, se desligarmos estes procedimentos do cometimento de crimes e, por aí, da prevenção criminal, não é fácil descortinar um fundamento sólido onde escorar a acção estatal. Com efeito, não parece que seja função do Estado assegurar contínua e estrenuamente, de forma genérica, uma ordenação dominial conforme com a lei, lançando uma espécie de novas devassas gerais sobre a proveniência dos bens detidos pelos cidadãos. O que significa que, na prática, os procedimentos *in rem* se fundariam exclusivamente na suspeita de crimes – e não é certamente por acaso que, nos países onde existem, esses procedimentos "civis" se encontram *legalmente* adstritos ao confisco de bens obtidos através do (ou relacionados com o) cometimento de *crimes*.[49]

2.2 Depois, a coerência do instituto com o seu princípio – *sc.*, a inexistência de uma intencionalidade punitiva – obrigaria a limitar escrupulosamente o âmbito do confisco à vantagem líquida obtida,[50] desiderato que não só é alheio à lógica de um procedimento *in rem* (*sc.*, sobre a *coisa*), como também exige o estabelecimento de uma ligação pertinencial entre a coisa e um património (para calcular a vantagem líquida) e, por aí, implica forçosamente a referência a um sujeito de direito que precisamente se quis evitar.

2.3 Em terceiro lugar, embora a hibridez dos mecanismos de confisco não fundados na prova concreta de um crime pareça inevitável,[51] a duplicidade daí resultante não pode funcionar perversamente contra as garantias individuais. Assim, e a título de exemplo, o Estado não pode prevalecer-se (na veste de titular do *ius puniendi*) dos meios de obtenção de prova propiciados pelo processo penal para detectar e obter bens de origem ilícita e utilizar depois a

48. E, parece-nos, desde que os factos em análise não tenham sido já objecto de uma decisão de absolvição, embora a questão seja discutida: vide infra VIII, 7.

49. Cf. a Secção 241 do POCA; e Trevor Millington; Mark Sutherland Williams, *On the proceeds of crime*, 3. ed., O.U.P, 2010, p. 321.

50. Vide supra, III, 2.5, e infra, VII, 3.

51. Vide infra, VIII, 1.

prova obtida (na veste de simples "autor") num procedimento administrativo/civil, *inter partes*, "livre" das garantias previstas no processo penal. De outra forma, estaremos perante uma verdadeira "burla de etiquetas",[52] incompatível com um princípio de *fairness* subjacente a todos os procedimentos que afectam direitos e pretensões individuais e com a própria ideia de Estado de direito.

2.4 *Last but not the least*, os procedimentos *in rem* podem criar graves conflitos entre o interesse na recuperação de activos e o interesse na administração da justiça penal, especialmente quando se encontrem confiados aos mesmos órgãos e agências do Estado. Com efeito, não sendo claros, à partida, quais os efeitos que a decisão da questão penal pode ter sobre a pretensão civil,[53] não está excluído que as agências formais de controlo considerem preferível atacar o lucro suspeito através do procedimento civil, mais atraente no plano da prova, em vez de procurarem a condenação dos agentes dos crimes que o geraram – sobretudo quando aquelas estruturas se vão tornando financeiramente dependentes dos activos recuperados, como sucede, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde se fala já de "addiction to the drug war"[54] e "policing for profit".[55]

52. Assim também Jorge Carlos Fonseca, O crime de "lavagem de capitais": uma perspectiva crítica dogmática e de política criminal, em especial a partir da experiência legislativa cabo-verdiana. In: Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo Sousa Mendes (coords.), 2.º *Congresso de Investigação Criminal*, Almedina, 2010, p. 290.

53. Mesmo que ponhamos entre parêntesis a eventual aplicabilidade da garantia *ne bis in idem*, o TEDH decidiu já, muito claramente, que o confisco subsequente a uma condenação "is a measure (maatregel) inappropriate to assets which are not known to have been in the possession of the person affected, the more so if the measure concerned relates to a criminal act of which the person affected has not actually been found guilty. If it is not found beyond a reasonable doubt that the person affected has actually committed the crime, and if it cannot be established as fact that any advantage, illegal or otherwise, was actually obtained, such a measure can only be based on a presumption of guilt. This can hardly be considered compatible with Article 6 § 2 (...). Secondly, unlike in the Phillips and Van Offeren cases, the impugned order related to the very crimes of which the applicant had in fact been acquitted (...). Article 6, § 2 embodies a general rule that, following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence is no longer admissible" (AcTEDH, *Geerings v. The Netherlands*, de 01.06.2007, § 47 e ss.). Em consequência, o Tribunal concluiu pela violação da presunção de inocência garantida pelo art. 6, § 2, da CEDH.

54. John L. Worrall, Addicted to the drug war: The role of civil asset forfeiture as a budgetary necessity in contemporary law enforcement, *Journal of Criminal Justice* 29 (2001), p. 171 e ss.

55. Eric Blumenson; Eva Nilsen, Policing for profit: the drug war's hidden economic agenda, *University of Chicago Law Review* 65 (1998), p. 35 ss. Vide também Eric

2.5 Em suma: os procedimentos *in rem* para o confisco de bens de origem ilícita não conseguem libertar-se da sombra jurídico-penal que constantemente os persegue, e deixam a indelével impressão de *expedientes* manobrados pelo Estado para subverter os princípios e mecanismos do direito penal. Na verdade, de cada vez que procuramos afastá-los do direito penal, para assim justificar as especialidades que os tornariam eficientes, deparamos com uma acção pública falha de fundamento bastante, uma medida que contradiz a sua intencionalidade, um processo onde teriam de abundar os limites aos poderes de investigação, uma indesejável concorrência com a acção penal e, no caso português, um Ministério Público esgaçado entre a obediência aos princípios da legalidade (processual) e da objectividade, que regem a sua actuação como titular da acção penal, e o interesse na oportunidade de uma reversão, *pro domo sua* (em sentido amplo ou em sentido estrito), de activos ilegitimamente detidos por particulares.[56]

Deste modo, existe um forte risco de que os procedimentos *in rem* acabem por incorporar várias das características do direito e do processo penal (*naturam expellas furca, tamen usque recurret*) – excepto as que visam proteger as garantias individuais.[57]

Tudo o que nos leva a concluir que os procedimentos *in rem*, quando sejam verdadeiramente autónomos do direito penal, serão provavelmente inúteis e talvez até perniciosos; quando o não sejam, constituem atalhos para o Estado impor, como titular do *ius puniendi*, medidas com finalidades preventivas num quase-processo penal, subtraindo a acção pública às garantias constitucionalmente previstas.

Moores, Reforming the civil asset forfeiture reform act, *Arizona Law Review* 51 (2009), p. 777 e ss.; e Jefferson E. Holcomb; Tomislav V. Kovandzic; Marian R. Williams, Civil asset forfeiture, equitable sharing, and policing for profit in the United States, *Journal of Criminal Justice* 39 (2011) p. 273 e ss., com outras referências bibliográficas.

56. Em sentido próximo, José Manuel Damião da Cunha, op. cit., p. 148 e ss., referindo-se embora – posição que já não acompanhamos: vide infra VIII – ao regime instituído na Lei 5/2002.

57. Em sentido próximo, mas centrando o problema na violação da presunção de inocência (presunção que, de acordo com o raciocínio que vimos expondo, *não deveria* ter lugar em procedimentos de natureza genuinamente não-penal), Jorge Alexandre Fernandes Godinho, Civil confiscation of proceeds of crime: a view from Macau. In: Simon N. M. Young (ed.), *Civil forfeiture of criminal property: legal measures for targeting the proceeds of crime*, Edward Elgar Pub., 2009, p. 330 e ss.

VI. A ILEGITIMIDADE DA INCRIMINAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO "ILÍCITO": ENTRE A VIOLAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A FALTA DE DIGNIDADE PENAL

1. Se os procedimentos *in rem* não são necessariamente ilegítimos, o mesmo não pode dizer-se da incriminação do enriquecimento "ilícito", *rectius*, injustificado, que por isso tem sido rejeitada pela generalidade, senão totalidade, dos países da União Europeia.[58]

As propostas apresentadas em Portugal para a criminalização do enriquecimento "ilícito" reconduzem-se a três modelos básicos, que podem aliás mesclar-se entre si: um *crime de suspeita*,[59] cujo conteúdo de ilícito é composto pelos indícios, todavia não provados, de que o agente praticou certos crimes que lhe propiciaram o património incongruente,[60] um *crime de estado*, cujo

58. A norma italiana que previa o crime de enriquecimento "ilícito" (o art. 12-*quinquies* da Lei 356/1992) – que era aliás um crime específico, exigindo a qualidade de arguido por certos crimes – foi declarada inconstitucional pela *Corte Costituzionale*, por decisão de 17.02.1994. A mesma sorte viria a ter a norma contravencional prevista no art. 708 do CP italiano, onde se punia a posse injustificada de valores por parte de quem tivesse sido condenado por delitos motivados pelo lucro ou por contravenções relativas à prevenção dos delitos contra o património (sentença da *C. Cost.* n. 370, de 02.11.1996; o segmento restante da norma, referido aos condenados por mendicidade, advertidos ou sujeitos a medida de segurança pessoal ou caução de boa conduta havia sido declarado inconstitucional pela sentença da *C. Cost.* n. 110, de 02.07.1968).
O direito francês conhece, desde 2006, uma espécie de crime de enriquecimento ilícito (art. 321-6 do CP), mas exige que o titular do património injustificado "mantenha relações habituais" com agentes de crimes puníveis com prisão superior a cinco anos, que lhes tragam um benefício directo ou indirecto, ou com vítimas desses crimes – e por isso se compreende que esta infracção seja concebida como uma forma de *recepta*ção, integrando-se no respectivo capítulo: vide *supra* III, 2.3.

59. Sobre a categoria dos "reati di sospetto", vide Giorgio Marinucci; Emilio Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3. ed., Giuffrè, 2009, p. 174; Valerio Napoleoni, Art. 707. Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli. In: Giorgio Lattanzi; Ernesto Lupo, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. vol. XIII. Le contravvenzioni. Libro III. Art. 650-734*-bis, Giuffrè, 2010, p. 403 e ss; e, especificamente sobre o enriquecimento ilícito como um crime de suspeita, Jorge Alexandre Fernandes Godinho, Do crime de "riqueza injustificada" (Artigo 28.º da Lei n. 11/2003, de 28 de julho), *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, ano XI, n. 24 (2007), p. 27 e ss.

60. Assim podiam caracterizar-se os Projectos de Lei 374/X (2007) e 89/XI (2009) do Partido Social Democrata, que puniam o funcionário (e o titular de cargo político) que, "durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes

conteúdo de ilícito é a própria incongruência entre o património possuído ou dominado e os rendimentos lícitos do agente;[61] ou um *crime de falsidade*,

à cessação dessas funções, adquirir um património ou um modo de vida que sejam manifestamente desproporcionais ao seu rendimento e que não resultem de outro meio de aquisição lícito, com perigo de aquele património ou modo de vida provir de vantagens obtidas pela prática de crimes cometidos no exercício de funções públicas (...)"; bem como o Projecto de Lei 72/XII (2011) do Partido Social Democrata e do Centro Democrático Social – Partido Popular, que, com uma redacção aliás bizarra, tipificava o crime da seguinte forma: "Sempre que se verifique um incremento significativo do património, ou das despesas realizadas por um funcionário [ou um titular de cargo político ou de alto cargo público], que não possam razoavelmente por ele ser justificados, em manifesta desproporção relativamente aos seus rendimentos legítimos, com perigo manifesto daquele património provir de vantagens obtidas de forma ilegítima no exercício de funções, é punível com pena de prisão até 5 anos" (interpolação nossa).

61. A generalidade das propostas legislativas incluía-se neste modelo.
Era o caso dos dois primeiros tipos legais previstos nos Projectos de Lei 360/X (2007), 25/XI-1.ª (2009) e 11/XII (2011) do Partido Comunista Português, que – reproduzindo quase *verbatim* o art. 28.º, n. 1, da Lei 11/2003, de 28 de junho, da Região Autónoma Especial de Macau – puniam (1) "os cidadãos abrangidos pela obrigação de declaração de rendimentos e património, prevista na Lei 4/83, de 2 de abril, com as alterações introduzidas pelas Leis 38/83, de 25 de outubro e 25/95, de 18 de agosto que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património e rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita (...)"; e (2) "os cidadãos relativamente a quem se verifique, no âmbito de um procedimento tributário, que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património e rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita".
Era também o caso dos Projectos de Lei 769/X/4.ª e 43/XI (2009) do Bloco de Esquerda: "o titular de cargo político, o titular de alto cargo público ou o funcionário que durante o período do exercício de funções, ou nos cinco anos subsequentes à cessação das suas funções adquirir, no país ou no estrangeiro, património imobiliário, ou títulos, ou aplicações financeiras, ou contas bancárias a prazo, ou direitos de crédito, ou quotas, ou acções ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, ou direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis ou bens de consumo, de valor manifestamente discrepante do seu rendimento declarado para efeitos fiscais e que não resultem de nenhum meio de aquisição lícito (...)". Posteriormente, o Projecto de Lei 4/XII/1.ª (2011) do mesmo partido, assumidamente elaborado no seguimento de sugestões feitas pelo Dr. Júlio Pereira e pelo Dr. Magalhães e Silva em audições parlamentares [vide também, a propósito, Júlio Pereira, O

cujo conteúdo de ilícito consiste no falseamento ou omissão das declarações de riqueza/património e respectiva fonte que o agente se encontrava obrigado

crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal, *Polícia e Justiça*, III série, n. 8, p. 43 e ss., jul.-dez. 2006; e Magalhães e Silva, Enriquecimento ilícito, *Diário de Notícias* de 10.12.2009], eliminou da factualidade típica o segmento "e que não resultem de nenhum meio de aquisição lícito", apesar daquilo a que chamou, no respectivo *preâmbulo*, a "fragilidade do argumentário" (*sic*) de quem o criticava [vide, por exemplo, Pedro Caeiro, Enriquecimento "ilícito": tapar o sol com más peneiras, *Público* de 10.01.2010, p. 35; e Germano Marques da Silva, Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado). Breves considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal. In: Paulo Pinto de Albuquerque (coord.), *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Ed., 2011, p. 59]. Nessa segunda versão, o crime parecia aproximar-se de um crime de falsidade/omissão de declaração, punindo "o titular de cargo político, de alto cargo público, funcionário ou equiparado que esteja abrangido pela obrigação de declaração de rendimentos e património, prevista na Lei 4/83, de 02 de abril, com as alterações que lhe foram subsequentemente introduzidas até à Lei 38/2010, de 02 de setembro, que por si ou interposta pessoa, estejam na posse ou título de património e rendimentos manifestamente superiores aos apresentados nas respectivas e prévias declarações (...)". Porém, logo se acrescentou que "a justificação da origem lícita do património ou rendimentos detidos, exclui a ilicitude do facto do respectivo titular", por aí se mostrando que o que estava em causa não era a omissão de declaração do património incongruente, mas sim a origem ignota do património incongruente não declarado; inciso que permitia eventualmente compreender a de outra forma contraditória afirmação, feita no mesmo *Preâmbulo*, segundo a qual "a concepção penal que aqui se aperfeiçoa, pela sua carga de responsabilidade política, da confiança da comunidade, está muito para além da mera comprovação de falsas declarações".

Nesta órbita se inscrevia também o tipo legal sugerido no *Parecer do Conselho Superior do Ministério Público sobre os Projectos de Lei 4/XII/1.ª, 5/XII/1.ª e 72/XII/1.ª (tipificação do crime de enriquecimento ilícito)*, datado de 29.09.2011, onde se propunha a punição de "quem exerça ou tenha exercido, nos cinco anos anteriores, cargo político ou de funcionário e possua património ou rendimentos sem origem lícita determinada desproporcionais [incongruentes] com os rendimentos declarados para efeitos fiscais (...)" (interpolação no original).

Por fim, a concretização mais radical deste crime de estado encontrava-se no terceiro tipo legal previsto pelos Projectos de Lei 25/XI-1.ª (2009) e 11/XII (2011) do Partido Comunista Português, que punia os "cidadãos cujas declarações efectuadas nos termos da lei revelem a obtenção, no decurso do exercício dos cargos a que as declarações se referem, de património e rendimentos anormalmente superiores aos que decorreriam das remunerações correspondentes aos cargos públicos e às actividades profissionais exercidas", mesmo que se tratasse, segundo parece, de património obtido licitamente.

a fazer: o enriquecimento não é ilícito por presuntivamente provir de crimes, mas sim por não ter sido declarado como devia.[62]

2. À excepção da terceira modalidade – onde se retratam condutas cuja dignidade penal é duvidosa, na parte em que não sejam subsumíveis a outras normas, e cuja punição com as usualmente elevadas penas exigidas para o enriquecimento ilícito violaria o princípio da proporcionalidade (proibição de excesso) – as restantes propostas, apesar das variações que nelas se detectam, deparam com o mesmo dilema:[63] ou se pune o agente em virtude de presuntivos crimes cometidos no passado, indiciados pela detenção de um património incongruente injustificado (eventualmente acrescida de outros factos onde se consubstancie o "perigo de proveniência criminosa"); ou se procura desligar o crime de enriquecimento ilícito dessa presuntiva origem e se pune o agente pela simples posse de um património sem certificado de origem lícita.

2.1 A primeira modalidade constitui uma irremissível violação da presunção de inocência garantida no art. 32.º, n. 2, da CRP, porquanto a punição não decorre daquilo que o agente *fez*, mas sim daquilo que, salvo prova em contrário, *se presume ter ele feito*: os crimes não esclarecidos geradores do património incongruente.[64]

---

62. Assim Germano Marques da Silva, op. cit., p. 53, 57 e 62. Se bem a compreendemos, a sugestão do A. aproximava-se sensivelmente da lei vigente na República Popular da China, tal como descrita por Júlio Pereira, op. cit., p. 55 e ss.

63. Assim também Augusto Silva Dias, Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito, In: Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo Sousa Mendes (coords.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Almedina, 2010, p. 33 e ss.

64. A propósito desta modalidade, cf. Jorge Godinho, como na nota 46, p. 31 e ss., cuja argumentação acompanhamos no essencial, e, em sentido crítico semelhante, Augusto Silva Dias, op. cit., p. 33. De todo o modo, preferimos ver a violação da presunção de inocência na imposição de penas que radica na presunção da prática de crimes, e não tanto numa *inversão* do ónus da prova, que incorrectamente supõe a geral existência de um ónus de prova em processo penal e a sua atribuição ao Ministério Público.
No mesmo sentido se pronunciava Euclides Dâmaso Simões, Principais instrumentos para a prevenção e repressão da corrupção – O sistema português face à Convenção de Mérida, *RMP*, n. 101, ano 26, p. 88, 2006, que recusava a implementação do crime de enriquecimento ilícito no direito penal português "por razões de ordem constitucional, mormente de respeito pelo *princípio de presunção de inocência* do arguido" (itálicos no original). Porém, em escrito posterior (Euclides Dâmaso Simões, Contra a corrupção – As leis de 2010. In: Rui do Carmo; Helena Leitão (coords.), *As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 2011, p. 58 e s.), o A. veio rever a sua posição, por força da "patente alteração de cir-

Esta inaceitável presunção de responsabilidade é muito clara quando se inclui na factualidade típica o "perigo" de o património incongruente provir da prática de crimes: ao invés do que se pretende, e como tivemos já ocasião de observar em outra ocasião,[65] não se trata aí de desenhar um crime de perigo (porquanto o perigo se traduz *sempre*, como categoria jurídica, num risco qualificado de um evento desvalioso *futuro*), mas sim de construir o ilícito-típico com os *indícios* de outros crimes *passados*, o que representaria, ao que sabemos, manobra inédita na legislação penal.

A segunda malformação fatal deste modo de incriminar o enriquecimento "ilícito" é a ausência de um bem jurídico determinado[66]. Se a finalidade é punir, por este meio, os crimes anteriormente praticados e não esclarecidos, o bem jurídico é absolutamente aleatório, tornando-se função de uma remissão cega: pune-se para proteger um qualquer bem jurídico (a administração da justiça, a autonomia intencional da Administração, a saúde pública, o património, o funcionamento do sistema de subsídios, a liberdade sexual...), cuja lesão terá presuntivamente enriquecido o condenado e que *permanecerá ignoto mesmo após a condenação*. A punição do enriquecimento "ilícito" assemelhar-se-ia, nesta modalidade, a uma espécie de homenagem póstuma ao bem jurídico desconhecido.

2.2 Pese embora a diversidade de formulações que podemos surpreender nas propostas recenseadas como concretizações de um crime de estado,[67] a realidade é que todas assentam numa estrutura comum: pretende-se punir o agente por deter um património incongruente com os seus rendimentos lícitos (cujo modo de determinação não importa para este efeito)[68] e de origem des-

---

cunstâncias" pragmáticas (aliada, em subtil referência, a certas "interpretações constitucionais" sobre "matérias estatutárias e remuneratórias" de onde se depreenderia a legitimidade de uma aplicação das garantias constitucionais, digamos, sob reserva do possível), que afinal permitiria tal solução "sem lesão do princípio fundamental da presunção de inocência", embora restrita "por agora, aos parâmetros dos 'crimes especiais próprios' ou 'crimes de mão própria', isto é, ao campo da acção dos funcionários públicos e dos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos".

65. Pedro Caeiro, como na nota 61.

66. No mesmo sentido, Cláudia Cruz Santos, Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos (considerações em torno do presente e do futuro do seu regime jurídico), *Julgar* 11, p. 56 e s., 2010.

67. Supra, nota 61.

68. Sobre as perversidades a que conduziria um sistema de determinação dos rendimentos lícitos baseado nas declarações fiscais, vide Augusto Silva Dias, op. cit., p. 33 e s.; e Manuel da Costa Andrade, Enriquecimento ilícito: entre Cila e Caríbdis, *Público* de 28.10.2011.

conhecida. Embora a finalidade político-criminal última seja, também aqui, atingir os agentes da criminalidade reditícia, a característica específica deste modo de incriminação reside em que se procura, tanto quanto possível, desligar a conduta punível da prática de crimes anteriores, de maneira a evitar as críticas e as objecções constitucionais suscitadas pela violação da presunção de inocência.

Para tanto, constrói-se o regime de maneira a garantir que a indeterminação da proveniência do património incongruente não afecta a punição e, simultaneamente, que a prova da sua origem lícita afasta a punição. Este desiderato é levado a cabo através de vários mecanismos: v.g., caracterizando tipicamente o património desproporcionado como não resultando de qualquer meio de aquisição lícito (e impondo ao Ministério Público a respectiva prova); incluindo no tipo incriminador um elemento negativo (a origem lícita dos bens) cuja prova se impõe ao arguido; ou permitindo a exclusão da ilicitude do facto através da prova da origem lícita dos bens.

Se bem vemos, e sem detença nas inusitadas regras de distribuição de ónus de prova em processo penal (!) que se foram aventando,[69] todos estes cuidados com a não punição da desproporção patrimonial que tem uma fonte legítima são, no contexto desta incriminação, redundantes: com efeito, se se provar que os bens têm origem lícita, não se preenche o tipo incriminador, que tem

69. Por exemplo, a atribuição da prova de um facto "*por inteiro* ao Ministério Público, nos termos gerais do artigo 283.º do Código de Processo Penal" (redacção proposta para o n. 5 do art. 386.º-A no Projecto de Lei 89/XI (2009) do Partido Social Democrata; itálicos nossos); e a imposição do ónus de provar a origem lícita dos bens ao arguido, nos citados Projectos de Lei do Partido Comunista Português (supra, nota 61). O problema de uma eventual atribuição e distribuição do ónus da prova relativa a esta infracção, em derrogação das regras gerais do processo penal (onde ele não existe, e por isso não pode distribuir-se), não se confunde com a identificação dos elementos da factualidade típica. Por isso, não podemos acompanhar, neste ponto, a crítica de Jorge Godinho, como na nota 46, p. 32 e s., segundo a qual a discussão do problema no plano substantivo levada a cabo por Júlio Pereira, op. cit., p. 51 e ss., constituiria um "deslocamento", crítica que parece radicar na ideia, muito vincada no texto do Autor, de que a incriminação do enriquecimento "ilícito" conduz forçosamente e em qualquer caso a um "crime de suspeita" (posição que, como será já evidente, não partilhamos). Ora, o exame dos elementos da factualidade típica, a que também procedemos de seguida no texto, faz todo o sentido, não tanto para determinar a quem compete provar o quê (pois o mesmo tipo legal pode ser transposto, tal qual, para um ambiente processual "normal", sem ónus, bastando editar as formulações no modo impessoal), mas sim para apreender o conteúdo de ilícito, a sua relação com um bem jurídico e a danosidade social que nela vai incorporada.

de exigir que o património desproporcional seja (ao menos) de origem *desconhecida*.[70] Na realidade, o conteúdo do ilícito reconduz-se aqui à infracção de um (pretenso) dever geral de justificação perante o Estado da proveniência dos bens que um cidadão detém em cada momento. Em consequência, o cumprimento desse dever não pode dar corpo, em caso algum, a uma causa de exclusão da ilicitude (destinada a justificar a lesão do bem jurídico), visto que não existirá então, sequer, facto típico, nem ofensa que careça de justificação.

Disso mesmo, aliás, se deu conta o Conselho Superior do Ministério Público no *Parecer* que emitiu.[71] Do ponto de vista técnico, trata-se certamente da formulação mais adequada, não só porque separa, na máxima medida possível, a incriminação do enriquecimento ilícito dos eventuais crimes geradores do património incongruente, depurando a respectiva factualidade típica, como também porque ignora completamente, com boa razão, as estranhas regras de prova constantes de algumas das propostas recenseadas.

Sucede porém que esta modalidade, em qualquer das mostrações analisadas, tão-pouco oferece uma base sólida à incriminação do enriquecimento "ilícito". Desde logo, por isso que, como sustentámos, um dever geral de revelação da *proveniência* dos bens detidos por cada cidadão – embora se mostre consistente com a actual obsessão pela "transparência" – não é compatível com um Estado que se reclama do princípio liberal.[72] Depois, e decisivamente, porque a detenção de um património incongruente com os rendimentos lícitos do detentor, cuja origem se desconhece, constitui decerto um indício da prática de crimes *anteriores*, que por isso devem ser investigados – *mas tal detenção, em si mesma, e por mais que provoque a exasperação das instâncias formais de controlo, não ofende bem jurídico algum.*

Mesmo que se pretendesse restringir o círculo de destinatários da norma a certos agentes que têm especiais deveres perante a comunidade (*maxime*, os funcionários e os titulares de cargos políticos), como sucede em algumas pro-

70. No caso de alguém deter um património anormalmente superior ao declarado em virtude do recebimento de uma fortuna por herança, não é possível dizer, mesmo na lógica de quem defende a legitimidade da incriminação, que se preencheu o tipo incriminador (com o dano social que aí vai implicado), mas que a conduta, embora típica, vê a sua ilicitude excluída em virtude da proveniência legítima dos bens (vide já a seguir no texto). O que sucede é que a desproporção patrimonial preenche apenas parcialmente o tipo incriminador, que todavia não se perfaz, dada a identificação positiva da origem legítima do património.

71. Supra, nota 61.

72. Mas vide, em sentido oposto, Germano Marques da Silva, op. cit., p. 53 e ss.

postas, não é a detenção de um património desproporcional que põe em perigo ou lesa a "transparência da administração".[73] Vejamos.

