ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

65

março-abril de 2007

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
BIBLIOTECA

95 anos 1912 | 2007

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 15 n. 65 março-abril de 2007

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil
Visite o nosso *site:* www.rt.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo (Lei 9.610/98, Lei dos Direitos Autorais).

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

Diagramação eletrônica
Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento
Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0004-03

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT:
Tel. 0800-702-2433 (atendimento,
em dias úteis, das 8 às 17 horas)

e-mail de atendimento ao consumidor:
sac@rt.com.br

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2007/2008

Diretoria executiva

Presidente
Alberto Silva Franco

1º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

2º Vice-Presidente
Theodomiro Dias Neto

1º Secretário
Carlos Alberto Pires Mendes

2ª Secretária
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

2º Tesoureiro
Silvia Helena Furtado Martins

Conselho Consultivo

Carlos Vico Manãs, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Zanoide de Moraes e Tattiana Viggiani Bicudo

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Sergio Salomão Shecaira

Boletim
Carina Quito

Cursos
Cristiano Ávila Maronna

Comunicações
Renato Sérgio de Lima

Estudos e Projetos Legislativos
Guilherme Madeira Dezem

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Heloisa Estellita

Núcleo de Pesquisas
Jacqueline Sinhoretto

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM junto ao Olapoc
Flávia D'Úrso, Glauber Callegari e Renata Flores Tybiriça

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios
André Augusto Mendes Machado

História
Roberto Mauricio Genofre

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias
Andrei Koerner

Núcleo de Jurisprudência
Rui Stoco

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Juliana Garcia Belloque

Coordenadores Regionais

1ª Região (Amapá, Maranhão e Pará) – João Guilherme Lages Mendes

2ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas) – Oswaldo Trigueiro Filho

5ª Região (Bahia e Sergipe) – Wellington César Lima e Silva

6ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) – Marcio Gaspar Barandier

7ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

8ª Região (Minas Gerais) – Felipe Martins Assis Pinto

9ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

10ª Região (São Paulo) – Janaina Paschoal

11ª Região (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Diretoria da Revista

Coordenadora
Juliana Garcia Belloque

Coordenadores - Adjuntos
Denise Neves Abade, Helena Regina Lobo da Costa, Marina Pinhão Coelho e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da Revista:
Adauto Alonso S. Suanes, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alejandro Aponte, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, Carlos María Romeo-Casabona, Celso Eduardo Faria Coracini, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Acosta, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Jacqueline Sinhoretto, Jorge de Figueiredo Dias, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Manuel da Costa Andrade, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria João Antunes, Maria Lucia Karam, Pedro Caeiro, Ranulfo de Melo Freire, Raúl Cervini, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Livianu, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Stella Maris Martinez.

Colaboradores permanentes:

NACIONAIS

Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, 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, 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, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangeli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Luisi, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, 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, 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, Álvaro P. Pires, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez, Pilar Gomes Pavón, Roberto Bergalli e Sergio Moccia.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 66 – maio-junho – 2007

Prova e sucedâneos da prova no processo penal

Antonio Scarance Fernandes

A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público

Cezar Roberto Bitencourt

El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudência del Tribunal Constitucional

Dino Carlos Caro Coria

Quem é o inimigo, quem é você?

Paulo César Busato

A tentativa na autoria mediata

Rolf Dietrich Herzberg

Sumário

1. Direito Penal

Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências 9
Claus Roxin

El caso de drogas para consumo personal en la justicia federal penal de la Ciudad de Buenos Aires: ¿Hacia un criterio de oportunidad "informal"? 26
Damián Pablo Borean y Santiago Martínez

Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidad 52
Gustavo Balmaceda Hoyos

Acerca de la crítica al "finalismo" 77
Hans Joachim Hirsch

Virus informáticos y delito de daño en el derecho penal argentino 105
Pablo A. Palazzi

Aplicação direta dos tipos penais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional no direito interno 146
Paul Hernández Balmaceda

2. Processo Penal

Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro 175
Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Direito ao processo penal no prazo razoável 209
Aury Lopes Junior

3. Crime e Sociedade

La corruption politique dans le cadre du nouvel ordre mondial. Problèmes théoriques et empiriques 251
Fernando Acosta

A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil 317
Maíra Rocha Machado

4. O Direito em Ação

Suspensão condicional do processo: críticas à Súmula 696 do STF 345
Vinicius de Toledo Piza Peluso

5. Índice Alfabético Remissivo 377

Normas de publicação 383

1. Direito Penal

Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências[1-2]

Claus Roxin

Professor emérito da Universidade de Munique.
Dr. *honoris causa* pelas Universidades de Hanyang, Córeia do Sul; de Urbino e Estatal de Milão, de Coimbra e Lusíada de Lisboa, Complutense de Madrid e Central de Barcelona, Komotini e Atenas, Grécia; de Tabasco, México; Nacional de Córdoba, Argentina; Professor honorário da Universidade de Lima, Peru.

Sumário: 1. Introdução – 2. O duplo significado do pensamento ontológico no finalismo – 3. O tipo penal como essência do significado social – 4. A finalidade da ação humana como uma lei imutável da estrutura do ser – 5. Conclusão.

Resumo: O autor contrapõe, no texto, as idéias do finalismo de Welzel e o funcionalismo penal desenvolvido por ele. Utiliza-se, para tanto, do tipo penal como base. Recupera conceitos do finalismo, alertando para sua importância, mas ao mesmo tempo expõe críticas sobre esta escola e suas fragilidades. Detalha ainda suas conclusões sobre a imputação objetiva e o porquê de algumas alterações de paradigma em sua teoria, comparando-se com o finalismo de Welzel.

1. O presente texto foi originalmente desenvolvido para o Congresso sobre o Finalismo, realizado em Nápoles e organizado pelo Prof. Dr. Sérgio Moccia, em 2002.

2. Tradução feita por Marina Pinhão Coelho, advogada criminal e doutora em Direito Penal pela USP.

Abstract: The author compares, in the text, Welzel's finalism ideas and the penal functionalism developed by him. For this, the penal type is used as the base. Concepts of finalism are recovered, showing its importance, but, at the same time, some criticism about this school and its fragilities are exposed. The author also details his conclusions about the objective imputation and the reason for some paradigm alterations in his own theory, compared to Welzel's finalism.

Palavras-chave: Finalismo – Funcionalismo – Teorias penais – Pensamento ontológico – Imputação objetiva.

Keywords: Finalism – Functionalism – Penal theories – Ontological thinking – Objective imputation.

1. Introdução

O desenvolvimento moderno da dogmática penal afastou-se da doutrina da ação final. No lugar da "fundamentação do sistema penal em estruturas ontológicas" instalaram-se, na doutrina do fato punível, concepções de orientação normativa, sistemática e de política criminal. E ainda assim o finalismo representa hoje mais do que uma época ultrapassada do pensamento penal. Apesar de ainda acreditar nas críticas por mim desenvolvidas há 40 anos no texto "Crítica à teoria final da ação", e saber que estas críticas contribuíram para o declínio da doutrina finalista, estou longe de negar as realizações e contínuos efeitos positivos deste modo de pensar o direito penal.

No meu período de estudante, início dos anos 50, o finalismo estava na era de sua grande florescência. E devo reconhecer que foi a fascinação por esta teoria que me tornou um penalista. Em um dos meus últimos encontros pessoais com Welzel, no ano de 1974, em Ludwigsburg, passamos uma tarde toda juntos, e eu lhe contei esta história, dizendo que no fundo, eu o havia sempre reverenciado. E ele me respondeu, em sua forma sóbria e sensata: "Muito bom que me dizes isto. Mas talvez não tenhas em suas publicações

sido claro o suficiente neste sentido". Então devo aqui, já em fase adiantada da vida, reparar esta falha!

Mas o que mantém o finalismo ainda hoje em discussão? Moccia nomeou no relatório científico que nos enviou para o convite a este encontro diferentes pontos de partida: a orientação do finalismo segundo os valores da vida em sociedade, que representa uma garantia contra excessos positivistas e arbitrariedades estatais; a relevância da adequação social como critério de limitação do tipo penal; a análise da ação do homem como um critério invariável e pré-determinado a ser levado em consideração pelo legislador; e finalmente a integração do dolo e da culpa no tipo penal. De fato estes temas apontam para questões decisivas na análise do finalismo e de sua influência internacional, as quais eu devo esboçar rapidamente durante esta apresentação. Também será tratada de forma curta a minha compreensão do finalismo no contexto da discussão alemã.

2. O duplo significado do pensamento ontológico no finalismo

Ao acentuar o significado da realidade ontológica para o Direito Penal o finalismo refere-se a duas estruturas diferenciadas, sem jamais tê-las esclarecido ou separado suficientemente: de um lado tem-se o significativo mundo da vida social com todas as suas referências; e de outro, a lei do "ser", que vale eternamente e dispensa qualquer referibilidade às mudanças sociais. O primeiro ponto de partida, que dominou a fase inicial de Welzel nos anos 30, foi extremamente fecundo para o desenvolvimento da teoria da adequação social. O segundo, desenvolvido mais tarde, e mais importante para o sistema gerado por Welzel, traz consigo a análise do conceito de ação e suas conseqüências.

Estes pontos podem ser aclarados com as próprias palavras de Welzel, no seu trabalho *Studien zum System des Strafrechts* (1939), que descreve: "Todos os elementos do tipo penal, inclusive os chamados descritivos, como 'matar', 'lesar',

'danificar', entre outros, não se tratam de conceitos causais de uma lesão ao bem jurídico, mas são definições de relacionamentos e significados sociais, ou seja, definições que retiram seu conteúdo de sua função social...". Seria um ponto de partida equivocado, pois, da doutrina tradicional, "a qual reduziu a ação típica aos casos de produção causal do resultado e deixou para o momento da análise da antijuridicidade as questões referentes ao significado jurídico social destas ações." Welzel já entendeu o conceito de ação não como uma lei desvinculada do tempo, mas como portador de conteúdo social, e, portanto, variável. Ele diz literalmente: "Ação (e com isto também a ação final), será sempre mais uma abstração, como 'causação', se não for compreendida como significativo fenômeno social, como ação em uma esfera social." Foi esta compreensão que produziu o *Topos* da adequação social.

Ações que, conforme o seu significado social, não correspondiam aos parâmetros estabelecidos legalmente, não poderiam ser descritas como ações típicas, mesmo quando eram claramente finais. Welzel foi tão longe a ponto de considerar, sem sombra de dúvidas, como fato atípico o homicídio de guerras e também a execução de penas de morte.

De forma completamente diferente caracteriza-se o recurso à ontologia na segunda fase do pensamento welzeliano, no qual a finalidade é considerada "estrutura objetiva do ser", contabilizada como "verdade eterna da esfera lógico-objetiva" e como "resultado do direito natural!" Welzel abdicou, pois, do significado social do tipo penal e declarou – o que ele, anteriormente havia condenado –, que a "finalidade seria uma definição ontológica, assim como a causalidade (e, portanto neutra, livre de valores)".

Nesta fase de seu pensamento, Welzel considerou possível o desenvolvimento de toda a teoria final da ação desde o momento em que o primeiro homem utilizou-se da pedra como instrumento. A estrutura ontológica da ação é para ele anterior a qualquer valor ou regulamento; se ela for menosprezada, o resultado será "necessariamente falso". Orientando-se nela, porém, o resultado será conduzido à

esfera do "verdadeiro", a qual pertence, sobretudo, o dolo no âmbito do tipo penal e suas conseqüências para a doutrina do erro.

Esta ontologia "livre de valores" determinou resultados que se desviaram consideravelmente da "ontologia social" do primeiro período de Welzel. Dentre elas, Welzel realocou a adequação social não mais como exclusão do tipo penal, mas como causa de justificação; esta novidade foi também abandonada por ele no fim de sua vida, quando a teoria da adequação social já tinha apenas importância marginal.

Nesta segunda fase ele também reconheceu a existência de tipos abertos, que não indiciavam o injusto, ou seja, não compreendiam qualquer indício sobre o significado social da conduta. Por fim, a conhecida teoria estrita da culpabilidade avançou ao posto de uma teoria central do finalismo! Segundo esta postura, uma morte ou lesão corporal provocada em estado de necessidade putativo nos casos em que seria possível evitá-la, foram transformadas em morte dolosa e lesão corporal dolosa, respectivamente. Isto porque Welzel considerou existir, nestes casos, a determinabilidade do curso causal, o que para ele esgotaria a análise sobre o dolo.

Está claro que os dois momentos do finalismo welzeliano: a ontologia social e a ontologia livre de valores se contradizem. Exemplificando facilmente nos casos de homicídio: se para Welzel, em sua primeira fase, o homicídio de guerra e a execução de penas de morte não poderiam ser considerados ações homicidas dolosas, isto deveria valer também para as ações praticadas em estado de necessidade putativo. Se alguém pensa erroneamente, baseado em noções certas e reais, que estava sendo vítima de uma agressão e que só poderia salvar a sua vida se matasse o seu agressor, isto não poderia nunca ser considerado doloso, mas no máximo morte culposa, se se considerasse o significado social da ação.

A teoria da ação final restou, por este paradoxo entre ontologismo social e neutro (livre de valores), inacabada. As mudanças constantes da dogmática finalista nas diferentes edições do manual de Welzel tiveram neste paradoxo as suas raízes. Sem aprofundamentos nestes problemas internos da doutrina finalista, fixo-me a

analisar os méritos e deficiências dos dois ramos do ontologismo desenvolvido por Welzel, tendo sempre em mente os limites naturais do presente trabalho.

3. O tipo penal como essência do significado social

A consideração dos elementos do tipo penal como portadores de significado social, e ainda, a vinculação do legislador a eles, podem ser consideradas, em determinado grau, corretas. No que tange aos elementos normativos do tipo isto é evidente. O conceito de injúria não é uma construção do legislador, mas depende das concepções sociais que se tem, as quais podem se alterar com o tempo, e estas mudanças serão consideradas pelo legislativo e pela jurisprudência. No entanto, como corretamente visto por Welzel, os conceitos descritivos do tipo também se encontram em um contexto de constante alteração social. A sua afirmação dos anos 30 do século passado, na qual referia-se ao homicídio de guerra como uma ação atípica, não se sustentaria nos dias de hoje perante o atual desenvolvimento cultural da humanidade. Só se poderia tratar, atualmente, de causas de justificação, mas até esta argumentação é mais do que suspeita em diversos casos.

A vinculação a dados culturais significa de fato uma limitação do arbítrio legislativo e jurídico. As alterações radicais na esfera da valoração de determinados comportamentos sexuais na Europa nos últimos 40 anos teriam, por exemplo, implicado em interpretações restritivas dos tipos do Direito Penal sexual, se não tivessem levado o legislador, como foi o caso da Alemanha, à descriminalização de algumas destas condutas.

Ou ainda, escolhendo um exemplo amedrontador, mas significativo: o homem primitivo, do qual Welzel, em seu segundo período, desejou derivar toda a sua doutrina da ação final, definia como "homem" apenas aqueles membros de seu próprio clã. Inimigos podiam ser tratados como selvagens, e até mesmo oferecidos como refeição. No entanto, quando os nazistas praticaram as maiores atrocidades da história recente – o assassinato dos judeus – não era mais possível, culturalmente,

contestar a condição humana das vítimas em uma perspectiva quase-legislativa, ou ainda não qualificar estes assassinatos como ações típicas de homicídio. Estes atos não puderam ser evitados porque o poder pode, muitas vezes, menosprezar o direito. Mesmo assim, estas ações continuaram a ser classificadas como homicídios de acordo com o direito vigente naquele momento, as quais mesmo sem qualquer fundamento jurídico foram executadas em segredo, provocando sua punibilidade, a qual foi imposta no período pós-guerra, mesmo que insuficientemente.

A compreensão dos elementos do tipo como conceitos sociais ou relacionados à sociedade, à qual Welzel deu tanto valor em sua fase inicial do pensamento, deve ser considerada como uma vantagem da doutrina da ação final. No entanto, há que se dizer que a maioria dos defensores da filosofia de valores neokantiana, contra a qual Welzel lutou incessantemente, não desconheciam este vínculo frisado pela doutrina welzeliana. Emil Lask, seu mais influente filósofo, viu com todos os olhos que o substrato do direito era a realidade cultural e não uma realidade psico-física neutra. As diferenças do conhecimento teórico que separam Welzel dos neokantianos pesam muito pouco neste contexto.

Um déficit da fase inicial de Welzel, na qual ele enfatiza o vínculo do direito com a vida social, está com certeza no fato de que ele realçou tão pouco a influência das decisões jurídico-normativas na construção dos conceitos jurídicos. Mesmo conceitos como injúria não se esgotam em seu delineamento pela realidade social, pelo contrário, eles serão cunhados em grande massa através da fixação de valores pelo direito. Valores estes que se podem encontrar, por exemplo, na menção constitucional do direito à liberdade de expressão e liberdade de imprensa.

Esta afirmação torna-se explícita no conceito jurídico aparentemente mais descritivo, qual seja, o conceito de homem. Sabidamente tem este conceito uma essência psicofísica e cultural pré-concebida. Mas se um ser humano pouco antes de seu nascimento, nos nove meses de gestação, já é um "ser humano" no sentido descrito pelo direito penal, ou ainda se a condição humana já se encontra no feto desde o começo do nascimento ou apenas com o final do parto, são constatações

que dependem de decisões jurídico-valorativas, que poderão ser resultado do estabelecimento das próprias finalidades do direito. O mesmo vale para a pergunta, se um homem perde sua condição de "ser humano", e conseqüentemente o direito à proteção da sua vida, já a partir do estado de coma irreversível, com a perda da capacidade de pensar ou sentir, ou apenas depois da morte total do cérebro, ou ainda depois da morte da última célula do seu corpo.

A legislação e a jurisprudência têm, portanto, considerável esfera de decisão para precisar conceitos delineados social e culturalmente, na qual nem um ontologismo sócio-cultural puro, nem um normativismo livre de dados empíricos seriam corretos. Estas duas formas procedimentais devem se imiscuir no processo de obtenção dos conceitos jurídicos.

Com isto já chegamos a pressupostos essenciais para a análise da adequação social. O pensamento sob o qual se fundou esta teoria é tendencialmente correto: quando se entende o tipo penal como tipo de injusto, os comportamentos adequados socialmente devem ser considerados atípicos, mesmo quando o teor de uma prescrição não deixa reconhecê-lo de imediato. O recurso à análise do significado social no que tange à ação analisada também deve ser considerado correto.

Mas ao lado desta qualidade estende-se um grande déficit. A adequação social é um slogan vazio, desde o momento em que não são indicados os critérios que devem seguir sua determinação. Chega-se, pois, a um julgamento que se rege de acordo com o "sentimento do direito", muito vago. Um sintoma desta situação é o fato de que os exemplos nomeados por Welzel para caracterizar a adequação social alteraram-se nas diferentes edições de seu manual, e são sempre fixados ao acaso.

Em contraposição, defendo a tese de que a adequação social pode ser reconduzida hoje pela análise de dois aspectos: o princípio da insignificância, e os critérios que hoje constituem a teoria da imputação objetiva.

Para começar com o primeiro "topos": ações que em princípio seriam puníveis podem, em casos de insignificância, nos quais o bem jurídico protegido

por alguns tipos penais não é atingido, serem vistas como atípicas. No final de um semestre os estudantes me surpreenderam, com um agradecimento pelo curso que lhes havia oferecido durante o semestre. Deram-me uma gravata de presente, porque durante todos os meses eu havia utilizado a mesma gravata durante as aulas. Eu recebi o presente, mesmo sabendo que de acordo com o Direito Penal alemão é punível a conduta de funcionário público que recebe vantagem sem autorização durante a sua prestação de serviços. Até hoje eu acredito não ter agido ilicitamente: um presente como o que recebi não coloca em dúvida a integridade do ofício de professor, e a instauração de um procedimento administrativo a fim de pedir autorização para o recebimento de referido regalo teria transformado-o em um estorvo burocrático, que o jovial e amigável gesto dos estudantes não merecia. Meu comportamento foi, portanto, socialmente adequado, e eu seria, por este motivo, absolvido. Só para esclarecimento, este fato já está hoje prescrito!

Da multiplicidade dos exemplos possíveis, gostaria de escolher alguns nos quais o legislador alemão fez do princípio da insignificância expressão da adequação social. O legislador alemão penaliza, assim como as mais modernas ordens jurídicas o fazem, a ameaça sexual como violação ao direito de autodeterminação pessoal. Como o homem é, reconhecidamente, um ser sexual, e a manifestação de afeição sexual em casos de grande timidez podem restar sem sucesso, poder-se-ia dizer que ameaças bem leves neste campo não resultam em violação à autonomia pessoal do indivíduo. Elas são adequadas socialmente, e seus efeitos podem ser deixados à comunicação individual dos envolvidos. O legislador alemão acolheu um modelo descrito no código alternativo, de cuja elaboração participei, na reforma do direito penal sexual, introduzindo a seguinte definição: "Ações sexuais no sentido desta lei são apenas aquelas que significam considerável lesão ao bem jurídico protegido". Aqui está, pois, codificado, em certo termo, o princípio da adequação social, remetido ao princípio da insignificância.

O segundo campo de aplicação das condutas classificadas como adequadas socialmente é a teoria da imputação objetiva, que apenas após o período welzeliano

chegou ao aspecto que hoje lhe é atribuído. O motorista, o vendedor de bebidas e o vendedor de cigarros agem de modo socialmente adequado, ou seja, de forma atípica e não punível, apesar de estar provado que as três atividades podem causar danos à integridade física e até a morte de pessoas.

As razões pelas quais não há, nestes casos, delitos dolosos ou mesmo delitos culposos extraem-se de duas idéias fundamentais da teoria da imputação objetiva. A primeira reza que um resultado só pode ser imputável se for qualificado como realização de um risco não permitido. As circunstâncias pessoais e sociais do motorista serão cuidadosamente avaliadas a fim de saber se os danos causados foram previamente considerados. O risco permitido exclui do tipo penal a conduta do motorista realizada de acordo com as regras. Na venda de tabaco acrescenta-se uma segunda idéia fundamental da imputação objetiva: o princípio, reconhecido na Alemanha, da responsabilidade pessoal de um homem adulto capaz de tomar decisões. Quem fuma e bebe conhece as conseqüências maléficas para a saúde destas condutas sociais comuns. Desta maneira, as conseqüências da conduta do vendedor não são imputáveis a ele.

Fico apenas com estes simples exemplos, apesar de existirem uma infinidade de outros perigos da vida na modernidade, que através destas reflexões tornam o fato irrelevante para o tipo penal. Ainda digno de apontamento, o procedimento metodológico da imputação objetiva rege-se por regras semelhantes àquelas que demonstrei nos casos de interpretação do tipo penal propriamente dito. A exclusão pela imputação objetiva baseia-se, apesar de toda crítica cultural, em princípios da vida social universalmente reconhecidos, mesmo se sob outros pressupostos sociais, como por exemplo, em países islâmicos relativamente ao álcool, o mesmo comportamento poderia vir a ser considerado irregular. Mesmo onde o direito leva em conta o nosso *standard* social, resta ainda ao legislador um largo campo para fixar os parâmetros normativos, sendo a medida para o risco permitido conseguida a partir das regras de trânsito e outras instruções de comportamento. Da realidade social puramente não se pode extrair o direito aplicável.

Meu resumo para a adequação social é, portanto, que nós poderíamos abdicar desta figura jurídica, já que pode ser prescindida por um instrumento dogmático mais refinado. Isto não muda o fato de que a melhora e a precisão do instrumento da imputação objetiva só foi possível a partir das discussões trazidas à tona pela teoria da adequação social. A idéia fecunda fundamental sobrevive, pois, em outros instrumentos dogmáticos modificados.

4. A finalidade da ação humana como uma lei imutável da estrutura do ser

Com isto chego ao segundo ponto principal da minha exposição. A doutrina da ação de Welzel é sua inovação sistemática e dogmática com o efeito mais forte, e ela dominou a discussão jurídico-penal durante décadas para além das fronteiras da Alemanha. O pensamento de que a espinha dorsal do tipo penal não poderia ser a simples causalidade, mas sim o comando do curso causal orientado conscientemente pelo homem, presenteou a ciência penal com grande novidade. No entanto, este pensamento tem déficits consideráveis, que foi responsável por evitar o reconhecimento total da teoria finalista.

Inicio com os méritos, entre os quais gostaria de selecionar três:

Primeiramente, o delito-tipo (Deliktstyp)[NT] é um ganho desta doutrina, que toma corpo no desenvolvimento e estruturação do tipo penal e que foi muito mais forte e corretamente trabalhado do que o tinha sido, pela teoria causal da ação, profundamente criticada por Welzel. Quando se entende o homicídio simplesmente como a causação da morte de outrem, ainda se pode vislumbrar um pouco de plausibilidade. No entanto, no delito de roubo, quando se afasta a finalidade do agente resta muito pouco de objetivo, o que poderia ser um *furtum*

NT. A tradução deste termo é difícil porque os alemães possuem duas palavras que significam "tipo": Typus e Tatbestand. No Brasil ambas as palavras são traduzidas por tipo, mas com conteúdo diferente. Neste caso, "delito-tipo" deve ser compreendido com o modelo/quadro da conduta prevista no tipo penal.

usus ou apenas uma turbação da propriedade. O tipo penal amálga-se em um modelo nos quais as características legislativas do roubo nem são mais reconhecidas. Da mesma forma o estelionato, quando pensado sem a finalidade de iludir e/ou causar prejuízo patrimonial não poderia mais ser classificada como tal. O finalismo, portanto, completou a descoberta do elemento subjetivo, que já havia começado em período anterior a ele. Ele destruiu definitivamente o conceito clássico de delito substituindo-o pela diferença entre reprovação e censurabilidade penal, e diferenciando os conceitos de injusto e culpabilidade por critérios objetivos e subjetivos. Vejo nestes fatos um grande progresso, mesmo quando não entendo a reprovabilidade da mesma forma que Welzel, que compreendia a culpabilidade como um "poder agir de outro modo", entendendo necessária a consideração da finalidade preventiva através da construção do elemento da "responsabilidade" orientado à finalidade da pena.

O segundo grande mérito da teoria da ação final pode ser vista na equiparação do desvalor da ação e do desvalor do resultado da doutrina do injusto. Para os delitos dolosos isto é evidente: o desvalor do resultado no roubo ou no estelionato, qual seja, a coisa roubada e os danos ao patrimônio, respectivamente, designam apenas de forma fragmentária e inexata o desvalor deste delito, e com isto, a razão de sua proibição. Tão importante quanto o desvalor do resultado é a introdução do desvalor da ação nos crimes culposos. O fato de que o tipo culposo do homicídio pressupõe mais que a causação de uma morte foi um conhecimento reivindicado pelo finalismo, mesmo que suas tentativas de explicar a exigência de violação de um dever objetivo de cuidado ao final não tenham sido eficazes.

Terceiro mérito da doutrina da ação final é o oferecimento de novas formas de solução de problemas. A separação entre dolo e consciência do ilícito, bem como o posicionamento de um no tipo e de outro na culpabilidade influenciaram fortemente a doutrina moderna do erro, mesmo considerando que todas as suas posições não foram consolidadas. Da mesma forma, contribuiu esta separação, provavelmente, de forma decisiva para a codificação da teoria da culpa no Código

Penal alemão de 1975. E quando um Código Penal distingue entre co-autoria e participação, como a maioria das ordens jurídicas e também o início de um direito penal europeu e de um direito penal internacional o faz, tem-se que o entendimento sobre a diferenciação das formas de concorrer para um delito só é possível se pressuposta a finalidade da ação típica. Distinguindo-se a co-autoria como domínio do fato e a participação como colaboração sem o domínio do fato, como hoje internacionalmente difundido, esta diferenciação tem sua razão de ser na referência às formas de participação dolosa. Sob a perspectiva da causalidade todas as ações que concorrem para o fato são equivalentes, o que torna impossível uma distinção objetiva.

Ao lado de todas estas vantagens figuram-se grandes fraquezas da teoria da ação final, as quais serão abaixo consideradas.

Primeiramente, a tese da estrutura ontológica da ação, que pré-afirmaria ao legislador determinados resultados obrigatórios, e que assim colocaria uma fronteira ao poder, apesar de fascinante, é totalmente insustentável.

Isto vale também para o próprio conceito de ação. Mesmo quando se concorda com a tese de Welzel, pela qual toda ação humana é composta da determinação final de um curso causal, a compreensão do direito penal está tão afastada das diversas formas de comportamento como em outras teorias da ação. A teoria da causalidade já excluiu do conceito de ação os movimentos corporais não dominados pela vontade; outras restrições o finalismo também não impôs. Conhecidamente compreendem os finalistas os fatos culposos também como ação, e com isto como objeto possível de sanções penais, porque a vontade do agente estava direcionada para uma finalidade, mesmo quando esta não seja a realização do tipo penal em questão. O significado da ação como finalidade não traz, pois, qualquer nova limitação para o poder punitivo estatal que já não estivesse antes reconhecida.

Além disto, a "finalidade em si" não era uma abstração desconhecida no direito penal. Sempre atos como homicídio, lesão corporal, falsificação e estelio-

natos estarão vinculados à sua finalidade. Assim que a finalidade, desta forma, ganha um conteúdo concreto, o conceito recebe elementos de sentido, que, como inicialmente demonstrado, em parte advém da vida social, e em parte de decisões legislatórias valorativas, mas de forma nenhuma de uma categoria formal do ser. Mencionando um exemplo qualquer, se o desligamento dos aparelhos de respiração artificial de um ser humano, que já perdeu de forma irreversível sua consciência, é uma ação final de homicídio ou não, não está escrito em qualquer estrutura do ser, mas é uma decisão valorativa do legislador ou do juiz.

Tão pouco se poderia pretender extrair o caráter lógico-objetivo ou de direito natural dos fatos pela doutrina da ação final. A teoria da culpabilidade imposta pelos finalistas parece-me algo racional político-criminalmente falando. Quando alguém conhece todas as circunstâncias do fato inclusive seu significado social, por exemplo, quando alguém, em um estelionato, sabe que provoca um prejuízo ao patrimônio de outrem através do engano, está justificada a aplicação de uma pena pelo fato doloso. O seu erro sobre a proibição formal pode apenas caracterizar-se como causa de diminuição de pena. Mas este resultado não é imutavelmente pré-constituído. Quando o legislador considera a insurreição contra a proibição formal como o núcleo da culpabilidade dolosa, não lhe é proibido fazer da consciência do ilícito parte do dolo, como o fez a teoria do dolo, que foi por muito tempo dominante na ciência alemã.

Outras deduções feitas a partir da estrutura final da ação são ainda mais problemáticas. A imposição de pena por fato doloso nos casos de evitabilidade de erro, quando o agente assume equivocadamente a presença de circunstâncias justificadoras, nada esclarece em relação ao que vem sendo discutido, e também não se impôs na doutrina. Neste caso o agente poderia ser contemplado com um julgamento mais vinculado ao caráter objetivo da ação. O erro do agente está no julgamento das circunstâncias do fato, o que legitimaria uma condenação por delito culposo. A compreensão também de que não seria possível a participação em fatos não dolosos encontrou muitos adeptos e chegou a convencer o legislador alemão,

mas colocou à mostra graves lacunas de punibilidade nos delitos especiais e na presunção equivocada de atos dolosos do agente, e deve ser seriamente afastada. De qualquer forma, esta compreensão não é obrigatória.

É um erro fundamental pensar que a estrutura ontológica abstrata fixa limites ao legislador ou à interpretação judicial, e torna obrigatória algumas soluções para problemas determinados. Neste ponto a tendência antipositivista do finalismo cai no vazio. Resultados permanentes de direito natural não existem aqui. Existe sim, como já demonstrado, um vínculo limitado em dados culturais e sociais, pelo qual merece o finalismo seus méritos. No entanto, o vínculo decisivo que deve se impor ao legislador é o reconhecimento dos direitos invioláveis do homem e seu direito de liberdade, portanto, axiomas normativos, conforme desenvolvimento do direito atual.

Minha segunda crítica principal ao conceito final da ação dirige-se contra sua generalização. Este conceito aplica-se apenas aos delitos dolosos, e portanto, compreendeu, já de início, apenas parte da esfera dos fatos puníveis. Armin Kaufmann reconheceu, em nome dos finalistas, que a omissão não pode ser entendida como comando final de um curso causal, e extraiu disto conseqüências estranhas como a impossibilidade de existência de dolo omissivo e participação na omissão, considerações que não foram seguidas por ninguém. Mas também toda tentativa de explicar o tipo penal dos delitos culposos pelo finalismo fracassou. Uma finalidade em potencial ou um comando falso são o contrário de uma finalidade verdadeira e real de uma ação típica relevante. Uma pretensão de universalidade da estrutura final como fundamento da ação típica não se mantém. Isto reduz o significado da estrutura final a uma – consideravelmente importante – esfera das ações penais, e faz dela um fundamento impróprio para o sistema do delito.

Vincula-se a esta fundamentação um terceiro déficit da estrutura final: com a ajuda da estrutura final, o desvalor da ação do injusto penal, tão evidenciado, com razão, pelo finalismo, só pode ser insuficientemente compreendido. O tipo objetivo também não é, como os finalistas pensaram, uma simples causação de um dano ao bem jurídico protegido pelo tipo, mas ele possui o seu próprio desvalor da

ação, que, se me permitem expressar-me através da minha própria terminologia, consistem na realização de um risco não permitido na esfera de alcance do tipo em questão. Os critérios da imputação objetiva são, portanto, para o desvalor da ação do injusto, no mínimo tão importantes quanto a limitada finalidade nos crimes comissivos dolosos.

Esta afirmação tornou possível colocar a dogmática dos crimes culposos sob novos fundamentos com a ajuda da teoria da imputação objetiva. Quando alguém no trânsito, por falta de atenção, atravessa a preferencial de outro, e provoca um acidente, as conseqüências típicas de uma ação culposa devem ser a ele imputadas. Neste caso não se trata do julgamento das finalidades desta pessoa, mas simplesmente de que no resultado realizou-se um risco objetivo evitável e proibido.

Esta circunstância é, como tem sido atualmente mais e mais reconhecido, uma parte indispensável do desvalor típico da ação, mesmo nos delitos dolosos. Um sobrinho que convence seu tio a fazer diversas viagens de avião com o objetivo que qualquer dia haja um acidente fatal, e assim, ele possa desfrutar da herança que seu tio lhe deixaria, não está praticando tentativa de homicídio, apesar de suas pretensões contra a vida do tio. Pois que ali apenas existe um risco permitido e os vôos, além disto, dependiam de uma decisão responsável do próprio tio. O comportamento do sobrinho não pode ser caracterizado como tentativa de homicídio típica. Mesmo se o tio realmente sofra um acidente em um destes vôos, o sobrinho continuará impune, apesar de ter causado, intencionalmente, a morte do tio.

Deve-se, pois, vincular a teoria da ação final à doutrina da imputação objetiva, se se quiser compreender de forma completa o desvalor do ilícito penal. O fato de que os seguidores de Welzel na Alemanha negaram de uma forma ou de outra este vínculo levou à opinião equivocada de que o finalismo já seria não apenas um conjunto de teses individuais, unilaterais e contraditórias, mas também uma teoria ultrapassada. Com o raciocínio aqui desenvolvido, as teses finalistas, se forem corretamente consideradas, não excluiriam a doutrina da imputação objetiva, mas seriam ambas complementares entre si.

Acima disto penso também que o finalismo ortodoxo, diferente daquele proposto pela doutrina de Stratenwerth, por exemplo, que também deve ser atribuído à escola finalista, pouco contribui para o conteúdo social significativo da finalidade pela determinação do desvalor da ação nos crimes dolosos. Não preciso me referir novamente aos casos de causas de justificação putativas, já diversas vezes referidos. O fato de uma pessoa compreender o seu comportamento como justificado, e agir equivocadamente, devendo-lhe ser o imputado um crime doloso, apenas equipara a sua conduta a de um delinqüente que age totalmente consciente de sua ação, retirando do desvalor da ação a sua dimensão social. Um finalismo entendido de forma correta e clara na sua compreensão do sentido social do desvalor da ação deveria ter chegado à teoria da culpabilidade limitada, portanto, ao efeito de exclusão do dolo pelo erro quanto às circunstâncias justificadoras da ação.

5. Conclusão

Com isto chego ao final da minha exposição. Ficou muito claro que eu não posso seguir Hirsch, quando afirma que depois do finalismo já não houve quaisquer outras novidades ou progressos na dogmática e sistemática da doutrina do delito. Muito menos estou de acordo com um famoso penalista alemão que se expressou no sentido de que o finalismo teria sido apenas um fenômeno da moda. O finalismo foi muito mais do que isto. Foi responsável por proporcionar novas bases à sistemática e dogmática do nosso campo do direito, revolucionando a discussão penal fundamental em um tempo de ecletismo e de fundamentos sem qualquer sustentação, como os pregados por Liszt e Beling na conhecida teoria clássica do delito. Estas novas bases mostraram-se, aos poucos, apenas parcialmente frutíferas, o que me parece o destino da maior parte dos projetos intelectuais extensos. Não obstante, a teoria da ação final enriqueceu nosso direito penal com várias descobertas, e estimulou discussões contínuas e críticas, constituindo até hoje um elemento progressista do pensamento penal sistemático.

El caso de drogas para consumo personal en la justicia federal penal de la Ciudad de Buenos Aires: ¿Hacia un criterio de oportunidad "informal"?[1]

Damián Pablo Borean
Abogado y docente de la Universidad de Buenos Aires.

Santiago Martínez
Abogado y docente de la Universidad de Buenos Aires.

Sumário: 1. Introducción – 2. Los principios de legalidad y oportunidad – 3. Evolución jurisprudencial relacionada con el delito de tenencia de drogas para uso personal: 3.1 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN); 3.2 Recepción del vuelco jurisprudencial de la CSJN en las instancias inferiores de la Ciudad de Buenos Aires – 4. ¿Criterio de oportunidad "no reglado e informal" en materia de estupafecientes? – 5. Conclusiones.

Resumo: Os autores pretendem desenvolver no texto uma amostra de como vem sendo aplicado o princípio da oportunidade em matéria de posse de entorpecentes. Trazem jurisprudência argentina sobre o assunto e chegam à conclusão

1. El presente trabajo parte del que realizara nuestro profesor Gustavo A. BRUZZONE, titulado *Ley de drogas, política criminal y fuero penal federal de la ciudad de Buenos Aires,* LL, 1994-D, pp. 1.173 y ss., cuyas consideraciones, a la luz de la última reforma en la materia, retoman vigencia. A él le dedicamos las siguientes reflexiones. Asimismo, fue leído y discutido en el seminario del Prof. Dr. Daniel R. PASTOR el 17 de agosto de 2005 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

de que os critérios ainda não são tão claros no que tange à utilização do princípio da oportunidade nestes tipos de casos.

Abstract: The authors intend to develop, in the text, a sample of how the principle of opportunity in the issue of narcotic possession has been applied. There is also Argentinean jurisprudence about the subject. They come to a conclusion that the criteria are not very clear regarding the use of the principle of opportunity in these types of cases.

Palabras-chave: Uso de drogas – Sistema argentino – Princípio da legalidade – Princípio da oportunidade.

Keywords: Drug use – Argentinean system – Principle of legality – Principle of opportunity.

1. Introducción

El régimen jurídico argentino sobre estupefacientes y psicotrópicos no se encuentra expresamente legislado en el Código Penal sino que está previsto en leyes complementarias (Ley 23.737 y sus modificaciones).[2] En resumidas cuentas, se trata de un marco jurídico mixto que agrupa disposiciones de Derecho administrativo, penal y procesal penal. Así concebidas, estas normas sustantivas y de procedimiento tienen prioridad frente a las reglas del Código Penal (en adelante, CP) y del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPPN) por su carácter especial, de manera tal que estas últimas sólo se aplican subsidiariamente. Todas estas características conducen a que, en principio, nos encontremos ante un régimen material y formal *especial y diferente* que se ocupa de los delitos cometidos con estupefacientes.[3]

2. Leyes 23.975, 24.112, 24.424, 25.246 y la modificatoria recientemente sancionada y enviada para su promulgación, aun sin número (expediente 1.222/03).

3. Críticamente, sobre el empleo de legislación penal complementaria, cfr. PASTOR, Daniel R.: *Recodificación penal y principio de reserva de Código.* Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2005.

La doctrina nacional[4] es coincidente en señalar que el legislador, pese a que no reformuló la regulación de la acción penal (arts. 71 y ss. CP), adoptó diferentes "criterios de oportunidad" dispersos en todo el ordenamiento jurídico. Así pues, por ej. en materia de estupefacientes, previó un determinado mecanismo procedimental[5] que (con un supuesto fin preventivo-especial), en principio, faculta al juez federal de instrucción[6] a suspender y ordenar el cese anticipado de la persecución penal (art. 18 Ley 23.737).[7] Esto sucede cuando el sujeto procesado

4. Así, entre otros, cfr. MAIER, Julio B.J.: *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*. Buenos Aires: Depalma, 1978; MAIER, Julio B. J.: *Derecho Procesal Penal*. t. I, fundamentos, 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999; CAFFERATA NORES, José I.: El principio de oportunidad en el derecho argentino. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. 3. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000; GUARIGLIA, Fabricio: Facultades discrecionales del Ministerio Público e Investigación preparatoria: el principio de oportunidad. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. 1. reimp. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2000; ANITÚA, Gabriel; BORINSKY, Mariano: Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales europeos. *AAVV Sistemas procesales penales comparados*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1999; HONISCH, Paula; POCHAK Andrea: Démosle una oportunidad al principio de oportunidad. *CDJP*. n. 9 "B". Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1999; LAVADO, Jorge Diego; VEGA, Dante Marcelo: *Estudios sobre el nuevo Código Procesal Penal de Mendoza (Ley 6730)*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000 y MARTÍNEZ, Santiago: Algunas cuestiones en torno a los principios de legalidad y oportunidad. *CDJP*. 14. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2002. Una posición restringida del principio de oportunidad a su forma libre, crítica y escéptica de sus bondades, cfr. PASTOR, Daniel R.: op. cit., p. 256 y ss.

5. Sin embargo, otros supuestos en la Ley 23.737 también ameritarían un debate en torno a su clasificación como criterios de oportunidad, pero no serán tratados en el presente trabajo. Así por ej. las previsiones sobre: 1. el arrepentido o el testigo de la corona (art. 29 ter Ley 23.737) y 2. la exención de pena que beneficia a quien revela una confabulación para cometer determinados delitos con estupefacientes (art. 29 bis Ley 23.737). Al respecto, cfr. por ej. MONTOYA, Mario: *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2001, pp. 431 y ss., 472 y ss.; FALCONE, Roberto; CAPARELLI, Facundo: *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2002, pp. 247 y ss. y MAHIQUES, Carlos (director): *Leyes penales especiales*. t. I. Fabián J. Buenos Aires: Di Placido Editor, 2004, p. 236 y ss.

6. Por excepción, la reciente modificación del art. 34 de la ley de estupefacientes, le transfiere, parcialmente y sujeto a condiciones, competencia a la Ciudad de Buenos Aires y de las provincias para entender en las infracciones leves de la Ley 23.737 (incluido el delito de tenencia de drogas para consumo personal que aquí tratamos). Ello así, siempre que exista conformidad de las legislaturas provinciales (cfr. arts. 2, 3, 4 y 7 de la Ley sancionada).

7. Si bien este instituto es específico, distinto y no puede ser alterado por la suspensión del juicio a prueba (arts. 76 bis y ss. CP, 10 de la Ley 24.316 y 293 CPPN), ello no impide, en ciertos supuestos, la aplicación subsidiaria de este último en casos de tenencia de estupefacientes

como autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes para uso personal[8] (cfr. arts. 306 y ss. CPPN y 14, 2.º párrafo Ley 23.737), no sólo presenta determinadas características médico-normativas de "dependencia física y psíquica de estupefacientes",[9] sino también cumple satisfactoriamente "un tratamiento de rehabilitación y desintoxicación" – sin duración prefijada – cuya realización consintió (cfr. arts. 18 y 19 Ley 23.737) y cuyo control queda a cargo del juez de ejecución penal.[10]

La constitucionalidad de este delito (y de su antecedente del art. 6 Ley 20.771) generó –durante décadas – un intenso debate jurisprudencial sobre el

para consumo personal (art. 14, segundo párrafo Ley 23.737), cuando fracasó alguno de los presupuestos del primero. Así por ej. cfr. CCCFed, Sala I, c. 30.116 "Gutierrez Keen, Jorge s/ suspensión del proceso a prueba", reg. 812, rta. el 25 de setiembre de 1998; Sala I, c. 30.465 "Moreyra, Diego s/suspensión del juicio a prueba", reg. 31, rta. el 25 de febrero de 1999; Sala II, c. 15.348 "Diaz Castañeda, Jorge A. s/ suspensión de juicio a prueba", reg. 16.415, rta. el 11 de mayo de 1999; Sala II, c. 15.693 "Yanuzzi, Norberto s/ suspensión de juicio a prueba", reg. 16.760, rta. el 26.08.1999 y Sala II, c. 14.463 "Inc. de apelación de Bauer, E. s/ infr. Ley 23.737", reg. 15.778, rta. el 15 de setiembre de 1998, etc. Asimismo, cfr. COLOMBO, Marcelo: *Las medidas curativas y educativas en la ley de drogas.* Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1999, pp. 55 y s. y D'ALBORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación.* t. II, 3. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003, pp. 602, 608 y s., ambos con otras referencias.

8. También los delitos de siembra y cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes y guarda de semillas, materias primas o elementos destinados a obtener estupefacientes para consumo personal [art. 5, 1.º párrafo, inc. a) y último párrafo Ley 23.737] pueden ser presupuestos de este mecanismo procesal. Lo mismo podría decirse respecto del delito, recientemente introducido, de entrega ocasional, gratuita, en escasa cantidad y destinada inequívocamente para uso personal [art. 5 inc. e) y último párrafo Ley 23.737].

9. La Ley 23.737 no la define legalmente ni brinda parámetros objetivos para su conceptualización, sino que sólo se limita a emplear esta "fórmula vacía" (cfr. por ej. art. 18, 1.º párrafo). Cfr. las posturas críticas de COLOMBO, Marcelo: op. cit., pp. 51 y ss. y FALCONE, Roberto; CAPARELLI, Facundo: op. cit., pp. 467 y ss., ambos con otras referencias.

10. No existe un precepto legal expreso que le asigne competencia en esta materia al juez de ejecución penal. Sin embargo, la jurisprudencia se la atribuyó y equiparó su intervención en estos casos con su competencia para entender en la ejecución de medidas de seguridad (arts. 30, 511 y 512 CPPN y 29 Ley 24.050). En tal sentido, cfr. CNCP, Sala IV, c. 2771 "Redondo, Rolando Daniel s/ competencia", reg. 3.646, rta. el 25.09.2001; c. 3.838 "Estrada, Luis Facundo Daniel s/ recurso de casación", reg. 5183, rta. el 19.09.2003; Sala I c. 3.726 "Calderón Ramos, Zenón s/ competencia", reg. 4.521, rta. el 16.08.2001 y Sala III c. 3.556 "García Toya, Oscar A. s/ competencia", reg. 528/01, rta. el 30.08.2001.

alcance del derecho a la intimidad (art. 19 Constitución Nacional, en adelante CN) en supuestos en los que la droga en poder del autor era para uso personal. Por un lado, una interpretación, que se decidió por la inconstitucionalidad de estos casos, admitió la desincriminación de esa conducta. Por el otro, la postura contraria, que impera actualmente, conduce a una aplicación del régimen penal de estupefacientes a todos los comportamientos (de tenencia) prácticamente sin restricciones.

Sin embargo, la cantidad y variedad de pronunciamientos judiciales, que parecerían sobrevivir a la tendencia hoy dominante, nos lleva pues a preguntarnos si existen *otros* criterios de oportunidad que, pese no encontrarse previstos expresamente en la Ley 23.737 o en otros textos legales, también conducen -en sus consecuencias- a la finalización anticipada de la persecución penal de los autores del delito de tenencia de estupefacientes para uso personal. El presente trabajo intentará entonces contestar el interrogante planteado.

Para ello, se definirá, en primer término, cuál es el contenido de los principios que entran en juego y de qué manera se presenta la dicotomía principio de legalidad/ principio de oportunidad (II). Esto involucrará su conceptualización, características salientes y críticas.[11]

11. Dada la extensión de este trabajo, solamente se desarrollarán las ideas más importantes del tema. Quien desee ampliar los conceptos puede ver, a nivel nacional, la literatura que fue citada en la nota 2. En relación a la regulación en Alemania, consúltese – entre otros – PETERS, Karl: *Strafprozeß*, C.F. Karlsruhe: Müller, 1966; HENKEL, Heinrich: *Strafverfahrensrech.* Stuttgart: Kohlhammer, 1968; SCHROEDER, Friedrich-Christian: Legalität – und Opportunitätprinzip heute. *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1974, p. 411; ZIPF, Heinz: *Strafprozeßrecht*, 2. ed. Berlín-New York: Walter de Gruyter, 1977; HASSEMER, Winfried: Die Strafverfolgung: Legalität und Oportunität en AAVV *Symposium Internacional sobre la transformación de la Justicia Penal en la República Argentina*. t. I. Buenos Aires, 1989; RIEß, Peter: § 152 en Löwe-Rosenberg *Die Strafprozeßordnung (StPO) und das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)*. t. 2. Berlín-New York: Walter de Gruyter, 1989; POTT, Christine: *Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Oportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1996; ROXIN, Claus: *Strafverfahrensrecht*. 25. ed. München: C.H. Beck, 1998 (existe traducción en castellano, *Derecho Procesal Penal*, a cargo de Gabriela CÓRDOBA y Daniel PASTOR revisada por Julio B. MAIER. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000); VOLK, Klaus: *Strafprozeßrecht*. München: C.H. Beck,

Luego, se relatará sintéticamente la evolución jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) y tribunales inferiores de la Ciudad de Buenos Aires referida al ilícito en estudio y se procurará sistematizar los argumentos jurídicos que fundaron el cese de su persecución penal (III).

Por último, se analizará si alguno (o todos) los argumentos brindados para ello pueden considerarse la adopción de criterios de oportunidad informales o no reglados (IV).

2. Los principios de legalidad y oportunidad

Históricamente, la prohibición de venganza individual puso en manos del Estado el sistema de administración de justicia y produjo la creación de un órgano encargado de llevar adelante la investigación de los delitos. Esta obligación se ha transformado, en aquellos países que mantienen la tradición continental europea,

1999; BEULKE, Werner: *Strafprozeßrecht*. Helderberg C.F. Müller, 2001; WEIGEND, Thomas: Das "0pportunitätsprinzip" zwischen Einzeilfallgerechtigkeit und Systemeffizienz. *ZStW* 109, p. 103 y ss.; WEßLAU, Edda, *§ 151 y ss.* en: RUDOLPHI, Hans Joachim; FRISCH, Wolgang; PAEFFGEN, Hans-Ulrich; ROGALL, Klaus; SCHLÜCHTER, Ellen y WOLTER, Jürgen (editores), Systematischer Kommentar zur StPO und zum GVG. München: Luchterhand, última actualización de enero de 2005 y MEYER-GOßNER Lutz, *Strafprozessordung*. 46. ed. München C.H. Beck, 2003, § 151 y ss.

Respecto de la regulación del principio de oportunidad en Costa Rica, se puede consultar: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel: El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 5, n. 7, San José de Costa Rica, 1993; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel (compilador): *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. 2. ed. San José: Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997; LLOVET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso Penal comentado*. San José da Costa Rica: Universidad para la Cooperación Internacional, 1998; CHANG PIZARRO, Luis Antonio: *Criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal*. 2. ed. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2000; LLOVET RODRIGUEZ, Javier; CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo: *Principio de oportunidad y persecución penal de la criminalidad organizada*. San José de Costa Rica: Ediciones Jurídicas Arete, 2000 y GATGENS GOMEZ, Erik, RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander: *El principio de oportunidad, conveniencia procesal de la persecución penal*. San José Costa Rica: Editorial Juritexto, 2000.

en dos de los principios políticos que gobiernan el proceso penal: los principios de legalidad procesal y oficialidad. Ambos encuentran su fundamento en el poder exclusivo que tiene el Estado de imponer una pena.[12]

Pues bien, el primero de estos preceptos, conocido como el principio de legalidad, ha sido conceptualizado como "la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción pública), se presenta ante los órganos jurisdiccionales reclamando la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo".[13]

Como correlato de éste, se erige el de oficialidad de la acción penal. Este precepto establece que el Estado debe crear los órganos encargados de iniciar la persecución penal *ex officio*. En otras palabras, ante la noticia de un delito el órgano encargado de ejercer la acción penal debe poner en funcionamiento la maquinaria judicial con el objeto de lograr el esclarecimiento del hecho; siendo ello una consecuencia directa del monopolio que tiene el Estado sobre la acción.[14]

Finalmente, junto a los principios mencionados, aparece el de indivisibilidad de la acción. Según éste, la persecución debe iniciarse respecto de todas las personas que resultan imputadas de un hecho delictivo; prohibiéndosele a la autoridad requirente la posibilidad de comenzar y dirigir la investigación sólo hacia alguno de ellos y renunciarla respecto de otros.

Ahora bien, el principio de legalidad, aparece como inevitable e irretractable, de modo tal que, frente a la noticia de un ilícito, debe necesariamente ponerse en funcionamiento el sistema judicial y, una vez impulsada la acción penal, no podrá interrumpirse su ejercicio.

12. ZIPF, Heinz: op. cit., p. 71. Si bien el citado autor hace referencia sólo al principio de oficialidad, debido a que ambos van unidos (las dos caras de una misma moneda) es posible interpretar que este fundamento alcanza a ambos preceptos. En efecto, si el Estado es el único que puede imponer una pena, entonces ante la noticia de un delito de acción pública debe iniciar la investigación *ex officio*.

13. CAFFERATA NORES, José I: op. cit., p. 22.

14. RIEß, Peter: op. cit., p. 12.

En su función material, el principio aludido responde a la idea de retribución según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, debe castigar sin excepción toda violación a la ley penal.[15] Siguiendo esta teoría, podemos concluir que el castigo encuentra su justificación en sí mismo, sin que pueda considerarse un medio para fines ulteriores, que no es otra cosa que retribución de mal por mal. De esta manera, se plantea la necesidad de la persecución en todos los casos como así también la aplicación de la pena como imperativo de justicia que excluye cualquier fin de carácter utilitario.[16]

Aquellos que defienden este modelo de persecución expresan que el principio de legalidad asegura la igualdad en la aplicación de la ley, el principio de legalidad material, la publicidad del proceso, los fines de la pena y la división de los poderes del Estado. Otros, en cambio, han indicado que se trata tan sólo de un rasgo más del autoritarismo del sistema penal, que se puede cumplir los objetivos de prevención especial y general en situaciones en las cuales se resuelva en conflicto sin aplicar sanciones, que la aplicación de la ley material es de por sí desigual y que nuestro sistema constitucional contempla un sistema de "pesos y contrapesos", no violentándose la división de poderes.[17]

Sin embargo, una de las críticas más duras que recibe el principio de legalidad es la imposibilidad material del sistema penal para dar trámite igualitario a

15. ROXIN, Claus: *Strafverfahrensrecht* citado, p. 85 (en la versión en castellano, p. 89); HENKEL, Heinrich: op. cit., p. 95. Por su parte, CAFFERATA NORES ha sostenido que, además de relacionarse con las teorías retributivas de la pena, el principio de legalidad se emparenta con la visión del delito como infracción (op. cit., p. 21).

16. HONISCH, Paula; POCHAK, Andrea: op. cit., p. 307. Una exposición completa y crítica de las teorías de la pena puede verse en: ROXIN, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil.* t. I. 3. ed. München: C.H. Beck, 1997, pp. 41 y ss. (Existe traducción al castellano *Derecho Penal, parte general.* t. I a cargo de Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL. Madrid: Civitas, 1997, pp. 78 y ss.).

17. Al respecto ver CAFFERATA NORES, José I.: op. cit., p. 25 y ss., MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal* citado, p. 830 y ss., HASSEMER, Winfried: op. cit., p. 31 y ss., HONISCH, Paula; POCHAK, Andrea: op. cit, p. 310, MARTÍNEZ, Santiago: op. cit., p. 519 y ss. y POTT, Christine: op. cit., p. 3 y ss.

todos los delitos que ingresan debido al gran cúmulo de tareas que recae sobre los tribunales y fiscalías. Esta imposibilidad parece fácticamente insalvable. Como consecuencia de ello, se ha señalado que el proceso penal se presenta criminológicamente, como un proceso de selección – en muchas ocasiones informal –, y ello ocurre por diversas razones (v.gr. cifra negra y cifra dorada).[18]

Este criterio de selectividad escapa a todo control jurídico-político, siendo éste un factor más que hace imposible que el principio en estudio se vea reflejado en la realidad.

A su vez, se ha definido al principio de oportunidad como "la atribución que tienen los órganos encargados de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurran las condiciones ordinarias para 'perseguir y castigar'".[19]

Su fundamento principal reside en llevar al sistema hacia un descongestionamiento que va a permitir el tratamiento adecuado de cada delito, según la entidad que tenga. Con ello, se evita, por un lado, equiparar estos delitos menores con aquellos más complejos que deben ser perseguidos prioritariamente y, por otro, no se vulnera la igualdad en la aplicación.

Sin embargo, no sólo basta la introducción de este principio para lograr una mediana canalización de la selectividad propia del sistema sino que también

18. CAFFERATA NORES, José I.: op cit., p. 28 y ss. Respecto de esta cuestión, MAIER ha explicado que la selectividad comienza por la víctima o los denunciantes – canales de información del sistema – y el personal policial, para luego continuar en los propios operadores del sistema judicial. Asimismo, el mencionado autor expresa que los tribunales consideran como criterios ordinarios de selección: la estimación del mayor o menor daño social, el cálculo económico, la persona del autor (condenados, reincidentes), etc. (*Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 832 y 833). Sobre los problemas de selectividad del sistema penal y cifra oscura, cfr. por ej. ZAFFARONI, Eugenio Raul: *En busca de las penas perdidas*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1993, pp. 12 y ss. y KAISER, Günther: *Kriminologie*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1997, pp. 155 y ss. como también 169 y ss.

19. CAFFERATA NORES, José I.: op. cit., p. 32.

resulta necesario que ésta opere en forma transparente, racional e igualitaria. "Si no se establecen los mecanismos de control que garanticen fehacientemente que ello así suceda, se corre el riesgo de suplantar un proceso selectivo arbitrario, por otro, seguramente más claro, 'más prolijo' si se quiere, pero igualmente arbitrario".[20] Lo expuesto y la violación al principio de igualdad ante la ley -ya que el fiscal puede decidir ante dos casos iguales perseguir uno y no el otro- son dos de las críticas que se esgrimen contra la implementación de la oportunidad.