Desde logo, há que convir em que ninguém tem o dever de não possuir riqueza superior à declarada, porque o direito fundamental à propriedade do art. 62.º, n. 1, da CRP, não é limitado pelos deveres de declaração (de rendimentos, de património, de interesses etc.) que possam impender sobre os cidadãos.[74] Existem, sim, deveres de declarar a riqueza possuída, cuja infracção pode eventualmente ser punida enquanto omissão ou falsidade de declaração, e através de cuja instituição se visa garantir, como bem instrumental, a transparência patrimonial dos titulares de certos cargos públicos, para assim se controlarem incrementos patrimoniais inexplicáveis que podem indiciar a prática de crimes com prejuízo para o interesse público.

Ora, a descoberta desses patrimónios incongruentes, de origem desconhecida, tem três possíveis consequências. Por um lado, deve conduzir à aplicação dos mecanismos fiscais e parafiscais pertinentes. Por outro lado, deve desencadear uma investigação tendente a determinar se na origem da riqueza se encontram crimes ou outras irregularidades que devam ser sancionadas. Por último, tal descoberta torna evidente que, nesse caso, as leis que protegem a administração impondo a transparência patrimonial aos seus agentes não só não foram violadas (pondo entre parêntesis as já referidas omissões e falsidades da declaração), *como cumpriram plenamente a sua finalidade*: permitiram que o património do agente fosse visto "à transparência" e assim propiciaram uma base sólida sobre a qual as autoridades podem identificar a existência de um património incongruente e adoptar, em consequência, as iniciativas investigatórias que se afigurem necessárias. Por outras palavras, a detenção de um património que pode ser qualificado como *anormal e de origem desconhecida* não é uma ofensa à transparência da administração, mas sim, em último termo, uma *realização* dessa transparência.[75]

---

73. Assim, todavia, Júlio Pereira, op. cit., p. 54 e ss., a propósito da lei macaense, mas em termos que são perfeitamente transponíveis para as propostas em apreço: "o eixo da ilicitude não reside na falta de justificação ou de explicações mas na detenção de bens ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações prestadas. (...) O ilícito típico basta-se com a posse, pelo obrigado à declaração ou por interposta pessoa, de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas".

74. No mesmo preciso sentido, Augusto Silva Dias, op. cit., p. 34 e s.

75. E por isso se convocam por vezes, para "escoltar" a *transparência* da Administração, valores bem diversos dela, como o *prestígio* da Administração: "quando a verificação,

Deste modo, a incriminação do enriquecimento "ilícito" que assente na violação de um pretenso dever geral (ou especial) de revelação da proveniência do património, consubstanciada na mera detenção de um património desproporcional com os rendimentos lícitos do agente, cuja origem seja desconhecida, não protege bem jurídico algum e, como tal, é contrária à Constituição, por violação do seu art. 18.º, n. 2.[76]

---

ao invés de esclarecer, reforça a suspeita, por se constatar que o património é anormalmente superior ao declarado, o prestígio da Administração sofre um sério revés. É exactamente aqui que reside a legitimidade da intervenção da lei penal, tendente a contrariar a violação do dever de transparência e assim poupar o prestígio da Administração" (Júlio Pereira, op. cit., p. 59).

76. *Nota de actualização.* No espaço de tempo que mediou entre o envio da versão do texto original aos editores e a sua efectiva publicação em Portugal ocorreram dois eventos da maior importância, de que devemos agora dar conta, ainda que em breve síntese.

a) Em primeiro lugar, a Assembleia da República aprovou o Dec. 37/XII, onde se procedeu, entre outras coisas, à tipificação do crime de "enriquecimento ilícito", desdobrada na criação de um tipo fundamental (como crime comum) e de dois tipos qualificados em razão do agente (funcionários e titulares de cargos políticos). Deste jeito, o art. 335.º-A do CP que assim se criava passaria a dispor: "1. Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal. 2. [Modo de determinação do património]. 3. Para efeitos do disposto no n. 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada" (interpolação nossa). Como se vê, as notas essenciais do tipo legal desenhado pelo Parlamento (a detenção de um património sem origem lícita determinada, incongruente com os rendimentos legítimos do agente) e, portanto, o respectivo conteúdo de ilícito, correspondiam à formulação sugerida no *Parecer* do CSMP, já analisado, aplicando-se-lhes por isso as considerações que acabámos de tecer no texto. Além disso, o art. 10.º do Decreto insistiu em manter – apesar das críticas que justamente haviam sido dirigidas aos projectos que a contemplavam, mesmo por quem defendia, em geral, a criminalização do enriquecimento ilícito – uma das normas mais enigmáticas alguma vez produzidas pelo legislador nacional, que aqui se reproduz também como *raridade* jurídica: "Compete ao Ministério Público, nos termos do Código do (*sic*) Processo Penal, fazer a prova de todos os elementos do crime de enriquecimento ilícito." Na realidade, o Código de Processo Penal não impõe qualquer ónus ao Ministério Público em matéria de prova, pelo que a sua atribuição neste caso particular com remissão para "os termos" daquele Código é, no plano jurídico, incompreensível. Assim, perante tal *contradictio in adjecto*, e admitindo que a invocação do Código de Processo Penal como parâmetro significava que

VII. A PERDA CLÁSSICA

1. A natureza de qualquer medida depende, naturalmente, dos pressupostos em que assenta. À luz da legislação anterior a 1995 – que, diversamente da actual, se referia à perda de vantagens adquiridas através do *crime*, implicando portanto, no seu teor literal, um ilícito-típico culposo e punível –, defendia Damião da Cunha que a perda de vantagens constituía uma pena acessória;[77] mas, perante a mesma norma, contrapunha Figueiredo Dias que a finalidade da providência é eminentemente preventiva (o crime não compensa) e seria absolutamente contrário a tal finalidade "que ela não tivesse lugar só porque o agente actuou (...) sem culpa. Ainda nestes casos o benefício resultante da prática de um facto ilícito-típico deve ser anulado e a ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito restaurada".[78] Assim, operava-se uma extensão

---

não se pretendia alterar a estrutura da actividade de produção e aquisição de prova aí prevista (cuja responsabilidade cabe apenas ao *tribunal:* vide só Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1974, p. 189 e ss., 211 e ss.), é forçoso concluir que a norma em análise era completamente inútil. A redundância tinha porém uma explicação: o art. 10.º do Decreto destinava-se a servir de pseudo-argumento (a um nível, digamos, jornalístico) para *enfatizar* como o novo regime legal respeitava de forma expressa a presunção de inocência. A discussão do problema que *realmente* se levantava a esse propósito encontra-se supra, 2., com indicação da bibliografia pertinente.

b) Seguidamente, o Presidente da República solicitou a fiscalização abstracta preventiva da constitucionalidade do Dec. 37/XII ao Tribunal Constitucional, que julgou inconstitucionais – por violação dos arts. 18.º, n. 2 (ausência de um bem jurídico claramente definido), 29.º, n. 1 (violação do princípio da legalidade/*lex certa*) e 32.º, n. 2 (violação da presunção de inocência) da CRP – as normas que continham o tipo fundamental e o tipo agravado em razão da qualidade de funcionário (decisão por unanimidade, com duas divergências de fundamentação) e a norma que continha o tipo qualificado em razão da qualidade de titular de cargo político (decisão por maioria de 10 votos contra 1): *Acórdão do Tribunal Constitucional*, de 04.04.2012. Sobre esta decisão, cf. José de Faria Costa, Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado. Anotação ao Acórdão n. 179/2012 – Processo n. 182/12. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 141, n. 3.973, p. 229 e s., mar.-abr. 2012.

No momento em que terminamos de escrever estas linhas, a Ministra da Justiça afirmou publicamente que não desistirá da criminalização do enriquecimento ilícito e que a lei irá ao Tribunal Constitucional "as vezes que for preciso".

77. José Manuel Damião da Cunha, op. cit., p. 7.

78. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal português. Parte geral II. As consequências jurídicas do crime*, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, § 1.002 ss.

teleológica da norma (onde se dizia crime deveria ler-se, mais latamente, facto ilícito-típico) e, em consequência, a perda constituiria uma "providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança".[79] Esta construção viria a ser recebida pela Reforma do CP de 1995, que lhe deu força de lei, e é hoje aceita pela maior parte da doutrina.[80]

2. Se a proposta de Damião da Cunha não parece viável perante a lei vigente, também não podemos acompanhar, neste ponto, o entendimento de Figueiredo Dias, nem a doutrina que a ele se acolheu, e isto por duas razões.

Em primeiro lugar, do ponto de vista das finalidades prosseguidas, a perda encontra-se mais próxima das penas do que das medidas de segurança, porque a mensagem "o crime não compensa" é primacialmente dirigida à comunidade (prevenção geral),[81] e só em segundo plano ao visado (prevenção especial).

Depois, e decisivamente, a analogia com as medidas de segurança fica-se pela suficiência da prática de um facto ilícito-típico, deixando de fora o segundo elemento fundamental daquelas sanções: a concreta perigosidade revelada pelo agente. Como se sabe, é o perigo do cometimento de novos ilícitos que constitui o *fundamento* e, em certo sentido, a *medida* da medida de segurança.[82] Ora, mesmo que se "torcesse" o instituto de maneira a fazer incidir o juízo de perigosidade não sobre o *agente*, mas sim sobre um *estado patrimonial* (a disponibilidade das vantagens), nada é mais alheio ao instituto da perda do que a avaliação *concreta* do perigo de que as vantagens sejam futuramente utilizadas na prática de novos crimes, valha esse perigo como o *se* (co-pressuposto) da reacção, ou como sua *medida*. Por outro lado, ainda que tal perigosidade pudesse ser estabelecida num plano abstracto – e nada leva a crer que assim seja, sobretudo nos crimes reditícios de que o agente é apenas beneficiário e não investidor (corrupção passiva, tráfico de influência) –, esse juízo exorbitaria claramente do quadro das medidas de segurança.

79. Idem, § 1.014.

80. Jorge Godinho, como na nota 2, p. 1349; e Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2. ed., 2010, p. 360.

81. Jorge Godinho, como na nota 2, p. 1351.

82. Sobre todo o ponto, analisando, nomeadamente, os problemas postos pelo art. 91.º, n. 2, do CP, cf. Figueiredo Dias, como na nota 78, § 667 e ss.; Cristina Líbano Monteiro, *Perigosidade de inimputáveis e* "in dubio pro reo", Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 137 e ss.; e Maria João Antunes, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 480 e ss. e *passim*.

Em suma, cremos que a suficiência da prova de um ilícito-típico para o decretamento da perda não é fundamento bastante para ver ali uma providência de natureza análoga às medidas de segurança, seja pelas finalidades que serve, seja pelos pressupostos em que assenta.[83]

3. Deste jeito, parece preferível conceber a perda clássica como um *tertium genus* dentro da panóplia das reacções penais. Todas visam finalidades de prevenção criminal e todas arrancam de um tronco comum – um concreto facto ilícito-típico –, requerendo, depois, circunstâncias particulares (que aliás não são mutuamente exclusivas): a pena exige a culpa; a medida de segurança exige a perigosidade do agente; a perda basta-se, muito prosaicamente, com a existência de vantagens patrimoniais obtidas através da prática do crime.

A exigência de proporcionalidade, comum a todas as reacções penais, encontra-se assegurada, em princípio, pela exigência de que os bens confiscados "(...) representem uma vantagem patrimonial" e, consequentemente, pela restrição do âmbito da medida à vantagem líquida (colocar o agente na situação em que estaria se não tivesse cometido o crime), visto que, para lá dessa fronteira, a perda assumiria um carácter inequivocamente punitivo (pena), com as consequências daí decorrentes (nomeadamente, a sua sujeição ao princípio da culpa).

VII. A PERDA ALARGADA

1. No que diz respeito à perda alargada, nomeadamente a que se prevê no art. 9.º da Lei 5/2002, a primeira intuição seria, naturalmente, assimilá-la à perda clássica, modificando-se apenas o âmbito do seu objecto e parte dos pressupostos da sua aplicação.

O problema é, porém, bem mais complexo, como se mostra pelas divergências doutrinais que o envolvem: a perda alargada já foi qualificada de "medida de carácter não penal (no sentido de que nada tem a ver com um crime), de carácter análogo a uma medida de segurança (uma sanção de suspeita, condicionada à prova de um crime) (...), uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal";[84] de "reacção penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança (...), reacção penal de suspeita (...), sem facto";[85] e de

83. *Nota de actualização.* Neste sentido parece inclinar-se também João Conde Correia, op. cit., p. 96 e s.

84. José Manuel Damião da Cunha, op. cit., p. 134.

85. Jorge Godinho, como na nota 2, p. 1348, 1351 e 1357.

"efeito da pena",[86] tudo designações susceptíveis de implicar importantes diferenças de regime. Cada uma destas classificações adopta, como se compreende, um prisma diverso e portanto o problema principal reside, antes de mais, em eleger o ponto de vista mais adequado para encarar a questão.

1.1 No direito português, não há dúvidas de que os objectivos prosseguidos pela perda alargada são de índole especificamente político-criminal: confirmar a vigência das normas penais privando os agentes de certas espécies de crimes das vantagens que adquiriram através da sua actividade criminosa pregressa, mesmo quando não haja prova concreta da ligação entre os dois termos. A teleologia propriamente jurídico-penal da perda alargada é corroborada pela *ocasião* da sua aplicação (o processo penal) e pelos *pressupostos* em que assenta: a exigência de uma condenação por certos crimes e a presumida proveniência do património incongruente de uma certa actividade criminosa, também ela integrante do catálogo constante do art. 1.º do mesmo diploma (e não de quaisquer outros ilícitos administrativos, contra-ordenacionais, civis etc.).

Estes propósitos são claros, não devendo misturar-se aqui finalidades espúrias, que, ou são efeitos remotos, onde a perda tem uma ressonância insignificante (como sucede com a tutela da concorrência), ou implicariam uma conformação bem diversa do mecanismo, convocando genericamente todas as instâncias de ilegitimidade das posições patrimoniais (como sucede com a tutela da economia legal, da correcta ordenação dominial etc.). Com o devido respeito, justificar a perda alargada com a tutela destes interesses seria como fundar a proibição do homicídio no perigo de recessão demográfica.

1.2 Contudo, a circunstância de a perda alargada se encontrar ordenada à prevenção criminal e de exigir uma condenação penal e a (presumida) proveniência criminosa dos bens não satisfaz ainda a sua classificação como reacção penal.

Não é, seguramente, uma pena, porque não é limitada por considerações de culpa (embora pressuponha uma condenação e, portanto, um ilícito-típico culposo). Não é, tão pouco, uma reacção análoga a uma medida de segurança, não porque se exija a condenação por um ilícito-típico culposo –[87] pois nada impede a aplicação de medidas de segurança não privativas da liberdade a agentes que actuam com culpa –, mas porque valem para ela as considerações que tecemos relativamente à perda clássica: falta a determinação de um pressuposto essencial das medidas de segurança, qual seja, o

86. Augusto Silva Dias, op. cit., p. 39.

87. Assim todavia Augusto Silva Dias, op. cit., p. 40, nota 32.

concreto perigo de as vantagens possuídas pelo condenado servirem para a prática de futuros crimes.

Não é, enfim, uma sanção penal *sui generis*, de natureza idêntica à que atribuímos à perda clássica, nem um efeito da pena, nem pode constituir reacção penal alguma, por uma razão singela mas decisiva: a sua *causa* não é um *facto* (típico, ilícito e culposo) *punível*, mas sim um *património incongruente* acoplado a indícios da prática de certos crimes (a "actividade criminosa"). A nosso ver, essa ausência de um *facto* é bastante para negar, no plano material, a pertinência do instituto às reacções penais, em qualquer das suas categorias, incluindo a dos "efeitos da pena" (*rectius*, da condenação): a pena (ou condenação) é necessariamente referida ao crime por que o agente é sentenciado, pelo que é nessa relação que os seus "efeitos" – a admitir-se a persistência desta categoria no direito vigente – hão-de encontrar-se e esgotar-se.

Por fim, a perda alargada não pode ser vista como uma reacção penal que sanciona a actividade criminosa extra-processo, sob pena de se violar clamorosamente a presunção de inocência.

1.3 Acompanhamos, neste ponto, o entendimento de Damião da Cunha relativamente à caracterização do confisco alargado como uma medida (embora não como uma sanção)[88] de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal; conjugação, sem dúvida, peculiar, que se deve à também incomum circunstância de o confisco ter por objecto bens e direitos que, por definição, *não são* provenientes do crime *sub judice* e, consequentemente, não exibir uma ligação directa com o facto criminoso (e com a responsabilidade por ele gerada) que permita concebê-lo como uma reacção *criminal*.[89]

---

88. E por isso nos distanciamos das posições assumidas pelo A. que pressupõem o carácter sancionatório do confisco alargado (v.g., a subordinação da sua aplicação a uma condenação em prisão efectiva, "por razões de adequação e proporcionalidade da sanção": José Manuel Damião da Cunha, op. cit., p. 127, nota 1; criticamente, também João Conde Correia, op. cit., p. 104). No sentido de que não se trata aqui de uma sanção, cf. ainda Duarte Nunes, op. cit., p. 30 e ss., embora tal posição decorra com naturalidade da negação de um lugar primacial às finalidades de prevenção no âmbito da perda alargada, que seria ocupado pelo "restabelecimento da Ordem Jurídica" (idem, p. 31).

89. Embora peculiar, a aplicação de medidas materialmente administrativas no âmbito de um processo penal não é aberrante, mesmo quando tenham uma *conexão directa* com o crime: veja-se, por exemplo, a reflexão de Maria João Antunes, O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica, *RPCC* 13, p. 361 e ss., 2003, que questiona a radicação das medidas de segurança de

2. No entanto, esta classificação cria aparentemente mais problemas do que aqueles que resolve: tratando-se de uma medida materialmente administrativa, quais as regras a que obedece o processo da sua aplicação e a sua determinação? E não seria melhor "civilizar" a matéria, degradando o seu *ethos* e o seu *pathos*, e remeter todo o problema para um procedimento de tipo administrativo, quiçá *inter partes*?

Algumas das razões que nos levaram a recusar a instituição de um procedimento *in rem* conduzem também à rejeição de um procedimento (agora *in personam*) para aplicação da perda alargada totalmente alheio às regras do processo penal. Com efeito, o processo penal não pode funcionar aqui como uma espécie de Santo Ofício moderno que, uma vez determinada a heresia pertinaz (o crime), manda relaxar o condenado ao braço secular (entenda-se, às fogueiras da Administração). Bem pelo contrário, é precisamente o alto potencial lesivo de direitos deste género de instrumentos, que ninguém contesta, a impor um especial cuidado no respeito pelos direitos da defesa, que, como se sabe, encontra uma realização apurada no processo penal.[90] Assim, e a título de exemplo, o Estado não pode prevalecer-se, para a detecção e apreensão das vantagens, dos meios de obtenção de prova do processo penal sem subordinar a sua acção às garantias aí previstas. Deste modo, parece preferível conceber este procedimento como um processo *sui generis*, que, não sendo processo penal (determinada aqui a sua natureza pela finalidade a que se destina e pela posição do MP), não pode deixar de respeitar alguns dos seus princípios típicos, como sejam, v.g., o contraditório, o direito a uma defesa efectiva e a igualdade de armas.[91]

---

internamento no modelo de justiça penal, tendo em consideração o actual contexto de "plenitude da garantia jurisdicional administrativa" (Gomes Canotilho), capaz de assegurar eficazmente os direitos e garantias do cidadão. Naturalmente que esta eventual substituição do modelo penal por um modelo "médico-assistencial, devidamente enquadrado por uma justiça administrativa" (idem, p. 362) só pode ser pensada no pressuposto de que tais medidas não têm uma natureza *materialmente* penal.

90. Vide também Augusto Silva Dias, op. cit., p. 40 e s.; todavia, diferentemente do Autor e pelas razões avançadas na nota anterior, não cremos que a manutenção da aplicação da perda no ambiente do processo penal exija a natureza penal da medida.

91. Neste sentido, vide também José Manuel Damião da Cunha, op. cit., p. 134, nota 6. Contudo, é precisamente por "não se tratar de qualquer sanção penal, e, por isso, nada ter a ver com o exercício da acção penal" (idem, p. 148 e s.) que a diferente natureza do processo permite uma diferente posição e função do Ministério Público, e portanto não parece ser "por demais evidente", ao menos para nós, que "o MP actu[e] segundo um estatuto que, constitucional mas também legalmente, lhe não cabe" (idem).

Por outro lado, e sem prejuízo de uma dissociação dos ritmos dos dois procedimentos, que de todo o lado colhe apoios,[92] faz sentido que seja o juiz penal a apreciar a questão, porque está numa posição ímpar para avaliar a consistência da natureza do crime praticado com a probabilidade da existência de uma actividade criminosa do mesmo género, susceptível de gerar o património incongruente.

3. No que diz respeito à aplicação da medida, cremos que ela depende de três requisitos cumulativos, que devem ser objecto de prova:

a) uma condenação (*sc.*, a aplicação de uma pena) por um dos crimes do catálogo;

b) o domínio jurídico ou fáctico do condenado sobre um património incongruente com os seus rendimentos lícitos conhecidos;

c) a existência de uma actividade criminosa anterior do condenado,[93] onde se incluam ilícitos do catálogo idênticos ao crime do processo em causa, ou que com ele tenham uma certa conexão (v.g., tráfico de influência e corrupção, tráfico de estupefacientes e branqueamento).

Perante a prova desses pressupostos, plenamente sujeita ao contraditório, opera a presunção de que o património incongruente[94] procede de actividade criminosa e o tribunal determina a perda do respectivo valor.

---

92. Vide logo José Manuel Damião da Cunha, op. cit., p. 148 e ss., esp. p. 153; Jorge Godinho, como na nota 2, p. 1360; Duarte Nunes, op. cit., p. 25 e ss., que entende que a vigente "solução legal" da simultaneidade dos processos é inconstitucional; e João Conde Correia, op. cit., p. 145 e ss.

93. Cf. João Damião da Cunha, op. cit., p. 127 e ss. Em outro passo (*ibidem*, p. 135 e s.), o A., louvando-se na Exposição de Motivos da Proposta de Lei 94/VIII, parece até sugerir, de forma porventura mais exigente, que a melhor interpretação da lei requer a prova de uma "carreira criminosa"; no mesmo sentido vide também Euclides Dâmaso Simões; José Ferreira Trindade, op. cit. No sentido de que o Ministério Público não precisa sequer de provar a actividade criminosa (embora a partir de perspectivas opostas), cf. Jorge Godinho, op. cit., p. 1342 e s., e João Conde Correia, op. cit., p. 110 e s.

94. E não todo o património: assim logo Jorge Dias Duarte, Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro. Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado, *RMP*, n. 89, p. 151, 2002; Euclides Dâmaso Simões, Principais instrumentos para a prevenção e repressão da corrupção – O sistema português face à Convenção de Mérida, *RMP* 20, p. 87, 2005; Jorge dos Reis Bravo, Criminalidade contemporânea e discurso de legalidade. Breve itinerário crítico sobre o quadro normativo de prevenção e combate à criminalidade organizada, *Polícia e Justiça*, III série, n. 8, p. 128, jul.-dez. 2006; Augusto Silva Dias, op. cit., p. 39, nota 30; e João

Só assim não será se o condenado provar que os bens foram adquiridos com rendimentos de origem lícita, ou que estavam na sua titularidade pelo menos cinco anos antes da sua constituição como arguido, ou que foram adquiridos com rendimentos obtidos pelo menos cinco anos antes desse momento. No primeiro caso, estabelece-se que o património aparentemente incongruente, ou parte dele, tem afinal uma origem lícita. No segundo e terceiro casos não se trata, ao contrário do que a lei inculca, de elidir a presunção – pois o momento da aquisição dos bens ou da obtenção dos rendimentos nada tem que ver com a natureza da respectiva origem que é, ela sim, objecto da presunção –, mas sim de mostrar que aqueles bens não podem ser confiscados através da perda alargada (embora possam vir a sê-lo, nos termos gerais do CP, se se provar "a título principal", em outro procedimento, o cometimento dos crimes que os geraram e, consequentemente, a sua concreta proveniência criminosa),[95] porque a sua aquisição está para lá da "barreira de fogo" dos cinco anos.[96]

4. O problema da necessidade de prova de uma actividade criminosa anterior do mesmo género de crime por que o agente é condenado merece uma menção especial.

4.1 Parece, na verdade, que essa prova tem que ser feita, não tanto porque, de contrário, se faria uma "dupla presunção"[97] (a presunção é só uma, a de que o agente obteve o património incongruente através de uma actividade criminosa), mas antes por duas razões de ordem diversa.

a) Em primeiro lugar, um argumento que deriva da própria hermenêutica do instituto: se não fosse necessário provar a actividade criminosa – isto é: se a presunção se baseasse apenas na condenação e na incongruência patrimonial –, o legislador não a teria mencionado explicitamente na norma que designa os pressupostos da medida. Bastaria, então, que o art. 7.º, n. 1, dispusesse: "em caso de condenação pela prática de crime referido no art. 1.º, o tribunal ordena a perda da diferença entre o valor do património do condenado e aquele que

---

Conde Correia, op. cit., p. 108 e s. Na realidade, o "montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado" (art. 8º, nº 1) há-de ser o montante das vantagens presumivelmente provenientes da actividade criminosa, *sc.*, o valor do património incongruente (art. 7.º, n. 1), cujo cálculo supõe o estabelecimento do património congruente com os rendimentos lícitos do agente; mas vide, em sentido oposto, José Manuel Damião da Cunha, op. cit., p. 136, p. 140 e passim (embora criticando essa solução), e Duarte Nunes, op. cit., p. 16 e s. e 22.

95. Assim também, segundo cremos, Jorge Duarte, op. cit., p. 153.

96. Em sentido diferente do texto, vide José Manuel Damião da Cunha, op. cit., p. 144 e s.

97. Assim todavia Anna Maria Maugeri, op. cit., p. 82.

seja congruente com o seu rendimento lícito, salvo se este provar a origem lícita dos bens". Ora, não foi isso que fez: ao nomear a origem presumida das vantagens (*actividade criminosa*), o legislador indicou claramente a *ratio* da medida – confisca-se porque se presume que os bens provêm de uma actividade criminosa, e não em função da sua origem *desconhecida* ou *ilícita*. Por isso mesmo, tal actividade não é presumida, antes tem que ser provada, de maneira a que a presunção da proveniência possa operar: trata-se de uma presunção *iuris tantum* e não de uma liberação total do ónus probatório.[98]

Por outro lado, o tribunal não pode inferir a actividade criminosa exclusivamente a partir da existência de um património incongruente, porque, além de assentar num raciocínio circular (a desproporção patrimonial prova a actividade criminosa que explica a desproporção patrimonial), essa presunção *judicial* tornaria a presunção *legal* sobre a proveniência absolutamente inútil: o verdadeiro e único pressuposto da perda alargada seria a incongruência do património possuído por um condenado em certos crimes – resultado que, insistimos, não se coaduna com o desiderato de aplicar a perda apenas às "vantagens de actividade criminosa".

b) Em segundo lugar, um argumento atinente à legitimidade do instituto: atendendo a que a perda alargada é desencadeada pela condenação por um crime de certa espécie para atingir bens que não foram adquiridos através dele, parece razoável exigir que a actividade criminosa geradora de vantagens seja do mesmo género,[99] o que só pode determinar-se com a prova de certos factos.

Aliás, em nossa opinião, é precisamente a articulação da condenação por um crime do catálogo com a prova de uma actividade criminosa congénere que permite compatibilizar a presunção da proveniência criminosa do património incongruente com o princípio da proporcionalidade constitucionalmente consagrado. Por outro lado, a conjugação entre a condenação e a prova da actividade criminosa, entendida da forma proposta, concorre para fortalecer a legitimidade da presunção e o abrandamento das exigências probatórias relativas à actividade criminosa: de acordo com as regras da experiência, os crimes do catálogo raramente são cometidos como actos isolados.