Este precepto, según la doctrina, puede presentarse de dos maneras distintas: como oportunidad libre o como oportunidad reglada. En el primero de los supuestos -principio que rige por antonomasia la persecución penal en el derecho anglosajón- el fiscal es la figura que tiene la autoridad de seguir o desistir la acción. En este sistema, el ministerio público puede también negociar con los imputados los cargos por los que acusará. "Las facultades discrecionales del ministerio público en este modelo son, en consecuencia, de una envergadura tal, que en la práctica es el fiscal quien domina por completo el procedimiento. Estas facultades no se limitan a la posibilidad de desistir libremente de la acusación (...), sino que también cubren un amplio espectro de actos 'intermedios', (...), como es la potestad del fiscal de plantear una reducción en los cargos (...)".[21] Esta facultad subsiste también para los casos en que la imputación formal ya ha sido presentada, agregando cargos desestimados o alterando el contenido de la imputación anterior.[22] En principio, esta situación genera además que las decisiones que tome el fiscal no puedan ser revisadas por la autoridad jurisdiccional.[23]

20. GUARIGLIA, Fabricio: op. cit., p. 94. En esta misma dirección van las fuertes críticas de Christine POTT respecto de la implementación del principio de oportunidad en Alemania. (op. cit., p. 90 y ss.)

21. GUARIGLIA, Fabricio: op. cit., p. 90.

22. BOVINO, Alberto: La persecución penal pública en el derecho anglosajón. *Revista Pena y Estado* n. 2 "Ministerio Público". Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1997, p. 60.

23. Sin perjuicio de ello, señala BOVINO que existen dos límites para que los jueces puedan controlar la discrecionalidad del fiscal: las denominadas "persecución selectiva" y "persecución vindicativa". Respecto de la primera de ellas, la Corte Federal de los Estados Unidos, en el

Por otra parte, la oportunidad reglada es el sistema donde se autorizan ciertas excepciones al principio de legalidad, para determinados casos en los cuales el fiscal puede disponer de la acción penal. En estos sistemas, "los poderes discrecionales del Ministerio Público se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal, no promoviendo la acción correspondiente, o desistiendo de su ejercicio, cuando éste le es permitido, si hubiera sido promovida; asimismo, las condiciones para la aplicación del principio de oportunidad se hayan taxativamente enumeradas en la ley, sea procesal o sustantiva y, por regla general, su ejercicio está sujeto a la aprobación del tribunal".[24]

Reseñados brevemente hasta aquí los principios procesales en juego, describiremos en el próximo acápite la situación jurisprudencial – en todas las instancias – sobre tenencia de drogas para consumo personal en la Ciudad de Buenos Aires, caso éste que, en un paso posterior, retomaremos para un análisis a la luz del marco teórico aquí brindado (cfr. IV).

3. Evolución jurisprudencial relacionada con el delito de tenencia de drogas para uso personal[25]

3.1 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

En un principio, la CSJN declaró el 28.03.1978 en el precedente "Colavini"[26] la constitucionalidad del antiguo art. 6 de la Ley 20.771 que castigaba, sin atenua-

precedente "Wayte v. U.S.", estableció que la persecución será selectiva si el inculpado ha sido tratado de manera diferente y si se fundó en circunstancias ilegítimas (v.gr. raza, religión, etc.). Por otra parte, existe persecución vindicativa en los casos en que el fiscal inicia la acción a quien ha ejercido legítimamente sus derechos constitucionales o legales (op. cit., p. 59).

24. GUARIGLIA, Fabricio: op. cit., p. 82.

25. Una exposición completa al respecto puede verse en: COLOMBO, Marcelo: op. cit., pp. 80 y ss. como también FALCONE, Roberto; CAPARELLI, Facundo: op. cit., pp. 178 y ss., y MAHIQUES, Carlos: op. cit., p. 206 y ss, con otras referencias.

26. Fallos 300: 254.

ción, a quien ejercía la tenencia de estupefacientes aunque estuvieran destinados a uso personal. En pocas palabras, descartó en esos casos una afectación al principio de reserva (art. 19 CN) ya que la conducta de tener drogas por sí misma trasciende a terceros tanto por sus antecedentes como así también por los efectos negativos – para la salud, la moral, la economía y la sociedad – que supone. Por lo tanto, legitimó toda intervención estatal tendiente a eliminar o reducir al mínimo las consecuencias negativas del tráfico de estupefacientes (en un sentido amplio que incluyó al consumidor como eslabón necesario de la cadena), dejando a salvo su lícito uso medicinal.

Esta circunstancia varió, el 29.08.1986, con la doctrina de los fallos "Bazterrica" y "Capalbo"[27] que tachaba de inconstitucional esta misma norma.[28] Así, las contradicciones jurisprudenciales y dudas doctrinarias llevaron a instalar pretorianamente como regla de ese tipo penal *el principio de insignificancia* en la tenencia de poca cantidad de estupefaciente para uso personal determinable discrecionalmente por el juez. En suma, estos casos implicaban, según la CSJN, el ejercicio de la libertad personal y caían en el campo de la intimidad de las personas libre de la autoridad de los magistrados (art. 19 CN).[29]

Sin embargo, este mismo tribunal abandonó esta última posición en el precedente "Montalvo"[30] fallado el 11 de diciembre de 1990.[31] Junto a una reproducción parcial de lo sostenido en "Colavini", argumentó, desde una perspectiva constitucional, que la decisión de incriminar la tenencia de estupefacientes obe-

27. Fallos 308:1392.

28. "El art. 6 de la Ley 20.771, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, debe ser invalidado pues conculca el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales" [voto del ministro Petracchi en "Bazterrica" (Fallos 308:1392)]

29. Cfr. los antecedentes jurisprudenciales citados por CABALLERO, J. S. Los delitos de peligro abstracto. Su validez constitucional. *Doctrina Judicial*, 1990, II, pp. 321 y ss.

30. Fallos 313:1333. Cfr. también CSJN, S.C. H. 15 XXXII "Herrera, Fabián Adrián s/ infr. Ley 23.737" rta. el 24.09.1996.

31. Vale destacar que este pronunciamiento trató nuevamente la constitucionalidad del art. 6 de la Ley 20.771, a pesar de que desde el 21.09.1989 ya estaba vigente la Ley 23.737.

decía a *cuestiones de política criminal que atañen a razones de oportunidad, mérito y conveniencia*, que ella constituía un resorte exclusivo del poder legislativo, y, por ende, resultaba ajena a toda injerencia del poder judicial. Dogmáticamente afirmó que este tipo penal, por tratarse de un delito de peligro abstracto, llevaba en sí la trascendencia a terceros, sin que fuera necesaria la prueba de tal presupuesto que, en definitiva, el legislador no previó.[32]

Finalmente y en procura de unificar la jurisprudencia en el sentido de "Montalvo", la CSJN, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y las leyes, revocó dos pronunciamientos absolutorios de la Cámara Nacional en lo Criminal y Corrección Federal, que según entendió, se apartaban de la doctrina allí sentada sin brindar nuevos argumentos que justificasen su modificación.[33] Asimismo, el Procurador General de la Nación hizo propio este criterio e incluso instruyó a los fiscales para que dictaminaran en ese sentido.[34]

Cómo este último cambio jurisprudencial repercutió en los tribunales inferiores, será expuesto a continuación.

32. Allí también el voto mayoritario sostuvo que la expresión "de ningún modo" del art. 19 CN le da un sentido inequívoco a la norma y destacó que no escapa de éste el "efecto contagioso de la drogadicción y la tendencia a contagiar de los drogadictos". De ahí, se derivó que la posibilidad de que terceros la "imiten" basta para considerarla una acción apta para afectar de "algún modo" el orden, la moral pública o los derechos de un tercero (Fallos 313:1351). También, se dijo que: "en cuanto a la relación de causalidad entre la figura descripta por el tipo penal y el perjuicio ocasionado, si bien se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos relevantes que trasciende aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez, y en última instancia, la subsistencia misma de la nación y hasta de la humanidad toda ... al tratarse de un delito de peligro abstracto, *cualquier actividad relacionada con el consumo de drogas* pone en peligro la moral, salud pública y hasta la misma supervivencia de la nación" (Fallos 313:1352, el destacado nos pertenece).

33. Cfr. CSJN, c. 146 L XXXI "Di Prato, Sergio Marcelo y otro s/infr. Ley 23.737", rta. el 24.10.1994 y c. 173 XXXI "Caporale, Susana y otro s/ infr. Ley 23.737", rta. el 24.10.1995.

34. Cfr. Resolución MPN 20/96, donde el Procurador General de la Nación instruyó a sus fiscales inferiores a que prefirieran la interpretación que conduzca al mantenimiento de la acción penal (cfr. res. MPN 3/86 y 25/88) en los casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal, adecuando sus criterios al sustentado por la CSJN en el caso "Montalvo" y sus consecuentes aquí reseñados. Allí dispuso también que el sólo apartamiento de esta postura por parte de los tribunales inferiores, sin nuevos fundamentos, era suficiente para descalificar el pronunciamiento (Fallos 312:2007).

3.2 Recepción del vuelco jurisprudencial de la CSJN en las instancias inferiores de la Ciudad de Buenos Aires

a) Desde un principio, la tesis sustentada por la CSJN en "Montalvo" fue aceptada sin reparos por la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP).[35] Todas sus Salas admitieron en forma unánime la constitucionalidad de la tenencia de estupefacientes y, con ello, su persecución penal en todos los casos por igual, sin interesar la cantidad, calidad o capacidad toxicomanígena de la sustancia, la finalidad de su tenencia como así tampoco la trascendencia de la conducta a terceras personas en cada supuesto concreto.

b) La Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal porteña (CCCFed) dio varios de los argumentos jurídicos -muchas veces entrelazados entre sí- a favor de la no-punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal. Una sistematización – no exhaustiva – de ellos podría ser la siguiente:

aa) Motivos de orden constitucional-material: La falta de – o insignificante – afectación del bien jurídico tutelado (salud pública) y la intrascendencia a terceros de la conducta íntima del autor, libre de la autoridad de magistrados.[36]

35. Cfr. CNCP, Sala I, c. 402 Fiscal s/recurso de casación en autos Echaide, Ariel A. y otro – Ley 23.737", reg. 466, rta. el 8 de mayo de 1995; Sala II, c. 410, "Medina, César D.s/ recurso de casación", reg. 462, rta. el 13 de junio de 1995; Sala III, c. 418 "Silveira Silva, José s/ recurso de casación", reg. 66/95, rta. el 05.05.1995; Sala III, c. 227 "Romero Saucedo, Carlos s/ recurso de casación", reg. 27/95, rta. el 03.03.1995; Sala III, c. 281 "Salias Juan Eliseo s/recurso de casación", reg. 30/95, rta. el 15.04.1995 y Sala IV, c. 167 "Cejas, Daniel Eduardo s/recurso de casación", reg. 309, rta. el 18.05.1995, entre otros.

36. Cfr. CCCFed, Sala I, c. 22.082 "in re Quiñones", reg. 703, rta. el 30.10.1990; Sala I, reg. 710 "Zapata, Jorge", rta. el 01.11.1990; Sala I, c. 22.556 "Jurado, Roberto M.", reg. 14, rta. el 14.02.1991; Sala I, c. 25.926 "Ober", rta. el 28.09.1994; Sala I, c. 26.732 "Melian, Héctor Hugo s/ sobreseimiento", reg. 600, rta. el 30.08.1995 y Sala I, c. 26.826 "Herrera, Fabián s/infr. Ley 23.737", reg. 868, rta. el 18.10.1995, etc. El camarista Vigliani votó siempre en disidencia con esta línea argumental. Asimismo, cfr. CCCFed, Sala II, c. 9584 "Rivero, Diego Javier", reg. 11.238, rta. el 21.09.1994. Ilustrativo es el voto del camarista Cortelezzi en CCCFed, Sala I, c. 25.601 "in re Baraj, Bernardo L. s/ sobreseimiento", reg. 905, rta. el 30.11.1994: "no toda tenencia para consumo personal puede ser penada, pues cuando una conducta no trasciende a terceros no alcanza a afectar el bien jurídico tutelado"... "aquellas conductas que por la exigüidad y naturaleza de la sustancia incautada y por las circunstancias que rodearon a la tenencia no tienen trascendencia a terceros, son acciones que no alcanzan a superar el umbral de ilicitud" y "la intrascendencia de ella a ... terceros decide su desincriminación".

bb) Motivos de carácter formal:

(1) la falta de la comprobación del cuerpo del delito, fundada en la escasa cantidad y capacidad tóxica de la sustancia incautada;[37]

(2) la ausencia de acreditación de la conducta típica, esto es la tenencia de los estupefacientes por parte del autor;[38] y

(3) la ilegalidad de la detención y requisa del imputado como así también del secuestro de los estupefacientes.[39]

37. Cfr. CCCFed, Sala I, c. 21.395 "Sanchez Leonardo", reg. 481 rta. el 31.07.1990; Sala I, c. 32.584 "Ontivero, Ariel y otro s/infr. Ley 23.737", reg. 1232, rta. el 14.12.2000; Sala I, c. 34.598 "Lanza, Germán s/ procesamiento", reg. 1255, rta. el 26.11.2002; Sala II, c. 7154 "testimonios de las partes pertinentes de la causa 1288/90", reg. 7154, rta. el 04.01.1991; Sala II, c. 11.948 "Ansotegui, Agustín y otros s/ infr. Ley 23.737", reg. 12.887, rta. el 01.03.1996; Sala II, c. 6994 "in re Perez, Raul A.", rta. el 26.09.1989; Sala II, c. 12.092 "García Acuña, s/ infr. Ley 23.737", reg. 12.978, rta. el 26.03.1996; Sala II, c. 18.802 "Kressevich, Danilo Pablo s/infr. Ley 23.737", reg. 20123, rta. el 03.09.2002; Sala II, c. 20.514 "Gorostiaga, Ramiro Javier y otros s/ procesamiento", reg. 21612, rta. el 09.10.2003, entre otros. Para afirmar este criterio, la jurisprudencia recurrió, en ciertos casos, a *valores-promedio* determinados pericialmente según los cuales por ej. la marihuana incautada no contenía el componente psicoactivo (tetrahidrocannabinol, THC) suficiente para producir una dosis umbral media de 3500 microgramos por vía inhalatoria con efecto psicotóxico para un individuo de 70 kg. de peso aproximadamente. Sin embargo, la CCCFed rechaza actualmente esta clase de cálculos periciales (bibliográficamente) standardizados y se inclina por su determinación experticia cierta en cada caso concreto, cfr. por todos CCCFed, Sala I, c. 34.515 "Sandoval, Julio C.", reg. 1080, rta. el 17.10.2002 y Sala II, c. 21.295 "Vallejos, Luis Alberto s/ sobreseimiento", reg. 22411, rta. el 07.03.2004.

38. Así sólo se afirma la conducta de "tener estupefacientes", si se da una *rigurosa conexidad o conexión fáctica de disponibilidad* entre el sujeto y la droga, cfr. por ej. CCCFed, Sala I, c. 25.477 "Cantilo, María y otros s/infr. Ley 23.737", reg. 234, rta. el 22.03.1995; Sala I, c. 27.803 "Malale, Sergio y otros s/infr. Ley 23.737", reg. 1077, rta. el 05.12.1996; Sala I, c. 32.268 "Huamomnchumo, Jorge y otros", reg. 865, rta. 14 de setiembre de 2000; Sala II, c. 9021 "Casasola, Karina E.", reg. 9847, rta. el 13.05.1993 y Sala II, c. 11677 "Vianini, José s/ infr. Ley 23.737" reg. 12.319, rta. el 11.06.1996, entre otros. Para ello, se exige también que el autor mantenga el estupefaciente dentro del *propio ámbito de decisión*, cfr. por ej. CCCFed, Sala I, c. 32.467 "Capristo, Ema y otros s/nulidad y auto de procesamiento", reg. 1290, rta. el 21 de diciembre de 2000 y Sala II, c. 15.390 "Aguirre Perez, Laura y otro s/ infr. Ley 23.737", reg. 16.434, rta. el 11 de mayo de 1999.

39. Cfr. por ej. CCCFed, Sala I, c. 37.792 "Orieta, Eduardo Ramón s/procesamiento", reg. 276, rta. el 19.04.2001; Sala I, c. 35731 "Orozco Huachaca, Gabriel s/nulidad", rta. el 20.10.2003; Sala II, c. 16.631 "Smilowsky, Tomás Alejandro s/nulidad", reg. 17.614, rta. el 06.06.2000 y Sala II, c. 36.989 "Cipolatti, Hugo s/ procesamiento", reg. 571, rta. el 07.06.2005 (votos de los jueces Vigliani y Cavallo), entre otros. Cfr. su evolución jurisprudencial en la CSJN en: CARRIO, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal*,.4. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000, pp. 189 y ss.

Si bien los argumentos constitucionales-materiales citados prevalecieron incluso luego de lo resuelto por la CSJN en "Montalvo", lo cierto es que hoy en día se encuentran superados.[40] Ello incluso implicó que, en muchos casos, la CCCFed dejase a salvo su opinión más bien cercana a "Bazterrica" y "Capalbo".[41] A su vez, los motivos formales sólo tienen actualmente aplicación restrictiva.

c) La evolución jurisprudencial acaecida tuvo también su fiel reflejo en primera instancia en la década del noventa. En efecto, la tesis desincriminatoria fue seguida – con idéntico alcance al dado por la CCCFed – por los jueces y fiscales

40. Al respecto, cfr. por ej. CCCFed, Sala I, c. 27.264 "Sanchez y otros s/procesamiento", reg. 319, rta. el 18.04.1996 y Sala II, c. 18.105 "Uñates, M. s/procesamiento -art. 14 segundo párrafo de la Ley 23.737", reg. 19850, rta. el 05.06.2002. A pesar de ello, merece ser destacado el valioso intento del defensor oficial federal Kollmann de brindar un argumento alternativo a lo dicho por la CSJN en "Montalvo". Su propuesta consistió en la reevaluación de lo sostenido en el citado precedente a la luz de los pactos internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (cfr. art. 75, inc. 22 CN). Mientras que la CCCFed (Sala I, c. 32.615 "Zicarelli, Julieta Alejandra s/procesamiento", reg. 21, rta. el 08.02.2001) fundó sintéticamente su rechazo en la prueba colectada en la causa, la CSJN desestimó la queja por recurso extraordinario denegado presentada por el defensor por no tratarse la resolución recurrida de una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la Ley 48) (CSJN, Z. 22 XXXVI "Recurso de hecho – Zicarelli, Julieta Alejandra s/ procesamiento – c. 32.615", rta. el 18.09.2001). A raíz de ello, la Defensoría General de la Nación, a través de la defensora oficial Devoto, realizó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (registrada bajo el n. P0202/02) cuya admisibilidad aún no fue tratada. Otro intento, que retoma parcialmente los argumentos del defensor Kollmann, es el reciente voto en disidencia del camarista Freiler en la causa 36.989 "Cipolatti, Hugo s/ procesamiento" (CCCFed, Sala I, reg. 571, rta. el 07.06.2005). Básicamente el magistrado declaró inconstitucional la punición con pena privativa de la libertad de la tenencia de estupefacientes para uso personal (art. 14, 2.º párrafo de la Ley de drogas) ya que la consideró irrazonable en el marco de un Estado de Derecho y violatoria al derecho a la privacidad (arts. 19 y 28 CN y 11 inc. 2 CADH). A grandes rasgos, su fundamentación – alternativa a "Montalvo" – se centró en el estado de la aplicación de esta opción legislativa desde su entrada en vigencia hasta hoy (caracterizado por una serie de medios que, por su ineficacia y desproporción, no se conciliaban con la finalidad buscada por el legislador) como así también en la necesidad de reexaminar la adecuación de esta figura al nuevo contexto constitucional surgido a partir de la reforma de 1994.

41. Así cfr. por ej. CCCFed, Sala I, c. 37.792 "Orieta, Eduardo Ramón s/procesamiento", reg. 276, rta. el 19.04.2001; Sala I, c. 36.989 "Cipolatti, Hugo s/ procesamiento", reg. 571, rta. el 07.06.2005 (voto del juez Cavallo); Sala II, c. 11.255 "Forcinito, Alberto s/infr. art. 14, 2do. párrafo Ley 23.737", reg. 12.136, rta. el 14.07.1995; Sala II, c. 11.392 "Gustamacchia, Gabriel s/ infr. art. 14, 2do. párrafo Ley 27.737", reg. 12.193, rta. el 10.08.1995 y Sala II, c. 14.354 "Bauer, Hernán Ramiro s/ infr. Ley 23.737 – archivo", reg. 15.276, rta. el 07.04.1998, entre otros.

federales capitalinos, en parte convencidos por su fundamentación jurídica y en parte por razones de economía procesal[42] y, en definitiva, por puro pragmatismo.[43] En ello, jugó un papel decisivo el exceso de tareas que generaban este tipo de causas, que, a la vez, restaban importantes recursos y tiempo a los casos más complejos (vinculados por ej. con funcionarios públicos nacionales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires).[44]

Si bien, hoy en día, la postura de "Montalvo" evidentemente predomina en los pronunciamientos de primera instancia, debemos notar que la situación actual del fuero federal capitalino no ha variado demasiado con respecto al reciente pasado descripto.[45] Por lo tanto, no es posible descartar de plano un

42. Ello condujo, bajo la vigencia del CPPN (Ley 23.984), a diferentes soluciones procesales: aa) archivo de estas causas [cfr. arts. 195, 2.º párrafo o 213, inc. d) CPPN] y bb) sobreseimiento del imputado (cfr. arts. 334 y ss. CPPN), incluso sin declaración indagatoria previa (art. 294 y ss. CPPN). Así cfr. BRUZZONE, Gustavo Alfredo, *Ley de drogas, política criminal y fuero penal federal de la ciudad de Buenos Aires*, LL, 1994-D, pp. 1.173 y ss.

43. Un ejemplo claro de este *pragmatismo* también lo constituye el dictado del sobreseimiento de tenedores (compradores) de estupefacientes (basado en cualquiera de los criterios jurisprudenciales sistematizados anteriormente), especialmente con un objetivo marcadamente *utilitario*. Con esto nos referimos al empleo de los imputados como testigos para que, incluso autoincriminándose, contribuyesen a comprobar la comisión de delitos con estupefacientes de mayor gravedad. Este tipo de criterio no toma en cuenta los mecanismos especiales de reducción y eximición de penas a imputados (esto es, al momento de dictar sentencia) y de protección de estos últimos y de testigos que colaboraron con investigaciones seguidas por ilícitos con estupefacientes (cfr. arts. 29 ter, 33 bis y 34 bis Ley 23.737).

44. En este sentido y en forma crítica, cfr. BRUZZONE, Gustavo Alfredo: op. cit., pp. 1.173 y ss. Este autor basó sus conclusiones, entre otros aspectos, en un estudio de la Fiscalía General ante la Cámara Federal porteña según el cual las causas registradas en 1991 por delitos con estupefacientes -mayoritariamente en pequeñas dosis- constituían el 55% del trabajo del fuero penal federal de la Ciudad de Buenos Aires que contaba con 6 juzgados, 18 secretarías, 6 fiscalías y 1 defensoría (op. cit., pp. 1.177 y ss.).

45. A pesar de que el fuero federal penal aumentó sus dependencias y su personal (12 juzgados, 24 secretarías, 12 fiscalías y 3 defensorías) a partir de la vigencia del CPPN (Ley 23.894), las estadísticas del Poder Judicial de la Nación más actuales disponibles demuestran que la cantidad de este tipo de causas también constituyen un poco más de la mitad del trabajo. En efecto, de un total de 27.180 causas iniciadas en 2003, 13.631 fueron por infracción a la Ley de estupefacientes, sin importar cantidades secuestradas. En el año 2002, dicho monto era sensiblemente inferior (es decir, sobre una suma de 28.213 de causas iniciadas, 13.131 correspondieron a esta categoría de ilícitos). Al respecto, cfr. Oficina de Estadísticas del Poder Juidicial de la Nacion (Editor), *Estadísticas 2002 y 2003*, Buenos Aires, 2003 y 2004, pp. 174 y 184, respectivamente. Como podemos observar, estos resultados no se alejan demasiado de los presentados en la nota al pie anterior

retorno – *al menos consensuado entre los actores procesales de esta instancia* – a la tesis opuesta no sólo por su significado jurídico sino también – especialmente – por sus *resultados prácticos.*[46]

4. ¿Criterio de oportunidad "no reglado e informal" en materia de estupafecientes?

En función de los diferentes argumentos jurisprudenciales antes reseñados, es posible advertir criterios uniformes que históricamente condujeron y conducen al cese de la persecución penal de este tipo de causas, sobre los cuales se intentó una clasificación apriorística (cfr. III). Si de ello puede derivarse la existencia de uno o más "criterios de oportunidad" (cfr. II) en la materia, será la pregunta a debatir en este tramo del trabajo.

El principio de legalidad significa que el Estado tiene la obligación de perseguir todas las conductas que constituyan delito. Esta es la regla (art. 71 y ss. CP).

46. Un indicio al menos estadístico de ello lo constituye el dato de que la cantidad de causas por infracción a la Ley 23.737 -sin interesar el monto de estupefaciente incautado- sobreseídas en la etapa de instrucción constituyeron en 2003 aproximadamente el 74,5% del total de lo ingresado por este tipo de delito (esto es: 10.094 de un total de 13.631 expedientes). A ello, debe sumarse que la cantidad de causas que llegan a juicio asciende a 159, mientras que las finalizadas de otra forma (sin expresar cuál) son 803. Para ello, cfr. Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nacion (Editor), *Estadísticas 2003*, Buenos Aires, 2004, p. 184 y también COLOMBO, Marcelo op. cit., pp. 92 s. Este indicio se vería corroborado incluso por el último estudio realizado por la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia en la materia en el fuero federal penal de la ciudad de Buenos Aires en el primer semestre de 1996. Allí se concluyó que, de 292 expedientes tomados al azar (de un total de 2.488), el 87% correspondió al secuestro de una cantidad menor a 5 gr. (tanto de cocaína como de marihuana) y, de esta forma, el 84 % se trató de delitos de tenencia simple de estupefacientes y para consumo personal (esto es, aquellos ilícitos más leves). Por otro lado, se constató que, de ese total de causas, se archivaron y desestimaron por inexistencia de delito el 26, 9% y se sobreseyeron el 40,6%, predominando como argumento central la escasa cantidad del material secuestrado. Finalmente, según este informe estadístico, fue suspendido el trámite en el 3,4% de los casos y sólo fueron elevados 7 expedientes a juicio oral. Para ello, cfr. Direccion Nacional de Politica Criminal del Ministerio de Justicia de la Nacion, *Hacia un plan de política criminal II*, Buenos Aires, 1998, p. 120 y ss., disponible en la red bajo www.polcrim.jus.gov.ar/libro2/LibroII.htm. Lógicamente, el cabal conocimiento de los criterios jurídicos empleados actualmente en cada caso en la etapa instructoria exige una investigación empírica más profunda que excede las dimensiones del presente trabajo.

Por excepción, la legislación en materia de estupefacientes restringe este principio al introducir un criterio de oportunidad que *únicamente* faculta al Juez – en ciertas circunstancias – a suspender el ejercicio de la acción penal y, cumplida una medida curativa por el procesado como autor penalmente responsable del delito de tenencia de drogas para uso personal, ordenar su sobreseimiento (arts. 14, 2.º párrafo y 18 Ley 23.737).

En este contexto, si siguiéramos a rajatabla la tesis de constitucionalidad de estas normas -que hoy prevalece-, debiéramos aceptar sin reparos que, con su estricta aplicación, la mayoría de los comportamientos declarados impunes [según los criterios jurisprudenciales sistematizados en el punto III.2.b. aa y bb. (1)] constituyen conductas punibles de tenencia de drogas para consumo personal y sólo admiten una medida curativa como salida alternativa a la sanción penal. Sin embargo, la justicia federal porteña parecería haber extendido *informalmente* las consecuencias procesales de los criterios de oportunidad a otras situaciones no previstas como tales por el legislador. En efecto, la sola subsunción conceptual de las pautas jurisprudenciales en el marco teórico – brindado en II – y en las consagraciones positivas de criterios de oportunidad que ofrece el Derecho comparado sería una cabal demostración de lo recién afirmado.

Sostenida entonces la punibilidad de la tenencia para consumo personal, aún cuando sea de poca cantidad de estupefacientes con mínima capacidad tóxica o en situaciones de intrascendentes para terceros,[47] bien podríamos asimilar su

47. Este razonamiento parte de tener en cuenta que el legislador, al emplear la – constitucionalmente cuestionada – herramienta dogmática de los delitos de peligro abstracto, consideró que estas conductas eran "general y típicamente peligrosas en sí" para la salud pública, mientras que, por excepción, únicamente quedan fuera del límite de lo punible aquellos comportamientos absolutamente inocuos para ésta. Tanto esta última cuestión como su determinación es el objeto de un arduo debate doctrinario (cfr. por ej. ROXIN, Claus: *Strafrecht* citado, p. 355 y ss., en la versión española, p. 407 y ss.; JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil.* 5. ed. Berlin: Dunker & Humblot, 1996, p. 263 y ss. y ARTZ, Gunther; WEBER, Ulrich: *Strafrecht, Besonderer Teil.* Bielefeld: Gieseking, 2000, p. 774 y ss.) y lo que justamente la jurisprudencia se resiste a reconocer (por ej. la postura de la CSJN en "Montalvo" en nuestro tema).

sobreseimiento a aquellos supuestos que, por su menor disvalor de acto, mínima afectación al bien jurídico tutelado o escasa reprochabilidad, los códigos procesales modernos, bajo el nombre genérico de "insignificancia", se inclinan por no perseguir penalmente ante la falta de insterés público en investigarlas y la evidente desproporción que ello supondría.[48] Esta superposición con expresiones de criterios de oportunidad legislados en otros ordenamientos procedimentales podría también darse en la desvinculación anticipada de los imputados por este delito – basada en cualquiera de los motivos señalados en III.2 – con el objeto de convertirlos utilitariamente en testigos que colaborasen en la comprobación de ilícitos de mayor gravedad [por ej. tenencia de estupefacientes con fines de comercialización o comercio de tales sustancias cfr. art. 5, inc. c) de la Ley 23.737].[49] Para afirmar incluso una coincidencia conceptual de estos dos casos con criterios de oportunidad, se podría llegar a decir incluso que estas decisiones jurisprudenciales no sólo suponen el cese definitivo de la persecución penal de un imputado por un delito más leve, sino que también dejan entrever motivos de política criminal en materia de drogas (que por ej. procurarían evitar una persecución penal desmedida de asuntos de poca monta cuya investigación no interesa públicamente y, consecuentemente, renunciar a perseguir al consumidor de estupefacientes inspirada tanto en pretendidos fines asistenciales de su adicción como así también en metas utilitarias que permitan concentrar los esfuerzos de los organismos de persecución penal en la

48. El debate sobre la naturaleza jurídica de este supuesto de oportunidad previsto legalmente se ocupa de establecer si se trata de una categoría propia del Derecho material, formal o mixta. Al respecto, cfr. por ej. GATGENS GOMEZ, Erik, RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander: op. cit., pp. 191 y ss.; WEßLAU, Edda, § 153 en *Systematischer Kommentar zur StPO und zum GVG* citado, n.m. 4 y ss. Además cfr. sus expresiones positivas en: §§153 OPP y 31a Ley de estupefacientes alemanas; arts. 22, inc. a) del CPP Costa Rica (Ley. 7.594); 26, inc. 1) del CPP Mendoza (Ley 6.730) y 56 bis, inc. 1) del CPP de la Provincia de Buenos Aires (según modificación de la Ley 13.183), entre otros.

49. Cfr. § 153e OPP alemana; arts. 22, inc. b) del CPP Costa Rica (Ley. 7.594) y 26, inc. 5) del CPP Mendoza (Ley 6.730). Debe advertirse que así se adelanta la desvinculación del proceso de los imputados en estos supuestos, a diferencia de lo previsto en la Ley de Drogas. En este sentido, cfr. además lo considerado en la nota al pie 41.

pesquisa de eslabones superiores en la cadena de tráfico).[50] Si bien en los restantes casos destacados en III.2 también se arriba al sobreseimiento del imputado, no es posible afirmar que ello se deba – al menos directamente – a razones de política criminal. De hecho, la ausencia de acreditación de la conducta típica no es más que una cuestión de hecho y prueba subsumible en el tipo penal caso a caso a partir de una interpretación del texto legal, mientras que la ilegalidad de los procedimientos policiales supone una violación de garantías constitucionales que, en todo caso, produce la nulidad de toda persecución penal sin importar el tipo de delito contra la que se dirija. Aquí tanto un acercamiento conceptual a la definición brindada como así también un encuadramiento automático en alguno de los criterios de oportunidad expresamente regulados parecerían dudosos.

Sin embargo, no es descabellado pensar que, mediante la aplicación de todos estos criterios jurisprudenciales en estudio, se pretenda dar una suerte de cobertura jurídica a una situación de hecho, cuya única finalidad real se reduce a disminuir – a la mínima expresión – la enorme cantidad de trabajo que genera este tipo de casos en el fuero federal penal porteño. De esta manera, se procura emplear la "energía judicial ahorrada" en causas de mayor complejidad e importancia. Ello nos coloca ante una suerte de *opción inconsciente* de los operadores de la justicia por *mecanismos de oportunidad o de selección informal* de casos, tal vez basada en razones meramente funcionales y organizativas del trabajo judicial diario.[51] Así entonces las críticas más agudas de los detractores del principio de legalidad – enunciadas al comienzo en II – toman realidad.

50. Sin embargo, las estadísticas judiciales (ya citadas en la nota al pie 44) dan cuenta de que la cantidad de causas elevadas a juicio por delitos previstos en la Ley de drogas no son indicativas de esta circunstancia. Tampoco son reveladores de ello la desvinculación definitiva del imputado consumidor de sustancias del proceso sin ningún tipo de atención profesional seria para solucionar su adicción (!) ni el estado actual de la aplicación de las medidas curativas y educacionales previstas por la Ley 23.737; al respecto, cfr. la visión crítica de COLOMBO, Marcelo: op. cit., pp. 69 y ss. y 94 y s.

51. Así por ej. BRUZZONE, Gustavo A.: op. cit., pp. 1.173 y ss. con nota al pie 13 y GATGENS GOMEZ, Erik, RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander: op. cit., pp. 86 y ss.

Ahora bien, relevados los casos y afirmada la situación que se nos plantea, vale preguntarse cuáles serían las consecuencias que generaría la adopción "informal" de criterios de cese anticipado de la persecución penal.

A primera vista, vemos una serie de problemas entrelazados causalmente entre sí. En primer lugar, es claro que no existe un sustento legal que regule expresamente supuestos de oportunidad en estos casos y le confiera al fiscal facultades para aplicarlos, sino que los pronunciamientos relevados son fruto – al menos en los casos de tenencia exigua de tóxicos o de sustancias con escaso poder tóxico o mínima afectación del bien jurídico tutelado[52] – de una indebida ampliación de la facultad del juez instructor para dictar el sobreseimiento del imputado o disponer el archivo de la causa [arts. 195, 2.º párrafo, 213, inc. d) y 334 y ss. CPPN] a supuestos legalmente no previstos, limitada únicamente por las facultades recursivas del fiscal (arts. 432, 433 y cc. CPPN). En un principio, podría incluso creerse que esta extensión favorece al imputado, pero sus efectos negativos demuestran acabadamente que esto no es así. En efecto, el juez – a causa de la situación planteada – no sólo incurriría en el delito de omisión de persecución penal (art. 274 CP) sino que también usurparía sin más funciones propias del Congreso y del Ministerio Público en la decisión y ejecución de la política criminal del Estado en esta materia (art. 75 inc. 12 y 120 CN). Paralelamente, ello supondría el auto-otorgamiento por el mismo juzgador de un marco de discrecionalidad *tan amplio e ilimitado* que simplemente lo conduciría a soluciones arbitrarias que afectan seriamente a principios constitucionales básicos; así por ej. se atentaría contra el principio de igualdad ante la ley y la razonabilidad de las decisiones judiciales[53] (arts. 1, 16, 18, 33, 75, inc. 22 CN y cc.). El siguiente caso

52. Un empleo abusivo de los restantes criterios jurisprudenciales reseñados en el punto III.2 podría constituir una indebida extensión de esta facultad. A modo de ejemplo, podríamos citar una inusitada nulificación de *todos* los procedimientos policiales que desembocan en secuestro de escasa cantidad de estupefaciente existentes en un turno policial, aún en aquellos casos que estén legítimamente efectuados.

53. Según la doctrina y la jurisprudencia de la CSJN, el dictado de sentencias arbitrarias afecta el principio republicano, la garantía de defensa en juicio y de debido proceso legal. Al respecto, cfr. por todos BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada.* t. III. 1.º

serviría para ejemplificar claramente lo dicho: A y B son detenidos por tenencia de estupefacientes para uso personal en idénticas circunstancias que, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales ya destacados, permiten su sobreseimiento. Sin embargo, A posee una condena anterior por otro delito, mientras que B carece de antecedentes penales. Ante esta situación, el juez instructor H, basándose también en esos criterios jurisprudenciales, podría decidir que la persecución penal de B debe cesar mientras que aquella seguida contra A continuará hasta sus últimas consecuencias con sustento jurídico aparente en la aplicación estricta de la Ley de drogas. Empero, esta decisión del juez H responde sólo a argumentos ocultos más bien cercanos al Derecho penal de autor, completamente extraños a la responsabilidad penal por el hecho cometido (es decir, los antecedentes penales de A) (¡?). Lo mismo podría ocurrir en el caso más sutil en el que sólo A (o su defensor) asume comportamientos "pocos colaborativos" durante el proceso que, en definitiva, conducen a una "mala predisposición" del juzgador o una "suerte de enemistad" con éste al momento de decidir su situación procesal (¡?). Por último, podría incluso pensarse en la remota posibilidad de que esto ocurra pero debido a un acuerdo informal entre quienes impulsan el proceso que fije lo penalmente perseguible, basándose en criterios cuantitativos no previstos legalmente e independientemente del caso concreto (¡?).

Estos ejemplos nos demuestran sin más cómo si partimos de una facultad no reglada autoasignada por el mismo juzgador es posible llegar a decisiones judiciales desiguales en casos análogos que permiten una selección arbitraria de los supuestos que merecen ser o no perseguidos penalmente.

5. Conclusiones

Por una parte, este breve estudio pretendió realizar un aporte al sistematizar en forma accesible y apriorística la jurisprudencia del fuero penal federal de la Ciudad

reimp. Buenos Aires: Ediar, 1999, pp. 392 y ss. y críticamente MAIER, *Derecho Procesal Penal* citado, pp. 481 y ss., todos con otras referencias.

de Buenos Aires en materia de tenencia de estupefacientes para uso personal. Por otra, advirtió en ella un claro ejemplo de aplicación de criterios "informales o no reglados"[54] de oportunidad y destacó algunas de las consecuencias negativas de este fenómeno cuando se lo lleva a sus límites extremos.

Para evitar entonces esta clase de selección "sin criterio, sin responsable, sin límites y sin control",[55] resulta aconsejable sincerar esta situación y exhortar al legislador, como titular de la política criminal de país (art. 75, inc. 12 CN), a que tome una decisión definitiva fondo sobre esta realidad que, a través de numerosos ejemplos, resulta innegable y no le es ajena.

Al menos dos soluciones legislativas parecen estar al alcance de la mano. Una de ellas, tal vez la más ambiciosa y amplia, supone regular expresamente un sistema de oportunidad (reglado), como lo hacen los códigos de procedimiento penal más modernos que recogen un sistema acusatorio.[56] De hecho, la tendencia procesal iniciada doctrinariamente hace décadas y vigente en la actualidad en

54. Un tratamiento jurisprudencial similar pudo verse en Costa Rica bajo la vigencia del viejo ordenamiento formal de 1973 – semejante a nuestro actual CPP Levene – con los delitos de administración fraudulenta, libramientos de cheques sin fondos y retención y uso indebidos; al respecto, cfr. GATGENS GOMEZ, Erik; RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander: op. cit., pp. 86 y ss. Si bien el ejemplo aquí tratado no es el único que alude a la aplicación de criterios de oportunidad no reglados [otros serían: la limitación de los hechos por los cuales se acusó y condenó a los integrantes de la Junta Militar en el juicio celebrado ante la Cámara Federal capitalina (conocido también como causa n. 13) y la priorización del trámite de las causas con detenidos por sobre aquellas cuyos imputados gozaban de libertad provisional por orden del Tribunal Superior de Justicia cordobés a través de la acordada n. 13 del 18 de abril de 1985], evidentemente pasó inadvertido para la doctrina mayoritaria. La excepción es el completo trabajo estadístico, jurisprudencial y doctrinario de BRUZZONE, Gustavo A., op. cit., pp. 1.173 y ss. También merece ser destacada la insinuación de COLOMBO sobre la adopción de un "sano criterio de oportunidad" (op. cit., pp. 92 y s. con nota al pie 5). Sin embargo, ese criterio resultaría únicamente *saludable* si tuviera una recepción legal que, al menos, pusiera límite a las consecuencias negativas aquí expuestas.

55. Cfr. al respecto, por todos CAFFERATA NORES, José I., op. cit., p. 32.

56. La modificación del régimen de la acción penal en nuestro ordenamiento es una cuestión sumamente discutida en doctrina. El debate se ocupa de determinar, básicamente, si ello es una cuestión de fondo o de forma, y en consecuencia, deberá ser efectuada por el legislador nacional o local. Ella puede verse en: MARTINEZ, Santiago, op. cit., pp. 514 y ss.

nuestro medio (inclusive con expresiones positivas) parece ir en esta dirección.[57] Sin ingresar en la remanida discusión multidisciplinaria sobre la punición o no de la tenencia de estupefacientes para consumo personal,[58] la segunda propuesta – menos ambiciosa y restringida a nuestro problema – se conformaría con que el legislador nacional determine claramente en qué circunstancias dicha conducta deviene impune o no perseguible penalmente ya sea por ej. debido a su inocuidad o mínima afectación del bien jurídico tutelado o bien por razones de política criminal que desaconsejan su persecución.[59]

A esta altura, únicamente nos resta esperar cual será la actitud que asumirá el legislador nacional frente a esta cuestión;[60] es decir, cuál de las dos opciones legislativas presentadas terminará siguiendo.

Por ahora, sólo podemos decir que la reciente reforma de la Ley de Drogas parecería reafirmar tácitamente la punición del delito en estudio y, a la vez,

57. Cfr., expresiones positivas en: arts. 26 y ss. del CPP Mendoza (Ley 6.730); 56 y 56 bis del CPP de la Provincia de Buenos Aires (según modificación de la Ley 13.183) y art. 38 de la Ley de Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires (Ley 12.061). Han existido dos proyectos de implementación, a nivel federal, de criterios de oportunidad: el proyecto de Código Procesal Penal de 1986 (art. 229 y ss.) y el proyecto de Código Penal del Ministerio de Justicia de la Nación de 1999 (art. 74). En la actualidad, esta cuestión es parte de los proyectos de reforma de los códigos procesales penales de las provincias de Neuquén (art. 37) y Entre Ríos (art. 37). En el ámbito federal, tiene estado parlamentario un proyecto de CPP elaborado por el INECIP (art. 38) y sanción del Senado del 04.08.2004 un proyecto de ley que modifica el art. 74 CP e introduce criterios de oportunidad.

58. Al respecto, cfr., por ej., DE GREIFF, Pablo; DE GREIFF, Gustavo: *Moralidad, legalidad y drogas.* México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

59. Así lo hizo expresamente cuando por ej. declaró impune la tenencia y consumo de hojas de coca en su estado natural destinada para el coqueo o masticación (art. 15 Ley 23.737) y al "premiar" a imputados por estos delitos que brindaban datos idóneos para investigar delitos más graves (cfr. arts. 29 bis y ter Ley 23.737). Un ejemplo de Derecho comparado a tener en cuenta es el § 31a de la Ley de Estupefacientes alemana que, en determinados delitos menos graves – *Vergehen*– (§ 29 párrafo 1, 2 o 4 de esta Ley), faculta al Ministerio Público a cesar la persecución penal en caso de que el autor cultive, produzca, introduzca, transporte, exporte, adquiera, de otro modo, obtenga o tenga estupefacientes en poca cantidad para uso personal, su culpabilidad sea escasa y no exista interés público en su investigación.

60. No pasará demasiado tiempo sin que la CSJN, con su nueva composición, se pronuncie nuevamente sobre la constitucionalidad del delito aquí tratado y revea lo sostenido en "Montalvo" a la luz del texto constitucional reformado en 1994. En esta dirección van el dictamen del defensor oficial Kollmann y la disidencia del camarista Freiler citados en la nota al pie 38.

transfiere – parcialmente, de manera condicionada y sujeto a la aceptación de las jurisdicciones destinatarias – la competencia en determinados delitos leves en materia de estupefacientes al ámbito local (provincias y Ciudad de Buenos Aires) (art. 34 Ley 23.737, nueva redacción). Con ello, la situación aquí descripta permanecería invariable, por lo menos, hasta que se dicten las respectivas leyes locales de adhesión.

Sin embargo, este intento legislativo, que sólo pretende dar meras soluciones de emergencia al problema planteado, se queda a mitad de camino. En efecto, no sólo se cambia la problemática en esta materia de sede judicial postergando así una decisión de fondo, sino también se generan nuevas complicaciones propias de toda transferencia de competencia;[61] en especial en un entramado tan complejo como lo es la Ciudad de Buenos Aires.

61. Algunas críticas que se le pueden realizar al nuevo art. 34 de la ley 23.737 son las siguientes: 1. el establecimiento de un sistema complejo de fijación de competencia, que presenta numerosas excepciones y ambigüedades dejando así librada la decisión sobre ello a la subjetividad del juzgador; 2. Paralelamente, la complejidad de este esquema (de competencia) repercute inevitablemente en el imputado; por un lado, genera inseguridad jurídica al no ser previsible de antemano quién será el juez natural de la causa y, por el otro, introduce una demora innecesaria en el proceso (inexistente en el antiguo sistema), por lo menos hasta tanto se entable y se decida definitivamente la contienda de competencia; 3. Desdoblamiento inútil de las investigaciones por delitos con estupefacientes en dos sedes judiciales diferentes según la gravedad del caso que le resta eficacia a la persecución de estos ilícitos y, por ende, frustra los objetivos pretendidos originariamente por el legislador; 4. Probable incompatibilidad procesal entre una ley de drogas nacida a la luz de un sistema inquisitivo (Ley 2372) y los ordenamientos locales de corte acusatorio y 5. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, falta de determinación expresa de la sede judicial destinataria, dándose así la disyuntiva entre la sobrecargada justicia nacional en lo criminal y correccional y el fuero contravencional, entre otras. Para otras objeciones, cfr. DELUCA, Santiago: Algunas reflexiones en torno al proyecto de ley sobre competencia en materia de estupefacientes. *El Derecho Penal*, 2/2005, editorial El Derecho, pp. 33 y ss.

Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidad

Gustavo Balmaceda Hoyos
Abogado. Doctorando en Derecho penal
(Universidad de Salamanca, España) Becario MAEC-AECI.

Sumário: 1. Introducción – 2. ¿Puede y/o debe el Derecho penal cambiar sus mecanismos de protección frente a las necesidades del presente? (especial alusión al riesgo permitido en Derecho penal) – 3. Sociedad del riesgo y sus repercusiones en el Derecho penal – 4. Conclusiones provisionales.

Resumen: No deben obviarse las consecuencias negativas de la postmodernidad, que ha generado una tendencia incriminadora, denominada "expansión del derecho penal". Hay que tener mucho cuidado en el tratamiento de este fenómeno, pues debe examinarse el límite de la "novedad" de los riesgos, en la sociedad actual, denominada "sociedad del riesgo". Así, la noción de "riesgo permitido" va a ser siempre normativa, y el Derecho penal siempre debe implicar un límite negativo (ultima ratio) frente al problema, lo que no significa volver al viejo Derecho penal liberal.

Abstract: The negative consequences of the post-modernity should not be obviated which has generated an incriminating tendency, denominated "expansion of the criminal law". It is necessary to have much care in the treatment of this phenomenon, because the limit of the "novelty" of the risks should be examined, in the society current, denominated "risk society". This way, the notion of the "forbidden risks" will always be normative, and the criminal law should always imply a negative limit (ultima ratio) in front of the problem, what doesn`t mean to return to the liberal old criminal law.

Palabras-clave: Progreso – Sociedad del riesgo – Postmodernidad – Expansión del Derecho penal – Riesgo permitido.

Keywords: Progress – Risk society – Post-modernity – Expansion of the criminal law – Not forbidden risk.

1. Introducción

La vida del presente se caracteriza por manifestar un incansable progreso de los conocimientos humanos y por un dominio asombroso – hasta hace poco incomprensible – de las fuerzas naturales, que ha supuesto un incuestionable desarrollo y una mayor desenvoltura en el perfeccionamiento de las relaciones y vidas humanas.[1] Y en este campo, es de vital importancia que el desarrollo de las ciencias físicas y naturales vaya de la mano con la debida adaptación de las ciencias del espíritu, con el objeto de poder brindar un marco adecuado para la evolución tecnológica conforme con unos parámetros aceptados – en su mayoría – por la colectividad.[2]

Sin embargo, *no pueden dejarse de lado las consecuencias negativas del fenómeno anterior*: el progreso ha creado nuevas técnicas delictivas que permiten obtener resultados sumamente nocivos; asimismo, nacen modalidades de nuevo cuño

1. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción al derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2001, pp. 182. En este contexto, en nuestro actual modelo de sociedad postindustrial – caracterizado por BECK como una "sociedad del riesgo"– se percibe una fase de desarrollo global imprimiendo una dinámica de cambio a la percepción de factores de beneficio y peligro, a través de la producción de riesgos de origen humano de naturaleza económica, ecológica, política etc., los cuales escapan cada vez más a las instituciones de control y protección de la sociedad. Y así, no olvidemos que cuando los peligros de la sociedad postindustrial los dominan debates y conflictos públicos, políticos y privados, las instituciones de esa sociedad se convierten en focos de producción y legitimación de peligros incontrolables y en la mayoría de las ocasiones inexistentes, sobre la base de rígidas relaciones de propiedad y poder (Cfr. BECK, Ulrich: De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo: cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica. Trad. de del Río Hermann, en *Revista de Occidente*, n. 150, noviembre de 1993 – Ejemplar dedicado a ¿Hacia una sociedad del riesgo? –, pp. 19 y ss.).

2. En este sentido, vid. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática, en *Actualidad penal*, n. 47, 1997, pp. 1.069-1.070.

que suceden en los espacios abiertos por la tecnología – el ciberespacio. En este campo, no puede renunciarse a reconocer una gran vinculación con la criminalidad organizada,[3] que opera a nivel internacional, y que constituye uno de los nuevos riesgos para los individuos (y de los Estados).[4]

Toda esta situación ha generado una tendencia incriminadora, que muchas veces parece decantarse a favor de la comunidad y la inmanente seguridad que

3. En principio, la voz "crimen organizado" designa ciertas clases de comportamientos que muestran muchos atributos de los negocios usuales pero que se fundamentan en transacciones ilegales. Reiteradamente se basa en la coacción o en la amenaza para conseguir sus objetivos y, si bien lo habitual ha sido que se desenvuelva dentro de cada uno de los países y aceptando configuraciones específicas desde la óptica cultural, cada vez tiene una naturaleza más internacional. El crimen organizado, que interviene en labores que van desde el tráfico de narcóticos hasta el contrabando de inmigrantes y de órganos humanos, actúa hoy en día por medio de redes internacionales elásticas en vez de dentro de sus particulares entornos territoriales. Asimismo, las organizaciones criminales propenden a situar sus ocupaciones en países "poco osados" en los que sus labores se exponen a menos peligros. Por último, debe ponerse atención en el hecho de que la marcha del crimen organizado internacional no sólo se ha simplificado notablemente gracias a los modernos adelantos de las tecnologías de la información, sino que parece evidente que la rebelión de esa misma información y de las telecomunicaciones ha modificado la imagen de la delincuencia de un modo elemental. De esta manera, si bien los progresos tecnológicos han facilitado oportunidades y frutos emocionantes e innovadores, igualmente incrementan la fragilidad ante el delito (Cfr. GIDDENS, Anthony: *Sociología*, [traducción de Jesús Cuellar Menezo]. Madrid: Alianza Editorial, 2004, pp. 306-309). Debemos saber, sin embargo, que al momento de definir la criminalidad organizada, la doctrina parece coincidir en el requerimiento, como punto de partida, de distinguir las diferencias existentes entre una "organización criminal" de una mera "asociación para delinquir". Es decir, nos encontramos frente a algo más que a un simple conjunto de personas que se reúnen con el propósito de cometer delitos. Ahora, un concepto estricto de crimen organizado requiere del complemento de otros agentes, y vendría a ser así un plus respecto de la mera asociación criminal, y para precisar cuáles sean éstos son de gran importancia las definiciones elaboradas en el seno de diferentes organismos internacionales, como son: las Naciones Unidas (por medio de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, de 12 de diciembre de 2000), el Consejo de Europa y la Unión Europea (sobre la base del art. K. 3 del Tratado de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 1998). Estas definiciones se han elaborado sobre la base del consenso de las naciones y sirven de base para la aplicación de los instrumentos internacionales sobre el tema elaborados en los últimos años. Así, podemos concluir que la conexión relación entre los conceptos de asociación criminal y organización criminal es de género a especie (Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel: *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales.* Madrid: Dykinson, 2005, pp. 27 y ss.).

4. No obstante, también es muy importante tener presente el efecto de las nuevas tecnologías en la esfera de la delincuencia no dolosa (donde se debe decidir si los "fallos técnicos" constituyen o no un riesgo penalmente relevante o un riesgo permitido) (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Madrid: Civitas, 2001, pp. 28).

exigen las sociedades postindustriales,[5] generando la necesidad de asumir construcciones conceptuales tan poco precisas como las que actualmente ofrecen los delitos de peligro abstracto[6] y muchos bienes jurídicos colectivos, inseguridad que se ha traducido en edificaciones metodológicas que abogan por sustituir el concepto de bien jurídico por otros instrumentos jurídicos[7] que permitan un afianzamiento social dirigido a la conservación del sistema.[8]

Así las cosas, el Derecho penal de la sociedad contemporánea debe hacer frente a varios fenónemos, que resumiremos a partir de dos variantes: por un lado, a la sociedad de hoy, que se conceptualiza por muchos como una "sociedad de riesgos";[9]

5. Sobre esto, vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *La expansión del DERECHO penal*, op. cit., pp. 45 y ss., quien explica que uno de los aspectos más importantes de la era postindustrial es el sentimiento general de inseguridad, hecho que se ha traducido en la generación de demandas de una mayor protección penal que ponga punto final (por lo menos de forma nominal) a la angustia ocasionada por la inseguridad. La sociedad actual busca reducir la fronteras del riesgo permitido, convirtiéndose en palabras del autor citado en una sociedad pasiva, orientada a una "restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada".

6. Así por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *La expansión del derecho penal*, op. cit., pp. 51, indica que el incremento de la tipificación de los delitos de peligro, como la respuesta a la insatisfacción social que genera la poca prevención que se encuentra en la tipificación de los delitos imprudentes de resultado-lesión, y encuentra que esta técnica legislativa no asegura las expectativas sociales, porque el agente que realiza una conducta imprudente sólo será responsable jurídico-penalmente si la conducta injusta se traduce en un resultado, el cual inevitablemente es cuestión del azar, encontrando el sujeto pasivo mucho más confianza en el adelantamiento de la barrera de protección porque entiende que se generaría una motivación mayor de la sociedad al momento de desarrollar conductas imprudentes. No obstante, señala con razón el autor citado que: "esta percepción de inseguridad o de ausencia de azar del sujeto pasivo (...) puede propiciar todavía más la conformación de una legislación simbólica".

7. En este sentido, vid. JAKOBS, Günther: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez). Madrid: Civitas, 2003, pp. 63.

8. Sobre este problema, cfr. PÉREZ DEL VALLE, Carlos: Sociedad de riesgos y reforma penal. *Poder Judicial*, 1996, n. 43-44, pp. 64-65, donde este autor sostiene que las soluciones que se defienden en el ámbito de la expansión del Derecho penal implican un abandono de las tradiciones del Derecho liberal con el objetivo de obtener una modernización del Derecho penal que traiciona las tradiciones del Estado de Derecho liberal.

9. Dentro de este entorno, a partir de la difusión de la obra de BECK, se identifica el modelo social postindustrial como una "sociedad del riesgo" o "sociedad de riesgos", es decir, como una sociedad en la que los riesgos generan daños globales no calculables, y, habitualmente, irreparables, que producen efectos en todos los ciudadanos, y que nacen de decisiones humanas;

y, por otro, a la denominada "expansión del Derecho penal",[10] problemas a los cuales – brevemente – otorgaremos la solución que estimamos preferente.[11]

circunstancias todas que tienen una importante relevancia en materia jurídica: se eliminan los espacios de riesgo permitido, se incrementa la apreciación de infracciones al deber de cuidado, se constata una ampliación de la comisión por omisión en virtud de la figura de la "injerencia" como fundamento de la imputación y, se incrementa la tipificación de los delitos de peligro (Cfr. BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo* [traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.ª Rosa Borràs]. Barcelona: Paidós, 1998, passim; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 27, nota 25, y pp. 50-51).