4.2 A presunção legal relativa à proveniência dos bens e a natureza não penal (administrativa) do confisco alargado apontam no sentido de o instituto

98. Cf. Manuel de Andrade, *Noções elementares de processo civil*, 1976, p. 215. Neste procedimento, e ao invés do que sucede com o processo penal, *tem* sentido falar de ónus da prova.

99. José Manuel Damião da Cunha, op. cit., p. 131.

incorporar regras de prova autónomas, diversas das que regem o processo penal "comum", onde a presunção de inocência impõe a prova dos elementos do crime (*sc.*, da "culpabilidade") para além da dúvida razoável.

Vimos já que o Ministério Público, actuando como representante do Estado (art. 219.º, n. 1, da CRP), mas não como titular da acção penal,[100] tem que provar[101] o domínio de um património incongruente e a existência de uma "actividade criminosa" anterior, materialmente idêntica ou contígua ao crime por que o agente foi condenado. Mas o que é, para este efeito, "provar uma actividade criminosa"? Certo é apenas que não pode significar a prova de um *crime* (*sc.*, de factos integrantes de um ilícito-típico culposo e punível) para lá da dúvida razoável: por um lado, tal exigência implicaria, quase por imposição lógica, provar os concretos crimes e esvaziaria o instituto de quase todo o seu interesse prático; por outro lado, a disponibilidade de prova de tais factos suficiente para uma condenação imporia ao Ministério Público o dever de acusar o agente num processo penal normal, no cumprimento do princípio da legalidade da perseguição penal, não sendo razoável admitir que a perda alargada tenha sido concebida como mecanismo residual para os casos em que a acção penal, por qualquer motivo, se encontre impedida.[102]

Contudo, seria paradoxal que a "actividade criminosa" se definisse como um *quid* imprecisamente relacionado com um crime, cuja única característica segura é – *não constituir* um crime. Assim, parece que a menor exigência probatória da expressão "actividade criminosa" em relação ao conceito de "crime" não se reflecte tanto sobre o *objecto da prova* (aquilo que deve ser provado) como sobre o *estalão de prova* (o grau de persuasão requerido). Neste sentido, provar a actividade criminosa não significa provar, para lá da dúvida razoável,

100. Idem, p. 148 e s., 154 e *passim*. Mas vide, em sentido provavelmente diferente, Jorge dos Reis Bravo, op. cit., p. 129 e s.

101. Propendemos a acompanhar a doutrina que entende não se aplicar neste processo o princípio inquisitório (limitado) que vigora no processo penal e que, portanto, a aquisição e produção da prova é, em princípio, da responsabilidade das partes: cf., em sentidos divergentes, Jorge Godinho, como na nota 2, p. 1344, e Duarte Nunes, op. cit., p. 25.

102. Aliás, no contexto da regulamentação vigente, parece ser virtualmente impossível aplicar o confisco alargado em situações onde a "actividade criminosa" só não é perseguida em virtude de um obstáculo processual: todos os crimes constantes do catálogo do art. 1.º da Lei 5/2002 são públicos e o esgotamento do prazo prescricional significará, com grande probabilidade, que as vantagens obtidas através do crime se encontram na posse do agente há pelo menos cinco anos no momento da sua constituição como arguido.

cada ilícito-típico nos seus contornos precisos de espécie, tempo e lugar (como seria necessário para proferir uma condenação), mas sim um conjunto de circunstâncias (indícios) que dão *preponderância* à probabilidade de o condenado ter tido uma actividade daquele género,[103] que equivale à prova "by preponderance of the evidence" ou "on the balance of probabilities" vigente nos sistemas de *common law*. Se a contraprova oferecida pelo condenado impedir tal preponderância, tornando os factos incertos, de maneira a que nenhuma das versões se mostre mais provável do que a outra, o tribunal não deverá decretar a perda, dado que não se prova um dos seus pressupostos.[104] As mesmas regras valem, *mutatis mutandis*, para a incongruência do património.[105]

5. Provadas as bases da presunção, o Ministério Público fica dispensado de provar a relação entre a actividade criminosa e a desproporção patrimonial.

Nesse momento, impenderá sobre o condenado o ónus de elidir a presunção; porém, não é claro o modo por que deve fazê-lo. Desde logo, porque, como vimos, a prova de que os bens (ou os rendimentos) foram adquiridos mais de cinco anos antes da constituição como arguido nada tem que ver com a elisão da presunção (que versa sobre a origem das vantagens), pelo que deve bastar aí a mera contraprova. Depois, porque se põe a questão de saber se, para a elisão da presunção propriamente dita, devem aplicar-se as regras do direito

---

103. José Manuel Damião da Cunha, op. cit., p. 129 e s. Esta diferença parece ser ignorada por Duarte Nunes, op. cit., p. 18, que se refere ao problema nos seguintes termos: "exigir-se um tal pressuposto iria transformar o 'ónus da prova' a cargo do Ministério Público numa verdadeira *diabolica probatio*, uma vez que seria quase impossível demonstrar a plausibilidade do cometimento de outros crimes, para mais de crimes do catálogo (!!!), quando se investigou mas não se recolheram quaisquer indícios ou, pelo menos, indícios suficientes em ordem a submeter o arguido a julgamento".

104. A instituição de um regime probatório específico, aliada à natureza não penal do confisco alargado, sugere a inaplicabilidade, neste processo, do princípio *in dubio pro reo*. Seja como for, a decisão de não aplicar a medida fundada na circunstância de a versão do Ministério Público não preponderar, no plano das probabilidades, sobre a do condenado, não instancia aquele princípio, cujo campo de aplicação *específico* supõe já um certo grau de convencimento do tribunal, embora *aquém* da certeza exigida.

105. Naturalmente que estas regras são estranhas ao processo penal português, mas importa lembrar que a finalidade do processo de que curamos (decidir sobre a aplicação de uma medida materialmente administrativa) lhe dá uma natureza híbrida, que legitima a introdução de regras diferentes; para uma análise da relação entre a diferenciação de graus de persuasão requeridos e o tipo de processo penal (puramente adversarial ou moderadamente inquisitório), vide Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento (estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano)*, 2012, p. 333 e ss.

civil, que importariam aqui a prova do contrário (art. 350.º, n. 2) – *sc.*, a prova de que os bens não provêm da actividade criminosa identificada –, ou se bastará a contraprova – *sc.*, "a prova de que os bens não têm como 'causa provável' aquela concreta actividade criminosa".[106]

Cremos que uma interpretação sistemática e teleológica do instituto não pode deixar de seguir a primeira alternativa. Com efeito, toda a arquitectura do regime foi pensada para permitir o confisco de bens de cuja proveniência criminosa se suspeita, embora não seja possível ligar concretamente os dois termos. Ora, admitir a elisão da presunção através de simples contraprova, *sc.*, através da simples instauração da dúvida relativamente à proveniência das vantagens, seria remeter o problema para a posição inicial de incerteza, que precisamente se quis superar através da prova por presunção,[107] frustrando-se por completo as virtualidades do mecanismo.[108]

6. Neste momento, ter-se-á já tornado claro que a perda alargada não viola a presunção de inocência, não porque integre um momento atinente à determinação da pena de um condenado – onde, na formulação quase farisaica do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, não valeria já tal presunção –,[109] mas sim porque não se trata da *imputação de crimes*: trata-se da determinação e confisco de um património com origem ilícita provada (através de uma presunção), que o legislador *quis* restringir às vantagens provenientes de actividade criminosa. Nem se visa aqui, como é também de meridiana clareza, impor

106. José Manuel Damião da Cunha, op. cit., p. 135.

107. Convém não esquecer que as presunções legais são, primacialmente, meios de prova de certos factos: cf. Manuel de Andrade, op. cit., p. 207 e s., 214 e ss.

108. Duarte Nunes, op. cit., p. 24.

109. AcTEDH de 12.12.2001, *Phillips* vs. *The United Kingdom*, § 35: "However, whilst it is clear that Article 6 § 2 governs criminal proceedings in their entirety, and not solely the examination of the merits of the charge (...), the right to be presumed innocent under Article 6 § 2 arises only in connection with the particular offence 'charged'. Once an accused has properly been proved guilty of that offence, Article 6 § 2 can have no application in relation to allegations made about the accused's character and conduct as part of the sentencing process, unless such accusations are of such a nature and degree as to amount to the bringing of a new 'charge' within the autonomous Convention meaning (...)". Acolhendo este raciocínio, ainda que só para a hipótese de se dever concluir pela natureza de sanção penal do confisco, Duarte Nunes, op. cit., p. 36 e s. Em sentido contrário, vide só Jorge Figueiredo Dias, como na nota 76, p. 213: "à luz do princípio da investigação bem se compreende, efectivamente, que todos os factos relevantes para a decisão (quer respeitem ao facto criminoso, quer à pena) que, apesar de toda a prova recolhida, não possam ser subtraídos à 'dúvida razoável' do tribunal, também não possam considerar-se como 'provados'".

ao condenado uma reacção penal, mas sim privá-lo, através de uma medida administrativa, daquilo que adquiriu ilicitamente.[110]

Por outro lado, a configuração da perda alargada no direito vigente não parece violar o princípio da proporcionalidade. A presunção legal é legitimada pelas três bases sólidas em que assenta (a condenação por um crime do catálogo, o domínio sobre um património incongruente e a actividade criminosa idêntica ou contígua ao crime *sub judice*), cuja prova permite razoavelmente inferir a origem criminosa dos bens, sendo que o condenado preserva o direito de elidir essa presunção.

Tudo o que empresta ao instituto do confisco alargado a legitimidade material e validade constitucional de que definitivamente não goza, pelas razões expostas, a incriminação do enriquecimento "ilícito".

7. Como todos os "remédios fortes",[111] a perda alargada deve ser administrada com cuidado.

Por um lado, e sob pena de se cair nos inconvenientes que apontámos aos procedimentos *in rem*, nos casos em que se verifiquem os pressupostos gerais do procedimento penal relativamente a certa "actividade criminosa", o Ministério Público tem a obrigação *legal* de instaurá-lo, não podendo optar por não investigar e acusar essa actividade, ou parte dela,[112] para assim, numa clara inversão de prioridades, beneficiar de um estalão de prova menos exigente e da presunção de proveniência no processo de perda alargada.[113]

---

110. Assim também Duarte Nunes, op. cit., p. 35, e João Conde Correia, op. cit., p. 117 e passim.

111. Euclides Dâmaso Simões; José Ferreira Trindade, op. cit.

112. Num plano análogo, o art. 2A(4) do POCA – no contexto, recorde-se, de um princípio geral de oportunidade da perseguição penal – dá clara preferência às investigações e procedimentos penais relativamente aos procedimentos civis.

113. Sobre o problema do "auto-financiamento" das agências formais de controlo à custa das vantagens de origem criminosa e das disfunções que daí resultam, cf. supra notas 54 e 55 e texto correspondente. A importação desta duvidosa lógica de *eficiência* para a administração da justiça levou também ao encerramento da *Assets Recovery Agency* inglesa ao fim de cinco anos de funcionamento, por ter dispendido, com o seu financiamento, o triplo dos valores que conseguiu confiscar (65 milhões de libras *versus* 23 milhões de libras).

Por outro lado, esta súbita apetência do Estado relativamente aos bens de origem criminosa, que pretende depois utilizar no pagamento de recursos e salários, mostra à saciedade que não é a introdução de vantagens de origem criminosa na economia legal que causa um dano social, e que, portanto, não é sobre ela que pode edificar-se a punição do branqueamento (cf. Pedro Caeiro, A Decisão-Quadro do Conselho, de 26

Por fim, e embora a lei não disponha a esse respeito, parece que a medida não pode ser aplicada a incrementos patrimoniais presumivelmente obtidos através de uma actividade criminosa que foi já submetida a julgamento num processo penal próprio e alvo de uma sentença absolutória, mesmo que por falta de prova para lá da dúvida razoável.[114]

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro, de André de Almeida Panzeri – *RBCCrim* 52/9;
- Confisco e limites das sanções tributárias: aspectos constitucionais, de Lidia Maria Lopes Rodrigues Ribas – *RTrib* 77/202; e
- O combate à corrupção pública e a criminalização do enriquecimento ilícito na ordem normativa brasileira, de Patrícia Carraro Rossetto – *RCP* 10/211.

de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: Manuel da Costa Andrade; José de Faria Costa; Anabela Miranda Rodrigues; Maria João Antunes (eds.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 1084, com outras referências bibliográficas).

114. Já não assim, necessariamente, em relação aos factos que hajam sido acusados no mesmo processo, mas que não se provam para lá da dúvida razoável: cf. João Conde Correia, op. cit., p. 142 e s.

22462

TOMOGRAPHIC APPROACH: CONCEPTO Y PROYECCIÓN GARANTISTA EN EL CAMPO DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA

4

Tomographic approach: concept and guarantor's projection in the field of economic criminality

RAÚL CERVINI

Catedrático de Derecho Penal. Profesor de Posgrado y director del Departamento Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor efectivo (grado cuatro) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Secretario general para América Latina y segundo vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El autor parte de la idea de que solamente tras una revisión metodológica integral que permita un conocimiento adecuado del hecho o actividad económica considerada como crítica se podrá abordar con éxito su tipificación penal, será viable su aprehensión, interpretación y la aplicación de las normas establecidas. El campo donde esta realidad resulta más evidente es el de la extra o macro criminalidad económica. Esta se define y se plantean los problemas inherentes a su determinación. Se esbozan los dos criterios básicos e inevitablemente complementarios de apreciación de la referida macro criminalidad económica: los análisis denominados *clínico-sintomatológico*

ABSTRACT: The author builds upon the idea that only after a comprehensive methodological review that allows for proper knowledge of the critical act or economic activity it will be possible to successfully address its criminal typification, make its apprehension, interpretation feasible and enforce the rules in place. The field where this reality is most evident is extra or macroeconomic crimes. The latter is herein defined and the problems inherent to its determination are discussed. There is an outline of the two main and inevitably complementary criteria of assessment of the aforementioned economic macro-criminality: the so-called "clinical symptoms" and "tomographic"

y *tomográfico*. Dicho esto se profundiza en el estudio de cada uno de los síntomas exteriores propios del análisis *clínico sintomatológico*, a saber: la transnacionalización, el abuso de la posición dominante, la apariencia de legalidad y el funcionamiento de los llamados *networks* ilícitos, la sobredimensión del daño, la mutabilidad, el carácter difuso de las víctimas y la impunidad. A continuación se reflexiona sobre el criterio de análisis tomográfico, su concepto, los supuestos del modelo y el estudio de casos concretos. Acto seguido se aborda la trascendencia dogmática del criterio metodológico empleado, con especial referencia a la forma de tipificación penal, la necesaria concreción o clara reconocibilidad del bien jurídico, la restricción de las figuras de peligro, la pretensión de penalizar a la persona jurídica, etcétera. El artículo termina con sugerencias sobre la forma de abordar la tipificación penal de los delitos económicos en un Estado Democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Delito económico – Macrocriminalida – Macrodelincuencia – Trasnacionalización de los delitos – *Networks* ilícitos.

analysis. Then the paper digs deeper into studying each of the external symptoms pertaining to the "clinical symptoms", namely: the transnationalization, abuse of dominant position, appearance of legality and functioning of the so-called illegal networks, damage oversizing, mutability, the diffuse nature of the victims and impunity. Then there is a reflection upon the criterion of the "tomographic" analysis, its concept, assumptions of the model and concrete case studies. After that, it discusses the dogmatic transcendence of the methodological criteria used, with special reference to the form of criminal typification, the necessary realization or clear recognizability of the legal right, restriction of danger figures, the aspiration for penalizing legal entities, etc. The article ends with suggestions on how to address the criminalization of economic crime in a Democratic State of Law.

KEYWORDS: Economic crime – Macrocriminality – Macrodelinquency – Transnationalization of the offenses – Illegal networks.

SUMARIO: I. Planteos introductorios – II. Ámbito de la macrocriminalidad económica – III. Metodología de apreciación de la macrodelincuencia económica – IV. Análisis clínico-sintomatológico de la macrodelincuencia económica – V. Análisis tomográfico de los mecanismos económicos – VI. Sobre la trascendencia del criterio metodológico – VIII. Sugerencias sobre la forma de abordar la tipificación de los macrodelitos económicos en un Estado de Derecho – IX. Bibliografía.

I. PLANTEOS INTRODUCTORIOS

1. La investigación de las ciencias jurídico-penales* debe traducirse necesariamente en una actividad tendiente a conocer más sobre el fragmento del entorno social alcanzado por la norma y el impacto que tenemos sobre

* Este artículo –con algunos cambios– integrará el Libro Homenaje 50 Aniversario de la Universidad San Martín de Porres.

él. Como en toda ciencia, también en el campo jurídico penal el proceso de investigación requiere el cultivo de una renovada valoración de los preceptos metodológicos sobre los que se basa su trabajo. Solo una metodología apropiada al objeto de análisis permite ese proceso de descubrimiento intelectual que tiene el potencial de transformar nuestro conocimiento y la comprensión del mundo que nos rodea, posibilitando una cristalización normativa democrática idónea de los conflictos sociales entendidos como más relevantes. Esta premisa general adquiere especial importancia en el crítico campo del derecho penal económico-financiero.

2. Precisamente, la frecuente impunidad de las formas más gravosas de criminalidad económica está vinculada, entre otras causas, a una clara insuficiencia metodológica de los diferentes segmentos del sistema penal. Esta carencia se pone de manifiesto en todas las instancias de su disfuncionalidad. Desde el momento inicial de la selección abstracta normativa por el legislador surge con evidencia que este no cuenta, por lo general, con una formación integral idónea para desentrañar con la profundidad necesaria la complejidad operativa de los variados procesos económico-financieros que pretende regular. Este mismo tipo de falencias se repite –en mayor o menor medida– en el ámbito administrativo y alcanza a todos los agentes institucionales y privados del sistema judicial. Se trata de una realidad que, con los matices del caso, se viene constatando desde hace décadas a escala universal. En atención a ello, desde diferentes ámbitos académicos internacionales, por lo general multidisciplinarios, se vienen propiciando ideas innovadoras en el campo metodológico, todas ellas conducentes a facilitar un más adecuado acercamiento y conocimiento de los procesos y mecanismos económicos más complejos por parte de todos los operadores del sistema penal.[1]

1. Cf. Sergio Moccia, *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 56; Sergio Moccia, "Riflessioni di politica criminale e di tecnica della legislazione per una riforma del diritto penale tributario" en *Annali dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale*. Fisciano: Università degli studi di Salerno, 1993; Andrea Castaldo, "Informe sobre la criminalidad organizada en Europa", preparado por encargo de la Secretaría Ejecutiva de la Comunidad, Bruselas, 2006, Doc. CSD-76/05, pp. 36 ss.; Piero L. Vigna, "Nuevos institutos procesales contra el crimen organizado", en Guillermo J. Yacobucci (coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Buenos Aires: Universidad Austral, Biblioteca de Estudios Penales, 2005, p. 179 ss.; Andrea Castaldo y Marco Naddeo, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padua: Cedam, 2010, pp. 130 ss.; Andrea Castaldo, "Obblighi antiriciclagio e categorie professionali convolte: le novità del D. Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56", en *Diritto e Prática*

3. En ese contexto renovador, el ámbito sofisticado de la macrodelincuencia económica resulta particularmente propicio –tanto por la urgencia que impone su agresividad como por la naturaleza técnica de sus procesos– para implementar esas imprescindibles renovaciones metodológicas. Este ámbito sirve para evidenciar las virtudes y limitaciones del método clásico de aproximación a estos procesos, que llamamos *método clínico*, y también las grandes ventajas y aparentes complejidades inherentes al *método tomográfico*. Finalmente, es un campo muy propicio para comprender que las dos metodologías de acercamiento de la macro delincuencia económica mencionadas no son de modo alguno contrapuestas, sino sustancialmente complementarias y confluyentes por representar perspectivas diferentes de una misma realidad estructural, analizada sucesivamente desde sus síntomas exteriores (carácter trasnacional, abuso de la posición dominante, apariencia de legalidad, sobredimensión del daño, mutabilidad, carácter difuso de la víctima, impunidad) y desde la intimidad de los propios mecanismos económicos. El primer método, necesariamente atemperado por una perspectiva estructural, sirve para visualizar en su conjunto la existencia del fenómeno y evaluar críticamente las disfunciones del control formal. El segundo resulta idóneo para detectar, a partir de un adecuado conocimiento del objeto y de modo preventivo, el posible ejercicio abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la economía.

4. Por otra parte, priorizar la especialización en el análisis de la macro o extra criminalidad económica constituye de por sí un imperativo de la realidad contemporánea. Según datos recientemente actualizados, cuantitativamente, el 92% de los delitos conocidos siguen siendo convencionales y de poca monta (bagatela y/o dañosidad media).[2]

---

nella Società, n. 9, 2004, p. 16; Marco Naddeo, "Oblighi antiriciclaggio per gli avocati: i profili Della c.d. collaborazione attiva", en *Società*, abril de 2007, p. 27. También sobre renovación metodológica véase Raúl Cervini, "Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica analítica", en *Anales del Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Revista Brasileña de Ciencias Criminales*, n. 11, año 3, julio-setiembre de 1995, y "Nuevas formas de macrodelincuencia económica. Abordaje metodológico", en Ney Fayet Júnior (org.), *Ensayos penais en homenagem ao profesor Alberto Rufino Rodríguez de Souza*, Porto Alegre: Ed. Ricardo Lenz, 2003.

2. Entendemos por delito económico (convencional) es una modalidad de desviación cimentada en las condiciones ónticas de la estructura social, tipificada penalmente, es decir, que se inscribe dentro del fragmento de situaciones jurídicas alcanzadas por la norma de conducta contenida en el tipo penal objetivo, mediando un proceso de

Cualitativamente, el 8% restante de la criminalidad estadística representa el 76% del daño general provocado por las conductas definidas como delictivas, evaluado en términos constantes.[3] Dejando provisoriamente de lado la cifra negra y la cifra dorada de la criminalidad económica, los datos resultan igualmente impactantes. Un gran fraude a las subvenciones detectado en Francia a fines del año 2001 representó un monto equivalente a dos mil delitos convencionales contra la propiedad ocurridos en el mismo año,[4] y la Mega operación Casablanca de lavado de activos representó un monto económico equivalente al de todos los hurtos y atracos contra personas físicas ocurridos en Estados Unidos durante los cuatro años anteriores.[5] Aún más categórico: hace diez años fuimos testigos de que el embate especulativo de grupos especializados sobre determinadas monedas es susceptible de llevar a su virtual devaluación y a un incremento exponencial del correspondiente riesgo país. En épocas más recientes, aún antes de la crisis global de los mercados, como síntomas evidentes de que el sistema de controles públicos y privados se mostraba crecientemente inefectivo e insuficiente, el mundo padeció el vaciamiento de grandes empresas, procesos de insolvencia largamente programados y especulación descontrolada en el ámbito del sistema de seguros.

Las autoridades públicas y corporativas de todo el mundo conocen en carne propia la potencialidad del daño y la virtual impunidad de especialistas aparentemente aislados de todo control que detentan el dominio funcional-operativo del ciberespacio financiero. Ante este tipo de agresión a las economías nacionales e internacional, todo esfuerzo comparativo con la dañosidad

---

legitimidad democrática y exacta determinación del bien jurídico penalmente tutelado, con el fin de proteger las personas concretas y su entorno social. Esta modalidad se traduce en la realización por un agente económico de un comportamiento ilícito u objetivamente abusivo normativamente disciplinado, y ello respecto del normal funcionamiento de las leyes y/o mecanismos ordinarios de la economía (cerrados), que afecta un interés patrimonial individual y/o pone en peligro el equilibrio del orden económico de un colectivo determinado.

3. Datos extraídos de Informes Unicri-Cinaf, documentos MCC-105/06, MCC-130/07, MCC-162/08 y MBC-105/09, MCG/T112/10 y el MCC 76/11 correspondientes a los años 2006-2011, Roma. Cf. Juan María Terradillos Basoco, "Sistema penal y empresa", en Juan María Terradillos Basoco y María Alcale Sánchez (coords.), *Nuevas tendencias en derecho penal económico*, Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008, p. 16.
4. Stephane Bacrie, *Reporte sobre criminalidad europea*. Documento BV/78-01, Nueva York: Consejo Consultivo ICEPS, 2001.
5. Ruggero-Fleck Moyano: *Informe Melboure*, Londres: Superior Institute of London, Doc. CB.6/2000. y CB 156/2006.

atribuida a la delincuencia convencional trasuntará siempre un sentimiento de grotesca impotencia.

5. En atención a lo señalado, nuestra exposición versará sucesivamente sobre las siguientes cuestiones: (1) ámbito de la macroextra criminalidad económica (2), idea general sobre una metodología de aproximación a ella (3), exposición sobre el sistema de análisis clínico sintomatológico y sus notas características (4), exposición sobre el sistema de análisis tomográfico de los mecanismos económicos (5), comentarios sobre la trascendencia técnica dogmática del criterio metodológico (6) y, finalmente; sugerencias sobre la forma de abordar la tipificación de los macro delitos económicos en un Estado de Derecho (7).

II. ÁMBITO DE LA MACROCRIMINALIDAD ECONÓMICA

1. Anticipándose a su tiempo, hace más de cuarenta años, Roberto Lyra fue de los primeros en señalar y caracterizar la macrocriminalidad económica como un abanico de formas de delincuencia socioeconómica muy perfeccionadas, de enorme dañosidad social, que se mostraban cada vez más accesibles a la evidencia científica, pese a lo cual raramente aparecían tipificadas en la ley penal. Agregaba finalmente que en el hipotético caso de encontrarse previstas en la norma penal, esas tipificaciones se realizaban normalmente en forma inadecuada, dando la sensación de que "las autoridades no quieren o no pueden alcanzarlas".[6] Sus observaciones reflejaban una aproximación criminológica sumamente certera que, pese al tiempo transcurrido, mantiene clara vigencia, incluso confrontada con posteriores pesquisas y elaboraciones doctrinarias.[7] En el decurso de este trabajo, al analizar las notas definidoras de la macrocriminalidad económica, haremos referencia a esos filtros del sistema penal que engendran y recrean precisamente tan intolerable vulnerabilidad.

---

6. Roberto Lyra, *Criminología*, Río de Janeiro: Forense, 1964, pp. 59 ss.

7. Lenio Luiz Streck, *Hermeneutica jurídica e(m) Crise*, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 36. Nos recuerda que en 1998 se publicó una interesante investigación realizada por la exprocuradora de la República, Ela Volkmerd de Castilho, *O controle penal dos crimes contra o sistema financeiro nacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998. Sus resultados confirmaron los certeros juicios de Lyra. De la misma investigación surgió que entre 1986 y 1995 el Banco Central de Brasil solo presentó 682 denuncias por crímenes financieros. De ellos tan solo cinco resultaron con condena en la primera instancia en la justicia federal y otros nueve recibieron condenas de los tribunales superiores. La autora ilustra estas cifras manifestando que se estiman en más de dos mil los crímenes de cuello blanco que se cometen en Brasil anualmente.