10. Sobre este tema – y en estrecha relación con la cita anterior –, vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *La expansión del Derecho penal*, op. cit., passim, especialmente 81 y ss., donde expone que un Derecho penal de la sociedad postindustrial en una sociedad globalizada y cada vez más integrada internacionalmente, será crecientemente unificado, pero también menos garantista (ya que se flexibilizan las reglas de imputación y se relativizan las garantías político-criminales – tanto sustantivas como procesales). Lo anterior, el autor citado lo concluye con base a las siguientes constataciones: existe un fenómeno imparable y conocido por todos, demoninado "globalización", la cual exige practicidad al Derecho penal, es decir, más eficacia en el control de la criminalidad; la delincuencia de la globalización es económica (en sentido amplio, es decir, siempre es lucrativa, aunque se pongan en peligro otros bienes jurídicos); la respuesta a estos problemas se concibe, en general, para evitar hipotéticas lagunas y para luchar contra una criminalidad que crea sensaciones de inseguridad (a los ciudadanos y a los propios Estados); en la solución de la delincuencia transnacional no parece posible que el Derecho penal de la globalización prescinde del common law, que, como se sabe, se trata de una tradición jurídica bien diferente de la continental europea; y, finalmente si este elemento se superpone a los anteriores, parece lógico que cada una de las materias que se discuten en orden a su configuración global tienda a imponerse la respuesta más fácil y, por eso, también la más floja. SILVA SÁNCHEZ enfatiza que la sociedad contemporánea sienta sus bases en un fenómeno económico, el cual se caracteriza por la eliminación de restricciones a las transacciones, y por la ampliación de los mercados (con libre tráfico de personas, capitales, servicios y mercancías; con la consiguiente eliminación de las trabas arancelarias y cualquier obstáculo al libre cambio). De acuerdo con esto, el autor aludido apunta que nos enfrentamos a la determinación de la forma en que desde un Derecho nacional – que se manifiesta como el último refugio de la soberanía – se desafía un problema transnacional. En este sentido, nuestro autor señala que el propósito más importante del Derecho penal de la globalización es esencialmente práctico, en el sentido de que lo que se busca es dar una solución uniforme (o por lo menos, armónica) a la criminalidad transnacional, que evite la creación de "paraísos jurídico-penales". En relación con este tópico, surgen grandes problemas, que SILVA SÁNCHEZ resume de la siguiente manera: por un lado, ni la asimilación, ni la armonización en sede legislativa puede garantizar una igualdad de las respuestas, separadamente de esbozar problemas de índole constitucional. Por ello, el autor citado concluye que lo más razonable será también transformar temas de Parte general del Derecho penal, conjuntamente con un esfuerzo por garantizar de hecho una aplicación lo más similar posible de ellos. Continúa nuestro autor sosteniendo que el Derecho penal de la globalización no es, sin embargo, todo el Derecho penal, ante esto, pues, debe tomarse postura en torno a si deben sectorizarce las

2. ¿Puede y/o debe el Derecho penal cambiar sus mecanismos de protección frente a las necesidades del presente? (especial alusión al riesgo permitido en Derecho penal)

Teniendo presente lo que hemos afirmado, asimismo debe tenerse a la vista la existencia de una *incuestionable unidad "cultural" en la percepción de los riesgos contemporáneos y el modo de enfrentarlos*, que hace que en cada entorno social se recalquen unos riesgos mientras se desconocen otros, redundando en una concreta demanda de seguridad que se origina en la sociedad postindustrial avanzada, la cual se conduce normativamente, y esta situación favorece un cambio de modelo no sólo en la orientación social de los riesgos, sino que también – concretamente – en los principios encaminados a su gestión, motivo por el cual resulta perceptible el cambio de dirección a partir de la sociedad industrial hacia la sociedad postindustrial de la globalización, en el entorno de los principios que se estiman adecuados para encargarse de los riesgos: así, *se ha transitado de la tolerancia con los*

reglas de la Parte general del Derecho penal, o bien se asume la concepción que estima que, debido a la poderosa nueva delincuencia, también las modalidades tradicionales de delincuencia tienen que ver modificadas sus normas. No se olvide – apunta SILVA SÁNCHEZ – que el paradigma del Derecho penal clásico es el homicidio de un autor individual, en cambio, el prototipo del Derecho penal de la globalización es el delito económico (organizado tanto en su vertiente empresarial convencional, como en las modalidades de la macrodelincuencia – por ejemplo, terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada, etc.), en el cual se discute si se debe renunciar a las garantías (plenas) por la menor gravedad de las sanciones o, por el enorme potencial peligroso que conlleva. En conclusión, manifiesta el autor aludido que la retribución al Derecho penal de un protagonismo a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional implica una flexibilización de categorías y relativización de principios: incrementa la tendencia general a la expansión, la cual, asimismo, se trata de asegurar frente a quienes no la adopten, por medio de una progresiva modificación de los criterios de aplicación de la ley penal en el espacio. En este sentido, y en concreto SILVA SÁNCHEZ afirma que se observa una relevante crisis del principio de territorialidad frente al cual se pretende abrir nuevos horizontes a los principios de protección y de justicia universal (así, los Ordenamientos jurídicos mientras más intervencionistas sean, tenderán a aplicarse mayormente de modo extraterritorial).

11. Vid. Infra, núm. 3.

primitivos riesgos de la industrialización, más conocidos y gobernables, a un estadio de mayor repudio y menor aguante de los peligros globales y más complicados de la modernidad, lo que origina una limitación de los riesgos permitidos,[12] institución que – muy brevemente – estudiaremos en este lugar.

La noción de "riesgo permitido" implica que ciertas conductas que significan un peligro de lesión para bienes jurídico-penales, no obstante, se encuentran autorizadas con tal de que no se rebase cierto grado de riesgo, por haberse tomado las medidas que lo mantengan dentro de ciertos perímetros que son social y jurídicamente admisibles.[13]

En relación con esta temática, debemos manifestar que nos parece que debe estimarse al sistema dogmático del delito como un edificio valorativo, el cual debe obtener las reseñas materiales de valor a partir de una *orientación teleológica*, y dentro de la óptica teleológica funcionalista creemos que la creación categorial y sistemática de la teoría del delito debe tener como base el complejo de fines (legitimadores) del Derecho penal.[14]

12. Vid. MENDOZA BUERGO, Blanca: El Derecho penal ante la globalización: el papel del principio de precaución, en *AAVV*, Silvina BACIGALUPO y Manuel Cancio Meliá (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005, pp. 326-327.

13. La bibliografía sobre esta institución es inabarcable. No obstante, nos parece que la literatura más importante en castellano es la siguiente: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *El delito imprudente*. Montevideo-Buenos Aires: *B de F*, 2005, pp. 295 y ss.; la misma: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 57 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, pp. 125 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El riesgo permitido en Derecho penal*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1995, passim; REYES ALVARADO, Yesid: *Imputación objetiva*. Temis: Bogotá, 2005, pp. 94 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: *Teoría del delito imprudente*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, pp. 137 y ss.; ROXIN, Claus: *Derecho Penal*. Parte general. t. I. (traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y de Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 1997, pp. 1001 y ss.; JAKOBS, Günther: *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 241 y ss.

14. En fin, consideramos que tal orientación funcional o teleológica del sistema sólo puede tener lugar a través de la medida de la teoría de las normas jurídico-penales, ya que los fines del Derecho penal determinan raudamente la estructura y contenido de las mismas y, me-

Por ello, como lo realmente importante será la problemática global del mandato jurídico-penal, la institución del "riesgo permitido" la ubicamos en sede de antijuridicidad.[15]

En coherencia con lo anterior, concebimos que el riesgo permitido discurre sobre una conducta que ocasiona un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (con independencia frente al caso concreto) está permitido, razón por la cual – a diferencia de las causas de justificación – *excluye ya la imputación al tipo objetivo* (aunque, pese a lo afirmado, de todas formas tenemos que reconocer que igualmente existen causas de justificación por riesgo permitido).[16]

Conforme con lo manifestado, una concepción amplia de riesgo permitido tiene que manifestarse en todos los supuestos en los que se genera una restricción del horizonte de lo antijurídico y, en una formulación estricta, la idea de riesgo permitido ha de presentarse en todos aquellos supuestos en los que dicha restricción obedece a una estructura de ponderación de intereses, lo que significa que la noción de riesgo permitido tiene lugar en la mayoría de los casos de exclusión de la antijuridicidad, salvo, en el denominado "caso fortuito".[17]

diatamente, la configuración de las categorías del delito y su respectivo contenido (En este sentido, cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: Bosch, 1992, passim).

15. De esta manera, la delimitación del riesgo requiere una valoración, la cual aun cuando dependa de leyes estadísticas, no puede ser ontológica, sino que normativa, pues la norma penal únicamente busca prohibir peligros que puedan ser conocidos por el autor al momento del hecho, conforme con las peculiaridades materiales que hayan concurrido (Vid. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., pp. 53).

16. Así, cfr. ROXIN, Claus: *Derecho penal.* Parte general. T. I, op. cit., pp. 371-372.

17. En esta dirección, vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El riesgo permitido en Derecho penal*, op. cit., pp. 70-72. El autor citado, para sostener esta concepción, otorga los siguientes argumentos (Vid. su *El riesgo permitido en Derecho penal*, op. cit., pp. 72, nota 118): a. El riesgo permitido no es una causa autónoma de exclusión de la antijuridicidad, dotada de un contenido material determinado, sino que tiene lugar como un requisito estructural de todo el proceso de determinación de la antijuridicidad; b. Es tolerable una limitación sin una base legal manifiesta del entorno de lo penalmente antijurídico, con tal de que no se niegue – contra reo – el tenor literal de los tipos legales y de que no existan motivos razonables de orden valorativo que lo apoyen; c. Por último, todas aquellas circunstancias que acoten el ámbito de lo antijurídi-

Así las cosas, en el *instante de apreciación del comportamiento* debe recalcarse su trascendencia externa, y no únicamente en la medida en que resulte expresiva de condiciones peligrosas internas (y separadamente de la aptitud causal que de hecho el mismo tenga para la generación de un resultado disvalioso).[18]

En fin, el Derecho penal de la sociedad postindustrial tiene que guiarse, en lo que se refiere a la constatación de la antijuridicidad de la conducta, esencialmente por fundamentos de "peligrosidad" de la misma para los bienes jurídico-penales (así, cualquier otra perspectiva debe quedar, por ello, sometido a ésta).[19]

Lo anterior demuestra, a fin de cuentas, que el problema final ha de quedar forzosamente cedido a la *decisión del juzgador*, motivo por el cual resulta necesario explorar meticulosamente el modelo conforme al cual ha de confeccionarse, el cual, en principio, debe minimizar los menoscabos que simbolice para la seguridad jurídica. El mismo, también, tiene que representarse por la exactitud de su régimen cognoscitivo, por su contenido semánticamente convincente y, sobre todo, por su demostración por vía deductiva (en fin, por todos estos motivos resulta tan importante la determinación del nivel máximo de riesgo que se considera disvalioso generar).[20]

co en atención a la concurrencia de otros intereses tienen análoga configuración y efectos, con independencia del grado de universalidad de su ámbito de empleo.

18. Sobre este problema, cfr. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general.* Barcelona: Reppertor, 2005, pp. 171 y ss.

19. Sobre el particular, nos interesa apuntar que el "concepto de peligro" que deba seguirse tiene que ser idóneo tanto en los "delitos de peligro" como en los delitos de lesión, y tanto en el entorno de la imputación objetiva como en la tentativa y demás problemas análogos de la teoría general del delito. Dicho con otras palabras, se requiere un concepto de peligro que sea "propio" del Derecho penal y para el que el punto de vista causal-naturalista únicamente sea un indicio necesario pero no suficiente, en el mismo sentido que debe defenderse respecto de la situación en que se sitúa la relación causal dentro la imputación objetiva (en el sentido de que ésta intenta introducir criterios normativos para intercambiar los criterios ontológicos propios de la relación causal para superar sus carencias). (En esta dirección, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., pp. 31-32; la misma: *El delito imprudente*, op. cit., pp. 369 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., pp. 79-80).

20. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El riesgo permitido en Derecho penal*, op. cit., pp. 108.

Al momento de efectuar este juicio, se debe distinguir entre el objeto de la valoración (que se halla compuesto por la peligrosidad – abstracta – del comportamiento y por la previsibilidad de la misma para el sujeto), los criterios de juicio y, sus efectos.[21]

Para la obtención del objetivo mencionado, la *valoración del comportamiento* se verifica por medio del cotejo entre la conducta efectiva y un modelo de valoración y, la única forma en la que un Derecho penal democrático puede conseguir esa conducta deseada es mediante la deducción de una serie de reglas: las denominadas "normas de cuidado", es decir, aquellas que indican qué clase de comportamientos hay (o no hay) que llevar a cabo para no producir resultados jurídicamente disvaliosos.[22]

21. Idem, 108-109.

22. A modo explicativo – en forma breve, para no perder nuestro horizonte –, recordemos que la norma de cuidado penal busca obviar la creación de aquellas lesiones del bien jurídico que, ex ante, el sujeto tenía la aptitud de pronosticar (por tanto, en cada caso concreto, el deber objetivo de cuidado comprenderá todas aquellas reglas de cuidado, regladas o de común experiencia, que ex ante, se manifiestan como apropiadas para eludir la lesión del bien jurídico). Asimismo, en el proceso de precisión del concepto de cuidado, ha de ponerse atención en los principios de experiencia que asocian peligros concretos a ciertas formas de conducta y en las medidas de cuidado que, ex ante, se presentan como las más convenientes para evitar dichos riesgos que, en principio, serán las reglas técnicas provenientes de las diferentes parcelas de actividad (de esta manera, el deber objetivo de cuidado tiene que ajustarse a las variadas circunstancias sociales; esto es, los procederes posibles se determinarán conforme con la realidad particular y la categoría – conocimientos y capacidades del autor –, entonces, el deber objetivo de cuidado es aquel que en ese tiempo y lugar se estima como adecuado para la colectividad); por lo que la necesidad de disponer en cada caso el deber objetivo de cuidado es resultado de la multiplicidad infinita de circunstancias posibles en la vida social. Por ello, el plan de acomodarse rigurosamente al principio de legalidad origina una técnica legislativa casuística que ocasiona lagunas legales. Por último, la teoría de la determinación estrictamente objetiva del deber de cuidado parte de la naturaleza normativa de la imprudencia que obliga a precisar el cuidado conforme con criterios objetivos; y para ello se ha de indagar la medida de lo habitual según la experiencia de la sociedad y de la conducta media demandada por la cultura general y por los valores particulares de la profesión del sujeto, circunstancia que acarrea la invocación de la figura de un hombre ideal – el "hombre medio" – que sirva como baremo para la especificación del deber objetivo de cuidado (Sobre este tema, en extenso, véase CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente*, op. cit., pp. 86-87, 93-95, 97-99, 110, y 123 y ss.).

De esta manera, debemos tener presente que el "riesgo permitido" con carácter general (típicamente) es el tope máximo de la norma de cuidado (exigida al hombre medio en la posición del autor).[23]

Consecuentemente, es en el contorno de la ponderación – el único que es general a todos los supuestos de riesgo permitido – donde hay que ubicar las reflexiones de empleo del concepto de riesgo permitido al proceso de valoración jurídico-penal de la conducta. O, expresado de otro modo, donde hay que instaurar acorde a qué criterios se funda qué riesgos están o no permitidos:[24] por este motivo, se ha propuesto acudir a los valores socio-culturales que en un determinado momento histórico estén presentes en una sociedad. Ello, no obstante, dada la ordenación pluralista y colectiva de las sociedades de nuestro ámbito cultural, parece establecer una expresión de espinosa pesquisa y concreción (mayor cimiento y posibilidad tiene, por tanto, la proposición de tomar como referencia básica el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución, que es la *máxima expresión del consenso axiológico alcanzado por la sociedad*:[25] en concreto, el relativo a los fines que legitiman la intervención punitiva del Derecho penal).[26]

23. Por ello, la inferioridad anormal del sujeto determinará la exclusión o atenuación de la imputación personal de la objetiva norma de cuidado (Cfr. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal.* Parte general, op. cit., pp. 293-294.).

24. De esta forma, no se puede otorgar un criterio material general de qué sea riesgo permitido, porque los intereses en cuestión en cada conjunto de supuestos son distintos, y también lo es su esencia relativa. Lo único que puede concebirse en un estudio general es plantear una metodología válida para alcanzar el grado normativo y valorativamente apropiado de riesgo permitido. En fin, el deber de conducta ha de explicarse como la obligación de efectuar determinada categoría de comportamientos (esto es, conductas en precisas condiciones de ejecución), siendo la dispersión de tales "acciones indicadas" más o menos amplia según los casos; y dicha clase de comportamientos son aquellos que tienen la peculiaridad de que el grado de riesgo de provocamiento del resultado disvalioso por ellos ocasionado no supere determinado nivel de obstáculos, normativamente establecidos (Así, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El riesgo permitido en derecho penal*, op. cit., pp. 129-130 y 237, quien – contrariamente con nuestra opinión – comprende que lo dicho es válido también para los delitos omisivos).

25. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 113.

26. Sobre esto, vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal.* parte general, op. cit., pp. 87 y ss.

Sentado lo anterior, debe indicarse que el juez debe poseer un concepto claro sobre las normas, valores y principios del Ordenamiento jurídico con que debe contar para establecer el nivel máximo de riesgo permitido, de manera que, como sucede con otras opciones interpretativas de los aplicadores del Derecho, los restantes ejecutores del mismo podrán fiscalizar adecuadamente la composición del veredicto adoptado, y refutarlo si fuese preciso.[27]

Por otro lado, estimamos que el juicio de peligro es de naturaleza normativa, por tanto, se tiene que colocar en correspondencia el peligro objetivo real y el peligro aparente ex ante, relevante desde el punto de vista penal (luego, la concepción normativa de peligro, como definición de peligro válida para el Derecho penal, se ha de concebir como posibilidad de menoscabo de un bien jurídico-penal).[28]

Debe quedar claro, entonces, que el objeto del juicio de peligro o de peligrosidad es el *comportamiento* (cuya tipicidad se está estudiando) y, el término de referencia del mismo es el posible resultado, los cuales, entendemos – junto al peligro – deben estar formados jurídicamente.[29]

En relación con esto, no comprendemos que el *contenido del deber de actuar* de los delitos comisivos y omisivos sea idéntico, y asimismo, estimamos que la

27. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El riesgo permitido en derecho penal*, op. cit., pp. 136.

28. Ahora bien, fijar el nivel de probabilidad en abstracto no es viable por variados motivos: el esencial, reside en que el peligro no posee una existencia autónoma respecto de un comportamiento situado en un instante específico, y porque emana por la convergencia de muchos agentes. Por esta razón resulta inviable escoger una teoría objetiva o subjetiva del peligro, sino que hay que preferir una teoría normativa, pues el peligro que nos importa, desde la óptica penal, es el peligro adjetivo cualificativo de una conducta que puede ser cuerpo de una prohibición penal (Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., pp. 45 y ss.).

29. En esta dirección, vid. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *El delito imprudente*, op. cit., pp. 178, 181-182. De otra opinión, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El riesgo permitido en derecho penal*, op. cit., pp. 164 y ss., para quien el juicio de peligro se convierte en la base fáctica del posterior juicio de valor sobre la conducta. Así, desde la perspectiva puramente cognoscitiva que defiende, piensa que el juicio de peligro o de peligrosidad puede ser definido como un pronóstico, el cual conceptúa como aquella descripción de las causas de un acontecimiento que alude a un suceso futuro.

diferenciación ha de concebirse en el ámbito meramente formal. De esta manera, pensamos que la base de la diferencia ha de estar en el objeto del deber de actuar (y así, mientras en los delitos omisivos el deber de actuar demanda únicamente una conducta, por el contrario, en los delitos activos se demanda actuar bajo accidentes establecidos).[30]

Así las cosas, comprendemos que el ideal es alcanzar una noción mixta (o dualista) de la antijuridicidad en la que se suman el desvalor de acción (entendido como desvalor de la intención) y el desvalor de resultado (lesión de un bien jurídico). Asimismo, para determinar la naturaleza del deber de actuar, debe atenderse al modelo de la "evitabilidad individual", esto es, aquél que concibe al deber de actuar como hacer todo lo posible para obviar la producción del resultado (pese a que esta fórmula permite definiciones heterogéneas, juzgamos que cabe concebir el evento de la evitación como "capacidad individual", es decir, como hacer todo aquello de lo que el individuo es capaz de evitar, y no como necesidad causal, ni como exigencia jurídica).[31]

De esta manera, puede confirmarse con toda convicción que una noción sobre este tema que pueda manifestarse en la explicación de criterios de juicio referentes a la infracción del deber de actuar (y, consecuentemente, para la circunscripción del contenido de dicho deber) ha de trabajar en un ámbito estrictamente normativo (pero entendemos que debe seguirse una postura que fundamente la precisión del espacio del deber de actuar en la perspectiva conquistada por el individuo dentro del intercambio jurídico, pues es la única forma de amparar una

30. Sobre esto, vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El delito de omisión*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003, pp. 153 y ss., y 201 y ss.

31. Esta posición se fundamenta, resumidamente, en que para que el hecho antijurídico pueda ser imputado personalmente a su autor, es preciso que pueda afirmarse que el hecho constituye, además, la infracción personal de una norma primaria que dirige concretamente al sujeto su imperativo (norma de determinación). Ello requiere la "capacidad personal de evitar el hecho", que normalmente se dará, pero que excepcionalmente puede faltar en algunas personas. Por último, sólo tiene sentido prohibir el hecho antijurídico a quien puede "conocer" su antijuridicidad (Así, MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal*. Parte general, op. cit., pp. 148-149).

interpretación de los tipos penales que sea observadora de la situación social y, al mismo tiempo, dinámica).[32]

En fin, parece que *la única forma de configuración a este respecto que puede aparecer como verdadera es la funcional*: es decir, entendemos que puede diferenciarse dentro del tipo legal entre los componentes vinculados especialmente con la función de motivación que la norma penal ejecuta, y aquellos otros enlazados fundamentalmente con la función de protección de bienes jurídicos (entonces, a estos efectos, designaremos como elementos internos o psíquicos a los primeros y como componentes externos a los segundos).[33]

De otro lado, en lo que dice relación con respecto al conocimiento del juicio de peligro, debe inicialmente establecerse el objeto y los criterios del mismo (acorde con esto, se entiende que el objeto de la cognoscibilidad ha de ir reseñada invariablemente al carácter de peligroso del comportamiento); y, si nos referimos a los criterios del juicio de contingencia de comprensión del peligro, corresponde acordarse que éstos son de carácter normativo (esto quiere decir, que, frente a los antecedentes de hecho, se exige el cotejo entre la pauta encerrada en la norma y los datos cognoscitivos).[34]

Ahora bien, lo efectivamente trascendental en este estudio es la "gobernabilidad objetiva" (que significa que el nivel de *dominio psíquico* únicamente posee eficacia en cuanto se exprese en dominio externo).[35]

32. Lógicamente, esto no significa que el tema deba quedar reducido a la mera casuística, alejada de todo propósito de organización, ya que ello nos transportaría nuevamente a la desconfianza en relación con la probabilidad de solucionar el conflicto en un entorno rigurosamente jurídico y la vuelta de las respuestas intuicionistas o de "normatividad social" (Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El riesgo permitido en Derecho penal*, op. cit., pp. 339 y ss.).

33. Es decir, debe observarse el cometido que cada uno de los componentes típicos posee dentro de la disposición del tipo de injusto. Dicho con otras palabras, un elemento típico externo se constata cuando se malogra (en alguna dimensión) la función de protección de bienes jurídicos que debe satisfacer el tipo legal; y percatamos un elemento interno cuando falla la función de motivación psíquica (para la no ejecución de comportamientos penalmente antijurídicos) (Cfr. Idem, pp. 348 y 351-352).

34. Cfr. JAKOBS, Günther: *Derecho penal*. Parte general, op. cit., pp. 383-385.

35. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El riesgo permitido en derecho penal*, op. cit., pp. 376.

En cualquier régimen normativo es totalmente estimable el evento de que, para un caso determinado, se presenten en principio diversas normas aplicables. Precisamente esto ocurre en los asuntos tratados: es decir, una de las pautas permite la lesión y otra no (así, para solucionar esta preliminar contradicción se hace imperioso precisar cánones de concurrencia. O, dicho de otra manera, establecer las pautas conforme a las cuales se ha de desenvolver el juicio de concreción del deber de actuar para cada asunto, comenzando de la afluencia de normas de sentido material discordante).[36]

En consecuencia, hay que señalar que es seguro que el cálculo de un *esbozo axiológico concordado al conjunto del Ordenamiento jurídico no es una labor sencilla.* Asimismo, conviene recapacitar, para concluir, que la valoración sólo puede ser adecuada cuando alude a intereses específicos. De esta forma, solamente cuando se atiende, conjuntamente al carácter del interés protegido, a quién es el titular y cuáles son los accidentes del mismo en el caso específico, resulta factible obtener resultados positivos.[37]

En armonía con lo expuesto – para terminar con esta parte de esta corta exposición –, debemos manifestar que la infracción al deber nace por la violación de una *norma de cuidado*, la cual se vulnera por el acometimiento de una acción peligrosa que por su riesgo resulta intolerable para el Ordenamiento jurídico por rebasar los márgenes del riesgo permitido, entendiendo que el individuo no puede

36. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El riesgo permitido en Derecho penal*, op. cit., pp. 440-442, quien señala que en definitiva, por lo tanto, una norma de concurrencia (meta-regla) no es sino una regla de procedimiento, ordenadora del camino por el que se delimita, para el caso específico, la significación y el entorno de empleo de las pautas de primer orden – normas de conducta, prohibitivas o permisivas. De esta manera, – continúa el autor citado – en Derecho penal, dichas reglas de afluencia acostumbran manifestarse legalmente, cuando lo son, como condiciones de la eficacia de las cortapisas al alcance del deber de actuar; o, dicho de otra manera, como exigencias de las causas de justificación (En esta dirección, vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal.* Parte general, op. cit., pp. 418-419).

37. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El riesgo permitido en derecho penal*, op. cit., pp. 495-496.

controlarlos de forma segura, o siendo controlables, el autor no adopta las medidas mínimas de aseguramiento exigibles.[38]

Lo expresado supone que la concreción del deber de cuidado se debe determinar recurriendo a la figura de un "hombre medio", persona que es consciente y diligente, examen que debe extenderse al estudio del medio al que pertenece el autor, analizando la específica situación de éste y, si se trata de un profesional, se debe examinar si su actuar respetó los parámetros objetivos que exige su profesión.[39]

Finalmente, resta por decir que la *doctrina dominante* ha estructurado, entonces, una doble medida del deber de cuidado: una medida objetiva fundamentadora del injusto, la cual se refiere a la diligencia exigida en el tráfico jurídico y, valorando la acción desde una conducta *ex ante*; y, también, debe ponerse atención en una medida subjetiva fundamentadora de la culpabilidad, tendiendo a examinar las capacidades del autor.[40]

3. Sociedad del riesgo y sus repercusiones en el derecho penal

Al día de hoy – como se adelantó – se percata en la mayoría de legislaciones una tendencia a generar nuevos bienes jurídico-penales, a flexibilizar

38. Así entonces, la doctrina ha entendido que en la imprudencia existe un elemento cognoscitivo que supone la trasgresión a un deber objetivo de cuidado, deber que para no violentar el principio de igualdad debe analizar las características individuales del sujeto y valorar si el mismo tenía la capacidad de comprenderlo y respetarlo. Así, de esta forma se puede desvalorar la acción de forma coherente a partir del injusto típico (Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes: *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones jurídicas cuyo, 1998, pp. 179 y ss.).

39. Puede afirmarse que esta corriente doctrinal es la mayoritaria. Esta doctrina reconoce sin problemas el requerimiento de que la noción de juicio acerca de los quebrantamientos del deber de actuar sea jurídico, esto es, determinado con libertad por el Ordenamiento sin sumisión alguna a realidades externas a él (aunque, en la especificación de dicha noción, el Ordenamiento opere desde de modelos ideales engendrados con una alusión directa a la realidad social). La desemejanza es, pues, nítida respecto de la concepción anterior: se trata de pautas ideales, elaboradas jurídicamente (Por todos, vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas: *Tratado de derecho penal.* Parte general. [traducción de Miguel Olmedo Cardenete]. Granada: Comares, 2002, pp. 458 y ss.).

40. Cfr., por todos, MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal.* Parte general, op. cit., pp. 286 y ss.

las reglas de imputación, y a relativizar los principios político-criminales de garantía; y, por último, a ampliar los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes.[41] Esta tendencia ha sido denominada por la doctrina como: "expansión del Derecho penal"[42] (la cual no tiene nada que ver con el movimiento de "ley y el orden" de origen norteamericano de la década de los sesenta del siglo XX, que reclamaba una mayor intervención penal frente a la criminalidad de masas y tenía el soporte del sector social acomodado. Las esferas marginadas de la sociedad y las corrientes intelectuales defensoras de los derechos humanos se opusieron a la aplicación de los postulados de este movimiento; en la época actual, no obstante, el perfil social que existe sobre la tendencia expansionista contemporánea muestra, por el contrario, una extraña unanimidad). Por último, debemos señalar que la expansión responde también a un fenómeno general de identificación de la colectividad con las víctimas antes que con los autores, situación que viene favorecida por una configuración de la sociedad postindustrial de una mayoría de sujetos pasivos (económicamente hablando): pensionistas, desempleados, consumidores, etc.[43]

Ahora, cabe tener especialmente presente que el fenómeno presenta varias aristas. Así, DÍEZ RIPOLLÉS apunta que el concepto de expansión debe dejar de aludir primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, las cuales pasan a ocupar, dentro de un "nuevo concepto de expansión",

41. Sobre esto, cfr. GRACIA MARTÍN, Luis: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 57 y ss., y 127 y ss.; MENDOZA BUERGO, Blanca: Gestión del riesgo y Política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. *AAVV*, Cândido da Agra (et. al.) (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, 2003, pp. 80 y ss.; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. *AAVV*, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy BIDASOLO (Dirs.)/Víctor Gómez Martín (Coord.). *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004, pp. 27 y ss., 37-38 y passim.

42. Para una reflexión de esta materia, en detalle, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del 'Big Crunch' y la selección de bienes jurídico-penales, en AAVV, *La política criminal en Europa*, op. cit., pp. 91-96, 105-106, y passim.

43. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Del Derecho penal*, op. cit., pp. 20, 23 y 52.

un lugar marginal, tanto cualitativa como cualitativamente. En efecto, para determinar este nuevo concepto, este autor indica que deben tenerse en cuenta una serie de mediadores conceptuales que colaboran en la obtención de este cambio de perspectiva: el primero de ellos señala que viene expresado en la idea de que la expansión ha dejado de ser extensiva para ser intensiva (en el sentido de que la Política criminal actual concentra sus esfuerzos en un incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica) y, el segundo de ellos consiste en aceptar como punto de partida el presupuesto de que no puede dejarse de lado que las altas tasas de miedo social al delito obedecen a un fenómeno inducido mediáticamente a partir de ciertos intereses políticos.[44]

En este contexto, entonces, debemos identificar la materialización de esta expansión del Derecho penal en las siguientes formas de criminalidad:[45]

a. *La criminalidad organizada,*[46] referida a actuaciones que se aprovechan de las ventajas que la tecnología ofrece, las cuales tienen una enorme repercusión socioeconómica, y en la que se implican sectores poderosos de la sociedad, como el blanqueo de capitales, los fraudes financieros, atentados contra la propiedad industrial, etc.

44. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc, pp. 13-14, y passim.

45. Sobre esto, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, op. cit., pp. 15 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (et. al.): La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura, en AAVV, *La seguridad en la sociedad del riesgo*, op. cit., pp. 113 y ss.

46. Debemos saber que, comúnmente, con el vocablo "delincuencia organizada" (con anterioridad algo se adelantó la noción de este tema; cfr. Supra, nota 3) se delimita aquella delincuencia que, separadamente de la nacionalidad de sus miembros, muestra cierto grado de organización, tanto en su estructura de constitución como en su actividad, sosteniéndose a unas normas más o menos estrictas y con una cantidad de integrantes cambiante dedicada a la macrocriminalidad (Cfr. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel/ALONSO PÉREZ, Francisco: *Nociones de criminología.* Madrid: Colex, 2002, pp. 237). Asimismo, es menester llamar la atención en que el cuadro que muestra la criminalidad organizada hoy en día nos muestra un panorama diferente, ya que está pasando a ser una categoría que cada vez más dice relación sobre asociaciones delictivas propias de la delincuencia común o clásica (Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, op. cit., pp. 15-16).

b. Un segundo bloque de comportamientos viene dado por la *delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual.*[47]

c. En último lugar, un tercer grupo de conductas relacionadas con la *criminalidad de la marginación y la exclusión social*:[48] la sociedad no está dispuesta a asumir cualesquiera responsabilidades por el nacimiento de este tipo de criminalidad, así, el énfasis se sitúa en los síntomas y no en las causas de la delincuencia, y el control penal adquiere primacía sobre cualquier otro tipo de política social o jurídica.

Como se puede observar, los riesgos de la modernización se presentan de una forma "universal", pues son al mismo tiempo específicos e inespecíficos localmente. Asimismo, sus efectos nocivos son incalculables e impredecibles, y reúnen causalmente lo que está separado por el contenido, por el espacio y por el tiempo, y de esta manera se colocan al mismo tiempo en un nexo de responsabilidad social y jurídica. Dicho de otra manera, a la división del trabajo – que es muy diferenciada – le corresponde una complicidad general, y a ésta una responsabilidad también general, donde cada una es causa y efecto y por tanto no es "causa", las cuales se diluyen entonces en una mutabilidad general de actores y condiciones, lo que conduce a una noción de un sistema social y de popularidad.[49]

De este forma, "en la sociedad del riesgo el trato con el miedo y con la inseguridad se convierten biográfica y políticamente en una cualificación civilizatoria clave, y la formación de las capacidades relativas a ello se convierte en una tarea esencial de las instituciones pedagógicas".[50]

En definitiva, – y ya encaminándonos en la realidad social que nos interesa constatar – la consecuencia central de esta situación estriba en que en la actualidad la sociedad con todos sus sistemas parciales (economía, política, familia, cultura)

47. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (et. al.): La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura, op. cit., pp. 121-124.

48. Sobre este tema, cfr. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel/ALONSO PÉREZ, Francisco: *Nociones de criminología*, op. cit., pp. 355 y ss.

49. Cfr. BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo*, op. cit., pp. 34 y 39.

50. Idem, pp. 85.

ya no se puede comprender de forma "autónoma respecto de la naturaleza". Justamente, los problemas del medio ambiente no son problemas del entorno, sino (en su origen y en sus resultados) problemas "sociales", dificultades del ser humano, de su historia, de sus circunstancias de vida, de su reseña al mundo y a la realidad, de su programación económica, cultural y política.[51]

Para comprender bien la cuestión – ya en la órbita de nuestra disciplina – debemos tener claro los aspectos determinantes de la sociedad del riesgo, que son, a saber:[52]

a. El cambio en la capacidad de los peligros actuales en relación con los de otros tiempos.

b. La rebuscada estructura de las relaciones de responsabilidad.

c. Finalmente, la impresión de inseguridad subjetiva que existe en la sociedad.

Hemos sentenciado que los peligros a que hacemos referencia son artificiales, ya que tienen relación con el quehacer humano y se vinculan a sus decisiones. También hemos asegurado que revisten gran magnitud, porque amenazan a un número indeterminado de personas (incluso a toda la humanidad). Asimismo ya se ha apuntado que se trata de peligros que se pueden fácilmente globalizar y, por otra parte – y en esto debemos poner mucha atención –, que son el resultado secundario del progreso que lleva consigo la tecnología (ya que muchas veces son imprevistos que inicialmente se dirigían a un objetivo evaluado en forma positiva).

Por último, no es nuevo decir que el binomio riesgo-inseguridad y, en consecuencia, el aborrecimiento al riesgo con el consecuente anhelo a la seguridad, produce que los sujetos demanden al Estado la previsión frente al riesgo y el suministro de seguridad.[53]

51. Idem, op. cit., pp. 90.

52. Sobre esto, en detalle, vid. MENDOZA BUERGO, Blanca: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 25 y ss.

53. Cfr. LARRAURI PIJOAN, Elena: Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión, en AAVV, *Derecho penal y política transnacional*, op. cit., pp. 284-288, 294-295, y passim.

Tal petición – siguiendo a Mendoza Buergo –, puede considerarse lógica hasta cierto punto que no presuma instituir una psicosis de incertidumbre que no incumba a la entidad y volumen de los riesgos existentes.[54] Sin embargo, continúa la misma autora, "se convierte en algo problemático cuando el destinatario de todas las exigencias de seguridad por parte de la opinión pública, de los medios y de las propias autoridades es, sobre todo, el Derecho penal, incluyendo aquí también el Derecho procesal penal, que se ven así forzados, en un continuo proceso de expansión destinado al control de nuevos peligros".[55]

En este contexto, y como no puede ser de otra forma – como apunta Roig Torres[56] –, "las reformas legislativas implementadas en los últimos años en el Ordenamiento punitivo se caracterizan por una relajación en el plano garantístico, como evidencian las siguientes notas:

– en primer término, la progresiva 'espiritualización' del objeto de tutela, abundando en el Código los bienes de carácter colectivo o difuso, con perfiles insuficientemente definidos;

– en estrecha conexión con la nota anterior, un incremento notable de los delitos de peligro abstracto, cuyo riesgo radica, no tanto en el adelantamiento de la barrera de defensa que comportan, como en la deficiente técnica de tipificación del injusto que suele cualificarlos;

– en tercer lugar, el recurso creciente a los términos normativos y las constantes remisiones a otras disposiciones extrapenales, con vulneración de las exigencias dimanantes del principio de legalidad; y,

– finalmente, un aumento de los tipos omisivos, mediante los cuales se impone a los ciudadanos la obligación de realizar determinadas acciones tendien-

54. Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, op. cit., pp. 32.

55. Idem, ibidem.

56. ROIG TORRES, Margarita: Algunas reflexiones sobre la llamada expansión del Derecho punitivo. Una alusión a las últimas reformas del Código penal, en *Revista de Derecho penal y procesal penal*, 2004, pp. 240-241.

tes, no sólo a combatir los riesgos creados por el uso de las nuevas tecnologías, sino también al logro de la finalidad de homogeneización económico-social asumida como propia por el Estado intervencionista. Lo que explica que el ámbito de la omisión punible no se haya ampliado únicamente en los campos del tráfico rodado, de la seguridad del trabajo, etc., sino también en materia tributaria".

Es por estas razones que se ha concluido, tanto desde un punto de vista moral como jurídico, que el uso de una respuesta jurídica desacertada, fundamentalmente en los casos de falta de riesgos reales, parece reprochable.[57] Asimismo, no debe desconocerse que una solución de estas particularidades puede crear una legislación meramente simbólica, la cual se encamina necesariamente a la ineficacia.[58]

A esta altura del debate, pues, el tema pendiente de fondo será cómo puede inmiscuirse la idea de obtención de seguridad por medio del Derecho penal sin desfigurar de esta forma el sistema. Surge así la pregunta: ¿por qué la seguridad, que es un auténtico componente del "Derecho de policía" (administrativo), se integra como noción fundamental del Derecho penal moderno si su obtención se permite a través del Ordenamiento administrativo en forma racional?[59]

La postura más habitual frente a lo anterior es la que defiende una solución intermedia entre los dos extremos (a la cual adherimos) que, sin abdicar a los principios de garantía del Derecho penal democrático de un Estado de Derecho, pretende acomodarse a las nuevas demandas con nuevos métodos o por medio de una mayor utilización de las ya conocidos.[60]

En relación con este problema, Silva Sánchez afirma que la modificación de la estructura y contenido material de los tipos penales constituye la primera

57. Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca: Gestión del riesgo y Política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo, op. cit., pp. 81 y ss.

58. Cfr. LARRAURI PIJOAN, Elena: Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión, op. cit., pp. 299-300.

59. Sobre esto, vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *La expansión del derecho penal*, op. cit., pp. 121 y ss.

60. El mayor exponente de esta postura es Günther STRATENWERTH, (Cfr. su *Derecho penal.* Parte general I. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Civitas, 2005, pp. 47 y ss.).

expresión de la expansión del Derecho penal; de esta manera, la combinación de la introducción de nuevos bienes jurídico-penales con la anticipación de las fronteras de intervención penal ha constituido una veloz transición desde un modelo de delito de "lesión de los individuos" al modelo de "delito de peligro abstracto" para bienes colectivos o supraindividuales (el Derecho penal que respondía a posteriori contra un ilícito generado de manera individual – en cuanto a los sujetos activo y pasivo –, se ha transformado en un sistema de gestión de riesgos generales y, en esa medida, se ha "administrativizado"), y critica la postura que se centra sólo en el injusto para la distinción entre el ámbito penal y administrativo, señalando que aquí lo decisivo será el criterio teleológico, es decir, la finalidad que persiguen, respectivamente, el Derecho penal y el administrativo sancionador. Así, sostiene que el Derecho penal tendrá por finalidad proteger bienes jurídicos en casos concretos y seguirá criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio; en cambio, el Derecho administrativo sancionador busca ordenar, de forma general, sectores de actividad, razón por la cual no tiene por qué obedecer a criterios de peligrosidad concreta, ya que debe atender a consideraciones de afectación general (estadística), ni tampoco tiene que ser tan estricto en la persecución ni en la imputación.[61]

Por último, en correspondencia con todo lo dicho, se debe llamar la atención en que son tres las propuestas doctrinales del Derecho penal de la seguridad ciudadana, a saber: el Derecho penal del enemigo,[62] el Derecho penal de la tercera velocidad,[63] y la reconstrucción del Derecho de la peligrosidad.[64]

61. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *La expansión del derecho penal*, op. cit., pp. 121, 123 y 125.

62. El Derecho penal del enemigo tiene como precursor contemporáneo al autor alemán GÜNTHER JAKOBS, y en general, podemos decir que consiste en un sistema que tiene como sanción característica la privación de la libertad, con una gran flexibilización de las garantías político-criminales y de las reglas de imputación que conocemos, y de los criterios procesales clásicos, debido al comportamiento de ciertos sujetos, considerados "enemigos", que se caracterizan por tener un oficio o pertenecer a una cierta organización, que por su naturaleza abandonan al Derecho de un modo permanente, duradero, y no incidental (Sobre esto, véase JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel: *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, passim; PRIETO NAVARRO, Evaristo: Ciudadanos y enemigos. Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt,

4. Conclusiones provisionales

De todo lo anterior desprendemos una serie de apreciaciones, las cuales creemos nos servirán de base para una mejor comprensión del Derecho penal de la sociedad postindustrial – pero siempre advirtiendo que hablamos de "conclusiones provisionales", pues el debate se encuentra muy lejos de encontrar su fin –, que son, a saber:

a. La evolución del Derecho penal es irreversible.

b. Cualquier técnica dogmática debe respetar siempre el principio de lesividad.

c. Los bienes jurídico-penales deben ser siempre el parámetro de descriminalización y no de penalización.

d. Los principios garantistas de un Estado de Derecho nunca se han visto desarrollados materialmente en plenitud, por tanto, en la evolución actual del Derecho penal se debe buscar su desenvolvimiento material pleno, lo que no significa una vuelta atrás al Derecho penal liberal.

e. El Derecho penal debe ser siempre la ultima ratio, y jamás la *prima ratio*.

en AAVV, *Derecho penal y política transnacional*, op. cit., pp. 49 y ss.; PRITTWITZ, Cornelius: Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal? (traducción de Juan Carlos Hortal Ibarra), en AAVV, *La Política criminal en Europa*, op. cit., pp. 107 y ss.; GRACIA MARTÍN, Luis: Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo', en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf, n. 7, 1, 2005, passim).

63. Este sistema – creado por SILVA SÁNCHEZ –, parte de las siguientes premisas: una primera velocidad, viene representada por el Derecho penal de la cárcel, en el cual tienen que mantenerse estrictamente los principios de garantía tradicionales; una segunda velocidad del Derecho penal viene constituida por los casos en que la pena no sea privativa de libertad, donde los principios aludidos pueden sufrir una flexibilización, atendida la menor proporcionalidad del castigo; y, por último, existe una tercera velocidad, donde la privación de libertad se ve afectada por una gran relativización de las garantías clásicas (Vid. su *La Expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 163 y ss.).

64. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, op. cit., pp. 23 y ss.

f. Sin embargo, como sostiene MIR PUIG,[65] "si algo va imponiéndose en la opinión de los países democráticos..., es el desencanto ante las soluciones radicales, y si algo caracteriza al modo de pensar de estos últimos años es la sustitución del modelo racionalista propio de la modernidad por otro modelo más holístico que lógico-deductivo, que prefiere asumir las inevitables contradicciones que implica una explicación no reductora de la realidad, sino reflejo de su verdadera complejidad".

g. Es pues, por esta razón, que nos parece preferible declinarnos por una vía que intente conciliar los principios limitadores del ius puniendi estatal con el reconocimiento de la necesidad de protección de intereses sociales no estrictamente individuales. Pero, siempre teniendo como referente al individuo.

h. Debido a estos motivos es que afirmamos que la mayor obtención de seguridad no tiene por qué conseguirse por medio del Derecho penal, que puede acabar en un sistema desmesurado e ineficaz.

i. Finalmente, todo esto debe reflexionarse concienzudamente a la hora de idear la creación de cualquier tipo delictivo y, es por ello que tomándose siempre como punto de partida el bien jurídico-penal protegido, se debe llevar a cabo el análisis de las posibilidades que ofrezca un tipo legal determinado.

65. Cfr. prólogo a CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., pp. 12.

Acerca de la crítica al "finalismo"[1]

Hans Joachim Hirsch
Prof. Dr. Dr. h. c., Universidade de Colônia, Alemanha

Sumário: 1. Introducción – 2. Los fundamentos del "finalismo" – 3. Evolución de la discusión acerca del "finalismo" – 4. Otras interpretaciones erróneas del "finalismo" – 5. Resultado global.

Resumo: O autor é extremo conhecedor do finalismo de Welzel e faz uma digressão sobre as vantagens desta teoria, rebatendo críticas que se fazem a ela. Entre estes pontos destacados estão: conceito de ação, delitos culposos, lugar que ocupa o resultado na estruturação de Welzel, o esvaziamento do conceito de culpabilidade. Hirsch conclui pela absoluta atualidade da teoria, declarando que os resultados alcançados pela teoria da imputação objetiva de Roxin podem ser também alcançados pela teoria proposta por Welzel.

Abstract: The author is an extreme expert of Welzel's finalism and makes a digression about the advantages of this theory, refuting criticism which is made against it. Among these issues, the highlighted ones are: action concept, culpable negligence, place in which the outcome in Welzel's structure occupies, the emptying of the culpability concept. Hirsch concludes through the absolute

1. Título original: Zur Kritik am "Finalismus". El texto corresponde a la conferencia brindada por el autor en México, en agosto de 2004, en la *II Jornada Internacional de Derecho Penal*: problemas capitales del moderno derecho penal: "Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y en la dogmática penal del siglo XXI". Agradezco muy cordialmente por la traducción al castellano al Prof. Dr. *Eduardo Demetrio Crespo* (Universidad de Castilla-La Mancha) y al Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Universidad de Buenos Aires). Mi agradecimiento se extiende también a la Prof.a Dr.a Verónica Román Quiroz (UNAM México) por la ayuda idiomática brindada durante la exposición verbal del texto.

current theory, stating that the results achieved by Roxin's objective imputation theory can also be reached by Welzel's proposed theory.

Palavras-chave: Finalismo – Fundamentos do finalismo – Conceito de ação – Ontologia – Imputação objetiva.

Keywords: Finalism – Fundamentals of finalism – Action concept – Ontology – Objective imputation.

1. Introducción

A los organizadores corresponde agradecer efusivamente haber convocado a estas Jornadas con motivo del centenario del nacimiento de *Hans Welzel*. Me alegra mucho poder participar en las Jornadas. Entre los presentes soy el único que ha conocido hace ya mucho tiempo a *Hans Welzel* y mantenido con él un contacto muy estrecho. En el semestre de invierno de 1948/49, mi primer semestre en la Universidad, asistí a sus clases en Göttingen sobre "Derecho Penal – Parte General". Sin embargo, como estudiante principiante no puede llevarme en ese momento una visión clara de sus tesis y por ello decidí que era mejor seguir la teoría de la acción causal entonces dominante. Mi especial interés por el derecho penal se despertó en un Seminario de Derecho Penal de *Karl Engisch*, uno de los más decididos enemigos de *Welzel*, durante dos estancias entre semestres en Heidelberg. De regreso en Göttingen y cerca de terminar mis estudios, tuve claridad acerca del acierto de la teoría de la acción defendida por *Welzel* y de sus principios científicos, cuando sostuve en su seminario una ponencia sobre teoría de la participación. Su atractivo científico y su creatividad dieron ocasión a que inmediatamente me decidiera a escribir mi tesis doctoral bajo su dirección.[2] De esa forma fui a Bonn, a cuya Universidad entretanto *Welzel* había sido convocado. Desde 1953, y prescindiendo de una actividad de

2. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, aparecida en 1960.

dos años en la praxis, estuve allí permanentemente en su círculo más estrecho como su colaborador, que primero se doctoró y luego habilitó como profesor con él. Después de mi nombramiento como profesor me mantuve siempre en contacto con él y tuvimos un copioso intercambio de opiniones. Por eso creo que, desde esa cercanía directa, continua y confiable de la evolución científica de *Welzel*, nadie, entre quienes hoy viven todavía, tuvo mejor ocasión que yo de seguir sus ideas y sus fines en todo el período que va desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta su muerte.

2. Los fundamentos del "finalismo"

La Orientación designada científicamente como "finalismo" persigue dos objetivos, uno general y otro especial.

1. El objetivo general es *metodológico*. El "finalismo" se dirige tanto contra una forma exclusivamente físico-natural de dogmática jurídico-penal como contra una forma normativista. No se trata de reducir los objetos de la valoración jurídico-penal al mero proceso causal (p. ej.: la acción como causar un resultado o la injuria como originar una onda de sonido) o formarlos de un modo puramente normativo (algo de actualidad hasta hoy), sino de deducirlos de la realidad, para lo cual se debe observar, dentro del sistema teórico-normativo, sus estructuras pre-jurídicas y la lógica objetiva que se desprende de ellas.[3] Si se piensa, p. ej., en las normas sobre inducción, se debe observar antes que nada cómo está estructurado pre-jurídicamente este fenómeno y con ello reconocer, entre otros aspectos, que su propiedad esencial es la producción de una determinación a actuar. Y como conexión lógico-objetiva aparece la relación de accesoriedad entre la inducción y el comportamiento del inducido que ha sido ocasionado por ella.

3. Ver Welzel, Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, en: *Erinnerungsgabe für Grünhut*, 1965, pp. 173 y ss. (publicado también en Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1973, pp. 345 y ss.).

Cuando el "finalismo" apareció en escena por primera vez, en los años 1930/31,[4] la dogmática jurídico-penal, a la vez que abandonaba el naturalismo, se había volcado a una metodología influida por el positivismo legal y el neokantismo, según la cual la dogmática no se construía a partir de los fenómenos y estructuras de la realidad, sino que los objetos de regulación jurídica eran construidos normativamente. Conceptos como acción, omisión, dolo, inducción, etc., se habían convertido en productos jurídicos artificiales.[5]

Welzel, el fundador del "finalismo", tal como ha sido mayoritariamente llamada esta orientación científica con una perspectiva parcial e imprecisa, demostró que un punto de vista puramente naturalista vaciaba de contenido a los fenómenos. Ante todo, sin embargo, reconocía que la metodología normativista hacía que los objetos de regulación jurídica fueran intolerablemente manipulables e impedía una sistemática del derecho penal que respondiera a las exigencias científicas. Teniendo en cuenta que los resultados obtenidos normativamente dependían, en el mejor de los casos, de las reglas de la legislación nacional –esto es algo que también ya lleva décadas – o solamente de la opinión de cada autor, se cerraba así el camino a resultados válidos en general y, en consecuencia, a una ciencia del derecho penal de función internacional trascendente a los límites de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por ello, *Welzel* acentuó posteriormente que el principio metodológico del "finalismo" hace posible la creación, en la dogmática del derecho penal (especialmente para la Parte General), de un ámbito ideológicamente neutral y logra una comprensión que, debido a su *validez general*, puede ser transferida a otros ordenamientos jurídicos.[6] Tal

4. En los comienzos del "finalismo" están los artículos de Welzel sobre Derecho penal y filosofía. *Kölner Universitätszeitung*, 1930, n. 9, pp. 5 y ss. (reproducidos en Welzel [nota 2], *Abhandlungen*, pp. 1 y ss.), Causalidad y acción. *ZStW* 51 (1931), pp. 703 y ss., y Acerca de los valores en el derecho penal. *Der Gerichtssaal* 103 (1933), pp. 340 y ss.

5. Ver la definición de Mezger, Strafrecht, *Ein Lehrbuch*. 1. ed. 1931, pp. 91 y ss., 105 y ss., 109, 130 y ss., 330 y ss., y 414.

6. Welzel, Zur Dogmatik im Strafrecht, en: *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 3 y 5.

concepción significa, con seguridad, una ventaja para el respeto de un derecho penal adecuado al Estado de derecho.

2. El objetivo especial del "finalismo" era la aplicación de este principio metodológico a un concepto central del derecho penal: *el concepto de acción*. Este concepto es central porque en el caso de los delitos se trata de lesiones contra prohibiciones o mandatos y porque son acciones los objetos de estas dos formas normativas. La prohibición no permite una acción y el mandato la exige. La transformación del concepto de acción en un producto construido por el derecho penal, a saber, en una causación del resultado[7] originada por un mero impulso de la voluntad, cualquiera fuera su contenido, dio ocasión a *Welzel* para desarrollar el llamado "finalismo". Estimulado por el correspondiente significado que regía en la literatura psicológica de entonces trajo a colación nuevamente que a la acción pertenece la intención, con su subyacente contenido de voluntad, dirigida a la realización objetiva: en una acción de homicidio, p. ej., el querer matar. Así había sido entendido el concepto de acción también anteriormente. *Welzel* advirtió ya de esto en su tesis doctoral al ocuparse de *Pufendorf*. Y en *Aristóteles* la acción había sido igualmente acto de voluntad, tal como era el caso también en el siglo XIX para los hegelianos.[8]

Que ello haya sido perdido de vista temporalmente por la dogmática está relacionado, en primer lugar, con que en la estructuración del delito en injusto y culpabilidad, vigente a finales del siglo XIX, se tenía la opinión equivocada de que esa diferenciación era idéntica a la que hay entre los elementos objetivos y los subjetivos. Un segundo motivo que enturbió la mirada de la dogmática alemana hacia la comprensión clara del concepto de acción fue el antiguo § 1 del Código Penal alemán, en el cual se hablaba, con referencia al hecho punible, sólo de *acción*

7. Ver, acerca de la opinión entonces dominante: v. Liszt/Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. I, 26. ed., 1932, p. 155; Mezger (nota 4), p. 109.

8. Ver las indicaciones históricas en Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. ed. 1969, pp. 38 y s. Sobre Aristóteles, más detalladamente, Benakis, Über den Begriff des Unrecht-tuns bei Aristoteles, en: *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 213 y 215 y ss.

amenazada con pena. Normativamente, de ello se deriva que la acción sería el concepto genérico para cada forma del comportamiento punible y que abarca, en consecuencia, no sólo el hacer, sino también la omisión, y también debían tener el mismo contenido los hechos dolosos que los imprudentes. Esta noción la encontramos todavía hoy en el caso de los conceptos de acción mencionados como "social" o "personal".[9] Por el contrario, en el caso de la acción "final", tal como la designó *Welzel*, no se trata de un mínimo común para todos los hechos punibles, con exclusión de los actos reflejos, sino de un análisis de la acción de realización subyacente a un hacer, tal como ella, en tanto que objeto de prohibición o mandato, resulta decisivamente relevante en un delito también desde el punto de vista práctico.

Del concepto de acción voluntaria *Welzel* extrajo la consecuencia de que el dolo del delito cometido pertenezca ya al supuesto de hecho del injusto porque es idéntico al querer la acción. Y para el caso de los delitos imprudentes él hizo ver que aquí la acción se agotaba en el actuar voluntariamente que conforma el objeto del juicio de contrariedad al cuidado y que el resultado representaba un efecto de ese comportamiento antinormativo imputable al autor.[10]

3. El "finalismo" no se puede clasificar como el producto de una orientación filosófica determinada de la época. El redescubrimiento del actuar con voluntad podría haber surgido ya tres décadas antes o igualmente tres décadas después. También la posición contra un normativismo puro es hoy tan actual como entonces. Que *Welzel* encontrara un análisis coincidente en la ética del

9. Ver, acerca del concepto "social" de acción, Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, *Allgemeiner Teil*, 5. ed., 1996, pp. 221 y 223, con más información. Un concepto de acción como noción genérica y designado como "personal" es defendido por Roxin, Strafrecht, *Allgemeiner Teil*, t. I, 3. ed., 1997, § 8, núms. margs. 19 y s., 44 y ss. Críticas más detalladas acerca de ese concepto de acción pueden ser vistas en *Hirsch*, Der Streit um Handlungs – und Unrechtslehre, en: *ZStW* 93 (1981), pp. 831, y 851 y ss., y, del mismo, Handlungs –, Sachverhalts – und Erfolgsunwert, en: *Gedächtnisschrift für Meurer*, 2002, pp. 3 y 4 con las notas 2 a 4.

10. Welzel (nota 7), pp. 129 y ss. (también con referencias a los artículos mencionados precedentemente).

filósofo *Nicolai Hartmann* no reduce el "finalismo" a fruto de una corriente filosófica de ese tiempo.[11]

El "finalismo" tampoco tuvo nada que ver con el derecho penal del nacional-socialismo. Prescindiendo por completo de que *Welzel* ya lo había desarrollado científicamente en 1930 y de que una parte de los resultados extraídos para el derecho penal ya se encontraban a mediados de los años veinte en otros autores – aunque todavía sin fundamentación científica –, el "finalismo" no tuvo importancia alguna en los tiempos de Hitler. Al contrario de lo que sucede con la teoría de la acción "final", el derecho penal nacional-socialista tendía a una dogmática jurídico-penal nacional y popular y al derecho penal de ánimo y de autor. Sólo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se discutió la posición dogmática del error de prohibición, el "finalismo" encontró un campo de actuación más amplio.

3. Evolución de la discusión acerca del "finalismo"

En las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial *Welzel* tuvo mucho éxito con los resultados prácticos obtenidos a partir de los fundamentos de su principio dogmático o los que fue derivando de él en los años siguientes. En primer lugar hay que mencionar la adopción por parte del Tribunal Supremo Federal de la teoría de la culpabilidad desarrollada por él para el error de prohibición a partir de la separación de dolo y conciencia de la ilicitud – uno como elemento del supuesto de hecho del injusto y la otra como elemento de la culpabilidad. A continuación se debe mencionar la teoría de la participación, con la cual *Welzel* pudo enseñar que la

11. N. Hartmann, Ethik, 2. ed., 1935, pp. 79 y ss., y 228 y ss. Welzel tomó de él solamente la designación de "finalismo" para la acción voluntaria (acerca de ello, Welzel [nota 7], p. 34). Que el "finalismo" no sea derivación de un sistema filosófico determinado no disminuye en absoluto su rango científico. Las orientaciones filosóficas pueden tener relevancia para los principios básicos del derecho penal (las ideas de prevención y retribución, el principio de culpabilidad, el derecho penal de ánimo y similares), para los bienes protegidos de la Parte Especial (honor, medio ambiente, etc.) y para las sanciones penales (pena de muerte, p. ej.). En cambio, la cuestión de los presupuestos dogmáticos estructurales de un hecho de naturaleza especial amenazado con pena debe ser investigada, por ello, por la ciencia jurídico-penal.

introducción de la accesoriedad limitada dejaba en pie la dependencia de un hecho principal doloso, lo cual fue reconocido inmediatamente por la jurisprudencia. Además, encauzó la superación de la teoría subjetiva de la participación, elaborando el punto de vista claro del dominio del hecho ("dominio final del hecho"). Gran importancia teórica y práctica tuvo también la clasificación sistemática de la acción objetivamente descuidada ya como elemento correspondiente al injusto del delito imprudente, que es consecuencia del principio dogmático de *Welzel*.