2. En el campo más reciente y revulsivo del derecho penal económico, el profesor norteamericano Louis W. Severin, quien reúne la doble condición de abogado criminal y economista, reflexiona en este sentido:

"(...) la macro o extra criminalidad económica contemporánea [como él prefiere llamarla a fin de evitar equívocos] configura la expresión emergente de una nueva forma de desviación estructural que debe ser normativizada, aquella vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de las leyes económicas y de los mecanismos o resortes superiores de la economía, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos, a saber: los mecanismos del equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior (mecanismo de los cambios), los de transformación del capital en renta y de la renta en capital (mecanismos financieros y bursátiles), los de la circulación y aplicación de activos y finalmente los del equilibrio entre la producción y el consumo (manejo de los *commodities*, carteles, abusos al consumidor, etcétera)."[8]

Los conceptos del profesor de Austin requieren, a nuestro modo de ver, ciertas precisiones terminológicas y conceptuales complementarias que hacen fundamentalmente a la teoría económica.

2.1 En ocasiones ciertos publicistas interesados en el campo de la delincuencia económica han conectado inadecuadamente la llamada *macrodelincuencia económica* con la *macroeconomía*, al tiempo que también han intentado asociar las manifestaciones de *microdelincuencia* con la *microeconomía*.[9] Ese paralelo analítico es científicamente inapropiado y supone un grueso error conceptual que imposibilita una comprensión global del tema que nos ocupa. Entendemos la macrocriminalidad económica como una modalidad de desviación estructural en cuya conformación inciden tanto factores económicos como sociales. Los primeros aluden a los mecanismos o resortes superiores de la economía; los segundos, a su ejercicio ilegítimo o abusivo.[10]

---

8. Louis W. Severin, *Recent developments in relation to economic crimes*, Austin: Ladelt, 1991, pp. 42 ss. En el mismo sentido se pronuncia el autor en su artículo "The economic crime and it profits", en *Law and Criminology Review*, vol. 12, n. 3, pp. 63 ss., Austin: University of Texas at Austin, School of Law, 1993.

9. Posición sostenida, entre otros, por Fernando Benilar, "La criminalidad en cifras", *Fascículos del Círculo Bancario Bolivariano*, vol. 3, p. 20, La Paz, mayo-junio de 1991; George Rubin, *The conglomerate of crime*, Nueva York: Hamilton, 1989, p. 62.

10. La *macroeconomía*, y consiguientemente la teoría macroeconómica, se ocupa del comportamiento, el equilibrio, la evolución y el ajuste de variables globales, entendidas estas como las que se refieren a fenómenos económicos en conjunto, normalmente relativas a un espacio económico delimitado económica o políticamente: una región o

2.2 La propuesta conceptual expresada también requiere una explicación adicional sobre el alcance técnico de la expresión *mecanismos económicos*.[11] A grandes rasgos podemos decir que la teoría económica adopta dos formas distintas: está hecha tanto de leyes económicas que expresan la relación funcional o causal de interdependencia de dos o más fenómenos económicos como de mecanismos económicos que expresan la cadencia cronológica de una serie de fenómenos (económicos) cada uno de los cuales obedece al anterior. Esos mecanismos económicos son entonces relaciones entre grupos de hechos de órdenes distintos; proceden de la observación pero se prestan al análisis cartesiano, al razonamiento y hasta al cálculo.[12]

En todo caso, los mecanismos pueden clasificarse en cerrados y abiertos. Los *mecanismos económicos cerrados* son aquellos que desembocan en un resultado

---

un país. Entre las variables de este tipo encontramos el ingreso nacional, el producto nacional, el nivel general de precios, el nivel de ocupación del total de la población, las exportaciones e importaciones totales, los impuestos recaudados globalmente por el gobierno, el *stock* monetario etc. Por su parte, la *microeconomía* y su teoría, también conocida como teoría de los precios, se interesan en la conducta de los agentes económicos individuales (empresarios, consumidores etc.) y de los resultados de esas conductas que se adoptan de acuerdo a determinados objetivos. No obstante estas diferencias conceptuales tan tajantes, es posible intentar –así lo hace, por ejemplo, la teoría del equilibrio económico general– una explicación de los valores y evolución de las variables globales a partir de la explicación de la determinación de los valores y evolución de las variables individuales. Esta flexibilización se encuentra en la base de los planteos de Severin, cuyo concepto de *extradelincuencia económica* se alcanza con corte transversal a través de los mecanismos económicos, lo que le permite integrar variables macro- y microeconómicas en su análisis, evitando las limitaciones propias de un enfoque rígido.

11. Sobre el tema véase Henri Culmann, *Los mecanismos económicos*, Barcelona: A. Redondo, 1989, pp. 8 ss., Colección Beta; Jacques Lecaillon, *Les mécanismes de l'économie*, 2. ed., París: Cujas, 1972, Colección Initiation.

12. Se puede decir que hay mecanismos económicos cuando, habiéndose producido un fenómeno inicial, se producen a su vez fenómenos de naturaleza distinta, sin nuevo impulso, en un orden determinado, que conducen a un resultado que se puede racionalmente conocer y consecuentemente prever. Que un mecanismo sea una serie de fenómenos económicos quiere decir que su conocimiento es esencialmente empírico, no implica ningún juicio de valor. Sin embargo, esta primera aproximación debe completarse. El hecho de que la constatación de un mecanismo no contenga lógicamente ningún rastro de apreciación valorativa no implica que la investigación de las condiciones o circunstancias de su funcionamiento no deba realizarse con toda la precisión deseable, pues solo a través de ese conocimiento minucioso de los mecanismos puede llegarse a la regulación eficiente de sus posibles desviaciones.

de la misma naturaleza, si no de la misma fuerza, que el impulso inicial. Este resultado es, a su vez, el impulso inicial de un nuevo mecanismo parecido al precedente.[13] Se ven involucrados normalmente con las más variadas formas de criminalidad económica convencional. Los *mecanismos abiertos* –tan relevantes a efectos de nuestro análisis sobre extra criminalidad– son, en cambio, aquellos que desembocan en resultados de naturaleza distinta al del fenómeno inicial. Sin duda, este resultado puede ser, a su vez, impulso inicial de una cadena de fenómenos económicos, pero en respuesta a un impulso de naturaleza distinta, el mecanismo también será distinto, aunque siempre técnicamente predecible.

En teoría, ambos tipos de mecanismos resultan por distintos canales técnicamente susceptibles de desviaciones. En los hechos, la naturaleza de los fenómenos económicos involucrados conduce a pensar que las desviaciones de mayor gravosidad social tienden a concentrarse en el campo de los mecanismos abiertos. El número y la proyección de esos abusos estarán supeditados a definiciones técnicas, legislativas y prácticas. Dependerán tanto de la pertinencia científica, la especificidad y la coherencia preventiva de las normas regulatorias de dichos fenómenos económicos como del funcionamiento eficaz de los controles que se decida poner sobre ellos. Como veremos más adelante, este último aspecto estará a su vez directamente vinculado al perfeccionamiento profesional de los portadores del control.

2.3 La referencia a los mecanismos superiores de la economía no acota necesariamente el ámbito socioeconómico en el cual se cumplen estas manifestaciones extradelictivas. Frecuentemente se expresa que a medida que la tecnología progresa y aumentan las facilidades de comunicación y del transporte, en un conjunto armónico e indicativo del desarrollo global, también la criminalidad avanza en términos de técnica y sofisticación. De esta premisa se suele extraer una conclusión mucho más discutible: la macrocriminalidad, como actividad sistemática perfilada como una empresa para la consecución de actos ilícitos, está inexorablemente unida al desarrollo económico.

Es evidente que el desarrollo económico propicia las condiciones ideales para la eclosión de la macrocriminalidad, principalmente en el área económica, pero no puede sostenerse de modo alguno que las formas más gravosas de la delincuencia económico-financiera sean extrañas a las estructuras sociales subdesarrolladas. En materia de criminalidad económica y en términos de evaluación terminal de costos sociales, no puede científicamente afirmarse

13. Es el caso de los llamados *mecanismos no cuantificados* (ciclos económicos, proceso acumulativo) y de los cuantificados (efecto multiplicador y modelos de secuencia).

que en los países de menor desarrollo se sufre una criminalidad de carácter preponderantemente individual, empírica y asistemática, sin hacer una inmediata referencia complementaria de orden cualitativo; en caso contrario se presentará un cuadro deformado de la realidad. La simple observación actualizada de la experiencia latinoamericana alcanza para desterrar el preconcepto antes denunciado. Si ello no bastara, la propia Asociación Internacional de Seguridad Bancaria, en su *Cuaderno Estadístico* n. 33, de febrero de 1995, ya constataba que los fraudes bursátiles y el ejercicio abusivo de las actividades de intermediación en valores "se ha incrementado sustancialmente debido al auge de las Bolsas en los países en vías de desarrollo".[14]

Severin confirma nuestra posición precisando:

"(...) las formas de desviación estructural macroeconómicas no son, en absoluto, exclusivas de las economías desarrolladas. Muy por el contrario, es a su criterio en los países subdesarrollados donde cohabitan más frecuentemente las formas de desviación estructural propias de la marginalidad (cuantitativamente preponderantes) y estas otras propias de quienes detentan el manejo irregular de ciertos resortes del mercado (sin duda cualitativamente más significativas). Los porcentajes cuantitativos pueden variar en los países menos desarrollados, no así su significación social y económica, pues se encuentra en la esencia de la macrocriminalidad el volumen del daño."[15]

Es más, puede sostenerse que –en lo que concierne a la extracriminalidad económico-financiera– muchos de nuestros países están expuestos a un mayor riesgo potencial. El desfase existente entre los niveles profesionales y técnicos de los operadores del control social y funcionarios encargados de la supervisión del sistema financiero y el que muestran algunos grupos delictivos sofisticados que operan en el área seguramente facilita y estimula (elemento agresividad) el emprendimiento de este tipo de acciones. También, y fundamentalmente en el ámbito de los macrodelitos económicos, el desconocimiento engendra la impunidad y esta estimula las tendencias desviadas.

2.4 Esta línea de razonamiento sirve para esclarecer –entre otros– el debatido tema de la objetividad jurídica en los delitos de lavado de dinero. En tal sentido interesa enfatizar que, en este contexto, el único bien jurídico razonablemente justificador de tutela penal en el caso del lavado de activos debería encontrarse en el normal funcionamiento de los mecanismos económicos abiertos

14. Asociación Internacional de Seguridad Bancaria, *Cuaderno Estadístico de la Asociación Internacional de Seguridad Bancaria*, n. 33, Ginebra, febrero de 1995, p. 9.

15. Louis W. Severin, *Recent developments*..., cit., p. 62.

financieros y bursátiles, y todo ello en la medida en que tales mecanismos aparezcan afectados por un ejercicio ilegítimo u objetivamente abusivo. El citado Severin, presidente internacional del ICEPS, ya advertía en 1970 que la protección penal debe tener por objeto un interés concreto y suficientemente definido, en todo caso referenciado a necesidades del individuo y a otras muy limitadas exigencias sociales que traducen la función de coordinar y equilibrar los conflictos. En tales circunstancias –expresaba–, resulta extremadamente forzado encontrar la objetividad jurídica de la legislación positiva sobre *money laundering* en la salud pública, en la administración de justicia, en la economía pública *lato sensu* o en la libre competencia. A su juicio resulta técnicamente apropiado concretar ese bien-interés normativamente valorado en el normal funcionamiento de los mecanismos económicos, cuyo ejercicio ilícito y objetivamente abusivo traduce instancias de macro- o extracriminalidad.[16]

El mismo autor observa que no debe confundirse el bien jurídico eventualmente tutelado con los efectos más notorios del delito de lavado. Por ejemplo, el profesor Donato Mascindaro,[17] reconocido catedrático de la

16. Louis W. Severin, "Economics process and Criminal Law", en *Law and Criminology Review*, vol. 2, n. 4, pp. 67 ss., Austin: University of Texas at Austin, School of Law, 1970.

17. Donato Masciandaro, *Banche e riciclaggio. Analisi economica e reglamentazione;* Milán: Edibank, 1994, pp. 38-45. El planteo de la fórmula es: $Y = C + I + G + K^C - X^C$. En su desarrollo, *Y* es la producción interna legal, que resulta igual a la demanda de bienes de consumo, *C*, y de bienes de inversión, *I*, procedente de los operadores privados legales, más la demanda de unos y otros llevada a cabo por el estado, *G*, más la demanda también de bienes de consumo y de inversión que hacen los operadores criminales, K^C, si bien a ello hay que restar la oferta que también los operadores criminales hacen de bienes de consumo y de inversión, X^C.
Como corolario del modelo debe entenderse que el consumo por parte de los operadores legales, tanto de bienes de consumo, *C*, como de inversión, *I*, es proporcional a la renta de la que estos dispongan, y lo mismo ocurre con los operadores criminales. Obvio es decir que la renta de la que disponen estos operadores criminales no puede ser utilizada sin someterla previamente a procesos de lavado que la hagan parecer lícitamente obtenida, de ahí la trascendencia del blanqueo de capitales. Esa renta de los operadores criminales les permite desarrollar una actividad productiva de bienes de consumo e inversión de carácter criminal, X^C, que genera una oferta cada vez mayor de estos, ya que, por todas las circunstancias más arriba expuestas, esa oferta es, económicamente, más ventajosa que la de los bienes de origen legal. Así, cuanto mayor sea la capacidad productiva criminal, X^C, gracias a las actividades de blanqueo de capitales, mayor será la oferta y, a su vez, la demanda de bienes de origen criminal, con lo que ello supondrá una disminución de la demanda de bienes legales como consecuencia de la cual caerá la producción legal. Por consiguiente y a tenor de lo

Università Luigi Boccani, construye un modelo matemático referido a los efectos del blanqueo de capitales en términos macroeconómicos de influencia sobre la producción legal. Este modelo se basa exclusiva y rígidamente en las llamadas *etapas del blanqueo*, sin tomar en cuenta las flexibilizaciones que impone la *teoría de la imagen desplegada* (*displayed image*) desarrollada hace pocos años por el maestro del Levine College of Law (University of Florida) Baldwin Jr., Fletcher[18] ni otras implicaciones derivadas del carácter estructural del delito.

Bien señala Palma Herrera[19] que esta tesitura responde a una visión arquetípica del blanqueo de capitales, dividido en distintas fases que deben culminar siempre con la inversión de los bienes en actividades y negocios lícitos. Pero este modelo económicamente aséptico que encauza toda la actividad de blanqueo a la integración del capital maculado en empresas e inversiones no críticas no tiene en cuenta que hay ocasiones en que el blanqueo se canaliza por otros cauces y con otros propósitos; hay ocasiones en las que los capitales blanqueados serán empleados en insumos lícitos, en satisfacer gastos de colegio, gastos de enfermedades, compra de alimentos, etcétera, destinos en los cuales la lesión o puesta en peligro de la libre y leal competencia no aparece en entredicho. Volviendo al maestro Severin: los efectos generalizados o prevalentes de determinadas actividades ilícitas no coinciden necesariamente con el bien jurídico que se trata de salvaguardar. Hay que conocer adecuadamente el cerne de la conducta desvalorada, en su plena exteriorización de resultados pero también es necesario conocerla en su contexto estructural, para definir adecuadamente los límites del *jus puniendi*, o sea, su objetividad jurídica.

2.5 Finalmente es importante reiterar que, en los delitos económicos convencionales, el comportamiento ilícito u objetivamente abusivo normativamente disciplinado refiere preponderantemente al inadecuado funcionamiento (disfunciones) de los mecanismos económicos cerrados, mientras que en las formas de extra- o macrocriminalidad económica el comportamiento ilícito u objetivamente abusivo se vinculará al inadecuado

---

expuesto, en esta concepción, es la libre competencia la que se ve afectada por las actividades de blanqueo de capitales.

18. Baldwin Jr, Fletcher N. *The displayer image theory. The Economic Crime approach.* Gainesville: Merser, 2007.

19. José Manuel Palma Herrera, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Universidad Complutense, Instituto de Criminología, y Edersa, 2000, p. 266.

funcionamiento de los mecanismos económicos abiertos. Ya hemos señalado en la nota número dos lo que entendemos como delito económico convencional, a cuyos contenidos nos remitimos.

III. METODOLOGÍA DE APRECIACIÓN DE LA MACRODELINCUENCIA ECONÓMICA

1. *Aspectos generales*. Como se ve, una exacta identificación y comprensión de los fenómenos de macrodelincuencia económica requiere una evaluación estructural global lo suficientemente amplia como para que no se desentienda de la dinámica de los mecanismos económicos involucrados. Pero, más aún, la simple postura amplia no alcanzará a la hora de resolver en el plano teórico e incluso en la práctica ciertos problemas connaturales a los fenómenos macrodelictivos si no se comprende el funcionamiento real de los mecanismos superiores de la economía. Allí se encuentra el principal marco de referencia que, prudentemente conceptualizado, deberá ilustrar en primer término al legislador y luego al intérprete, llegado el momento de deslindar definitivamente en ese campo los límites del *jus puniendi*, la conducta ilícita de aquella lícita o meramente elusiva. En otras palabras, distinguir claramente el recurso típico, atípico o eventualmente abusivo de los citados mecanismos económicos.

Se ha señalado que un conocimiento profundo de esos mecanismos superiores de la economía puede alcanzarse –tomando prestados términos de la ciencia médica– a través del análisis clínico-sintomatológico de aquellas aristas que definen a las desviaciones macroeconómicas, reflexionando en el sentido de que *por sus frutos lo conocerás*. Evidentemente, una descripción acabada de las notas que singularizan a las desviaciones de un mecanismo pueden ayudar a comprenderlo, principalmente si se procede con espíritu crítico.

2. Desde el ámbito de la teoría económica se sugiere una metodología diferente. Se dice que será más complejo pero indudablemente más provechoso revertir el enfoque y profundizar en el conocimiento de los propios mecanismos económicos. Este enfoque metodológico opera como un análisis tomográfico de dichos mecanismos (*tomographic approach*) para detectar a partir de ellos los niveles técnicos y prácticos de vulnerabilidad de todo el sistema.[20]

Hemos sostenido en trabajos anteriores que la criminalidad en su conjunto (convencional o no convencional) es simplemente un subproducto estructural. Por ello pensamos que estas notas características de la macrodelincuencia se

20. Sobre aspectos metodológicos ver Raúl Cervini, "Macrocriminalidad económica..." cit., y "Nuevas formas de macrodelincuencia económica..." cit.

vinculan tanto a las estructuras del quehacer económico como a las del control social formal. La realidad las exhibe íntimamente compenetradas, a tal punto que los grados de desviación abusiva de los mecanismos económicos están, en mayor o menor medida, asociados a los niveles de eficacia del control; consecuentemente, no pueden comprenderse acabadamente las disfunciones de este último sin conocer de modo íntimo la mecánica de los primeros.

IV. ANÁLISIS CLÍNICO-SINTOMATOLÓGICO DE LA MACRODELINCUENCIA ECONÓMICA

1. *Planteo.* Hecha esta salvedad, pasamos a referirnos en primer término a las características de la macrodelincuencia económica. Estudiaremos en este momento *sus síntomas exteriores*, pero nuestro interés no estará acotado a una visión meramente descriptiva y periférica del fenómeno. Ya desde este primer nivel de acercamiento se impone una perspectiva de análisis global. En caso contrario, el esfuerzo será siempre estéril.

Posteriormente, abordaremos el mismo fenómeno de extradelincuencia a partir del funcionamiento de los propios mecanismos económicos. Nuestra aspiración es tender ciertas líneas metodológicas que permitan arribar a un concepto mínimamente integrado y funcional de la macrodelincuencia económica, acorde a su proclamada naturaleza estructural.

2. *Transacionalización.* En ese complejo contexto debemos resaltar el incremento de actos delictivos caracterizados por una suerte de ubicuidad en el despliegue de su proceso ejecutivo, que se sitúa en diferentes territorios nacionales. Esta transnacionalización es sin duda –en la faz operativa– la nota más saliente de la criminalidad organizada contemporánea, ante la cual los Estados aislados pueden verse reducidos a una virtual impotencia.

El crimen organizado de carácter transnacional, como bien ilustra Elgio Resta,[21] rompe el circuito de validez y eficacia de las normas, por cuanto se establece fuera de su alcance ya que, usando el lenguaje de la cibernética, *un sistema no puede sobrepasar sus propios límites.*

Por nuestra parte, hemos señalado antes que la criminalidad organizada, principalmente la de carácter empresarial, no solo traspasa las fronteras nacionales sino que las utiliza, precisa y deliberadamente, para alcanzar sus

21. Elgio Resta, "Relato sobre aspectos sociales", en Congreso de la Defensa Social de Argentina, Buenos Aires, 1986, p. 7; cf. Eduardo Mario Rissi, *La transnacionalización en la sociedad contemporánea*, México: Jasil, 1991.

fines funcionales y operativos, tanto para: (a) maximizar los lucros operativos emergentes de sus diversas focalizaciones jurisdiccionales; (b) dificultar la apreciación de su real entramado corporativo; (c) alejar la motivación subyacente de los actos de la cúpula respecto de las unidades empresariales satélites; (d) compartimentar esas mismas directivas difusas entre la cúpula y contadas personas de la unidad concreta instrumental, haciendo inviable la apreciación del conjunto (integral) de esas políticas corporativas (lícitas o ilícitas) por parte de aquellos apartados de su planificación y/o ejecución; (e) diluir la responsabilidad de quienes abusan de la posición dominante, y (f) finalmente lograr mayor grado de impunidad.[22]

En este tipo de casos, la policía, como el derecho penal al cual sirve, está delimitada por el principio de territorialidad. Su límite de acción termina en la frontera del país donde desarrolla su actividad, y toda intromisión policial y judicial foránea está implícitamente rechazada por la propia definición de Estado soberano. Estas dificultades se acrecientan en el marco se trata de la internacionalización del acontecer económico, dice Tiedemann. Agrega que la magnitud y la potencia financiera de los grandes consorcios "les confiere un enorme poder que, como todo poder, sea político, económico o de otra naturaleza, induce al abuso", y el único que puede hacer frente a ese poder es el derecho penal, "para prevenirlo dentro de lo posible o, en todo caso, castigarlo posteriormente".[23] Constituye a su juicio el medio idóneo llamado a hacer frente a los excesos de las transnacionales.

Así las cosas, los delitos financieros internacionales, los descalabros de bancos, los delitos tributarios, el quebrantamiento de las disposiciones sobre moneda extranjera y hasta el propio blanqueo del *dinero sucio* producto de las actividades de los traficantes, como delitos a distancia, adquieren mayor grado de eficacia y están más a salvo de la acción del sistema penal.

---

22. Luiz Flavio Gomes y Raúl Cervini, *Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*, 2. ed., San Pablo: Ed. RT, mayo de 1997, pp. 271 ss.; Raúl Cervini, "Alternativas metodológicas para una adecuada comprensión y tipificación de la criminalidad económico-financiera", en Ramiro R. Rubinska y Daniel Schurjin Almenar (coords.), *Derecho penal económico*, Buenos Aires: Bosch, 2010, t. I; Stephane Bacrie y Raúl Cervini, "Repport: Convention contre la criminalité trasnationale organisée", realizado a pedido del relator de la Comisión de Asuntos Extranjeros del Senado de Francia, senador Dr. André Rouvière, *Repport*, n. 200, París, 31 de enero 2001.

23. Klaus Tiedemann, *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Barcelona: Ariel, 1985; Klaus Tiedemann, "Apresentação critica" de la obra *Dos crimes contra a ordem economica*, de João Marcello Araujo Junior, San Pablo: Ed. RT, 1995, p. I-14.

La acción policial y judicial se enfrenta en estos casos con problemas específicos, tanto en el terreno de los hechos como en el jurídico, cuando hay que tomar la declaración a un testigo en el extranjero o realizar cualquier otro acto de investigación o diligencias sumariales. Las diferencias que a menudo existen entre las legislaciones de los países contribuyen a acentuar el problema.

Precisamente, para abarcar conceptualmente todo este movimiento de medios y recursos destinados a combatir las manifestaciones transnacionales de la delincuencia frecuentemente organizada, a superar las dificultades fácticas de una investigación de esta naturaleza e incluso aquellas derivadas de los desajustes normativos de las leyes de diferentes naciones, Travers acuñó en 1925 la expresión *entreayuda penal* (*l'entraide*),[24] para Roux, *l'entre'aide*,[25] también conocida posteriormente entre algunos autores americanos como *extrayuda penal*,[26] como significativa de los diversos tipos de colaboración que crecientemente se prestan en la actualidad los Estados entre sí, sin mengua alguna de sus respectivas soberanías.

El citado Roux creía advertir tres formas de auxilio recíproco: el policial, el judicial y el legislativo.[27] Modernamente se reconocen dos formas de asistencia o cooperación internacional en materia penal:[28] la administrativa, que es fundamentalmente policial pero que puede tener otras expresiones

---

24. Maurice Travers, "Les effets internationaux des jugements répressifs", en *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*, t. 4, p. 430, París: Hachette, 1925.

25. Jean-André Roux, "L'entr'aide des Etats dans la lutte contre la criminalité", *Recueil des Cours de L'Academie de Droit International*, t. 36, pp. 80 ss., París: Librairie du Recueil Sirey, 1932. Para este autor, la entreayuda requiere una doble condición: primero, un sentimiento de cortesía existente entre las naciones civilizadas y, segundo, el sentimiento de que los criminales no constituyen solamente un riesgo nacional sino también un peligro internacional.

26. William Clifford, , "The Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners", en *Proceedings of the 66th Annual Meeting de la American Society of International Law*, *American Journal of International Law*, vol. 66, n. 4, p. 134, NW Washington DC: Asil, setiembre de 1972.

27. Jean-André Roux, op. cit., p. 87.

28. Cf. Paul-Emile Trousse, "Quelques aspects de la collaboration des etats dans l'administration de la justice répressive", en *Revue Belge de Droit International*, n. 1, p. 11, Bruselas: ULB, 1968; Frank Stordahl, "Modalidades de extrayuda penal internacional", conferencia pronunciada durante el 2.° Curso de Cooperación Internacional en Temas Penales, Miami: Universidad del Estado de Florida, Levin School of Law, mayo de 1991, Doc. Bc45-3, p. 26; Guillermo J. Fierro, *La ley penal y el derecho internacional*, Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 208.

no necesariamente conectadas con la policía, y las variadas formas de cooperación judicial penal internacional,[29] que pueden esquematizarse descriptivamente, siguiendo las enseñanzas de Polimeni, como un conjunto de actividades procesales (cuya proyección no se agota en las simples formas), regulares (normales), concretas y de diverso nivel, cumplidas por órganos jurisdiccionales (competentes) en materia penal, pertenecientes a distintos Estados soberanos, que confluyen (funcional y necesariamente) en el plano internacional, en la realización de un mismo fin que no es sino el desarrollo (preparación y consecución) de un proceso (principal) de la misma naturaleza (penal), dentro de un estricto marco de garantías (acorde al diverso grado y proyección del auxilio requerido).[30]

En esta materia muchas veces, principalmente tratándose de investigaciones de macrodelitos económicos con connotaciones externas, los exhortos carecen de toda precisión en su contenido. Se saca la impresión de que el juez exhortante no sabe lo que quiere o, lo que es peor, no le interesa que su rogatoria pueda diligenciarse eficientemente. Solo un conocimiento técnico acabado de lo que se pretende proteger, de lo que se desea investigar y de cuáles son las formas más idóneas para hacerlo permitirá precisar al detalle las pruebas o diligencias solicitadas en instancias de cooperación penal internacional. Solo mediando esa concreción es factible una asistencia judicial internacional efectiva.