Estas soluciones no fueron adoptadas únicamente por la jurisprudencia. Ellas, en parte, también fueron incorporadas expresamente en la nueva Parte General del Código Penal alemán de 1975.[12]

Así pues, la superación de la teoría del injusto causal estuvo en Alemania terminada a comienzos de los años setenta. Desde entonces la teoría dominante siguió, en cuanto a la estructura del delito, la versión de los "finalistas", según la cual el dolo típico pertenece ya al supuesto de hecho del injusto del delito doloso y la acción objetivamente descuidada al supuesto de hecho injusto del delito imprudente.[13]

No obstante, esto no significó que se hubieran impuesto el concepto "final" de acción y el principio metodológico que está detrás de él. Mucho más se impusieron la mayoría de las *consecuencias* dogmáticas extraídas por *Welzel* bajo la designación de "teoría del injusto personal".[14] En cambio, las tendencias normativistas fueron, por cierto, en parte aumentando. Así, en los prólogos de un tratado

12. Ver § 17 (error de prohibición), § 25 (autoría), § 26 (inducción) y § 27 (complicidad) del Código Penal alemán en la versión de 1975.

13. Ver Jescheck/Weigend (nota 8), pp. 565 ys.; Lenckner, en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 26. ed., 2001, previo al § 13, núms. margs. 54 y ss.; Schroeder, en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11. ed., 1994, § 16, núm. marg. 146.

14. Acerca de que hoy todavía la teoría del injusto personal es dominante en Alemania, mientras que, sin embargo, la "teoría de la acción final" es mayormente rechazada, ver, más detalladamente, Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, en: *Festschrift 600 Jahre Universität Köln*, 1988, pp. 399 y 403. Bajo la bandera de la teoría del injusto personal han sido aplicados, ante todo, la mencionada clasificación del dolo típico como elemento del injusto del delito doloso y de la contrariedad al cuidado como elemento del injusto del delito imprudente, como también han sido aceptadas la teorías de la participación y del error de prohibición desarrolladas por el "finalismo".

alemán actual se dice que los conceptos empleados en el derecho penal se originan sólo en relación con las regulaciones legislativas penales.[15] También existen teorías de la imputación que, entremezcladas con la teoría del injusto personal, gozan de gran popularidad. Estas teorías desarrollan los requisitos del delito no a partir de la acción contraria a la norma, sino desde el resultado y están emparentadas con la teoría de la relevancia propia de la anterior teoría del injusto causal.[16]

Como desventaja para el "finalismo" se puede mencionar, en mi opinión, la posición subjetivista defendida por *Armin Kaufmann* y sus discípulos, que se aparta de la posición *welzeniana*, pero que frecuentemente ha sido identificada con ella por los críticos.[17] Según *Armin Kaufmann*, mi colega y amigo de los tiempos de Göttingen y Bonn que murió siendo muy joven todavía, lo injusto del hecho doloso debería agotarse ya con el actuar y el resultado intentado sería solamente una suerte de condición objetiva de punibilidad. El injusto debería existir completamente ya con la tentativa acabada y la tentativa debería, por ello, ser determinada también según la teoría subjetiva. Así, al disvalor de acción le es acordado un significado idéntico al del disvalor de intención. Esta orientación ha encontrado sólo unos pocos seguidores debido a su alejamiento de un derecho penal de acto y debido a la consecuencia inevitable de que injusto y culpabilidad existirían en toda su extensión ya con la tentativa acabada según la representación del autor, de modo que, consecuentemente, para la punibilidad completa no sería necesaria más la causación del resultado.

15. Ver Jakobs, Strafrecht, *Allgemeiner Teil*, 2. ed., 1991, p. VII.

16. Ver Roxin (nota 8), § 11, núms. margs. 39 y ss.; Jescheck/Weigend (nota 8), pp. 286 y ss.; Lenckner (nota 12), previo al § 13, núms. margs. 91 y ss.; Wessels/Beulke, Strafrecht, *Allgemeiner Teil*, 33. ed. núms. margs. 178 y ss.

17. Ver, acerca de esa tendencia, Armin Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, en: *ZStW* 80 (1968), pp. 34 y 50 y s.; del mismo, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, en: *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 393, 403 y 411; Zielinski, *Handlungs* – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, pp. 135 y ss., y 205 y ss.; *del mismo*, en: *Alternativkommentar StGB*, 1990, §§ 15 y 16, núms. margs. 7 y 107; Struensee, Versuch und Vorsatz, en: *Gedenkschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 523 y 534 y ss.; del mismo, Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, en: *ZStW* 102 (1990), pp. 21 y 49; Sancinetti, *Subjektive Unrechtsbegründung*, 1996. Con ellos ha sido identificada, p. ej. por Mylonopoulos, *Über das Verhältnis von Handlungs* – und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981, pp. 59 y ss., y 129, la "teoría final de la acción".

4. Otras interpretaciones erróneas del "finalismo"

1. La objeción de mayor peso que ha sido dirigida al "finalismo" dice que pretende derivar decisiones jurídicas de la ontología. Se trataría de una suerte de representación iusnaturalista.[18]

Correcto es – como ya se mostró al comienzo – que el "finalismo" exige observar las estructuras y el contenido concreto de los objetos a los cuales está vinculado el ordenamiento jurídico en sus regulaciones. Aquí se trata sólo en parte de hallazgos ontológicos (p. ej., en los conceptos de acción y de causalidad). Junto a ello entran en consideración también fenómenos sociales generales (p. ej.: la culpabilidad, el honor, etc.). Por ello, analizado con precisión no se trata de una oposición entre lo óntico y lo social-normativo, sino de la relación entre las estructuras de la materia de regulación y el derecho. El derecho no inventa la realidad que pretende regular – pues sería irrelevante –, sino que regula una realidad que ya le viene dada. Una verdad tan simple y las consecuencias que de ella se derivan metodológicamente no tienen nada que ver con el derecho natural.[19] *Welzel*, a quien corresponde reconocer el mérito mayor en la superación del renacimiento del derecho natural alemán después de 1945, no puede, por ello, ser sospechoso en absoluto de ser un seguidor del derecho natural. Él, en consecuencia, nunca ha sostenido la fundamentación – usual entre los iusnaturalistas – de que los resultados obtenidos por la metodología exigida por él derogan los preceptos de derecho positivo que se les contrapongan. Sólo se trata de que las elaboracio-

18. Acerca de la objeción de que la ontología habría sido elevada a fuente del derecho, ver especialmente *Roxin*, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, *ZStW* 74 (1962), pp. 515, 518 y s., 522, 527, 547 y s., y 554; el mismo (nota 8), § 8, núm. marg. 25, y *Jakobs* (nota 14), p. VII. La objeción iusnaturalista es vinculada al punto de vista de la "naturaleza de las cosas". En esto, para *Maihofer* y *Hassemer* se trataría de "derecho natural concreto"; ver Maihofer, Die Natur der Sache, en: *ARSP* 1958, pp. 145 y 173 y s.; Hassemer, Juristische Hermeneutik, en: *ARSP* 1986, pp. 195 y 207.

19. Acerca de las diferencias frente al derecho natural, ver más detalladamente Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 3. ed. 1960, p. 198; Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, p. 41 y s.

nes científicas, en tanto que soluciones jurídicas correctas, muestren la necesidad eventual de reforma de la legislación. Si del análisis científico-dogmático surge que un precepto legal, debido a la errónea materia de regulación, es objetivamente incorrecto, ello no significa para los "finalistas" que el precepto en cuestión sea inválido, sino que la ciencia reclama su rectificación.[20]

Por cierto, es posible que alguno de los representantes del "finalismo" haya utilizado la palabra "ontológico" frecuentemente para fundamentar sus tesis, tal como ello ha sido justificado, y así ocasionar, en el ámbito parcial correspondiente, la impresión de una cierta anemia argumental. Ya se sabe: ninguna teoría es inmune a las exageraciones. Ante todo, sin embargo, el "finalismo" no ha tenido la intención de elevar sus fundamentos al rango de principios positivos.[21]

2. El reproche ocasionalmente perceptible de *escolasticismo* es cercano a la objeción frecuentemente formulada de ontologicismo. Desde la perspectiva de los críticos se tendría la impresión de que se trataría, en el caso de los "finalistas", exclusivamente de una cuestión de rúbricas dentro del sistema y de consecuencias formales del concepto de acción subyacente a esa dogmática. Ya en la discusión alemana algunos opinaban que esto se podría comparar con el mero desplazamiento de los muebles dentro de una vivienda. Frente a ello, no obstante, se debe señalar que no se puede tildar de ser interesante exclusivamente desde el punto de vista escolástico a

20. Hirsch, Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?, en: *Festschrift für Spendel*, 1992, pp. 43 y 57.

21. Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, 1957, p. 27. En la discusión es ostensible el argumento expreso de que la apelación a estructuras previamente dadas, que tendría que ser considerada por una legislación adecuada, sólo serviría para volver inatacable la visión de la acción del "finalismo". Sin embargo, por supuesto, el "finalismo" está abierto a significados divergentes de las estructuras de los fenómenos de la realidad. Si alguien pudiera mostrar que el fenómeno conformador del objeto de prohibiciones y mandatos está estructurado de otra manera a cómo se lo entiende hasta ahora por parte del "finalismo", ello daría ocasión para una rectificación del concepto de acción defendido hasta la actualidad por sus seguidores. Los "finalistas" se vuelven exclusivamente contra los productos jurídicos artificiales correspondientes y contra las interpretaciones que, descrito simplificadamente, designan como "acción" al mínimo común de todas las formas del hecho punible, mientras que de lo que se trata, respecto de la cuestión debatida, es en definitiva del objeto de prohibiciones y mandatos, es decir, de la acción.

un "finalismo" que entre sus objetivos tiende a la realización de la seguridad jurídica y de la cientificidad. No se trata, si se observa esa tendencia, de una construcción puramente formal. Antes bien, por medio de la revelación de los fenómenos verdaderos y de sus fundamentos se debe posibilitar que las cuestiones a decidir jurídicamente puedan ser claramente apreciadas y resueltas de modo apropiado.

3. Un reparo fundamental contra el "finalismo", sostenido más en el extranjero que hoy en Alemania, es el de *subjetivismo*. Según él, la colocación del dolo del autor en el injusto debe ser rechazada porque contradice las exigencias básicas del Estado de derecho existentes en la objetivización del injusto y deja reconocer una tendencia hacia un derecho penal de ánimo.[22]

Tal objeción es correcta por completo si se refiere a la reducción de los aspectos objetivos del hecho llevada a cabo por *Armin Kaufmann* y sus discípulos. Esa opinión subjetivista minoritaria ya ha sido por mí precedentemente criticada. En forma diferente a esa opinión, *Welzel*, en sus manifestaciones acerca del *disvalor de acción* y del supuesto de hecho del injusto, ha dejado intacta la parte objetiva del hecho. Por cierto que él, por medio de algunas formulaciones confusas, ha contribuido a la aparición de la orientación subjetivista. Pues también él hablaba de "disvalor de acto". Así se halla en la introducción de su tratado la conocida frase de que en el derecho penal se trata de "la evitación del disvalor objetivo o de resultado por medio de la penalización del disvalor de acto".[23] Sin embargo, como ya fue acentuado, era completamente ajeno a él extraer de ello las consecuencias subjetivistas que ha extraído esa orientación. Pues añadió asimismo la frase según la cual "que el ordenamiento jurídico castigue la negación *realmente cometida* de los valores del comportamiento

22. Esta objeción se refleja especialmente en que otros ordenamientos jurídicos se han mantenido aferrados al sistema objetivo desarrollado por la teoría del injusto causal y han rechazado preponderantemente la *teoría personal del injusto* hoy dominante – la mayoría de las veces combinada con la teoría de la imputación objetiva – en Alemania (esta teoría asume los resultados de la "teoría final de la acción", en vista de la pertenencia del dolo al injusto típico y de la sistemática de la imprudencia, pero sin aceptar la fundamentación teórica dada por la "teoría final de la acción").

23. Welzel (nota 7), p. 2.

adecuado a derecho y, con ello, asegure su efectiva vigencia, no significa que el ordenamiento amenace y persiga intenciones malas o peligrosas sin un actuar lesivo o riesgoso... pues únicamente el *acto efectivo* de cada disvalor puede desencadenar la pena... sólo debe rechazarse la interpretación según la cual el derecho únicamente tiene que ver con el comportamiento externo...".[24] A esto corresponde lo que *Welzel* escribió en vista de la acción de realización *acabada* querida por quien actúa: en los hechos esto surge solamente en último lugar del concepto de acción voluntaria, así que su comprensión correcta está dada fundamentalmente por su compatibilidad con el principio de hecho. Por ello, una reducción del disvalor completo de acción al disvalor de intención no es propia del "finalismo".[25] Esto tiene que ver con uno de los casos de la historia de los dogmas, en el cual una frase mal interpretada y propalada ha influido negativamente en la imagen externa de un concepto científico.

Por cierto, los críticos, especialmente fuera de Alemania, pretenden formular sus objeciones referidas al principio del Estado de derecho no en primer lugar contra la criticable opinión subjetivista minoritaria, sino que se dirigen también contra el hecho de que el contenido de la voluntad del autor deba tener importancia ya en el nivel del injusto, pues de este modo el delito no estaría estructurado de una forma objetivamente firme, sino que dependería de la disposición subjetiva del autor.

Frente a ello es preciso indicar, sin embargo, que el momento del querer en cuestión, esto es, en el caso de los delitos dolosos el dolo típico, es tenido en cuenta, según cada versión dogmática de un derecho penal de culpabilidad, entre los presupuestos del delito, ya sea en la culpabilidad o bien ya en el injusto. Pero tampoco el injusto es reducido, pues si bien la ausencia del dolo típico excluye, con razón, el injusto doloso de que se trate, queda en pie, no obstante, la posibilidad de que exista un injusto imprudente. Si falta también la imprudencia, entonces ya no queda más lugar alguno para un injusto penal. De una visión causal del resultado no surge injusto delictivo alguno.

24. Idem.
25. Más detalladamente al respecto, Hirsch (nota 8), *Gedächtnisschrift für Meurer*, pp. 10 y ss.

"Finalismo", entonces, no significa una renuncia al aspecto objetivo del injusto. Él solamente indica que el contenido de voluntad de la acción exige ser considerado desde el punto de vista de la estructura del delito no al llegar al nivel de la culpabilidad, sino ya en el nivel del injusto.

Posiblemente también la designación teoría del injusto "*personal*" haya dado ocasión al reproche de subjetivismo. En verdad, en Alemania, con independencia de la orientación finalista-subjetivista precedentemente criticada, hay autores que son de la opinión de que injusto "personal" significa que en general la representación subjetiva del autor tiene importancia, en vista del delito doloso, para fundamentar el injusto desde el punto de vista de sus elementos objetivos o excluirlo en el caso de los elementos objetivos de las causas de justificación. Así es expuesto frecuentemente en la actualidad el concepto de injusto "personal" para la teoría subjetiva en el supuesto de tentativa inidónea, para la relevancia de la previsibilidad individual en el caso de los delitos imprudentes y para la clasificación del error sobre el tipo de la permisión ya en el injusto.[26] Sin embargo, el concepto de injusto personal, en su sentido "finalista", señala únicamente que la *acción querida* (en la omisión: el querer omitir) debe ser tenida en cuenta en la determinación de la acción (u omisión) que conforma el objeto de un injusto dado (incluyendo el conocimiento de especiales elementos de la autoría o de la posición de garante, pues ello hace a la impronta del comportamiento en cuestión). Todo lo demás es subjetivismo sin base científica clara. "Personal" no significa aquí, en modo alguno, la subjetivización del injusto, sino solamente que para la consideración de un comportamiento como adecuado al injusto no basta ya con los elementos objetivos, sino que debe haber, antes bien, una manifestación de voluntad.[27]

26. Ver, p. ej., la posición subjetivista respecto de la tentativa inidónea en Herzberg, *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, pp. 257 y ss., respecto de la imprudencia en Stratenwerth, Strafrecht, *Allgemeiner Teil I*, 4. ed., 2000, § 15, núms. margs. 12 y ss., y respecto del error sobre el tipo de la permisión en Roxin (nota 8), § 14, núm. marg. 71.

27. Más detalladamente Hirsch (nota 8), *Gedächtnisschrift für Meurer*, pp. 7 y ss. Referente a la tentativa inidónea esto no significa que baste ya con cualquier actividad directa de resolución

4. Junto a las objeciones básicas expresadas con anterioridad aparecen en la ciencia penal argumentos dogmáticos, que afectan a aspectos particulares.

a) Ya fue advertido el malentendido según el cual el *concepto de acción* se referiría a un *concepto universal de comportamiento*. Como demuestran las construcciones conceptuales presentadas en esta dirección, desde el llamado concepto "social" hasta el llamado concepto "personal" de acción, su valor declarativo es mínimo.[28] Con él, en la práctica, no se va más allá de afirmar que para un comportamiento jurídico-penalmente relevante no bastan los meros reflejos. Pero aún cuando fuera útil configurar un supraconcepto general, que comprendiera los aspectos comunes del actuar y el omitir, del comportamiento doloso y del imprudente, no se conseguiría más que determinar los elementos estructurales comunes del actuar consistente en un hacer, al que se dirigen mandatos y prohibiciones. En la medida en que no se diferencien ambas cuestiones, se está hablando de cosas completamente distintas.

b) También juegan un papel considerable las objeciones que provienen del ámbito de la imprudencia. En el sentido de la idea procedente del concepto causal de acción, según el cual la acción típica en los delitos dolosos e imprudente coinciden en la causación de un resultado, se aduce que el concepto "final" de acción en el delito imprudente no sirve, ya que en él el resultado no es comprendido por la voluntad.[29] Dado que *Welzel* estableció primero que la parte objetiva

a cometer el hecho, sino que es preciso un acto de realización, idóneo desde la perspectiva objetiva ex ante, que debe estar abarcado por el dolo y, en consecuencia, debe estar dado también un comienzo objetivo de ejecución; ver al respecto, en particular, Hirsch, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, en: *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 711 y 719 y ss. Y respecto de la imprudencia surge que del "finalismo" subyacente a la teoría personal del injusto sólo se sigue la relevancia del realizar voluntariamente la acción valorada en general como contraria al deber de cuidado, mientras que la previsibilidad individual de la posibilidad del resultado tiene importancia sólo dentro de la cuestión de la culpabilidad; ver, acerca de la imprudencia, los desarrollos siguientes, bajo el punto 4 b, como también, más detalladamente, Hirsch, Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, en: *Festschrift für Lampe*, 2003, pp. 515 y 524 y ss.

28. Ver acerca de los conceptos de acción supra nota 8.

29. Así Jescheck/Weigend (nota 8), pp. 221 y s.; Roxin (nota 8), § 8, núm. marg. 21, entre otros.

del injusto doloso y del injusto imprudente eran idénticas, al principio surgió también para él aquí un problema.[30] Esto se resolvió, sin embargo, cuando en los años 50 se reconoció, acudiendo a investigaciones anteriores de *Engisch*, que la acción constitutiva del objeto de la prohibición en el delito imprudente consistía en la acción voluntaria valorable como contraria al cuidado debido (p. ej., en la conducción voluntaria con una velocidad determinada). El resultado no pertenece por ello en absoluto a la acción, sino que, a diferencia del delito doloso, en el que queda comprendido por la voluntad de la acción, en la imprudencia sólo representa una consecuencia de la acción contraria a la norma a determinar de acuerdo a criterios de imputación.[31]

Esta constatación ha impregnado fuertemente la discusión sobre los presupuestos de lo injusto del delito imprudente. Al mismo tiempo ha puesto de relieve que las cuestiones referentes a la justificación se resuelven sólo en el ámbito de la acción antinormativa contraria al cuidado debido, pero no en el del resultado.[32]

Justamente en el análisis del delito imprudente se ha mostrado el "finalismo" extraordinariamente fructífero.[33]

30. Ver Welzel, Das deutsche Strafrecht, 1947, pp. 22, 82 y ss, quien en un principio buscaba una solución en el tipo subjetivo mediante la asunción de una "finalidad potencial".

31. Ver la exposición en Welzel (nota 7), pp. 129 y ss. El contenido de la voluntad no es aquí jurídicamente irrelevante, como opina Roxin (nota 8), § 8, núm. marg. 21. En la misma medida en que tampoco lo es en los delitos de peligrosidad. Y ello porque se trata del contenido de la voluntad relativo a la contrariedad al cuidado debido, esto es, en referencia al objeto del mandato normativo vulnerado en el delito imprudente, que conforma la acción.

32. Al respecto Hirsch, en: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. ed. 16. fasc., 1994, previo al § 32, núms. margs. 49 (general) y 107 (referente al consentimiento).

33. El tratamiento de la acción *contraria al cuidado debido* como requisito del injusto del delito imprudente ha desatado un intenso debate sobre la dogmática de la imprudencia. En los trabajos realizados por los "finalistas" hasta los años cincuenta no se tuvo en cuenta que ya *Engisch* había puesto de relieve su carácter de injusto (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, pp. 227 y s.), bien que sin extraer amplias consecuencias sistemáticas. También fuera de Alemania se ha avivado considerablemente la discusión; ver los trabajos sobre "finalismo" de Philippides, Dedes y Benakis en Grecia, Santamaria en Italia, Fukuda en japón, Moreno Hernández en Méjico, Cerezo Mir en España, entre otros.

c) La palabra "final" ha ocasionado críticas al "finalismo".[34] Se objeta que el actuar humano no siempre está guiado finalmente. Esto se confirmaría a través del dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. Pero se trata sólo de una cuestión terminológica. *Welzel* tomó la palabra "final" del ya mencionado filósofo *Nicolai Hartmann*. Éste la utilizaba abiertamente porque las acciones dirigidas finalmente constituyen la mayor parte y porque "la voluntad" se equipara fácilmente con la voluntad "libre". "Final", por el contrario, deja intacta la cuestión de la libertad. Más exactamente debería hablarse de la acción voluntaria, como *Welzel* hizo originariamente.[35]

d) Una objeción supuestamente central contra el "finalismo" procede del llamado *error de tipo permisivo*, p. ej. la legítima defensa putativa. Debido a que *Welzel*, y este autor, habíamos clasificado a este caso de error como un error de prohibición y no como uno excluyente del dolo, se pondría de relieve que no se puede resolver coherentemente esta cuestión con una dogmática que parta del "finalismo".[36]

Pero esta objeción sólo puede ser expresada por parte de quien sostenga una teoría de los elementos negativos del tipo consecuente, en el sentido de que la existencia de una causa de justificación implica que no se da una acción de matar o lesionar, y por tanto, en el error de tipo permisivo se suprimiría el delito doloso ya por defecto de la parte de la voluntad de estas acciones. El "finalismo" orientado a los fenómenos reales no podría de hecho participar en semejante perspectiva, puesto que no se prescinde de la existencia real de una acción de matar o de lesionar. Los partidarios de una teoría del error que ubica el error de tipo permisivo ya en el ámbito del injusto, proceden de tal manera que, o bien dividen el injusto en dos partes, a saber, "fundamentación del injusto" y falta de "exclusión del injusto"

34. Hardwig, Die Zurechnung, 1957, p. 81; Jakobs (nota 14), 6/12; Schmidhäuser, Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmale im Strafrechtssystem, en: *ZStW* 66 (1954), pp. 27, 36 y s.; entre otros.

35. *Welzel* (nota 3), ZStW 51 (1931), p. 19. Ver, frente a la crítica a la denominación "final", también Welzel (nota. 7), pp. 37 y 131, quien subrayaba la imprecisión de la palabra.

36. Así, en especial, Roxin (nota. 17), *ZStW* 74 (1962), pp. 515, 538 y 548 y s.

(construcción dualista del delito), o bien sostienen nominalmente una construcción tripartita del delito, pero no confieren relevancia valorativa alguna a la diferencia entre la esfera del tipo "fundamentadora del injusto" y la esfera de la antijuridicidad relativa a la cuestión de la justificación.[37] Dado que desde la perspectiva subjetiva debe valer para la "fundamentación del injusto" lo paralelo a las causas de justificación, entonces el error de tipo permisivo debe excluir el injusto del tipo doloso ya por defecto de la parte subjetiva del injusto designada como "dolo", o bien en cualquier caso por faltar el injusto doloso.[38] Sin embargo, en la medida en que en esta construcción se contraponen la acción típica "fundamentadora del injusto" y la acción referente a la justificación, se toma como base en su estructura acciones voluntarias, de modo que el concepto de acción permanece intacto. Esto no tiene que ver con problemas de la acción, sino con cuestiones de la lógica normológica así como de los contenidos de valoración de la esfera del tipo y de la justificación.

La mayoría de los partidarios del "finalismo", si bien no todos, se pronuncian en el sentido de la opinión dominante según la cual el error de tipo permisivo se examina sólo como un problema de la culpabilidad.[39] Esto se infiere porque, en otro caso, la justificación putativa tendría la misma consecuencia que la justificación. Esto se muestra especialmente en el caso de la inevitabilidad individual del error. La teoría minoritaria que niega ya la existencia del injusto conduce aquí al ilógico resultado de trasladar al lesionado el riesgo del autor de poder equivocarse acerca de la existencia de una facultad de agresión excepcional mediante una

37. Ver Stratenwerth (nota 25), § 7, núms. margs. 13 y s., § 9, núm. marg. 158; Roxin (nota 8), § 10, núms. margs. 23 y s.; Lenckner (nota 12), previo al § 13, núms. margs. 19 y 60, con ulteriores referencias.

38. Ver las referencias en nota 36.

39. Ver Welzel (nota 7), pp. 168 y ss.; Hirsch (nota 1); Maurach/Gössel, Strafrecht. *Allgemeiner Teil*, Band II, 7. ed., 1989, § 42, núm. marg. 36; entre otros que siguen la teoría "estricta de la culpabilidad". Extramuros del "finalismo" se sostiene su ubicación, según la opinión dominante, en sede de culpabilidad, con base mayoritariamente en la "teoría restringida de la culpabilidad" (BGH NJW 1982, pp. 2.831, 2.832 [al final]), o en la llamada "teoría de la culpabilidad orientada a las consecuencias jurídicas" (Jescheck/Weigend [nota 8], pp. 430 y 463 y ss., con amplias referencias).

acción voluntaria dirigida a vulnerar un bien jurídico. El ofendido sería objeto de una agresión conforme a derecho y tendría por tanto consecuentemente el deber jurídico de soportarla.

La concepción que niega ya el injusto doloso constituye un ejemplo de una incorrecta subjetivización del injusto. En el error de tipo permisivo se trata sólo de la pregunta acerca de cómo actúa esto en el seno de la culpabilidad: si, dado que mayoritariamente es un error que versa sobre hechos, se opone a una culpabilidad dolosa específica, o bien si debe tratarse conforme a los presupuestos generales del error de prohibición. La decisión acerca de esta cuestión valorativa debe tomarse con independencia de la teoría de la acción.[40]

e) Como supuesto punto crítico del "finalismo" se menciona también *la posición del resultado.*[41] Ya fue mencionada más arriba la orientación seguida dentro del "finalismo" por *Armin Kaufmann*, que no solamente postula la separación del resultado respecto a la acción contraria a la norma en el delito imprudente, sino que afirma este postulado con carácter general. Según este planteamiento el injusto del delito doloso debe consistir sólo en una actuación, pese a que el resultado aquí, a diferencia del delito imprudente, sí está comprendido por la voluntad. Esto no se corresponde, como ya se subrayó, con el punto de vista de *Welzel*. Los enemigos del "finalismo" opinan, con todo, que la perspectiva de *Kaufmann* y sus discípulos es una consecuencia necesaria y, con ello, se demostraría la incorrección del "finalismo".

En esta objeción se pasa por alto, sin embargo, que la acción consumada consiste en la realización de lo planeado. En el supuesto de la acción se trata de una prestación en el sentido de que el ser humano, en la medida en que dirige

40. Con más detalle sobre ello Hirsch, Der Streit um Handlungs – und Unrechtslehere (Teil II), en: *ZStW* 94 (1982), pp. 239 y 262 y ss. El argumento introducido por quienes sostienen que el error de tipo permisivo niega ya el injusto del delito doloso, según el cual de otro modo se pasaría por alto la dimensión social del desvalor de acción, subestima justamente el aspecto social a través de una subjetivización semejante del injusto. Esto queda reflejado en las consecuencias anteriormente mencionadas. Una solución bajo puntos de vista de la culpabilidad ofrece el art. 29 del Código Penal de Polonia.