Ya expresamos en trabajos anteriores que el debate, en lo que refiere al alcance de la cooperación judicial penal internacional, estaba basado en un falso dilema. En torno a ello concuerdan varios autores contemporáneos de primera línea. La admisibilidad o improcedencia jurídica de un instituto de tanta trascendencia como es la cooperación judicial penal internacional, advierte Pittaro, no se puede fundamentar en un extremismo en términos de *ocho u ochenta*. No se trata de cooperar de cualquier modo ni tampoco de abstenerse de hacerlo por principio.[31]

---

29. Sobre cooperación penal internacional véase Raúl Cervini y Juarez Tavares, *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*, San Pablo: Ed. RT, 2000; João Marcello de Araujo Junior, Louis W. Severin, Raúl Cervini, Juarez Tavares y otros, *Curso de cooperación penal internacional*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, Isiec (Valença, Río de Janeiro) e International Center of Economic Penal Studies (Secretaría Latinoamericana), 1994.

30. Idem, p. 19.

31. Paulo Pittaro, "Tutele Procedurali e Requisitti in Materia Penale", ponencia a la Conferencia Internacional sobre Extradición, organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencia Criminal, Siracusa, diciembre de 1989, p. 6.

Surge entonces naturalmente una pregunta obligatoria: ¿cómo se pueden amalgamar los aspectos garantistas de la tesis restrictiva con la necesaria solidaridad internacional que inspira a la tesis amplia jusprivatista? La respuesta, a nuestro juicio, debe encontrarse en la propia estructura de interacción procesal funcional entre las jurisdicciones de los diferentes Estados comprometidos en niveles de asistencia penal.

Toda alternativa cooperacional se estructura en tres planos fundamentales que deben mantenerse en constante tensión dinámica. Eso se debe reflejar en una necesaria tensión entre los intereses de una eficaz cooperación jurídica internacional, en equilibrio con el reconocimiento jurídico formal y sustancial de la diversidad de los sistemas normativos involucrados y de los derechos de aquellos individuos concretos eventualmente afectados en el cumplimiento de instancias cooperacionales.

Tradicionalmente, atendiendo al hecho de que la cooperación nace de los Estados y encuentra su reconocimiento originario en el derecho internacional público, solamente se tuvieron en cuenta las partes formales de la cooperación judicial penal internacional: los Estados. Hoy en día, a través de un enfoque integrado, los penalistas reivindican la consideración de las partes sustanciales de esas mismas instancias de auxilio: los Estados y los ciudadanos.

Ciertas abstracciones de derecho público se redujeron históricamente a un eufemismo transpersonalista, desconociendo el hecho de que gran parte de los casos de asistencia judicial penal internacional, para no decir todos, afectan directa o indirectamente la situación de individuos concretos y en muchos casos provocan daños claramente irreversibles en la esfera de su libertad y de su patrimonio. Las personas eventualmente afectadas tienen una natural y legítima vocación de hacer oír su punto de vista en el decurso de estas instancias de auxilio interetático, las cuales, no obstante ese carácter preponderante (de asistencia entre Estados), no pueden ejecutarse legítimamente de espaldas a los derechos de los destinatarios finales de todo el tráfico jurídico: los ciudadanos. No olvidemos que, tanto el derecho penal interno de cada Estado como las manifestaciones internacionales de auxilio penal deben tener su centro en el hombre y sus intereses.[32]

32. Julian J. E. Schutte, "La regionalización del derecho penal internacional y la protección de los derechos del hombre en los procesos de cooperación internacional en materia penal. Informe general de la AIDP", en José Luís da Costa e João Marcello de Araújo Jr. (orgs.), *Cadernos do XV Congresso Internacional de Direito Penal*, seção IV, Rio de Janeiro: UERJ, 1994. En el n. 6 del capítulo II ("A proteção dos direitos humanos na cooperação em matéria penal"), del Proyecto de Resolução al Tema IV, afirma: "Na

La anteriormente expuesta estructura funcional de este tipo de asistencia implica una doble proyección del instituto, externa e interna, y, por consecuencia, una lectura bifocal de sus alcances.

En lo que refiere a un primer nivel de aproximación que podemos denominar *el continente*, es indiscutible que en los tiempos actuales las instancias de cooperación judicial penal internacional deben ser vistas –en principio– como un mecanismo procesal normal o regular de derecho internacional, como derivación natural del principio de solidaridad judicial interetática. Obviamente que, tratándose de asistencia de naturaleza penal, la calificación de *normal* o *regular* no se puede entender de modo alguno como sinónimo de *indiscutible* o *inexcusable*. Por la sensibilidad de los temas que aborda, la prestación de asistencia debe priorizar el respeto de las máximas garantías individuales.[33]

Atendiendo a este último aspecto, la discusión, si cabe, deberá recaer sobre *el contenido*. En este ámbito entrará a jugar necesariamente una red de principios de eficacia y garantías. Entre estos últimos, aquellos de naturaleza formal y sustancial, o sea, aquellos propios del proceso, y también, muy especialmente, los inherentes al dogma penal, como son la dignidad de la persona humana, la relevancia del bien jurídico o el respeto de las categorías lógico-objetivas, la culpabilidad, racionalidad, etcétera.[34]

Esos mismos principios de eficacia y garantía, armónicamente balanceados, permitirán a los jueces requeridos, y eventualmente a la Administración,

---

elaboração de novos instrumentos sobre cooperação internacional em matéria penal, os Estados deveriam prestar específica atenção à definição e proteção aos direitos e interesses do indivíduo em procedimentos realizados no transcurso da aplicação de tais instrumentos. Estes direitos e interesses podem incluir, dependendo do caso: o direito de invocar a aplicação do instrumento a seu favor, o direito a ser informado de qualquer aplicação do instrumento e o direito de acesso ao tribunal para controlar a legitimidade de tal aplicação". Cf. Raúl Cervini, "Los derechos humanos como límite a ciertas instancias de cooperación internacional", *off print* de conferencia dictada durante el 5.º Curso Internacional de Criminología Integrada, Miami: Facultad de Derecho de la Universidad de Florida, Leven School of Law, 18 de junio de 1992, Doc. LSOF 56/CL- 692, p. 24.

33. Paulo Pittaro, op. cit, p. 6.; Raúl Cervini, "La protección penal del consumidor y el desafío de la regionalización", en *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994; Raúl Cervini y Juarez Tavarez, "Princípios da cooperação"... cit., p. 23.

34. Cf. Juarez Tavares, "Límites dogmáticos a la cooperación penal internacional", en *Curso de cooperación penal internacional*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, Isiec (Valença, Río de Janeiro) e International Center of Economic Penal Studies (Secretaría Latinoamericana), 1994, pp. 173 ss.

resolver con plena eficacia, caso a caso, conforme el nivel de asistencia requerido y otras valoraciones jurídico-formales y sustanciales, la procedencia, improcedencia o diferimiento de la asistencia solicitada.

3. Abuso de la posición dominante

3.1 Los delitos económicos más sofisticados traducen inequívocamente un claro prevalecimiento de la posición dominante, un uso abusivo de los recursos de poder de que se dispone. Para nosotros este se expresa no solo en el campo económico y político, sino también y necesariamente en el ámbito de la especialización profesional.

El poder, ha escrito Max WEBER, es "la posibilidad de hacer prevalecer la propia voluntad aun contra la resistencia de los demás".[35] El abuso de poder, expresa Klaus Tiedemann, radica en que una persona, natural o jurídica, que por vías absolutamente legales ha alcanzado una situación prominente, jurídica o fáctica, utiliza esta en una forma objetivamente abusiva".[36] La noción de *abuso de poder* se encuentra a su vez conectada con las variables que lo expresan.

Hace veinticinco años[37] dijimos que en los últimos lustros el interés prioritario de los criminólogos se había centrado en el estudio de una nueva categoría de análisis, que el Prof. Versele[38] denominó *cifras doradas* de criminalidad. Dicho publicista puso en evidencia que, aparte de la cifra negra de delincuentes *clásicos* que escapan a toda detección o conocimiento oficial, existe una cifra dorada de criminales que tienen el poder político y lo ejercen impunemente para su propio beneficio o el de una minoría, o que disponen de un poder económico que se desarrolla en detrimento del conjunto de la sociedad y los sitúa fuera del alcance del sistema penal. No pueden tener otro sentido las connivencias político-económicas, las colusiones político-financieras, sutiles peculados, colusiones disfrazadas y abusos reales que resultan favorecidos tanto por lagunas normativas más o menos deliberadas como por complacencias más o menos conscientes. En síntesis, existiría una

35. Max Weber, *Wirtschaft und Gersellschaft*, Tubinga: J. C. B. Mohr, 1976, t. II, p. 531.

36. Klaus Tiedemann, *Poder económico*... cit., pp. 57 ss.

37. Raúl Cervini, "Análisis criminológico del fenómeno del delito organizado", en *Revista Doctrina Penal*, n. 40, pp. 698 ss., Buenos Aires: Depalma, octubre-diciembre de 1987. Específicamente en portugués: "Análise criminológica do fenômeno do delito organizado", en João Marcello de Araujo Junior (org.), *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 488.

38. Servin Carlos Versele, "Las cifras doradas de la delincuencia", en *Ilanud Al Día*, año 1, n. 1, p. 21. San José, Costa Rica: Ilanud, 1978.

serie de actividades socialmente nocivas y peligrosas que el poder político y la fortaleza económica, muchas veces aliados en combinaciones estructuradas y disfrazadas con enorme habilidad, protegen de toda detección y eventual sanción.

3.2 A nuestro juicio, a los poderes político y económico debe sumarse otro factor o filtro sistémico que puede incidir en forma autónoma y determinante en el mundo actual, para que muchas conductas gravemente nocivas a la sociedad no sean alcanzadas por el sistema penal. Esta nueva variable a considerar sería la especialización profesional cuya manifestación más relevante es el dominio funcional operativo de los medios tecnológicos, factor diferenciable del llamado *poder tecnológico*, que no es sino una expansión subordinada del poder económico.

Los autores conocidos como *pluralistas*, decididos adversarios de la teoría de la elite, parecen avalar esta flexibilización de conceptos. Así, para Robert A. Dahl,[39] el poder, lejos de estar exclusivamente concentrado en aquellos que dominan la estructura política o económica, es una relación horizontal que se da entre las personas que lo ejercitan y las que lo sufren. En ese esquema relacional, los roles de quienes lo tienen y quienes no, aparecen como permanentemente cambiantes, ya que estamos ante el mero ejercicio de una actividad a la que, en teoría, todos tienen igual posibilidad de acceso.

Sin perjuicio de lo expuesto, y desde un punto de vista diferente, histórico-estructural, se observa que el delito, como fenómeno social, cambia constantemente de aspecto. Junto con determinadas formas de vida socioeconómicas, políticas y culturales surgidas en cada época, ha aparecido un tipo de delincuencia característico de ese período determinado, que, al igual que esas formas de vida, ha ido cediendo al cambio de los tiempos y la cultura. La criminalidad moderna, de un modo general, se caracteriza por la urbanización, el carácter anónimo de las relaciones humanas, la falta de transparencia de las situaciones, el fracaso de los controles sociales e informales y, precisamente, por las grandes concentraciones de poder político y económico, la especialización profesional, el dominio tecnológico y niveles acentuados de estrategia y proyección global.

Se ha argumentado que la especialización profesional y, preferentemente, el dominio operativo de los medios tecnológicos se encuentran indisolublemente vinculados al poder económico. Esta aseveración, indiscutible hace algunos

39. Robert A. *Dahl, Who Governs? Democracy and Power in American City*, Londres: New Haven, 1961.

años, merece hoy día muchas salvedades. Como hace notar el laboralista bahiano Martins CATHARINO,[40] salvo en las pequeñas , en que la dirección técnica y la supervisión material suele ser ejercida directamente por sus dueños, se ha ido produciendo un proceso inverso que él llama de *dependencia técnica invertida*, en virtud del cual, desde el punto de vista técnico-funcional, los empleados especializados pueden llegar a tener la última palabra en los aspectos operativos en que intervienen.

Estas consideraciones aumentan su vigencia si se proyectan sobre las nuevas realidades tecnológicas. Por un lado, como ya señalaba Kellers a principios de la década del setenta,[41] el arrollador desarrollo del mercado informático ha dejado al alcance de los grupos delictivos, o de individuos aislados con suficiente calificación, sistemas computarizados de última generación que hace pocos años solo poseían los gobiernos o contadas corporaciones que funcionaban bajo rígidos controles operativos internos y públicos. Concomitantemente, hay que tener en cuenta que los actuales ordenadores, caracterizados por una notable concentración de información y funciones en los centros de cómputos, son especialmente vulnerables, ya que facilitan e incrementan por esas mismas especificaciones la posibilidad de realizar complejos actos de sabotaje y fraudes, para concretar los cuales alcanza con unas pocas personas suficientemente resueltas, calificadas y dotadas de un medio tecnológico idóneo.

En forma creciente, los autores angloamericanos[42] emplean la expresión *hecho penal profesional* (*occupational crime*), poniendo el acento en la conexión existente entre el papel profesional y las nuevas modalidades de delincuencia no convencional nacional e internacional. En la misma orientación se señala que actualmente la nota característica del delito no convencional estriba en la especial manera de comisión (*modus operandi*) y en el objeto especialmente sofisticado de ese comportamiento, y que esta fatal combinación de especialización criminal y progreso técnico ha puesto al derecho penal ante problemas totalmente nuevos.[43]

3.3 Estas categorías de análisis –aparentemente ajenas a nuestra realidad inmediata– distan por cierto de ser teóricas. Es un hecho reconocido que ciertos individuos y los sindicatos de delincuentes organizados se benefician de las

40. José Martins Catharino, *Compendio universitario de direito do trabalho*, San Pablo: Ed. Jurídica e Universitária, 1972, vol. I, p. 245.

41. Kellers, *Bankruptcy*, Bruselas: [s.n.], 1974.

42. Marshall Clinard y Richard Quinney, *Criminal Behavior Systems. A Typology*, 2. ed., Nueva York: Holt, Rinehart y Winston, 1973, p. 56 ss.

43. Jürgen Thorward, *Crime and science*, Nueva York: [s.n.], 1966, p. 77.

condiciones económicas que favorecen sus actividades de lucro, en especial en los mercados financiero y monetario. Es más: está probado en las más recientes investigaciones que estos grupos inducen esas mismas condiciones económicas que les resultan favorables a través de olas de *hot money* (flujos rápidos) que atraviesan las fronteras[44] mediante la retracción *virtual* de la oferta financiera o el manejo puntual de información privilegiada (teoría de los faroles en el póquer).

Acontecimientos de hace tres lustros pusieron en evidencia macromanipulaciones financieras por las que, a través de mercados de capitales totalmente computarizados, un operador aparentemente aislado y seguramente sin control precipitó desde Singapur la caída de un banco inglés, conmocionando la estabilidad financiera de otras muchas instituciones. Años más tarde hemos sido testigos de cómo otros especuladores internacionales movilizaron más de trescientos millones de dólares diarios atacando algunas monedas débiles. Es un hecho comprobable que el dong vietnamita, el rigir de Malasia, el bath de Tailandia, la rupia indonesia y el peso filipino fueron en su momento virtualmente sentenciados por especuladores internacionales que en el período inmediato anterior habían apostado crecientemente a contratos a término (futuros) de contenido y alcance por demás sugestivo y preocupante. Es decir, los datos se encuentran relativamente accesibles; basta interpretarlos en toda su potencialidad de daño como manifestaciones abusivas de variables del poder, lo que al parecer muchos no se encuentran dispuestos o en condiciones técnicas de enfrentar. Esto es macro- o extravictimización económica. También el llamado *caso Argentina* es paradigmático, principalmente durante el período diciembre 2001 a marzo 2003. En ese contexto se deben inscribir las manipulaciones que siguen realizando algunos *brokers* sobre los papeles de deuda pública de nuestra región, hecho reiteradamente denunciado y también suficientemente probado.[45]

Un exasesor principal de Auditoría Federal ante la Comisión de Valores de Nueva York, en nota editorial aparecida en el número de julio de 2002 de la prestigiosa publicación *East American Review*, ya expresaba con clara contundencia:

---

44. Frank Sibarin, "Mecanismos macroeconómicos y delincuencia financiera", ponencia al 2.º Encuentro de Consejos Consultivo y de Dirección del ICEPS, Nueva York, diciembre de 1994.

45. Sobre el tema, Serge Valo, "El abuso del factor especulativo", en *Revista de Economía Social de México*, n. 16, p. 30, México: [s.n.], setiembre de 2002. También resultan ilustrativas las notas editoriales "Manejo con bonos de países de la región en Estados Unidos" y "Bajas provocadas", aparecidas en la sección económica del diario *Últimas Noticias* de Montevideo el viernes 12 de julio del 2002.

"(...) irrita la pasividad de la comunidad económica internacional y más concretamente la que de nuestra Comisión de Valores frente a agresiva especulación que hoy padecen los valores globales sudamericanos. En los hechos ninguna de esas naciones está en condiciones de contrarrestar eficazmente los manejos abusivos de los grandes traders de valores, los que irónicamente, con creciente frecuencia actúan como brazo operativo de las mismas Calificadoras de Riesgo País (...) el impacto de apertura; las formas de oferta y contabilización grupal; los variados filtros de la oferta; las formas de compensación virtual entre operadores ocultos; la discontinuidad operativa programada; falta de transparencia de las transacciones y la propia realimentación sistémica del mercado, son mecanismos que aisladamente pueden aceptarse e incluso justificarse pero que actuando en conjunto operan como herramientas del abuso de la posición dominante idóneas para colocar a los valores soberanos globales y economía de muchos países a la deriva. Reflexionemos estimulados por las consecuencias: una jornada 'movida' significa una ganancia terminal del 400% y un daño colateral de imprevisibles consecuencias."[46]

3.4 El capitalismo del siglo XIX, de la era industrial, ha evolucionado hasta los actuales mercados de la era de la información, que giran en torno a una suerte de *ciberespacio financiero*, muy alejado de las realidades cotidianas, de las necesidades humanas y de toda estrategia actual de control. Esta suerte de globalización informático-financiera no proyectada, ni preventivamente advertida, pone de manifiesto en su versión más patética y descarnada la importancia de la especialización profesional como variable de abuso de poder, en este último caso inexorablemente unida al abuso del poder económico. La *teoría de los juegos* (Von Neumann), el *modelo del caos dinámico* (Rubiels), el *modelo de compensación virtual* (Litcot) o el reciente *modelo Green*, normalmente conocido como *patear las mesas (de cambio)*, demuestran que las reglas de la interacción puntual entre operadores especializados son en la sociedad actual tan fundamentales, o más, que las viejas reglas de mercado.[47]

A efectos de dimensionar este riesgo, debe tenerse presente, por ejemplo, que más del 90% de los flujos financieros que provocan estos quebrantos son

46. Bernard Helm Rogers, "Inquietud y reflexión – Tormentas especulativas", en *East American Review*, vol. VI, n. 12, Washington: [s.n.], julio de 2002.

47. Cf. Duilio Tirenno, "La lotta alla criminalitá economica," en *Rivista Trimestrale Lucerne*, vol. VI, n. 5, Milán, 2008; Patricia Luján Fleck Moyano, *Global Bank Risk*, Berna: Hasser, 2008, cap. I, p. 16; Emilio Enrique Volz Farias, *Matemática financiera aplicada as operacões do mercado financeiro*, Santa María: Feev, 2002, p. 203.

meramente especulativos. Los actores del mercado se han convertido en una nueva clase de *legisladores virtuales* sin patria, que controlan la capacidad de los gobiernos de aumentar, disminuir, gastar o prestar sus deudas mediante la inflación. No solo socavan el manejo nacional de la macroeconomía, sino que también influyen en las opciones de la política educacional, ambiental, de seguridad social y de empleo, afectando tanto los ingresos como los valores y la cultura de los ciudadanos. Obvio es decir que, si pueden lograr estos efectos, también están en condiciones de manipular ciertos mecanismos para lavar los activos originados en el delito organizado.

La teoría económica trata de los mercados y de las fallas del mercado pero no ha considerado hasta la fecha con la necesaria profundidad el tema de los *commons* (bienes de uso común) ni sus reglas de acceso y asignación, salvo si tales *commons* son susceptibles de apropiación. Hoy en día, la mayoría de los temas macro que atañen a las sociedades humanas (por consiguiente, los de mayor dañosidad potencial) involucran el manejo de bienes de uso común globales. La llamada *ruleta global* ha pasado de ser regida por la clásica competencia de mercado (ganar-perder) a una nueva forma de comunidad cibernética inherentemente expuesta a los potenciales desvíos de operadores normalmente fuera de control. La mayoría de los libros de texto todavía no enseñan cómo reconocer si un mercado se transforma en un *commons*, ni hay tampoco acuerdo total respecto a cuáles son las formas más idóneas y efectivas de contrarrestar las facultades de sus operadores. Evidentemente ha surgido un nuevo *pie invisible* que presiona el acelerador del ciberespacio financiero sin mayor control. Se pone énfasis en que estos especuladores profesionales, *actores reales* de nuestros tiempos, que pueden poner en peligro todo el sistema, actúan normalmente en función de su propio interés, en un campo mayoritariamente no reglado.[48] Resulta sugestivo que ningún especialista manifieste que sea científicamente imposible establecer un control de esas actividades sino que, inexorablemente, se alude a la complejidad de tal tarea.

3.5 Hoy día nos enfrentamos a una crisis de trascendencia global originada en el descontrol sobre los manejos especulativos en el mundo financiero. Actores del mercado presionaron abusivamente el acelerador del ciberespacio financiero más allá de todo lo razonable y económicamente tolerable. La distancia entre la economía virtual y la real se hizo insostenible y el nexo que las unía se rompió, o al menos se encuentra lo suficientemente debilitado como

48. Sobre el tema, Alan E. Brill, Baldwin Jr., Fletcher N. y Robert J. Munro, *Cybercrime & Security*, en Pauline C. Reich (ed.), New York: Oxford University Press, 2008, tratado de referencia en tres volúmenes.

para provocar la desconfianza en los ciudadanos y un apreciable descontrol de los mercados. Todo ello era ciertamente previsible y fue efectivamente previsto por varios publicistas.

Ya hace muchos años, en diciembre de 1994, durante el desarrollo en Nueva York de la 3.ª Reunión Conjunta de los Consejos Consultivo y de Dirección del International Center of Economic Penal Studies (ICEPS), y en el transcurso de su exposición preliminar a la sección de trabajo n. III (Macrocriminalidad económica y riesgos corporativos), el Prof. Saúl Larren Blovich expresaba con su acostumbrada clarividencia:

"Las nuevas expresiones de la criminalidad económica organizada se prevalecen de una gama de instrumentos y mecanismos operativos extremadamente complejos. Esa tecnificación de recursos empleada por ciertos actores especulativos de los mercados dificulta al máximo los procesos de interpretación, captación y prevención de sus actos, los que normalmente por su complejidad y naturaleza expansiva implican un incremento de la vulnerabilidad del sistema precisamente frente a los casos de mayor dañosidad social."[49]

El mismo expositor reconocía que una malla fluida y transparente de información entre todos los operadores puede frenar ciertos excesos.

La casi unanimidad de los estudiosos del tema coinciden en que la virtual discrecionalidad de los operadores se debería resolver en términos de oportunidad y eficiencia del control (público y privado) dentro de un marco de libertad. En tiempos de crisis superlativa, estos principios resultaron insuficientes o debilitados. Precisamente, el fino equilibrio de las variables del control –tanto en el plano nacional como internacional– y la libertad de accionar en los mercados (más o menos reglada conforme al potencial riesgo social) es el tema de nuestros tiempos.

4. Apariencia de legalidad y networks ilícitos

4.1 Los macrodelitos económicos se producen de forma que exteriormente tienen la apariencia de una legalidad absoluta, y esta característica se conecta directamente con una variable de abuso de poder ya descrita: la especialización profesional a la que otorgamos creciente importancia. También se conecta con el funcionamiento de ciertos *estándares de fiabilidad ilícita* que otorgan los

49. Saúl Larren Blovich, *Anales de la 3.ª Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del International Center of Economic Penal Studies*, Sección de Trabajo n. III, Macrodelincuencia Económica y Riesgos Corporativos, V. M. Doc. AC67/94, Nueva York: [s.n.], 1994, p. 61.

llamados *networks ilícitos*. La propia existencia y viabilidad de estos conductos de apoyo, comunicación, asesoramiento e intercambios denuncia también la coordinación de actividades a escala global que caracteriza el actual crimen organizado (la red).[50]

Toda organización criminal desarrollada, principalmente si se dedica a macrodelitos económicos, además de procurar una planificación estratégica y táctica, un modo de actuar racional y cierto nivel de distribución de roles, pretende establecer dependencias recíprocas estrechas entre las actividades ilegales y legales. Más aún, tiene imperiosamente que participar en algún nicho del mercado legal para tener así una *segunda pierna* de apoyo o *cobertura táctica* para poder encubrir y ocultar sus negocios ilícitos y, fundamentalmente, para obtener grandes beneficios operando en la zona gris de la economía. A efectos de viabilizar e incluso legitimar parte de sus actividades resulta imprescindible esa telaraña de protectores y patrocinantes en las esferas de la policía, la justicia, la política y la economía, los que forman una fundamental zona intermedia en torno al grupo delictivo sin la cual estas organizaciones perderían su capacidad de adaptación y de integración dentro de ciertos marcos a las actividades legales.[51]

Ello nos lleva a considerar este subproducto funcional de la estrategia global que constituyen los llamados *networks ilícitos*.[52]

4.2 Debe tenerse presente ante todo que las transacciones ilícitas, por su misma naturalez, se desarrollan en circunstancias que excluyen una de las características fundamentales de los modernos mercados capitalistas: la impersonalidad de los intercambios. Es indiscutible que el delito organizado funciona también como un gran *holding* de vínculos individualizables.[53]

Por eso, para el delito organizado transnacional resulta mucho más económico y seguro confiar en determinados canales privilegiados de comunicación e intercambio, capaces de garantizar cierto *estándar de fiabilidad ilícita* para todos los miembros del circuito clandestino.

---

50. Sobre las características generales del fenómeno del Delito Organizado y su enfoque analítico, véase Luiz Flavio Gomes y Raúl Cervini, op. cit., pp. 246 ss.

51. Stephane Bacrie y Raúl Cervini, op. cit., p. 46.

52. Raúl Cervini, "Los procesos de lavado de dinero y el funcionamiento de los *networks* ilícitos", en *Revista de Ciencias Penales*, n. 5, año 2000, Corrientes: Fundación Cuadernos de la Cátedra y Mave, 2000; Raúl Cervini, "I Processi di riciclaggio di denaro e *network* illeciti. Approssimazione Metodologica e sue Conseguenze", en *Prospettive di Diritto Penale*, vol. II, n. 3, Milán: Ed. Ufficio, junio de 2005.

53. Cf. Piero L. Vigna, op. cit., p. 183.

Estos canales son los mencionados *networks ilícitos* y pueden ser categorizados como una forma de relación intermedia entre un clan y una burocracia en condiciones de combinar los rasgos típicos, tanto de las organizaciones formales como de los grupos primarios *cara a cara*.

4.3 El miembro de un grupo mafioso o de un grupo especulativo ilícito, puede confiar hoy en una trama de *puntos* de solidaridad y protección de extensión geográfica multinacional y multicultural, dotada de una cualidad de confiable permanencia y de estandarizaciones típicas de la burocracia, así como de la elasticidad y la fiabilidad características del grupo informal. En el interior de este retículo pueden circular bienes, servicios, prestaciones y contraprestaciones de naturaleza ilícita a costos y riesgos relativamente bajos; la misma participación en la *network* es garantía de la "seriedad" y "profesionalidad" de los participantes.

4.4 Los emprendimientos ilícitos referidos a tráfico de piedras preciosas, armas, drogas, seres humanos e incluso ciertas actividades del terrorismo se encuentran funcional-operativamente vinculados por este particular sistema de *mecanismos de arbitraje ilícito*. Nada más eficiente y funcional que arbitrar drogas con armas, personas secuestradas por permisos de tránsito en ciertas *zonas liberadas*. Estos acuerdos arbitrales se caracterizan por su extrema velocidad, ahorro de costos, minimización de riesgos, etcétera. La evidencia es aportada por la propia realidad regional. ¿Qué otro sentido puede encontrarse al desarrollo desproporcionado de estudios contables, jurídicos, notariales y tributarios, e incluso el funcionamiento de cierta logística de transporte, en lugares tan sugestivos y remotos como lo son las ciudades gemelas limítrofes de Leticia y Tabatinga, situadas en plena Amazonia, sobre la frontera de Colombia y Brasil? Por esos centros de intercambios ilícitos han circulado desde hace más de una tres lustros los líderes de las Farc y los jefes más buscados del tráfico de drogas de Brasil. Menos evidente pero igualmente sugestiva es la creciente oferta de servicios jurídicos y financieros en la llamada Triple Frontera, particularmente en Ciudad del Este (Paraguay) e incluso en la zona de Pedro Caballero.[54]

Al norte del continente puede verse otro ejemplo interesante en QAT Consulting, que adquirió tanta notoriedad en el caso del exgobernador

54. Cf. OSSERVATORIO GIURIDICO SULLA CRIMINALITÁ ECONOMICA ORGANIZZATA DE ROMA, Proyecto Cerardi (Centro di Ricerca per il Diritto d'impresa), implementado académicamente por la Università degli Studi di Salerno y la Università Luiss Guido Carli di Roma, Informe M/27/2009, Roma, 2009, p. 39.

Spitzer. Ese *network* procesaba transferencias de apariencia legal hacia cuentas camufladas del extranjero. En realidad esos movimientos se vinculaban al pago de asesoramientos, logística y prestación de servicios de actividades ligadas a la prostitución *vip*, pornografía infantil, pedofilia, etcétera, en el distrito de Manhattan.

4.5 Así las cosas, el uso de las *networks ilícitas* confiere a la actividad de los operadores ilegales una dosis suplementaria de mimetización, debido a la tendencia de los primeros a sumergirse, a su vez, dentro de sistemas mucho más amplios de relaciones de tipo reticular que pueden corresponderse a variados factores.[55]

5. *La sobredimensión del daño.* El análisis de la "amenaza" implica el estudio y la evaluación de lo que la macrodelincuencia económica cuesta a la colectividad, directa o indirectamente. La estimación de esos costos conduce a la identificación de aquellas operativas que encierran mayor grado de dañosidad material y social potencial.

Esta variable de análisis clínico está directamente vinculada con la anteriormente analizada. El abuso de la posición dominante se traduce en daño. Pero este daño trasciende las hipótesis delictivas del ciberespacio financiero y bursátil, ya que existen otros muchos campos de vulnerabilidad. Así, por ejemplo, el negocio de los estupefacientes en su conjunto representa anualmente más de un cuatrillón de dólares. Solo en los Estados Unidos son

55. Es, por ejemplo, el caso de las "diásporas migratorias" ejemplificadas en los grupos mafiosos sicilianos empeñados a nivel mundial en el comercio internacional de la heroína. El retículo de referencia está formado por las relaciones entre el vasto número de comunidades de emigrantes de Italia del sur establecidas en Europa, América y Australia entre principios del siglo XX y la década de los años setenta. El hecho de que las *networks* criminales no representen, en este caso, más que una parte numéricamente despreciable de individuos entre más de 14 millones de expatriados, no hace más que contribuir a acrecentar el nivel del secreto, la diversificación y la escalada de intercambios ilícitos. En un esquema de actuación más reducido también puede mencionarse el caso de la mafia italiana de Nueva York, que desde hace varias décadas controla, entre otros, los negocios de la construcción, la basura y el pescado dentro de ese estado, y canaliza el producto de sus actividades por similares vías. Por su parte, los *networks* de poder se concretan en las relaciones entre los miembros asociados voluntarios con objetivos declarados de naturaleza muy diversa y aparentemente legal (asistencia profesional, intercambio de conocimientos y contactos, beneficencia, *lobbying*, promoción de valores culturales y religiosos, etcétera), pero que acentúan el carácter reservado y semisecreto de sus actividades y la propia identidad de los propios inscritos.

12.200 millones de dólares, o sea, una suma decenas de veces superior a la deuda externa con intereses de varios países de la región.[56]

Esta realidad económica obliga a los Estados a implementar mecanismos de supervisión del sistema financiero y mercados de valores. En esta materia se observa que las agencias de control formal han pasado a ocupar una posición en cierto modo subsidiaria. El mayor costo operativo directo lo sufren las corporaciones financieras que tienen, entre otras, la carga de controlar la procedencia legítima de los fondos que reciben. Estrictamente los costos trascienden el de esas complejas certificaciones y comprobaciones que imponen las políticas activas de conocimiento del cliente y monitoreo, y terminan afectando opciones comerciales válidas y legítimas expectativas de muchos sectores de la actividad financiera lícita. Pensamos que en muchos casos las directivas de vigilancia y verificación impuestas a las instituciones no son las más adecuadas pues operan sobre estándares (por ejemplo: control de transferencias o depósitos superiores a ciertos montos), pudiendo hacerlo por excepción, si se aplicara una metodología idónea, como la que sugeriremos al tratar el análisis tomográfico de los mecanismos económicos.

Por cierto, en otros campos de la actividad delictiva no convencional las cifras no son menos alarmantes ni el daño corporativo menos grave. Dejando de lado las categorías del tráfico de armas, tráfico de seres humanos para fines de prostitución, comercio de órganos y trabajo esclavo, saltan a la vista los daños atribuidos a los abusos relevantes del funcionamiento del mercado financiero, de valores y de cambios, los delitos contra la propiedad industrial e intelectual, la falsificación de moneda y títulos de deuda pública, fraudes contra las tarjetas de créditos, *traveller-checks* y las múltiples variedades de manipulaciones informáticas.

Pese al voluminoso daño patrimonial que causan todas estas conductas –en muchos países teóricamente susceptibles de penalización–, la mayor parte de sus autores, por el juego sucesivo de las variables de poder ya apuntadas, especialmente en función de la especialización profesional y el dominio operativo de los medios tecnológicos, se sitúan fuera del alcance del sistema penal y pocas veces son vistos ante los tribunales.

6. *Mutabilidad.* Las desviaciones macroeconómicas se expresan de una forma sumamente dinámica y variada. Esta nota, que Benjamin con gran acierto denomina *mutabilidad*, debe verse como algo natural en el marco de

56. DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS, "Análisis de riesgo de la delincuencia organizada", Doc. ICEPS- CBG250/2011, Nueva York, julio 2011.

los fenómenos económicos y representa a la vez una dificultad y un desafío a la hora de emprender esfuerzos de *lege ferenda*. Cuando el legislador corre a regular la realidad económica, esta ya no se encuentra en el ser en que pretendía regularla. Ocurre que los propios mecanismos económicos sufren permanentemente cambios en su estructura y función. Solo a través de su conocimiento profundo el legislador puede acompañar la realidad económica y prevenir las posibles mutaciones de sus mecanismos. Naturalmente, si se legisla atendiendo exclusivamente a los síntomas, nunca se llegará a tipificar adecuadamente. Sobre este delicado tema volveremos especialmente al plantear nuestras consideraciones finales.

7. (Carácter difuso de la víctima). Finalmente, también parece preciso recordar que en gran parte de estos macrodelitos económicos la víctima tiene carácter múltiple, anónimo e incontrolable, y esto se da precisamente en épocas y sistemas económicos que se singularizan por la existencia de un gran número de administradores fiduciarios y gerenciales de bienes ajenos con amplias posibilidades de hacer mal uso de la confianza que en ellos se deposita.

El señalado carácter múltiple e indeterminado de las víctimas surge con toda evidencia del análisis de la agresividad de estas formas de delincuencia no convencional. La víctima individual puede sufrir un daño relativamente menor, pero este se ve multiplicado y potenciado por el enorme número de personas eventualmente alcanzadas, lo cual, naturalmente, dificulta la represión. La multiplicación de las pérdidas unitarias de innumerables inversionistas inmobiliarios estafados o de simples consumidores defraudados con un producto nos permitiría calibrar la inmensa dañosidad social derivada de la referida multiplicidad e indeterminación de víctimas.

Pero también es muy importante señalar que las víctimas de los más grandes fraudes financieros o bursátiles suelen ser víctimas anónimas, por lo menos para los autores de la conducta delictiva. Normalmente no existen relaciones interpersonales entre el estafado y el operador victimario, no existe el *cara a cara*. El que opera en el mercado ilícitamente no ve la persona a la cual le va a producir el daño y ello facilita su tarea. No hay una violencia directa, el tránsito del delito es básicamente intelectual, apoyado en un conocimiento especializado y una astuta maquinación. En tal sentido, la violencia se vuelve meramente instrumental, sin control humano, lo que facilita obviamente el paso al acto, propiciando la conducta desviada. El distanciamiento material con la víctima y la naturaleza difusa o virtual de los instrumentos empleados para la consumación del hecho llevan a que en algunos casos el operador victimario inclusive no se perciba a sí mismo como un delincuente.

En cierto modo, estas víctimas inocentes se ven –por parte de algunos operadores inescrupulosos– como un hecho natural, "una constante operativa" en el mundo de los negocios, dice el publicista peruano Ballesteros Jaramillo.[57]

8. *Impunidad.* Finalmente, otra de las características definitorias de estas formas de extracriminalidad se encuentra en la natural impunidad de sus autores. Este tipo de conductas, si habiéndose superado el primer nivel de selección abstracta normativa se han logrado tipificar, aparecerán condenadas normalmente a quedar como simple letra muerta debido a defectos técnicos en la formulación de los tipos. En todo caso, siempre estarán prontos a operar los filtros funcionales (disfunciones) de los diferentes segmentos operativos del sistema penal. Pero es de remarcar que la "eficacia" de estos filtros se incrementa sustancialmente si el legislador arranca desconociendo la trama real del fenómeno que pretende regular.

V. ANÁLISIS TOMOGRÁFICO DE LOS MECANISMOS ECONÓMICOS

1. *Concepto.* Hemos señalado que la otra metodología posible para el análisis de la macrodelincuencia económica, a nuestro juicio complementario, se proyecta desde la intimidad funcional de los mecanismos económicos hacia los niveles abusivos del poder. Agudamente se ha preguntado Tiedemann: "¿cuándo puede considerarse que el alza de los precios excede los límites de lo éticamente lícito?".[58] Nosotros agregaríamos: ¿cuándo puede decirse que excede los límites de lo éticamente lícito y económicamente abusivo? La interrogante central está en ¿cuándo se está ante una conducta objetivamente abusiva? ¿Cuándo ese abuso adquiere relevancia penal? Para responder a estas preguntas se requiere una postura metodológica diferente.

Este segundo método procura responder esos cuestionamientos básicos desde las entrañas de los mecanismos involucrados. Presupone una penetración gradual en el fenómeno económico, desde sus instancias macro a manifestaciones micro, a través del análisis científico de sus mecanismos. El método concreto de análisis de los mecanismos puede variar sustancialmente de acuerdo a la particular dinámica y las características del sector de actividad estudiado, pero no así el esquema básico de trabajo. Este se basa, en todos los casos, en un análisis comparativo de la trama de relaciones de los mecanismos económicos involucrados. Funciona como un tomógrafo médico que por

57. Américo Ballesteros Jaramillo, "La delincuencia de los negocios", en *Revista Bancaria Internacional*, vol. I, n. 3, Lima: [s.n.], 1991, p. 32.

58. Klaus Tiedemann, *Poder económico...*, cit., p. 58.

medio de sucesivas fotos va siguiendo el proceso hasta detectar el modelo de desviación por comparación. Esta metodología tiene raíz empírica y su clave radica en la naturaleza de los supuestos y en el vínculo entre los términos teóricos y la observación. Los datos de la observación de cada segmento o sector involucrado y la cuidada comparación entre ellos se canalizan a través de un *lenguaje de vinculación* que otorga un justificado nivel de comprensión de los mecanismos.[59] No estamos sosteniendo que todos los fenómenos de macrodelincuencia económica sean aprehensibles por este procedimiento, pero sin duda lo son su mayoría.

2. *Procedimiento esquemático.* Con esta salvedad podemos decir que, en términos generales y esquemáticos, el método de trabajo básico que permite conformar el módulo de análisis podría sintetizarse de la siguiente manera:

• *El primer paso* sería visualizar el conjunto de variables macroeconómicas que componen los nichos o sectores de la actividad económica del país analizado.

• *El segundo paso*, definir con mucha precisión, el nicho, cancha o *layer* a analizar (por ejemplo: sector especifico de la actividad de intermediación financiera, industria de la vestimenta, mercado de cambios, etcétera).

• *El tercer paso*, definir a modo general, cada *jugador* (empresa) que integra la rama o nicho de la economía: sus objetivos directos e indirectos, su racionalidad, etcétera.

• *El cuarto paso*, analizar las relaciones de esos mismos *jugadores*, tomando en cuenta sus variables estándar y la racionalidad de comportamiento; por ejemplo: las relaciones entre insumos y productos, es decir, de dónde vienen los insumos y adónde van los productos.

• *El quinto paso*, analizar los recursos materiales y humanos, objetivos planteados, modalidad operativa, perfil de la potencial demanda, etcétera, de la empresa concreta analizada.

• *El sexto paso*, analizar la trama de relaciones en lo interno de la referida empresa, entre otras variables: pirámide de jerarquías, roles operativos asignados, grados de subordinación técnicamente controlada, modalidades de dependencia técnica invertida, niveles de supervisión, auditoría interna y externa, etcétera. Ello permitirá una indicación preliminar de responsabilidad en el hacer operativo, focos de riesgo y posible desviación vinculada a ellos, vacíos normativos, insuficiencia o defecto en la legislación, políticas preventivas

59. Bob Ryan, Robert W. Scapens y Michael Theobald, *Research method y methodology in finance & accounting*, Londres: Thomson, 2002, p. 40.

instauradas y a instaurarse por los agentes públicos y privados (principalmente atendiendo al desplazamiento de las cargas de vigilancia), etcétera.

Corresponde señalar que, en lo que hace a la criminalidad en el marco de una estructura empresarial (principalmente hacia dentro de la empresa), se dan algunas notas de análisis particulares. Por cierto que la cúpula no puede operar por sí sola; requiere contribuciones coadyuvantes a su propósito dentro y fuera de la empresa. Esta contribución –interna o externa– puede ser sucesiva.

Al tratar su tesis de la *imagen desplegable* para el análisis del lavado de activos, Baldwin, Fletcher, director del Center for Intenational Financial Crime Studies de la Universidad de Florida, señala:

"Los grandes conglomerados empresariales tienen una estructura férreamente piramidal para sus operaciones corrientes. Pero es frecuente que se aparten de la línea jerárquica por razones funcional-operativas, en negocios reservados o extraordinarios (por ejemplo, un actuar delictivo). En tales casos existirán unidades y jerarcas apartados de las decisiones trascendentes, mientras que otro sector minoritario del *management*, ejecutores directos de esas políticas, estará en línea directa con los que dominan el entramado corporativo."[60]

En otras palabras, los jerarcas y subalternos adscritos a las unidades empresariales satélites pueden encontrarse en muy diferente posición. Cuando la cúpula resuelve involucrarse en actividades fuera de lo común, como puede ser una maniobra ilícita, la mayoría de su equipo ejecutivo tendrá un ángulo de visión muy restringido; no estará en condiciones de ver la totalidad del paisaje, sino, en el mejor de los casos un fragmento, necesariamente difuso. Otros contados operadores de similar jerarquía tendrán un panorama mucho más claro y completo de las decisiones de la cúpula empresarial transnacional; existirá entre ellos y la cúpula una *direct line* lo suficientemente idónea como para permitirles coadyuvar como partícipes necesarios en la ejecución de aquellas; verdaderos instrumentos del hacer delictivo. Otros integrantes del grupo se podrán ir sumando progresivamente a ese nivel de conocimiento privilegiado si es necesaria su actuación.

Fuera de estos supuestos y en términos más técnicos, hemos sostenido en aporte anterior que la formulación de estos modelos –en la normalidad de los casos– permite buscar la racionalidad económica interna dentro del modelo central, intentando al mismo tiempo reformularlo según el conjunto mínimo

60. Fletcher N. Baldwin Jr. y Robert J. Munro, *Money laundering, asset forfeiture and international financial crime*, Nueva York: Oceana, 1983, t. II, pp. 133 ss.

de supuestos requeridos para producir la misma cantidad de implicaciones; permite comprobar las implicaciones primarias del modelo y el alcance de las divergencias; permite formalizar relaciones entre observaciones y supuestos para generar áreas indirectas de implicación; permite la creación de módulos de análisis y vínculos significativos. Finalmente, también desarrollar nuevos modelos que amplíen el ámbito del dominio empírico original, dotados de mayor poder de explicación y predicción, pero a riesgo de disminuir su nivel de certeza.

3. *Otros supuestos teóricos del modelo.*

• En el marco del modelo denominado *tomográfico* debe ser posible generar implicaciones teóricas rigurosas de las que se puedan extraer predicciones de observación.

• Los supuestos dentro del modelo deben ser internamente consistentes en sentido lógico y tan sencillos como la integridad lógica del modelo lo permita.

• El modelo debe estar teóricamente proporcionado con los hechos empíricos conocidos dentro de su dominio.

• El alcance teórico del modelo queda definido por el ámbito de observación (nicho económico analizado) y el conjunto acompañante de implicaciones explicativas y de predicción, consecuente con los vectores del nicho de actividad analizado.[61]

4. *Análisis de algunos ejemplos concretos.*

4.1 *Industrias controladas por un solo jugador.* Por ejemplo, si se constata que toda una industria –o su mayor parte– contrata los insumos a un solo proveedor, se puede asegurar científicamente que toda la industria está controlada por un solo *jugador*. Este procedimiento de análisis permitirá definir el nivel de uso normal, atípico o abusivo del poder e implementar los correctivos técnicos y legales del caso.

4.2 *Manejo abusivo de los commodities.* Si se analiza con el mismo procedimiento el manejo de los *commodities* de frutas y verduras, sector de actividad de impresionantes dimensiones, los resultados podrán ser igualmente clarificadores. En este nicho del mercado la producción se encuentra normalmente atomizada y se suele abonar en efectivo. Si se constata que esa producción es comprada por un solo intermediario o acopiador, habrá que

61. R. Ball y P. Brown, "An empirical evaluation of accounting income numbers", en *Journal of Accounting Research*, vol. 6, Londres: [s.n.], 1968; cf. J. S. Demski, *Methodology in Finance. A selective determination*, Iowa: Iowa State University Press, 1986.

analizar pormenorizadamente las causas y connotaciones de esta operación. Por ejemplo, ¿qué hace ese acopiador con la producción? Si nos encontramos con que la exporta a una empresa controlada por el mismo grupo, este nuevo dato constituye otro llamador o indicio de la existencia de un abuso de los mecanismos económicos que debe reglarse. Pero también debe observarse que en el otro conjunto económico-país (importador), el mismo método desnuda que los insumos son de un mismo proveedor, por lo que esa situación será de por sí extraordinaria y digna de cuidado en esta otra economía, y ello no solo por sus connotaciones fiscales, sino incluso como indicador de otras situaciones más graves (por ejemplo: lavado de dinero).

Esto se complica mucho más cuando se opera a través de sociedades puente fincadas en terceros países. La utilización de las mencionadas sociedades dificulta el seguimiento de las relaciones entre insumos y productos, pero no la impide totalmente. En este caso, deberemos pasar al estudio de dicho entramado societario a efectos de desterrar su posible uso desviado. El procedimiento incluirá sucesivos análisis, de tipo legal-estatutario, del paquete accionario, de las personas que lo manejan, la procedencia de los insumos y los destinos del producto de las referidas sociedades puente, etcétera. Este esquema de trabajo puede incluir similares chequeos de otras terceras sociedades con sede en otros tantos países. Todo muy complejo pero decididamente no imposible.[62]

4.3 *Control de la industria de la construcción en el estado de Nueva York*. En mayo de 1990 se publicó en Estados Unidos un informe sobre las conexiones entre los sindicatos criminales y la industria de la construcción en el estado de Nueva York.[63] Las implicaciones de grandes sectores de esa industria con la criminalidad organizada surgieron, en lo medular, de testimonios ante la Comisión Investigadora y las cortes. Se puede decir que a través de un análisis minucioso de los mecanismos económicos involucrados en la industria de la construcción (relaciones entre insumos y productos) se podría haber llegado, incluso con mayor certeza y rigor a las mismas conclusiones.

Este nicho de actividad se caracteriza por la necesaria confluencia de diversas actividades industriales colaterales (fabricantes de hormigón, acero,

62. En torno al publicitado caso *Collor*, hemos tenido oportunidad de aplicar una metodología similar en el estudio de la regularidad jurídica de la mal llamada Operación Uruguay, en opinión legal realizada a pedido del ministro Evandro Lins e Silva. Dicha consulta apareció publicada bajo el nombre "Operación Uruguay – Análisis de la regularidad jurídica y eficacia de su soporte documental", en *A OAB e o* Impeachment, Brasilia: Conselho Federal da OAB, 1993.

63. NEW YORK STATE ORGANIZED CRIME TASK FORCE, *Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry*, Nueva York: CVF, 1990.

mamposterías, etcétera) y laborales (operarios de estructuras, albañiles, finalistas, sanitarios, etcétera), que deben coordinarse en un rígido calendario de obras. Cada fase de la construcción depende del resultado de la anterior y una alteración en el calendario de esas grandes obras puede anular la rentabilidad del proyecto. El delito organizado controla muchas industrias colaterales de la construcción (suministro de acero) y los propios sindicatos laborales. Esto hace que la industria de la construcción en el estado de Nueva York sea particularmente susceptible a la extorsión o, simplemente, se encuentre mayoritariamente controlada por el delito organizado que tiene con su "influencia" la posibilidad de evitar atrasos en el calendario de obras.

4.4 *Desnaturalización del contrato de comisiones.* Si conocemos adecuadamente las características y función de un contrato de comisiones bancarias podremos distinguir con certeza un contrato de comisiones real de un simple *frontig* bancario. Si el banco no exige intereses a la parte deudora y el pretendido acreedor tampoco lo hace, se pone en evidencia que estamos ante un *autopréstamo*, indicativo de una evasión tributaria o, aún más grave, de una operación de lavado.

4.5 *Lavado de activos originados en el terrorismo internacional.* El mismo recurso metodológico puede resultar igualmente pertinente al momento de analizar la *trazabilidad*, o sea, el seguimiento financiero de los fondos vinculados al terrorismo internacional. Al respecto corresponde precisar que se alude a *trazabilidad de fondos* en un doble sentido: a la posibilidad técnica de delinear tanto el origen como el destino o la aplicación final de fondos considerados críticos.[64] Precisamente, el procedimiento propuesto es totalmente aplicable en instancias de individualización técnica y aprehensión jurídica de estos activos.

En el caso del terrorismo, las variables de trabajo derivadas del análisis clínico –a saber: abuso de la posición dominante, funcionamiento de *networks ilícitos*, mutabilidad, transnacionalidad, etcétera– necesitan ser complementadas por un análisis confluyente realizado desde los propios mecanismos financieros utilizados.

Pensemos por ejemplo en el caso de la Triple Frontera (Argentina, Brasil, Paraguay), donde probadamente conviven y se mezclan activos originados en el contrabando, el narcotráfico, el tráfico de armas y el terrorismo internacional. Más claro aún resulta el ejemplo de la llamada *frontera del narcoterrorismo*,

64. Raúl Cervini y Saúl Blovich, "Trazabilidad financiera del terrorismo internacional", ponencia conjunta ante la XXXI Junta Interamericana de Calificación Bancaria, Nueva York: [s.n.], diciembre 2003, Doc. ICEPS/Jicab-C 76/03.

donde se confunden las ciudades de Tabatinga (Amazonia de Brasil) y Leticia (capital del departamento colombiano de Amazonas). Dentro de esa zona los activos y prestaciones (apoyos) de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc) se mezclan e intercambian recíprocamente con los activos e insumos del narcotráfico colombiano y brasileño. Los Servicios de Inteligencia del Sistema de Vigilancia de Amazonia (Sivan) han denunciado que sobre la avenida de la Amistad, que separa ambas ciudades gemelas, se encuentran instalados escritorios de servicios profesionales a los cuales concurren tanto representantes de grupos traficantes como apoderados de las Farc.

En principio se tiene la sensación de que grupos traficantes y terroristas persiguen fines muy diferentes, pero –al menos a corto/mediano plazo y con independencia del uso de la violencia y la intimidación– ambos grupos delictivos tienen muchas necesidades comunes. Entre ellas: esconder y mezclar sus ingresos ilegítimos con activos de origen legítimo, obtener cobertura profesional y operativa internacional, proveerse de insumos críticos (lícitos e ilícitos) en las mejores condiciones del mercado y también compartir –a diverso nivel– estructuras de connivencia y corrupción pública.

Estos insumos y otros más son cubiertos por redes profesionales de intercambio y servicios. Esos mismos *networks* ilícitos trasladan y/o compensan armas y drogas en el ámbito nacional e internacional. A nivel de cobertura financiera formal esos cuerpos profesionales planifican estrategias comunes de lavado, cruzan sus ejércitos de testaferros confiables disponibles en determinados paraísos fiscales, e incluso ofrecen a sus clientes opciones de coparticipación en inversiones de corto plazo (por ejemplo: financiar una operación de tráfico de diversos insumos, mano de obra esclava u órganos humanos) o inversiones llamadas *planas*, de bajo perfil y largo plazo (inyecciones de capital en industrias tradicionales alicaídas), con posibilidades de rescate diferencial de conformidad con la naturaleza de sus fines específicos.

Frente a la evidencia de estas complejas coberturas formales se impone la necesidad de recurrir a un análisis de tipo tomográfico para desentrañar tal maraña financiera.

En términos generales los mecanismos económico-financieros responden a expectativas y motivaciones estandarizadas de los actores del mercado.

Las motivaciones de un inversor común pueden ser muy diversas; estarán en el lucro, el deseo de diversificar opciones, la idea de protegerse de la inestabilidad general de los mercados, etcétera. Las motivaciones prevalentes de los grupos terroristas sin duda son otras.

Por ello, cuando estos grupos incursionan en el mundo financiero, sus acciones se muestran con apartamientos significativos y singularidades técnicamente incompatibles con el uso normal de los mismos mecanismos. La ingeniería financiera puede adoptar variadas formas, pero en todos los casos procurará combinar racionalmente instrumentos de inversión y financiación respetando ciertas reglas operativas básicas de los instrumentos involucrados. Pues bien, cuando se trata de inversiones ligadas al terrorismo, los nuevos instrumentos financieros, como son los contratos a plazo (*forward contract*), contratos financieros de futuros (*futures*), permutas financieras (*swaps*) y opciones (*options*), se resolverán soslayando o desvirtuando las expectativas de resultados que brindan operaciones corrientes realizadas a través de esos mismos instrumentos. En tales casos, los programas de retorno, la exposición económica y los niveles de tolerancia al riesgo, etcétera, que esos actores se muestren dispuestos a soportar se caracterizarán por una aparente irracionalidad e incoherencia de comportamiento, denotativas de que las operaciones analizadas involucran dineros de origen crítico.[65]

5. Esta metodología puede ser empleada con muy buenos resultados –dentro de las limitaciones naturales que impone la particular estructura de cada mecanismo investigado– en otros múltiples casos, incluso tratándose de delitos económicos complejos convencionales o manifestaciones de criminalidad de y hacia la empresa. Así, pueden delinearse con extremo rigor a partir de la observación técnica de sus mecanismos superiores, fuera de toda duda, las hipótesis de blanqueo de dinero y en la mayoría de los delitos contra el sistema financiero y cambiario, delitos fiscales, grandes estafas, delitos contra el trabajo y la seguridad social, delitos contra la libre competencia y contra el consumidor, e incluso para los crímenes informáticos y manejos abusivos del mercado de valores.

VI. SOBRE LA TRASCENDENCIA DEL CRITERIO METODOLÓGICO

1. *Complementariedad metodológica.* Hemos dicho y reiterado que las dos metodologías de apreciación de la macrodelincuencia económica que hemos llamado *análisis clínico-sintomatológico de la macrocriminalidad económica* y *análisis tomográfico de los mecanismos económicos* no son de modo alguno contrapuestas, sino sustancialmente complementarias y confluyentes por representar perspectivas diferentes de una misma realidad estructural, analizada sucesivamente desde sus síntomas sociales y desde la intimidad de los propios

65. Idem, pp. 23 ss.

mecanismos económicos, cuyo uso abusivo se manifiesta en las ya citadas notas o síntomas.

El primer método, necesariamente atemperado por una perspectiva estructural, sirve fundamentalmente para definir la existencia del fenómeno y evaluar críticamente las disfunciones del control formal en todos sus aspectos (legislativo, administrativo y judicial). El segundo aparece como extremadamente idóneo para detectar científicamente en forma preventiva el posible ejercicio abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la economía. Esta alternativa permite superar la particular mutabilidad, apariencia de legalidad absoluta, falta de transparencia, el carácter múltiple, anónimo e incontrolable de las víctimas y la eventual transnacionalización de las actividades involucradas en los casos de macrodelincuencia económica. Posibilita un acotamiento racional y efectivo de los márgenes de invulnerabilidad que desde la perspectiva tradicional caracterizan a estas formas de extradelincuencia. Adicionalmente, esta metodología, que desnuda las desviaciones económicas desde su gestación, viabiliza un control por excepción y no por estándar, lo que resulta especialmente apropiado tratándose de hechos que frecuentemente tienen proyección penal.

2. *Trascendencia en la técnica de tipificación*. Pero además, y principalmente, la aproximación a la macrodelincuencia económica a través del análisis dinámico de sus mecanismos superiores permite extraer otras valiosas conclusiones referidas, en este caso, a la técnica de tipificación de estos fenómenos. Si se conocen en su detalle, se pueden aprehender normativamente, de modo que la estructura típica siga estrictamente la estructura funcional que se pretende reprimir.

Ya en la década del ochenta algunos autores señalaban que la macro- o extracriminalidad económica ponía en evidencia lo obsoleto del derecho penal tradicional, pensado en términos de microcriminalidad.[66] Actualmente, en esa misma línea, autores de indiscutida jerarquía como , tomando en cuenta las necesidades socioculturales y políticas de la globalización, han pensado que la criminalización eficaz de las conductas de extracriminalidad debe realizarse en las sociedades posindustriales a través de un "derecho sustantivo diferenciado", de "doble velocidad",[67] e incluso Jakobs refiere a una "tercera velocidad",

66. En ese sentido resulta muy ilustrativo Juari C. Silva, *A macrocriminalidade*, San Pablo: Ed. RT, 1980, principalmente en su capítulo II, "A obsolecencia do mecanismo de repressão ao crime", pp. 18 ss.

67. Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2. ed. revisada y ampliada, Madrid: Civitas,

cuya eficacia, a nuestro juicio, conlleva —inexorablemente— el sacrificio o necesario acotamiento de algunos de aquellos principios dogmáticos que la inspiración y el esfuerzo de muchos fue definiendo a lo largo de la historia como ejes medulares de un derecho penal con vocación garantizadora.

Desde esta perspectiva frecuentemente se piensa, por ejemplo, que los tipos penales de los macrodelitos económicos, entre ellos los atribuidos al crimen organizado, se deben estructurar sorteando el principio de legalidad mediante mecanismos de tipo abierto que deben ser cerrados por los jueces, creando tipos de peligro abstracto (con los que se entroniza la mera desobediencia como ilícita); mediante fórmulas omisivas, con similares inconvenientes, o, lo que es peor, mediante las fórmulas legales de tendencia, como el inabarcable tipo de la *conspiración* que ostenta la actual legislación norteamericana.[68]

Se suele afirmar también que el combate a este tipo de delitos conlleva necesariamente una progresiva aminoración del principio de culpabilidad; que se debe punir por la mera realización del acto, con base en una presunción o simplemente por hecho ajeno, y se sostiene la existencia de formas de analogía intratípica. Finalmente, entre otras sugerencias, se plantea que la observación del mismo fenómeno justifica incluso reabrir la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se ve actualmente en diversos países europeos y en el propio Brasil.

3. Nosotros descartamos por principio asertos tan categóricos. No es admisible que para contemplar lo adjetivo (dificultades probatorias) se termine por trastocar lo sustantivo (principios del dogma). Entendemos, en fin, que el derecho penal no debe ni puede hacerse cargo de esas dificultades probatorias,

---

2001. Debe señalarse que el citado publicista pretendió describir su visión de realidad de la dogmática posglobalización y condicionarla de *lege ferenda* a determinadas condiciones referidas a la aplicación de la pena, asociando la segunda velocidad, caracterizada por menores garantías a la aplicación de penas de multa, circunstancia que no se ha confirmado en la práctica.

68. El delito de *conspiracy* fue introducido en la sección n. 1962.d de la Normativa Rico, vigente como título IX del Occa Act desde el 15.10.1970. En un solo proceso penal se denuncian y sentencian todas las actividades delictivas directa e indirectamente cometidas por una organización criminal y los actos de apoyo de sus consejeros y asistentes. Los requisitos del tipo son: debe tratarse de una organización criminal y debe además estar comprobada la comisión de dos actos ilícitos por miembros de esta organización, el primero de ellos cometido con posterioridad a 1970 y el segundo diez años más tarde que el primero. Este tipo presenta sugestivos puntos de contacto con la figura de *conspirazione política mediante accordo*, incorporada en el artículo 304 del CP italiano.

principalmente teniendo en cuenta que estas pueden ser normalmente superadas mediante una tipificación adecuada a un conocimiento también adecuado de los mecanismos económicos involucrados. En caso de optarse finalmente por el criterio de criminalizar manifestaciones de macrodelincuencia económica organizada, *esta tarea deberá y podrá intentarse –en la mayor parte de los casos– sin violar esos principios básicos del derecho penal*. Para ello es imprescindible que el trabajo se emprenda con suma prudencia y fina técnica legislativa, ya que en un sistema democrático y liberal deben existir férreos límites al *jus puniendi* del Estado a la luz de los principios de legalidad y culpabilidad. Estos principios, nos recuerda Sergio Moccia, aparecen como irrenunciables cualquiera sea la forma de delincuencia que se pretenda combatir. Ninguna estrategia legal contra la macrodelincuencia será justificada si es una salida de corte meramente emergencial que pone en entredicho la seguridad jurídica.[69]

La tarea de elaborar leyes realmente útiles en materia de delincuencia organizada, particularmente en el campo de la macrodelincuencia económico-financiera, puede compararse a una operación de microcirugía, donde se impone un mínimo de actividad con el instrumento más preciso. Ocurre que lamentablemente la misión de legislar en estas ramas tan delicadas se emprende siempre en forma apresurada, respondiendo a reclamos populares frente a hechos puntuales o presiones internacionales. Asimismo, ese cometido suele dejarse en manos de personas sin la suficiente especialización, que se atienen exclusivamente a los síntomas del fenómeno sin comprender el funcionamiento de los mecanismos involucrados.

En el ámbito uruguayo resulta de toda evidencia la necesidad de modernizar el régimen penal de las sociedades anónimas. No es concebible que las posibles desviaciones punibles que acontecen en las sociedades actuales sean calibradas a la luz de una ley eminentemente mercantilista, elaborada en 1893 (ley n.º 2230). Por otra parte. es universalmente reconocido que esta norma, inspirada en la ley francesa de 1867, de las cuatro posibles etapas de la vida societaria que contemplaba la legislación gala —etapa de proceso fundacional,

69. Sergio Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pp. 9 ss.; Sergio Moccia, "Prospettive non emergenziali di controlo dei fatti di criminalità organizzata", en Sergio Moccia (a c.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, pp. 133 ss.; dentro de la misma obra colectiva, Luigi Stortoni, "Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie", pp. 119 ss; Lucio Monaco, "Le risposte del sistema sanzionatorio ai fatti di criminalità organizata", pp. 245 ss., y Antonio Cavaliere, "Effettività e criminalità organizzata", pp. 291 ss.

etapa de gestión, etapa concursal y etapa liquidatoria—, solo tomó en cuenta las dos últimas, y ello usando tipos penales absolutamente abiertos.[70] Igualmente hemos puesto de manifiesto hace muchos años la imperiosa necesidad de redefinición dogmática del delito de quiebra, que tal como está legislado en la actualidad resulta sustancialmente inaplicable y desfasado con la sistemática ya no de la ley penal sino del propio Código de Comercio. Creemos que en estos casos la ley debe modernizarse sobre la base de dos categorías: delitos de quiebra y delitos en la quiebra.[71]

Los elementos constitutivos de los tipos penales se deben delinear cuidadosamente con "criterio jurídico trascendente",[72] o sea, tomando en cuenta todas las posibles consecuencias intradogmáticas de las nuevas creaciones penales, en especial procurando evitar los verbos nucleares amplios o vagos a fin de no correr el riesgo de caer en tipos abiertos que representan la más hipócrita negación al principio de legalidad, una de cuyas expresiones es *"nullum crimen, nulla poena sine lege certa"*.

---

70. Gonzalo Fernández, *Derecho penal de la sociedad anónima (los delitos de la Ley n. 2.230)*, Montevideo: AMF, 1983.

71. Nahum Bergstein, "Algunas consideraciones sobre el delito de quiebra", en *Revista Jurídica Estudiantil*, n. 2, [S.L.]: XYZ Editores, 1986, pp. 23 ss. Este autor propugna la siguiente idea central: "Estamos frente a dos delitos, cada uno de los cuales asume diferentes modalidades. Un delito aglutina las diferentes conductas que tienen lugar con anterioridad a la declaración judicial de quiebra. El otro delito aglutina las conductas que reconocen el fallido como sujeto activo calificado de las mismas y que, por consecuencia, tienen lugar con posterioridad a la declaración de la quiebra". En el mismo sentido Gabriel Adriasola, Adriana Di Giovanni y Raúl Cervini, "Informe al Centro de Estudios de Derecho Penal Económico del Uruguay, 1994", publicado en *Boletín CBD de la Asociación de Delegados de la Policía Federal de Río Grande do Sul*, n. 8, Porto Alegre: ADPF-RS, agosto de 1994; Raúl Cervini y Gastón Chaves Hontou, "Estrategias del derecho penal económico. La perspectiva uruguaya", ponencia por la Universidad Católica del Uruguay al Proyecto Alfa de la Comunidad Europea sobre Criminalidad Económica, organizado por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1996.
Hemos sostenido que la división entre quiebra fraudulenta y quiebra culpable no se corresponde técnicamente con lo que surge de la propia norma comercial, y suscribimos íntegramente la nueva sistematización, que consiste en distinguir entre delitos *de* quiebra y delitos *en la* quiebra, o sea, con posterioridad a la declaración de quiebra.

72. FORTUNA, Ennio, "Aspetti particolari del pentitismo mafioso. Repressione della mafia e nuovo processo penale", en *La Mafia Oggi - Individuazione del Fenómeno*, Padua: Cedam, 1985, pp. 271 ss.

Bien resalta Tiedemann[73] que la utilización de fórmulas amplias, incluido el uso de fórmulas generales dentro del tipo objetivo, es, al contrario de lo que representan sus aparentes ventajas, sumamente problemática. El derecho penal liberal exige que los tipos sean cerrados, es decir, tipos específicos de una acción que se traduce en la manifestación de un acto externo del hombre, y solo eso podrá ser castigado. Nos hacemos cargo de las múltiples dificultades técnicas y prácticas implícitas en el hecho de criminalizar este tipo de conductas vinculadas a la criminalidad económica organizada con tipos perfectamente herméticos, sin recurrir a normas de segundo grado, de reenvío o en blanco, que otorgan desmesurado poder a los órganos en ejercicio de la función administrativa. Conocemos el costo de mantener un sistema mínimamente liberal, que sienta a la legalidad y a la culpabilidad como el límite natural de la pretensión punitiva del Estado. Se trata de una tarea muy ardua pero no imposible. Lo más grave es que la renuncia a ella significaría necesariamente la renuncia a los propios principios que deben motivar esa misma tarea. Se estaría sustituyendo automática y concomitantemente un derecho penal de legalidad por un derecho penal de conveniencia: la razón de Estado por sobre la razón jurídica.

Lamentablemente, en este campo se encuentra arraigada la injustificada tendencia a confundir dificultades técnicas con imposibilidad. Pero, insistimos, si se opta finalmente por penalizar, habrá que franquear todos estos obstáculos para legislar bien, ya que las referencias más o menos genéricas son sinónimo de tipos abiertos que engendran el riesgo de la analogía y, entre otras cosas, tampoco es admisible penar por analogía. A nuestro modo de ver –salvo en un número menor de casos–, debe y puede operarse concretando exclusivamente las figuras en tipos muy específicos, técnicamente cerrados, que impidan la pura discrecionalidad de la administración y de los magistrados. La regla de oro es que la punibilidad, incluida en ella la tipicidad, esté determinada antes de la comisión del hecho con total precisión y no recién a posteriori por el aplicador. En tal sentido, la diversidad de tipos penales dentro y fuera del Código Penal no es otra cosa que efecto del principio de legalidad, en el sentido de exigencia de determinación.[74]

En ese contexto no nos parece ni conveniente ni imprescindible que los nuevos tipos penales se plasmen en figuras formales de mera actividad, que castiguen la puesta en peligro, a través de tipos meramente omisivos de

73. TIEDEMANN, "Apresentação critica", o. cit., p. 21.

74. Cf. Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Múnich: C. H. Beck, 1992, p. 70.

obligaciones puramente reglamentarias o administrativas.[75] De este modo se hace de la norma penal –como ha expresado Juarez Tavares– un exclusivo refuerzo a la obediencia, sin ninguna referencia directa a la noción de bien jurídico ni pretensión de impedir una lesión concreta de este.[76]

4. La creación de esos tipos penales imprescindibles para la persecución de los casos más gravosos de criminalidad económica deberá promover también una reflexión responsable respecto de la imputación penal en el marco del delito corporativo, principalmente en lo relativo al entrecruzamiento de responsabilidades en los ilícitos transnacionales. Personalmente nos inclinamos a pensar que el tema puede dilucidarse satisfactoriamente empleando, en buena parte de los casos, los recursos dogmáticos tradicionalmente transitados por la doctrina como son los de la participación criminal, la autoría mediata y la omisión impropia,[77] procurando evitar en lo posible el uso indiscriminado de aquellas teorías que en principio no se avienen cómodamente con las estipulaciones escritas de nuestra ley, como pueden ser la teoría del dominio del hecho[78] y el *actuar en lugar de otro*.[79] No se desconoce el mérito técnico ni la innegable utilidad, a nuestro juicio subsidiaria, de estas elaboraciones y la necesidad de establecerlas legislativamente para casos puntuales. Simplemente instamos al estudio y a la prudencia. Antes de abandonar la aplicación de los principios dogmáticos de portada general, aconsejamos intentar la profundización en el

75. Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, artículo 14: "Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que actuando como tales deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los arts. 10 a 13 del presente Reglamento o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados artículos".

76. Raul Cervini y Juarez Tavares, op. cit., p. 129.

77. Cf. Enrique Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, Bogotá: Temis, 1985, pp. 109 ss.; Enrique Bacigalupo, "Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires: Panedille, 1970.

78. Claus Roxin, "Sobre la autoría y la participación en derecho penal", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro homenaje al profesor Luis Jiménez de Azúa*, Buenos Aires: Panedilli, 1970; Claus Roxin, "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", en *Doctrina Penal*, n. 31, año VIII, p. 399, Buenos Aires: Depalma, 1985.

79. Cf.: Klaus Tiedemann, "Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988. vol. II.

conocimiento de las complejas realidades y mecanismos a reglar. Empeñados en tal sentido, veremos que, cuando estos se logran efectivamente desentrañar aislando el cerne del disvalor relevante, suelen retomar toda su funcionalidad muchos de los recursos de la dogmática clásica.

5. *Sobre la penalización de la persona jurídica.* En lo que respecta a la pretendida necesidad de penalizar la persona jurídica, pensamos que detrás de esta tesitura no hay otra cosa que un derecho administrativo disciplinario al que se le agrega con la pena una nota estigmatizante que puede llevar la calma a ciertos círculos. Enseña Cerezo Mir que la persona colectiva carece de capacidad de acción en el sentido estricto del derecho penal (*nullum crimen sine actione*), carece de capacidad de culpabilidad y de capacidad de pena (principio de la personalidad de la pena). Solo el hombre como individuo puede ser sujeto activo de delito.[80]

Estrictamente, la concreción de la responsabilidad penal de los entes colectivos implicaría un innecesario desdibujamiento del principio de la responsabilidad personal y un retroceso dogmático inocuo, ya que en los hechos solo serviría para reforzar la tradicional impunidad de las personas físicas que los controlan. Por razones burocráticas o meras dificultades probatorias, el funcionamiento real del sistema judicial seguramente agotaría la instrucción al nivel de la penalización formal de las personas jurídicas, los *mass media* inducirían en la opinión pública esa satisfacción básica a sus requerimientos de justicia, y las personas físicas auténticamente responsables podrían seguir tan impunes como siempre, actuando a través de otras sociedades. Por eso se ha dicho que, en la realidad de los hechos, la responsabilidad de *doble vía* se reduce a una responsabilidad penal de *cajas vacías*.[81] Con una creación semejante, el derecho penal daría prueba cabal más de su inoperancia que de su eficacia, si se entiende por esta última el hecho de llegar a la identificación completa del acto, su autor y las motivaciones de este. En una sola expresión: el cuerpo y alma del delito. La penalización de la persona jurídica choca frontalmente con la construcción dogmática y jurisprudencial del *disregard of legal entity*, que precisamente busca reconciliar la realidad con el derecho, hacer visible en el derecho lo que el juez ya ve en los hechos: una persona física actuando detrás de una persona jurídica. La teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica puede llevar precisamente a lo contrario: a la exclusiva y antinatural penalización de la cobertura formal de actuación de las personas.

---

80. José Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, Madrid: Tecnos, 1992, t. II, p. 70.

81. Raúl Cervini, "Macrocriminalidad económica..." cit.

6. *Trascendencia sobre la necesidad de concreción o clara reconocibilidad del bien jurídico.* La propuesta *topográfica* permite finalmente conocer lo que se quiere proteger y cómo puede llevarse efectivamente a cabo dicha protección, con el consiguiente esclarecimiento y visibilidad de las conductas que pueden lesionar el bien así precisado. Cuando el objeto no está suficientemente definido, los medios serán necesariamente ambiguos. Por el contrario, la nitidez del objeto lleva a la nitidez de los medios y con ello, por lo general, a la eficiencia normativa y a la seguridad jurídica. La ventaja que acarrea esta concepción metodológica no es menor: mantener al derecho penal dentro de los principios rectores de lesividad y legalidad, los que resultarían ineludiblemente comprometidos si los contornos del bien jurídico aparecieran lo suficientemente confusos y ambiguos (sistema de funciones) como para concluir que determinada acción es peligrosa para este y para precisar con el rigor deseado cuáles acciones lo son.

Cuanto más abstracto, ambiguo o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en sí misma generadora de peligro. Últimamente existe la tendencia, no ya de anticipar la tipificación de una acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximar este, mediante una óptica de amplificación conceptual que, al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción, le hace perder la necesaria nitidez hasta bordear la delicuescencia. En otras palabras, existen dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos afectados por las formas más gravosas de criminalidad socioeconómica: uno consiste en anticipar la tipificación de acciones que en sí mismas no son dañosas para el bien jurídico (vía tradicional); otra, de más reciente aparición, usa el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la acción. Esto se consigue, a nuestro modo de ver, al costo de evaporar el bien jurídico; en otras palabras, al costo de borrar la nitidez de sus contornos y de poner por vía indirecta en tela de juicio los principios de lesividad y legalidad que deben presidir un derecho penal garantizador. Sin duda se lesionan estos principios cuando no hay forma de saber si la conducta ataca a un bien jurídico que se ha desdibujado a través de la amplificación antes mencionada (elefantitis del bien jurídico), hasta el punto de que ha perdido la necesaria definición. En tal circunstancia, no se sabría si la conducta ataca una realidad o una fantasía. De más está decir que esta simple duda debería absolver la conducta.

Hay, a nuestro modo de ver, una única vía de tipificar los delitos de peligro y ella supone la debida comprensión y concreción del objeto de tutela. Es precisamente a raíz de esta comprensión y concreción, y solamente por estas, que el bien jurídico puede y debe protegerse. El otro método equivale a la lucha de

don Quijote contra los molinos, pues no se conoce exactamente contra quién se combate, si contra los molinos o contra gigantes, y precisamente el disvalor de la acción depende de ese exacto conocimiento. Una ampliación del bien jurídico puede hacerse siempre y cuando se mantenga su reconocibilidad. Este es, o debe ser, el límite, y este camino requiere imprescindiblemente una metodología idónea para comprender el fenómeno que se quiere reprimir en su específico funcionamiento y proyección.

VIII. SUGERENCIAS SOBRE LA FORMA DE ABORDAR LA TIPIFICACIÓN DE LOS MACRODELITOS ECONÓMICOS EN UN ESTADO DE DERECHO

1. Desde nuestra perspectiva, el tipo del injusto conocido también como incriminador o vinculante es la descripción abstracta y referenciada de un hecho real: acción, omisión, dolosa, culpable o ultraintencional) que la ley prohíbe. Pero *descripción abstracta* no debe ni puede entenderse como sinónimo de vaguedad, indefinición o entorno difuso, sino que debe hacer referencia a la construcción de un modelo cerrado de conducta activa u omisiva, lo suficientemente concreto y referenciado a la lesión de bienes jurídicos muy específicos amparados por la Constitución y la ley.

La tipicidad es un atributo de la conducta. Es un predicado de la conducta, por ello es imprescindible el conocimiento adecuado del objeto que se pretende tutelar penalmente. Si este no se conoce, la adecuación típica será necesariamente difusa e imperfecta, y el juicio de tipicidad, una farsa sin sentido.

Solo un injusto típico muy concreto y específico puede funcionar como garantía y fundamento de la ilicitud. En tal camino, el conocimiento del objeto de tutela conducirá necesariamente a delimitar el ámbito del mandato prohibitivo. Por ello también, toda reflexión sobre la tipificación en materia de ilícitos económico-financieros debe pasar, en primer lugar, por una reflexión seria sobre la metodología de abordaje y apreciación de los mecanismos involucrados en esos subsistemas.

2. Por todo lo expresado, y a modo de síntesis, necesariamente provisoria, debemos subrayar lo siguiente:

2.1 El conocimiento adecuado de las modalidades de actuación de los propios mecanismos económicos involucrados resulta imprescindible para alcanzar un razonable control de las actividades ilícitas que se procesan por su intermedio o en su contexto sistémico. Ello requiere una metodología especial apropiada al objeto de análisis.

2.2 Una vez desentrañada la estructura funcional y operativa de los mecanismos económicos y financieros vulnerables, resultará viable intentar una estrategia de su control punitivo, el que debe y en la mayoría de los casos puede realizarse, respetando los principios tradicionales de un dogma penal garantizador propio del Estado Democrático de Derecho.

Corresponde rescatar en este momento los premonitorios conceptos vertidos por Muñoz Conde en su comunicación a las Jornadas en Honor al Prof. Tiedemann, realizadas en 1995. Expresaba entonces el catedrático de Sevilla:

"Mi conclusión fundamental es que el Derecho Penal económico es, sin duda, una parte importante del moderno Derecho Penal y quizás una de las que tenga más futuro, pero mientras no se demuestre lo contrario, son las categorías y principios generales del Derecho Penal en su conjunto las que deben emplearse para resolver sus problemas. Una vez más, el rigor de una buena dogmática orientada político-criminalmente a las consecuencias puede ser más fructífera que muchas reformas coyunturales que atrapadas por el signo de la época intentan dar respuestas puntuales a problemas que no son problemas específicos de hoy, sino de ayer, de mañana y de todos los tiempos."[82]

3. En resumen: el acento de la indagatoria y de la represión no debe buscarse en el resultado sino en el proceso operativo mismo, por cuanto es en el gerundio de la actividad donde se realiza la conducta y el principio de culpabilidad que debe presidirla. Un derecho penal que aspire a mantenerse idéntico a sí mismo en su tradición de derecho penal liberal no debería abstenerse de ingresar a ese proceso en razón o pretexto de su complejidad, por cuanto es a través de desbrozar esa complejidad que al mismo tiempo se encontrará a sí mismo. La penalización por el resultado, por más que simple, elude o soslaya en definitiva el *quid* de la conducta y de la culpabilidad, transformándose en una instancia meramente simbólica[83] y perversa en la cual eficiencia y garantías se exhiben de modo falaz como necesariamente antinómicas.

4. El Estado Democrático de Derecho está basado y sobrevive plenamente solo en mérito a la afirmación permanente de determinados principios y límites. En materia de derecho penal los límites intradogmáticos que

82. Francisco Muñoz Conde, "Delincuencia Económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo – Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

83. Elio Lo Monte, "Riflessioni in tema di controllo della criminalitáeconomica: tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma", *Diritto Penale dell Economia*, vol. XI, n. 2-3, Cedam: Padova, 1998.

calificamos como *principios penales democráticos* contemplan la protección de la dignidad de la persona humana, la protección de un bien jurídico concreto y reconocible, la precisión técnica estricta de los tipos penales, la necesidad de la pena, la intervención mínima, la proporcionalidad, la racionalidad, el respeto de la categorías lógico-objetivas y la culpabilidad, que es en definitiva el principio de portada general. Toda claudicación a estos paradigmas conlleva una afectación más o menos sensible, de acuerdo con su grado y naturaleza, al Estado democrático de derecho. Solo a partir de una clara convicción en estos enunciados pueden abordarse los complejos problemas dogmáticos que plantea el derecho penal contemporáneo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ADRIASOLA, Gabriel; DI GIOVANNI, Adriana; CERVINI, Raúl. Informe al Centro de Estudios de Derecho Penal Económico del Uruguay, 1994. *Boletín CBD de la Asociación de Delegados de la Policía Federal de Río Grande do Sul*. n. 8. Porto Alegre: ADPF-RS, agosto de 1994.

ALCALE SÁNCHEZ, María (coord.). *Nuevas tendencias en derecho penal económico*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de; SEVERIN, Louis W.; CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez y otros. *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, Isiec (Valença, Río de Janeiro) e International Center of Economic Penal Studies (Secretaría Latinoamericana), 1994.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE SEGURIDAD BANCARIA. *Cuaderno Estadístico de la Asociación Internacional de Seguridad Bancaria*. n. 33. Ginebra, febrero de 1995.

BACIGALUPO, Enrique. Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal. *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Panedille, 1970.

_____. *Delitos impropios de omisión*. Bogotá: Temis, 1985.

BACRIE, Stephane. Relatorio, ICEPS M//38-2'0099. Criminalidad Organizada Empresarial, presentado en la Reunión Conjunta de Consejos del ICEPS, Nueva York, diciembre 2009.

_____. *Reporte sobre criminalidad europea*. Documento BV/78-01. Nueva York: Consejo Consultivo ICEPS, 2001.

_____; CERVINI, Raúl. Repport: Convention contre la criminalité trasnationale organisée. *Repport*. n. 200. París, 31 de enero 2001. Realizado a pedido del relator de la Comisión de Asuntos Extranjeros del Senado de Francia, senador Dr. André Rouvière.

BALDWIN JR., Fletcher N. *The displayer image theory. The Economic Crime approach*. Gainesville: Merser, 2007.

_____; MUNRO, Robert J. *Money laundering, asset forfeiture and international financial crime*. Nueva York: Oceana, 1983. t. II.

BALL, R.; BROWN, P. An empirical evaluation of accounting income numbers. *Journal of Accounting Research*. vol. 6. Londres: [s.d.], 1968.

BALLESTEROS JARAMILLO, Américo. La delincuencia de los negocios. *Revista Bancaria Internacional*. vol. I. n. 3. Lima: [s.n.], 1991.

BENILAR, Fernando. La criminalidad en cifras. *Fascículos del Círculo Bancario Bolivariano*. vol. 3. p. 20. La Paz, mayo-junio de 1991.

BERGSTEIN, Nahum. Algunas consideraciones sobre el delito de quiebra. *Revista Jurídica Estudiantil*. n. 2. [S.L.]: XYZ Editores, 1986.

BRILL, Alan E.; BALDWIN JR., Fletcher N.; MUNRO, Robert J. *Cybercrime & Security*. In: REICH, Pauline C. (ed.). New York: Oxford University Press, 2008. Tratado de referencia en tres volúmenes.

BLOVICH, Saúl Larren. *Anales de la 3.ª Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del International Center of Economic Penal Studies*. Sección de Trabajo n. III. Macrodelincuencia Económica y Riesgos Corporativos. V. M. Doc. AC67/94. Nueva York: [s.n.], 1994.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

CASTALDO, Andrea. Criminalidad organizada y mercado económico-financiero. In: YACOBUCCI, Guillermo J. (a c.). *El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Abaco, 2005.

_____. *Informe sobre la criminalidad organizada en Europa*. Bruselas: Secretaría Ejecutiva de la Comunidad, 2006, Doc. CSD-76/05.

_____. La naturaleza económica de la criminalidad organizada: aportes para un modelo de contraste político-criminal eficiente. *Prudentia Iuris*. n. 57. p. 52. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Pontifica Universidad Católica Argentina, junio de 2003.

_____. L'economia malata: la ricchezza di origine illecita. La lotta al riciclaggio nell' ottica del diritto penale italiano. Ponencia al Coloquio del Morton Banking Center de New York, diciembre de 2002, *Doc. ICEPS: SGE/tb*/261/2002.

_____. Obblighi antiriciclagio e categorie professionali convolte: le novità del D. Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56. *Diritto e Prática nella Società*, n. 9, 2004.

CASTALDO, Andrea; NADDEO, Marco. *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*. Padua: Cedam, 2010.

CATHARINO, José Martins. *Compendio universitario de direito do trabalho*. San Pablo: Ed. Jurídica e Universitária, 1972. vol. I.

CAVALIERE, Antonio. Effettività e criminalità organizzata. In: MOCCIA, Sergio (a c.). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 1992. t. II.

CERVINI, Raúl. Alternativas metodológicas para una adecuada comprensión y tipificación de la criminalidad económico-financiera. In: RUBINSKA, Ramiro R.; SCHURJIN ALMENAR, Daniel (coords.). *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Bosch, 2010. t. I.

_____. Análise criminológica do fenômeno do delito organizado. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. Análisis criminológico del fenómeno del delito organizado. *Revista Doctrina Penal*. n. 40. p. 698. Buenos Aires: Depalma, octubre-diciembre de 1987.

_____. Illicit networks. Unlawful profesional practices in organizad crimes. *Law Contents*. vol. 29. n. 6. Nueva York: [s.n.], noviembre-diciembre de 2001.

_____. I Processi di riciclaggio di denaro e *network* illeciti. Approssimazione Metodologica e sue Conseguenze. *Prospettive di Diritto Penale*. vol. II. n. 3. Milán: Ed. Ufficio, junio de 2005.

_____. La protección penal del consumidor y el desafío de la regionalización. *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

_____. Lavado de dinero. Ponencia al Encuentro Internacional de Ciencias Criminales Integradas. Miami: Universidad del Estado de Florida, 1991.

_____. Los derechos humanos como límite a ciertas instancias de cooperación internacional. *Off print* de conferencia dictada durante el 5.° Curso Internacional de Criminología Integrada. Miami: Facultad de Derecho de la Universidad de Florida, Leven School of Law, 18 de junio de 1992, Doc. LSOF 56/CL- 692.

_____. Los procesos de lavado de dinero y el funcionamiento de los *networks* ilícitos. *Revista de Ciencias Penales*. n. 5. año 2000. Corrientes: Fundación Cuadernos de la Cátedra y Mave, 2000.

_____. Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica analítica. *Anales del Seminario Internacional de Derecho Penal Económico. Revista Brasileña de Ciencias Criminales*. n. 11. año 3. julio-setiembre de 1995.

_____. Nuevas formas de macrodelincuencia económica. Abordaje metodológico. In: FAYET JÚNIOR, Ney (org.). *Ensayos penais en homenagem ao profesor Alberto Rufino Rodríguez de Souza*. Porto Alegre: Ed. Ricardo Lenz, 2003.

_____. Operación Uruguay – Análisis de la regularidad jurídica y eficacia de su soporte documental. *A OAB e o* Impeachment. Brasilia: Conselho Federal da OAB, 1993.

_____; CHAVES HONTOU, Gastón. Estrategias del derecho penal económico. La perspectiva uruguaya. Ponencia por la Universidad Católica del Uruguay

al Proyecto Alfa de la Comunidad Europea sobre Criminalidad Económica, organizado por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1996.

_____; BLOVICH, Saúl. Trazabilidad financiera del terrorismo internacional. Ponencia conjunta ante la XXXI Junta Interamericana de Calificación Bancaria. Nueva York: [s.n.] diciembre 2003, Doc. ICEPS/Jicab- C 76/03.

_____; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. San Pablo: Ed. RT, 2000.

CLIFFORD, William. The Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners. *Proceedings of the 66th Annual Meeting de la American Society of International Law, American Journal of International Law*. vol. 66. n. 4. p. 134. NW Washington DC: Asil, setiembre de 1972.

CLINARD, Marshall; QUINNEY, Richard. *Criminal Behavior Systems. A Typology*. 2. ed. Nueva York: Holt, Rinehart y Winston, 1973.

CULMANN, Henri. *Los mecanismos económicos*. Barcelona: A. Redondo, 1989. Colección Beta.

DAHL, Robert A. *Who Governs? Democracy and Power in American City*, Londres: New Haven, 1961.

DEMSKI, J. S. *Methodology in Finance. A selective determination*. Iowa: Iowa State University Press, 1986.

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS. Análisis de riesgo de la delincuencia organizada. Doc. ICEPS- CBG 250/2011, Nueva York, julio 2011.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Derecho penal de la sociedad anónima (los delitos de la Ley n. 2.230)*. Montevideo: AMF, 1983.

FIERRO, Guillermo J. *La ley penal y el derecho internacional*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

FLECK MOYANO, Patricia Luján. *Global Bank Risk*. Berna: Hasser, 2008.

FORTUNA, Ennio. Aspetti particolari del pentitismo mafioso. Repressione della mafia e nuovo processo penale. *La Mafia Oggi – Individuazione del Fenómeno*. Padua: Cedam, 1985.

GOMES, Luiz Flavio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed.. San Pablo: Ed. RT, mayo de 1997.

HELM ROGERS, Bernard. Inquietud y reflexión – Tormentas especulativas. *East American Review*. vol. VI. n. 12. Washington: [s.n.], julio de 2002.

KELLERS. *Bankruptcy*. Bruselas: [s.n.], 1974.

LECAILLON, Jacques. *Les mécanismes de l'économie*. 2. ed. París: Cujas, 1972. Colección Initiation.

LO MONTE, Elio. Riflessioni in tema di controllo della criminalitáeconomica: tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma. *Diritto Penale dell'Economia*. vol. XI. n. 2-3. Cedam: Padova, 1998.

LYRA, Roberto. *Criminología*. Río de Janeiro: Forense, 1964.

MASCIANDARO, Donato. *Banche e riciclaggio. Analisi economica e reglamentazione*. Milán: Edibank, 1994.

MOCCIA, Sergio, *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.

_____. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

_____. Prospettive non emergenziali di controlo dei fatti di criminalità organizzata. In: _____. (a c.). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

_____. Riflessioni di politica criminale e di tecnica della legislazione per una riforma del diritto penale tributario. *Annali dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale*. Fisciano: Università degli studi di Salerno, 1993.

MONACO, Lucio. Le risposte del sistema sanzionatorio ai fatti di criminalità organizata. In: MOCCIA, Sergio (a c.). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Delincuencia Económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma. *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo – Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

NADDEO, Marco. Obblighi antiriciclaggio per gli avocati: i profili Della c.d. collaborazione attiva. *Diritto e pratica delle società Società*. vol. 10. fasc. 6. p. 27. Carsoli : Il Sole 24 Ore, abril de 2007.

_____; CIAGLIA, Gemma. Mercati finanziari. Lealtà normativa e riciclaggio di proventi illeciti. *Solodiritto*. mayo de 2010.

NEW YORK STATE ORGANIZED CRIME TASK FORCE. *Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry*. Nueva York: CVF, 1990.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONSELHO FEDERAL. *A OAB e o* Impeachment. Brasilia: Conselho Federal da OAB, 1993.

OSSERVATORIO GIURIDICO SULLA CRIMINALITÁ ECONOMICA ORGANIZZATA DE ROMA. Proyecto Cerardi (Centro di Ricerca per il Diritto d'impresa), implementado académicamente por la Università degli Studi di Salerno y la Università Luiss Guido Carli di Roma, Informe M/27/2009, Roma, 2009.

PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Universidad Complutense, Instituto de Criminología, y Edersa, 2000.

PITTARO, Paulo. Tutele Procedurali e Requisitti in Materia Penale. Ponencia a la Conferencia Internacional sobre Extradición, organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencia Criminal. Siracusa, diciembre de 1989.

RESTA, Elgio. *Relato sobre aspectos sociales*. Congreso de la Defensa Social de Argentina. Buenos Aires, 1986.

RISSI, Eduardo Mario. *La transnacionalización en la sociedad contemporánea*. México: Jasil, 1991.

ROUX, Jean-André. L'entr'aide des Etats dans la lutte contre la criminalité. *Recueil des Cours de L'Academie de Droit International*. t. 36. p. 80. París: Librairie du Recueil Sirey, 1932.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Múnich: C. H. Beck, 1992.

_____. Sobre la autoría y la participación en derecho penal. *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro homenaje al profesor Luis Jiménez de Azúa*. Buenos Aires: Panedilli, 1970.

_____. Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados. *Doctrina Penal*. n. 31. año VIII. Buenos Aires: Depalma, 1985.

RUBIN, George. *The conglomerate of crime*. Nueva York: Hamilton, 1989.

RUGGERO-FLECK MOYANO. *Informe Melboure*. Londres: Superior Institute of London, Doc. CB.6/2000 y CB 156/2006.

RYAN, Bob; SCAPENS, Robert W.; THEOBALD, Michael. *Research method y methodology in finance & accounting*, Londres: Thomson, 2002.

SCHUTTE, Julian J. E. La regionalización del derecho penal internacional y la protección de los derechos del hombre en los procesos de cooperación internacional en materia penal. Informe general de la AIDP. In: COSTA, José Luís da; ARAÚJO JUNIOR, João Marcello (orgs.). *Cadernos do XV Congresso Internacional de Direito Penal*. seção IV. Rio de Janeiro: UERJ, 1994.

SEVERIN, Louis W. Economics Process and Criminal Law. *Law and Criminology Review*. vol. 2. n. 4. p. 67. Austin: University of Texas at Austin, School of Law, 1970.

_____. *Recent developments in relation to economic crimes*. Austin: Ladelt, 1991.

SIBARIN, Frank. Mecanismos macroeconómicos y delincuencia financiera. Ponencia al 2.° Encuentro de Consejos Consultivo y de Dirección del ICEPS. Nueva York, diciembre de 1994.

_____. The economic crime and it profits. *Law and Criminology Review*. vol. 12. n. 3. p. 63. Austin: University of Texas at Austin, School of Law, 1993.

SILVA, Juari C. *A macrocriminalidade*. San Pablo: Ed. RT, 1980.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. rev. y ampl. Madrid: Civitas, 2001.

STORDAHL, Frank. Modalidades de extrayuda penal internacional. Conferencia pronunciada durante el 2.° Curso de Cooperación Internacional en Temas Penales. Miami: Universidad del Estado de Florida, Levin School of Law, mayo de 1991, Doc. Bc45-3.

STORTONI, Luigi. Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie. In: MOCCIA, Sergio (a c.). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermeneutica jurídica e(m) Crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, Juarez. Límites dogmáticos a la cooperación penal internacional. *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, Isiec (Valença, Río de Janeiro) e International Center of Economic Penal Studies (Secretaría Latinoamericana), 1994.

_____; CERVINI, Raúl. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. San Pablo: Ed. RT, 2000.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Sistema penal y empresa. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ALCALE SÁNCHEZ, María (coords.). *Nuevas tendencias en derecho penal económico*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008.

THORWARD, Jürgen. *Crime and science*. Nueva York: [s.n.], 1966.

TIEDEMANN, Klaus. Apresentação critica. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. San Pablo: Ed. RT, 1995.

_____. *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*. Barcelona: Ariel, 1985.

_____. Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos. *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988. vol. II.

TIRENNO, Duilio. La lotta alla criminalitá economica. *Rivista Trimestrale Lucerne*. vol. VI. n. 5. Milán: [s.n.], 2008.

TRAVERS, Maurice. Les effets internationaux des jugements répressifs. *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*. t. 4. p. 430. París: Hachette, 1925.

TROUSSE, Paul-Emile. Quelques aspects de la collaboration des etats dans l'administration de la justice répressive. *Revue Belge de Droit International*. n. 1. p. 7-39. Bruselas: ULB 1968.

VERSELE, Servin Carlos. Las cifras doradas de la delincuencia. *Ilanud Al Día*. año 1. n. 1. p. 21. San José, Costa Rica: Ilanud, 1978.

VALO, Serge. El abuso del factor especulativo. *Revista de Economía Social de México*. n. 16. p. 30. México: [s.n.], setiembre de 2002.

VIGNA, Piero L., Nuevos institutos procesales contra el crimen organizado. In: YACOBUCCI, Guillermo J. (coord.). *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Buenos Aires: Universidad Austral, Biblioteca de Estudios Penales, 2005.

VOLKMERD DE CASTILHO, Ela. *O controle penal dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VOLZ FARIAS, Emilio Enrique: *Matemática financiera aplicada as operacões do mercado financeiro*. Santa María: Feev, 2002.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gersellschaft*. Tubinga: J. C. B. Mohr, 1976. t. II.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Macrocriminalidade, de Antiógenes Marques de Lira – *RT* 719/351.

- A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem, de Luiz Flávio Gomes – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 1, p. 627;
- Direito penal econômico e o bem jurídico protegido através do crime de evasão de divisas, de Douglas Bonaldi Maranhão – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 641;
- Derecho penal económico – Concepto y bien jurídico, de Raúl Cervini – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 229;
- Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação, de Rodrigo Sánchez Rios – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 261; e
- Sistema Financeiro Nacional – Crime, de Nelson Nery Junior – *Soluções Práticas*, São Paulo: Ed. RT, 2010, vol. 1, p. 1157.

1

SENTENÇAS

Tribunal de Justiça de São Paulo

TJSP – *Pedido de Providências 0046690-64.2012.8.26.0100* – Sentença – j. 24.09.2012 – Juiz de Direito Márcio Martins Bonilha Filho.

REGISTRO CIVIL – Retificação de assento de óbito – Admissibilidade – Pedido postulado por comissão criada para apurar casos de violação a direitos humanos ocorridos durante período da Ditadura Militar – Jornalista encontrado morto em estabelecimento do exército, sendo o fato dado como suicídio – Acontecimento, na verdade, que foi originado de maus-tratos e tortura, impondo-se a correção do equívoco na anotação da causa da morte.

RESENHA

Trata-se de sentença proferida em autos de Pedido de Providências encaminhado ao Juízo pela Comissão Nacional da Verdade, representada por seu Coordenador Min. Gilson Langaro Dipp. O pedido vem motivado no fato de a Comissão ter concluído que a morte do jornalista Wladimir Herzog nas dependências do DOI-Codi em São Paulo não decorreu de suicídio, como consta do registro de óbito, mas em consequência de "lesões e maus-tratos" sofridos pela vítima quando detido naquelas dependências do II Exército. Requer assim a Comissão, em nome da viúva da vítima, a retificação do assento de óbito. O Juízo decidiu nos termos do art. 80, § 8.º, da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), que determina que o assento de óbito deve conter a indicação sobre "se a morte foi natural ou violenta e a causa conhecida, com o nome dos atestantes". Assim, o Juízo deferiu o pleito, e ordenou a retificação do assento de óbito do jornalista Wladimir Herzog para dele fazer constar que a morte decorreu de "lesões e maus-tratos" sofridos nas dependências do II Exército – SP (DOI-Codi). O Ministério Público interpôs recurso administrativo contra a decisão, por entender que da retificação deveria apenas constar a existência de "morte violenta", nos termos da referida Lei, já que se desconhece a causa real do falecimento. O recurso foi improvido por decisão da lavra do Des. Corregedor Jose Renato Nalini.

A decisão monocrática difere, em parte, de decisão anteriormente proferida pelo Juízo da mesma 2.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, exarada nos autos da Ação de Retificação ou Suprimento

ou Restauração de Registro Civil n. 0059583-24.2011.8.26.01000, proferida pelo MM. Juiz Guilherme Madeira Dezem (*DJE* 20.04.2012, p. 888-902). Nessa decisão, em autos onde se postulava a retificação do assento de óbito de João Batista Franco Drumond, para que dele constasse que este faleceu nas dependências do DOI-Codi – II Exército, em São Paulo, e para que a causa da morte fosse retificada para morte "decorrente de torturas físicas". Ao argumento, *inter alia*, de que "(...) este caso liga-se ao chamado *direito à memória e à verdade* (...), reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros *vs* Brasil", a sentença julgou procedente a ação e determinou a retificação do assento de óbito para dele fazer constar que a vítima faleceu no dia 16.12.1976 nas dependências do DOI-Codi – II Exército, em São Paulo, e para constar como causa da morte, além de "traumatismo craniano encefálico" o fato de ser tal lesão "decorrente de torturas físicas".

Ao lado da importância jurídica, histórica e moral de ambas as decisões, é de notar-se que entre ambas exsurge flagrante discrepância entre as determinações referentes à alteração de *causa mortis* em ambos os assentos de óbito, e a partir daí a discussão sobre a necessidade de atribuir-se a condutas tais como as descritas em ambos os casos a qualificação como crime de "lesões e maus-tratos", como na primeira decisão ora comentada, e de "lesões decorrentes de tortura", na decisão que a precedeu.

De acordo com a doutrina e jurisprudência internacionais, incluindo-se das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, atribui-se à tortura um estigma especial, que a distingue das demais formas de maus tratos ou tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes. Atribui-se à proibição da tortura a natureza de norma de *jus cogens*, tanto que inderrogável ainda que em situação de conflito armado, situação em que o exercício de certos direitos fundamentais pode mesmo ser suspenso. A natureza imperativa das normas de proibição da tortura impõe aos Estados a obrigação não apenas de prevenir e sancionar a tortura, como também de punir ou fazer punir – *aut dedere aut judicare*, princípio que está na base do reconhecimento da jurisdição universal. Ambas as Convenções contra a tortura, ratificadas pelo Brasil, tratam de forma distinta e destacada a tortura, impondo obrigações e consequências que não necessariamente abrangem igualmente as condutas de "maus-tratos".

É certo que a definição do crime de tortura no ordenamento interno brasileiro deu-se apenas com a promulgação da Lei 9.455, de 07.04.1997. Até então, atos de tortura vinham sendo sancionados como crimes de maus-tratos ou, em razão do resultado, como crimes de lesões corporais ou lesões seguidas de morte, cumuladas ou não com crimes de abuso de autoridade ou outras condutas análogas. Não cremos, todavia, ter sido essa a *ratio* de ter, a primeira decisão comentada, na esteira da conclusão da Comissão Nacional da Verdade, optado por uma caraterização legal existente à época dos fatos. A segunda decisão ora comentada, exarada anteriormente, já havia decidido por atribuir à *causa mortis* a qualificação de "lesões decorrentes de tortura", adotando, portanto a definição da conduta já anteriormente consagrada na jurisprudência e doutrina internacionais, tanto no direito internacional dos direitos humanos, como no direito internacional humanitário.

Por certo a Comissão Nacional da Verdade, na sua importante função de resgate da Verdade e preservação da Memória, e na medida em que não se subordina a dar a definição típica de condutas para fins penais, há de rever sua posição em relação à caracterização das condutas referidas, a fim de atribuir a essas condutas perpetradas contra as vítimas o nome que a história já se lhes atribuiu: tortura.

SYLVIA HELENA STEINER
Membro fundadora do IBCCrim. Desembargadora Federal aposentada.
Juíza do Tribunal Penal Internacional.

Pedido de Providências 0046690-64.2012.8.26.0100.
Requerente: Comissão Nacional da Verdade.
Relator: Juiz Márcio Martins Bonilha Filho.

Ementa da Redação: Pedido de providências proveniente da Comissão Nacional da Verdade, órgão criado pelo Governo Federal, incumbido de esclarecer as graves violações de direitos humanos, ocorridas entre 18.12.1946 e 05.10.1988, nos termos da Lei 12.528/2011. Retificação de registro de óbito. Jornalista morto durante o período do Regime Militar. Fato da morte já apurado em ação judicial na qual a instrução daqueles autos concluiu pela existência de tortura. Caso de evidente violação aos direitos humanos. Desnecessidade de nova apuração sobre a natureza da morte. Imposição que implicaria em constrangimento à família da vítima.

CONCLUSÃO – Em 24.09.2012, faço autos conclusos ao(à) MM. Juiz(a) de Direito: Dr(a) Márcio Martins Bonilha Filho. Eu, Gustavo Monteiro de Andrade Luz, Escrevente, subscrevi.

VISTOS – Trata-se de expediente relativo à retificação da anotação da causa morte, no assento de óbito do jornalista Vladimir Herzog, por iniciativa da Comissão Nacional da Verdade, representada pelo Coordenador Ministro Gilson Langaro Dipp, incumbida de esclarecer as graves violações de direitos humanos, ocorridas entre 18.09.1946 e 05.10.1988, nos termos da Lei 12.528, de 18.09.2011, instaurado por solicitação da viúva Clarice Herzog, dado o esclarecimento da verdade de que a morte do então marido da requerente não decorreu de suicídio, mas em consequência de lesões e maus tratos sofridos em dependência do II Exército – SP (DOI-Codi).

Tendo em vista a deliberação da referida Comissão, que conta com respaldo legal para exercer diversos poderes administrativos e praticar atos compatíveis com suas atribuições legais, dentre as quais recomendações de "adoção de medidas destinadas à efetiva reconciliação nacional, promovendo a reconstrução da história" (Ofício CNV n. 100/2012), à luz do julgado na Ação Declaratória (Proc. 136/1976), que passou pelo crivo da Segunda Instância, com reconhecimento da não comprovação do imputado suicídio, fato alegado com base em laudo pericial que se revelou incorreto, impõe-se a ordenação da retificação pretendida no assento de óbito de Vladmir Herzog.

Na sistemática legal vigente, o assento de óbito deve conter a indicação sobre "se a morte foi natural ou violenta e a causa reconhecida, com nome dos atestantes" (art. 80, § 8.°, da Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos).

Se a anotação resultou de erro ou engano, por indicação equivocada do declarante, ou por irregularidade ou imprestabilidade do laudo pericial que lhe deu suporte, a posterior constatação da falha legitima a retificação, precipuamente,

como na hipótese, em que ocorrência veio a ser apreciada por via jurisdicional, em ação declaratória proposta com a finalidade de se obter reparação a título de responsabilidade civil da União, cujo desfecho, no aspecto principal, foi favorável à viúva do jornalista encontrado morto no estabelecimento militar do DOI-Codi, prevalecendo a conclusão de que não se comprovara o fato alegado do suicídio (asfixia mecância por enforcamento).

A objeção parcialmente oposta pela ilustrada Promotoria de Justiça, no que se refere à anotação da causa da morte, a despeito da firme argumentação invocada, não procede.

Seria verdadeiramente iníquo prolongar o martírio da viúva e dos familiares e afrontar a consciência pública nacional, a renovação da investigação sobre a *causa mortis*, quando, de há muito, ficou apurado, em termos de convicção inabaláveis, especialmente, pela via jurisdicional comum, que o jornalista Vladimir Herzog perdeu a vida em razão de maus tratos e de lesões sofridas, em circunstâncias de todos conhecidas.

Apegar-se a filigranas jurídicas, na conjuntura apontada, constituiria o reconhecimento inadmissível da continuidade do sofrimento imposto pela imputação do suicídio, cuja versão não foi comprovada segundo definição judicial precedente.

A Comissão Nacional da Verdade já assentou o entendimento em relação à matéria sobre a qual não há mais o que prequerir, nesse particular.

A referência contida na manifestação de f. não diz respeito à reabertura de investigação instaurada anteriormente, para apuração da morte de Vladimir Herzog, no DOI-Codi/SP, mas corresponde à solicitação da Asssessoria à Comissão Nacional da Verdade da remessa dos respectivos autos para "apreciação dos demais pontos do requerimento da interessada" (f., *in fine*), sem afetar a questão no âmbito registrário.

A matéria, portanto, reclama o restabelecimento da verdade para adequar, "ainda que tardia", a ocorrência ao estado de exatidão.

Destarte, pelos fundamentos expostos, acolhida a manifestação da digna Comissão Nacional da Verdade, defiro o pleito proposto, para o fim de ordenar a retificação no assento de óbito do jornalista Vladimir Herzog, para constar que a morte decorreu de lesões e maus tratos sofridos em dependência do II Exército – SP (DOI-Codi).

Após o trânsito em julgado, expeçam-se as diligências necessárias.

Esta sentença servirá como mandado, desde que por cópia extraída pelo setor de reprografia do Tribunal de Justiça, assinada digitalmente por este Magistrado e acompanhada das cópias necessárias ao seu cumprimento, inclusive da certidão de trânsito em julgado, todas numeradas e rubricadas, com certidão abaixo preenchida pela Sra. Coordenadora ao Sr. Oficial da Unidade do Serviço de Registro

Legislação citada
- art. 80, § 6º, da Lei 6.015/1973 e Lei 12.528/2011.

Civil das Pessoas Naturais do 7.º Subdistrito da Capital, para que proceda à retificação deferida.

Ciência ao Ministério Público.

Comunique-se a decisão à Comissão Nacional da Verdade e à E. Corregedoria Geral da Justiça, para conhecimento.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

P. R. I. C.