41. Véase especialmente Mylonopoulos (nota 16), pp. 67 y ss., y 129 y s.

el acontecimiento causal de acuerdo a su voluntad, realiza lo querido por él. Sin embargo, esta prestación se frustra cuando quien actúa no alcanza el resultado pretendido. El afectado no ha logrado impulsar el acontecimiento causal en la medida suficiente para verificar su voluntad de realización; no ha tenido éxito a la hora de sobredeterminar correspondientemente su voluntad. La acción planeada, por ello, no pasa de ser sólo intentada.[42]

f) Por otro lado, se le ha reprochado al "finalismo" que su crítica al antiguo causalismo se queda corta porque dirige su atención *unilateralmente al tipo subjetivo.* Las verdaderas restricciones tendrían que asumirse ya en el tipo objetivo del injusto. A partir de ahí se ha desarrollado la actual teoría de la "imputación objetiva", que llama la atención acerca de que el tipo objetivo del injusto requiere, junto a la causación del resultado, ulteriores criterios objetivos.[43]

De hecho *Welzel* creyó poder restringir suficientemente la ilimitada extensión del concepto causal de acción al ordenar el dolo típico en el tipo de lo injusto a través de la demostración del carácter de la acción como acción voluntaria. A su vez el concepto de la adecuación social, introducido por él, tendría que servir para llevar a cabo otras correcciones periféricas del tipo que también fueran necesarias.[44] Un ejemplo de manual, a la luz del cual se exponen estas cuestiones teóricas, es

42. Sobre la acción como prestación, ver Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4. ed., 1961, pp. 12 y s.; Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, en: *Festschrift für Böckelmann*, 1979, pp. 155, 164; *Hirsch* (nota 39), pp. 244 y s.; del mismo (nota 8), *Gedächtnisschrift für Meuer*, p. 13.

43. Sobre ello, ver en particular Roxin (nota 8), § 11, núm. marg. 39 y ss.

44. Este concepto acuñado por Welzel debería dejar fuera del tipo "formas de comportamiento relativas a la libertad de acción socialmente *normales*" (ver Welzel [nota 7], pp. 55 y ss.). La adecuación social constituía para *Welzel* un importante punto de vista en sus esfuerzos por dotar de contenido material al concepto del tipo, el cual había sido alejado por el causalismo de cualquier contenido normativo. Sin embargo no estaba en el centro de su concepción dogmática, como se demuestra en los casos mencionados por él (loc. cit., pp. 55 y ss.). Que inicialmente extendiera el concepto a propósito del sistema de sanciones y de las acciones de guerra (distanciándose posteriormente, loc. cit., p. 57), se explica por el espíritu de aquellos años. Sólo marginalmente se ha puesto de relieve que autores contemporáneos que rechazan una diferencia valorativa entre exclusión del tipo y justificación, sostendrían consecuentemente todavía hoy la consideración de acciones de guerra lícitas.

el del "tío de la herencia", es decir, aquel en el que alguien convence a su tío (del cual espera heredar) para que tome un vuelo corriente, con la esperanza de que se produzca un accidente y fallezca, cosa que casualmente sucede. Solucionar este supuesto simplemente mediante la "adecuación social" borra sin embargo el planteamiento de las cuestiones teóricas.[45] De todos modos *Welzel* acudió en raras ocasiones al concepto, porque no se correspondía con sus esfuerzos por buscar deducciones dogmáticas precisas.[46] Además hay casos dogmáticamente paralelos en los cuales acudir al concepto de la conformidad social no sirve en absoluto (con frecuencia se expone el ejemplo sólo teórico de que alguien envía a otro al bosque justo antes de que comience una tormenta con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo, cosa que sucede). Aquí *Welzel*, con la teoría tradicional, negaba en primer lugar el dolo.[47] Que éste falte es, con todo, sólo una consecuencia de los déficit que se producen ya en el plano objetivo.

Es un mérito de la teoría de la imputación objetiva,[48] fundada por *Honig* e intensivamente profundizada por *Roxin*, poner de relieve la existencia de requisitos en el ámbito del tipo objetivo de lo injusto que *Welzel* no llegó a descubrir. Sin embargo, lo que esta teoría pasa por alto es el hecho de que los casos, en los cuales existen verdaderos déficit en la dogmática desarrollada hasta ahora, no afectan en primer término a requisitos de naturaleza específicamente jurídico-penal. Más bien se pone de relieve que en la problemática abordada se trata de puntos de vista

45. Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, en: *ZStW* 74 (1962), pp. 78 y 100 y s.; del mismo, Zur Lehre von der objektiven Zurechnung, en: *Festschrift für Lenckner*, 1998, pp. 119, 122 y s., y 126; Roxin, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, en: *Festschrift für Klug*, t. 2, 1983, pp. 303 y 310 y s.

46. Ver los casos mencionados en *Welzel* (nota 7), pp. 55 y ss.

47. Welzel (nota 7), p. 66. Acerca de la teoría tradicional, ver Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. ed., 1931, § 59, anot. V.

48. Ver sobre ello Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, en: *Festgabe für Frank*, t. 1, pp. 174 y ss.; Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung, en: Festschrift für Honig, 1970, pp. 132 y ss.; del mismo (nota 8), § 11, núms. margs. 1 y s., pp. 39 y ss. Sobre los numerosos posicionamientos ulteriores de Roxin, así como de otros partidarios de esta teoría, ver las referencias allí, en §11, previo al núm. marg. 1.

relacionados con la dominabilidad objetiva del curso causal o de la aptitud de realización a contestar desde la perspectiva *ex ante*, que constituyen ya requisitos objetivos prejurídicos de *toda acción*.[49]

Por lo que se refiere a los demás casos de aplicación de la teoría de la imputación objetiva, se debe huir de la idea de acollar los diferentes elementos en el tipo objetivo de forma casuística. Que esto es lo que hace la teoría de la imputación objetiva se deduce de su preocupación por establecer una identidad de los elementos del tipo objetivo del injusto del delito doloso e imprudente, como sucedía en la antigua concepción causal del injusto.[50] En este sentido, puntos de vista que tienen que ver con la imputación del resultado producido mediante una acción imprudente van a parar a los presupuestos del injusto del delito doloso. Por ello debería realmente aclararse entretanto que el injusto doloso e imprudente se diferencian entre sí también objetivamente.[51]

g) Junto a ello se objeta que el "finalismo" es una doctrina del hecho activo que no comprendería el omitir.[52] Es correcto que una acción sólo consiste en un hecho activo. Ya se dijo que el concepto de acción no debe confundirse con un concepto general de comportamiento que conduzca a una fórmula, de por sí improductiva, unificadora del mínimo común a cualquier forma de comportamiento humano.

Los mandatos existentes tras los delitos omisivos tienen por objeto una acción en el sentido elaborado por el "finalismo": precisamente la acción que debe llevar a cabo el autor, normalmente una acción de salvación. Mientras que en los delitos cometidos por vía activa el hecho consiste en una acción realizada, en

49. Con más detalle sobre ello Hirsch (nota 44), Festschrift für Lenckner, pp. 133 y ss.

50. Véase Roxin (nota 8), § 11, núm. marg. 44, y § 24, núms. margs. 10 y ss.

51. Ver *BGHSt.* 42, pp. 235 y 236 y s.; y en particular, Hirsch (nota 44), Festschrift für Lenckner, pp. 139 y s. La diferenciación resulta de que en el delito de resultado imprudente se trata de una acción de riesgo prohibida, que tiene como consecuencia la aparición del resultado como efecto. En el delito doloso de resultado, por el contrario, tiene que ver con el injusto de una concreta acción de realización del resultado.

52. Jescheck/Weigend (nota 8), p. 223; Maiwald, Abschied vom strafrechtlichen handlungsbegriff?, en: *ZStW* 86 (1974), pp. 626 y 651 y s.; *Roxin* (nota 8), § 8, núm. marg. 19; entre otros.

los delitos omisivos consiste en su no-realización. En este medida se trata, por tanto, de una diferencia como la que media entre "a" y "no a".[53] Los presupuestos del delito omisivo se determinan por ello de forma autónoma. Se muestra con esto que en ellos el dolo ya pertenece al tipo del injusto, ya que en la pregunta acerca de si se llevó a cabo o no la acción voluntaria, la decisión a favor o en contra de la salvación adquiere ya relevancia en la esfera del injusto.

h) Finalmente se aduce que el "finalismo" conduce a un *vaciamiento del concepto de culpabilidad.*[54] En la medida en que se ordena el dolo en el injusto, no quedaría un contenido sustancial para la culpabilidad. Prescindiendo de que en la tentativa ya se verifica hasta ese momento el dolo del tipo del injusto (y por ello surge la pregunta de por qué no continúa siendo elemento del injusto ante la aparición del resultado, sino que debe ser sólo elemento de la culpabilidad), aquella objeción resulta de la antigua concepción, según la cual la culpabilidad consiste en dolo e imprudencia. Por el contrario, ya la definición de la imputabilidad justamente como capacidad de reconocer el injusto y motivarse de conformidad a ese conocimiento, es posible ver la incorrección de esa objeción. Se puede actuar dolosamente y, sin embargo, ser inimputable. Con el "finalismo" queda claro por vez primera de qué se trata en la culpabilidad: el poder individual de conocer el injusto del hecho doloso o imprudente, y la posibilidad de comportarse de conformidad a ese conocimiento.[55] Expresado en elementos especiales esto significa: se trata de

53. Así ya Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, pp. 140 y ss.

54. Ver, p. ej., Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, p. 34. Welzel rechaza "la queja acerca del vaciamiento del concepto de culpabilidad" con la fundamentación de que ésta desconoce "la relación interior entre la disolución de la errónea y superada pareja conceptual 'objetivo-subjetivo', y su sustitución a través de la subjetivización del injusto por la pareja conceptual 'deber-poder' en el desarrollo de la teoría del injusto y la culpabilidad" (ver supra, nota 7, p. 141).

55. Con más detalle Welzel (nota 7), pp. 138 y ss.; Hirsch (nota 31), previo al § 32, núms. margs. 183 y ss., y 187 y ss. Así también expresamente el tenor literal de la regulación alemana de la imputabilidad (§§ 20 y 21 del Código Penal). Tampoco es una contradicción que el "finalismo" conecte el concepto de acción a un diagnóstico psíquico real, pero parta en la culpabilidad de

imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, y causas de exculpación (o de disculpa). En particular hay que observar que la culpabilidad presupone el injusto. No hay culpabilidad sin injusto. En consecuencia la determinación de la culpabilidad, según la cual alguien es culpable de un delito, significa que concurre también el correspondiente injusto. El dolo y la imprudencia confluyen pues igualmente como elementos del injusto en el juicio de culpabilidad definitivo.[56]

5. Resultado global

Tras todo lo dicho se puede constatar que los supuestos déficit del "finalismo" en una consideración más exacta no son tales, sino que se trata más bien de representaciones fijas de esta concepción que sólo representan estadios intermedios de su desarrollo. Tras él se hallan comprensiones, tales como la necesidad de observar las estructuras de los objetos previas a la regulación jurídica, y el ejercicio de una dogmática penal científica que deriva de principios jurídico-penales fundamentales, como un derecho penal de hecho, el delito como violación de la norma, el principio de culpabilidad, la diferencia entre injusto y culpabilidad, etc., de modo que se buscan las soluciones dogmáticas correctas con independencia de las legislaciones nacionales.[57]

De ello deriva una ganancia no sólo científica, sino también para el Estado de derecho, que, por si fuera poco, se corresponde con la actual tendencia general a la globalización que exige una internacionalización de la ciencia penal. El fuerte incremento de la discusión internacional de las cuestiones dogmáticas confirma

un concepto normativo, porque sólo pueden ser prohibidas acciones reales. En la culpabilidad, por el contrario, se trata de una valoración del hecho cometido, en la que en cualquier caso los diagnósticos psíquicos constituyen un punto de encuentro (justamente los mencionados con anterioridad).

56. Sobre ello Hirsch (nota 31), previo al § 32, núm. marg. 184; del mismo (nota 38), pp. 244 y s.

57. Ver, con más detalles acerca del significado e importancia de un entendimiento propio de la ciencia de este tipo, Hirsch (nota 19), pp. 43 y ss. Asombra que muchos teóricos del derecho penal se pronuncien en contra de la emancipación de la ciencia penal y opinen que su misión es limitarse a la interpretación de las estipulaciones legales.

un aspecto ya mencionado de la finalidad metodológica del "finalismo": especialmente con relación a las teorías generales, alcanzar conocimientos que puedan reivindicar validez científica más allá de las fronteras nacionales.[58] El "finalismo" constituye por consiguiente un importante estadio de desarrollo de la dogmática penal. Por el contrario, aquellas nuevas concepciones dogmáticas que sostienen un normativismo orientado a un "derecho penal en una sociedad de configuración preexistente", representan una vuelta al positivismo legal nacional con una nueva vestidura.[59] No se trata pues de un concepto orientado al futuro, sino al pasado; justo lo contrario de lo sostenido por *Welzel*.

Como se ha mostrado con anterioridad los conocimientos producidos tras *Welzel*, p. ej. en la teoría de la imputación objetiva de *Roxin*, pueden ubicarse sin dificultad en el sistema dogmático del "finalismo" y ser dotados aquí de la ineludible explicación dogmática. Se puede, p. ej., poner de relieve que conclusiones obtenidas sólo casuísticamente pueden explicarse por lo demás como cuestiones generales de la estructura de las acciones humanas.[60]

A diferencia de algunas nuevas corrientes, como p. ej. la de Jakobs que es en México especialmente tenida en cuenta, el "finalismo" se caracteriza por conferir a la dogmática la función de posibilitar una aplicación segura y calculable por medio de conceptos precisos. Por el contrario, en la medida en que algunos actualmente discuten conceptos dogmáticos acudiendo para ello directamente a nociones totalmente indeterminadas como, p. ej., estabilización

58. Ver también ya Welzel (nota 5), p. 5. Acerca de la delimitación de los ámbitos relativos a los conocimientos válidos con carácter general y las diferentes consideraciones valorativas nacionales que permanecen intactas (sobre todo en la Parte Especial y en las consecuencias jurídicas del delito), ver, con más detalles, Hirsch (nota 19), pp. 54 y ss.

59. Así, según Jakobs (nota 14), p. VII: "Son válidas las pretensiones del derecho penal en una sociedad de configuración preexistente... El fin es la óptima... sistematización del derecho vigente". Frente a esto pone de relieve Moreno Hernández que en tales concepciones, sobre todo en su versión extrema, "la vuelta subyacente al normativismo en cierta medida no significa otra cosa que una vuelta al positivismo jurídico" (Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, en: *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 69 y 90).

60. Ver supra en nota 48.

de la norma, impresión de conmoción jurídica, prevención general positiva, competencia organizativa, competencia institucional, interacción y otras parecidas, se pone en cuestión la utilidad de la dogmática.[61] Las amplias fórmulas y las con frecuencia tan sólo prolijas explicaciones ofrecidas no permiten saber si tales opiniones doctrinales están en posición de desarrollar un sistema propio. Da la impresión de que los resultados proceden en su mayoría de la dogmática tradicional, inclusive de la doctrina personal del injusto.[62] Debido al impreciso y diferente arsenal conceptual y al relativismo de las afirmaciones – que ha llevado a la caracterización de la culpabilidad como un concepto que "proporciona una prestación regulativa... para una sociedad de constitución determinada"[63] – semejantes conceptos traen consigo una ruptura con la evolución dogmática llevada a cabo hasta el momento, mientras que el llamado "finalismo" sólo implica un avance en dicha evolución. Se trata de un progreso que también contribuye a la humanización de la perspectiva jurídico-penal, ya que el "finalismo" elabora los elementos del delito no a partir del resultado, sino de la acción contraria a la norma, y comprende la acción humana no como mero proceso causal, sino como acción voluntaria.

El "finalismo" se ha convertido, a través de la larga discusión concentrada en torno al mismo en las primeras décadas posteriores a la guerra, en algo así como un "tema atractivo". Máxime cuando en cada debate tiene lugar una fijación unilateral en la dogmática penal, lo que trae consigo un abandono de otros ámbitos de las ciencias penales como la política criminal. En último término esto sólo es expresivo de los intereses científicos de los penalistas que entonces

61. Ver la utilización de tales conceptos vagos en la argumentación dogmática especialmente en Jakobs (nota 14), *passim*, algunos también en Roxin (nota 8), *passim*. Frente a esto exigía v. Liszt ya hace más de un siglo "conceptos claramente aprehensibles y un sistema cerrado" (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1881, prólogo).

62. Ver, p. ej., Jakobs (nota 14), pp. XI y ss.; y Roxin (nota 8), § 7, núms. margs. 51 y ss.

63. Así Jakobs (nota 14), pp. 17/22.

marcaban tendencias,[64] pero no acerca del valor práctico y los fines del llamado "finalismo". El "finalismo" es un concepto tocante a los elementos estructurales generales del delito. Se ocupa, por tanto, de la parte fáctica de un derecho penal de hecho. Por el contrario, es independiente de las teorías de la pena y de la política criminal.[65] Sin embargo adquiere relevancia para estas últimas en la medida en que determina con precisión los requisitos generales del delito (p. ej. acción, dolo, imprudencia, culpabilidad, etc.) resultantes de los principios fundamentales que rigen para el mismo (derecho penal del hecho, principio de culpabilidad, etc.), y con ello marca límites frente a la expansión y la arbitrariedad de la legislación y la jurisprudencia. Entremezclar dogmática penal y política criminal, como puede apreciarse modernamente bajo signos normativistas, pasa por alto esta función, que justamente tiene como presupuesto la distinción de estos dos ámbitos. El provecho que ha conllevado el "finalismo" para la dogmática, que sigue siendo la parte más importante de la ciencia penal, encuentra una muy imprecisa y fuertemente reducida expresión con el término "finalismo". Por otra parte, no puede acotarse el estudio científico a los trabajos de *Welzel.* Estos estaban en parte inconclusos, o bien fueron "fletados" a través de residuos de las fases iniciales que invitaban a confusiones. Los presupuestos y consecuencias del "finalismo" han sido desarrollados y profundizados desde entonces. Hoy se

64. Se atribuye la concentración en la dogmática a que en Alemania durante los años veinte, con el comienzo de la toma del poder por los nacionalsocialistas, se interrumpió el por entonces importante cultivo científico de la política criminal, mientras que en el período de Hitler la dogmática de la Pare General ofreció un ámbito en el que se podía trabajar científicamente sin tener que quedar expuesto de modo necesario en lo ideológico. Esta restricción tuvo repercusión en el período de posguerra y la política criminal, a través ante todo de la aparición de un círculo alternativo, en el que en los años sesenta se habían reunido los representantes de la siguiente generación, fue fuertemente cultivada como ciencia de nuevo en Alemania.

65. Ver también Welzel supra nota 5. El hecho de que él sostuviera la teoría de la retribución (ver supra. nota 7, p. 238), no afecta al "finalismo" en absoluto. El concepto de la acción es también independiente de las teorías de la pena porque para él es decisiva qué estructura tiene el fenómeno conformador del objeto de prohibiciones y mandatos.

trata de un estado de cosas de la concepción fundada por *Welzel* que debe ser valorado científicamente a partir del *estadio actual*. Para un enjuiciamiento de este tipo no es suficiente con retroceder a los estudios publicados en la mitad del siglo pasado. Entretanto numerosos fines generales o especiales del "finalismo" han sido abordados en el modo de trabajar de muchos penalistas, en todo o en parte, sin que por ello se perciban a sí mismos como "finalistas".[66]

66. Así, escribe Jescheck que "hay que contar con que los pensamientos sistemáticos que subyacen al concepto de delito del finalismo se irán imponiendo todavía más porque estos son convincentes incluso con independencia de la doctrina final de la acción. En esta dirección apuntan (en Alemania) casi todos los manuales y comentarios" (Jescheck/Weigend [nota 8], p. 214).

Virus informáticos y delito de daño en el derecho penal argentino

Pablo A. Palazzi

Abogado (UCA, Argentina y New York State Bar Assoc). Agente de Propiedad Industrial. Profesor Facultad de Derecho Universidad Austral. Consejero Centro de la Propiedad Intelectual de la Universidad Austral. Ex-Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sumario: 1. Concepto y evolución de los virus informáticos – 2. Aplicación del Código Penal argentino a los virus informáticos: 2.1 Caso Pinamonti; 2.2 Caso Vecchio; 2.3 Caso Gornstein; 2.4 Caso Debandi; 2.5 Caso Kohler Antelo; 2.6 Caso Marchione: 2.6.1 Daño informático; 2.6.2 Interrupción o entorpecimiento de la comunicación telefónica – 3. Necesidad de tipificar el delito de daño informatico y el de creación o difusión de virus informático – 4. Los virus informáticos como protección de la propiedad intelectual y los negocios contractuales – 5. Responsabilidad civil por la propagacion de un virus informatico – 6. Legislación sobre daño informatico y virus en el derecho comparado: 6.1 Evolución del concepto de la propiedad informática bajo el common law; 6.2 Legislación y jurisprudencia en Estados Unidos; 6.3 Legislación y jurisprudencia inglesa; 6.4 Otros países – 7. Conclusiones.

Resumen: El autor examina la aplicación de las normas del código penal argentino al accionar de un virus informático y comenta los casos a la fecha que han ocurrido en la jurisprudencia nacional y comparada.

Abstract: The author analyses the applicability of the criminal laws of Argentina to computer virus actions and comments the case law of that country and comparative law cases.

Palabras clave: Virus informático – Daño – Informática – Internet – Interrupción de comunicaciones – Derecho comparado – Argentina – Ciberdelito.

Key words: Computer virus – Crime – Internet – Damage – Comparative Laws – Argentina – Cyber crime.

1. Concepto y evolución de los virus informáticos

Un virus informático no es un organismo con vida propia, a pesar de la analogía que presentan con los virus biológicos: ambos se reproducen engañando el metabolismo del huésped al que infectan; este proceso produce alteraciones en el metabolismo del cuerpo (o en el funcionamiento de la computadora); pueden llegar a tener un tiempo de incubación y finalmente desarrollan su efecto final. En el caso de los virus informáticos este efecto suele ser la destrucción o borrado de las memorias, tanto magnéticas como electrónicas de la misma, o la alteración del normal funcionamiento del sistema.

Un virus de ordenador es un programa que tiene la capacidad de hacer copias de si mismo en otras computadoras y producir un efecto determinado por su autor, que puede ser inofensivo o dañino (aunque este último suele ser el efecto en la mayoría de los casos). Un virus funciona infectando el sistema operativo de la computadora. De esta manera, puede controlar todas las operaciones que realiza el ordenador. Si entre las instrucciones de este sistema operativo se inserta subrepticiamente un grupo de ordenes que hagan funcionar a la computadora correctamente, pero que llegada cierta fecha o sucedido determinado hecho activa una rutina que destruye la información de la memoria, disquete o disco rígido, estaremos en presencia de un virus informático.

Los virus informáticos no son ninguna novedad. Surgieron hace mucho en la teoría pero no tienen mas de algunos años en la práctica. Ya en 1949 John von Newmann, brillante matemático húngaro de su época, publica un artículo llamado "Theory and organization of Complicated Automata"[1] donde expone la idea de

1. Ver texto completo de la obra en http://www.walenz.org/vonNeumann/.

un programa que se reproduce y por lo tanto esta vivo. Seis años mas tarde, en su libro *The Computer and the Brain* hace una disertación teórica sobre la posibilidad de crear un autómata capaz de reproducirse a si mismo.[2]

En la década del 60 los virus comenzaron a cobrar vida, cuando en los Laboratorios Bell, con la idea de hacer un juego surge el programa Core-War.[3] En 1983, Ken Thompson, uno de los autores de la versión original del sistema operativo UNIX, en un congreso informático reveló la existencia de esta clase de programas e instó a desarrollarlos, alegando que para ello se requerían sólidos conocimientos de programación. Muchos programadores decidieron afrontar el desafío... y lo hicieron con éxito. Al despuntar 1985, la revista *Scientific American* recogía los lamentos de Richard Skrenta, estudiante de secundaria de Pittsburg cuya creación (un virus para la computadora *Apple*) había corrompido no solo los diskettes de su casa, sino también los de su escuela y consecuentemente los de todos sus compañeros. Reconocía haber desarrollado un antídoto mucho menos eficaz que el virus de su propia autoría.[4]

En la edición del 28 de junio de 1988, la revista norteamericana PC Magazine publicó un reporte en el cual citaba alguno de los casos mas interesantes y también, más desastrosos de la industria. Los escépticos insistían en que la alarma producida por los virus estaba sobredimensionada, basándose en que se trataba de informaciones no confirmadas, imposibles de rastrear. La revista en cuestión, mencionaba casos como la introducción de un virus que había penetrado y virtualmente "apagado" el sistema computacional de defensa israelí; o uno que infectó el centro de computación de la universidad de Lehigh; también el virus

2. Ver http://www.zyvex.com/nanotech/vonNeumann.html.

3. Este software consistía en la existencia de dos programas dentro del mismo ordenador que competían por la subsistencia y dominio del computador destruyendo a sus adversarios. Era realizado por los programadores que debían quedarse a la noche trabajando y con el objeto de no "aburrirse" inventaron este juego. Estos ingenieros en sistemas habían decidido no dar a conocer la manera de realizar estos programas por el peligro que significaban.

4. http://virus.dst.usb.ve/article/articleprint/34/-1/6/.

Brain, que atacó a los ordenadores compatibles con IBM y el Scores que atacó a las computadoras Macintosh de la Universidad de Miami; también el Scores afectó a la enorme firma de computación EDS (una subsidiaria de la General Motors), la que, justamente, garantiza – como uno de sus servicios –, la seguridad de los datos de sus clientes.

Desde 1987, hicieron su aparición los primeros virus mas conocidos (Jerusalém – llamado así porque fue descubierto en los ordenadores de la Universidad homónima –, el Virus Brain, Datacrime, Datacrime II, Datacrime IIB y numerosos otros). Estos primeros virus causaron pérdidas millonarias. A estas alturas nadie podía ignorar los acontecimientos. Los virus habían dejado de ser una "diversión" o un "juego" de programadores, para transformarse en una molestia, un obstáculo para el desarrollo de la informática e incluso un delito informático.

En 1996, ya se hablaba de mas de diez mil versiones de virus distintos. Además hicieron su aparición los virus-macro que atacan las planillas de cálculo y los procesadores de texto y los virus polimórficos, que tienen la capacidad de no ser detectados al mutar de código en forma aleatoria. Hay virus que atacan los celulares y las palms o agendas de bolsillo. A fines del 2003 la página de una conocida empresa antivirus señalaba la existencia de por lo menos 81.000 versiones de programas dañinos entre versiones principales, modificaciones y falsos virus, tales como los Hoax, o las cadenas de mensajes falsos. En enero de 2006, al empresa McAfee informaba de la existencia de 150.000 virus, agregando que cada mes aparecen cerca de 500 nuevos virus y amenazas a través de Internet.[5]

Estos últimos años han registrado cientos de episodios de hackers y ataques relacionados con los virus, cuyo accionar obviamente se ve potenciado por Internet.[6] Por ejemplo el caso del Virus Melisa, que desde Canadá infectó a ordenadores en varias partes del mundo, o el caso del Virus "I Love you", que fue rastreado hasta

5. Ver http://vil.nai.com/vil/default.asp.

6. Palazzi, Pablo. Delitos informáticos a través de Internet en la República Argentina, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 44, jul.-set., 2003, p. 63.

Filipinas por el FBI. Las finalidades no son sólo de diversión. A veces contienen mensajes políticos. A fines del 2001, aparecieron varios virus que invocaban de una u otra manera a Osama ben Laden. A veces son motivados por pura maldad o intereses económicos. El virus PGPCoder, por ejemplo, se introduce en el sistema a través de una vulnerabilidad en el Internet Explorer y encripta todos los documentos (.doc y .xls), pidiendo dinero a cambio de la contraseña. El virus SoBig transforma millones de computadoras en repetidoras de spam, saturando la red.

Hay virus que sustraen documentos de los ordenadores que infectan, o que buscan determinados tipos de archivos y los destruyen o que distribuyen archivos personales a terceros al azar. Como es dable apreciar, la problemática de los virus no solo alcanza a la integridad del patrimonio – por el daño a la información – sino también a otros bienes jurídicos como los secretos comerciales e industriales, la seguridad de las empresas y de individuos y hasta la privacidad de los datos personales de terceros.

Los virus hoy día se han expandido a todos los ámbitos de la informática y las telecomunicaciones funcionando en las mas diversas plataformas y sistemas. Es posible encontrarlos infectando los programas macro en procesadores de texto y planillas de cálculo, en las redes de distribución y servicios de intercambio de archivos (tales como KaZaA, Bit Torrent u otras basadas en tecnología *peer to peer*), canales de chat (IRC), las redes de teléfonos celulares digitales (smartphones), los sistemas de mensajería instantánea, y constantemente siguen apareciendo "worms" y spyware que instalan programas y rutinas en forma subrepticia con otra finalidad, generalmente de publicidad, y que suelen equipararse a los virus. Los programas se infiltran a través de páginas web, de bugs en los programas de clientes de correo o en los servidores de Internet, y producen las mas variados resultados con sus rutinas de daños.

Todo este fenómeno no podía pasar desapercibido para el derecho penal. Tanto en nuestro país como en el extranjero se formularon denuncias que obligaron a los tribunales a pronunciarse sobre estos hechos. En algunos países también se aprobaron leyes especiales para contemplar estas nuevas modalidades delictivas.

2. Aplicación del Código Penal argentino a los virus informáticos

En nuestro país no se había planteado judicialmente hasta el año 2001 si el accionar de un virus podía ser calificado como delito. En el año 1993, un tribunal tuvo que decidir si el borrado de datos podía encuadrar dentro del delito de daño, efecto que es el que generalmente buscan o producen los virus. Si la respuesta es afirmativa, gran parte del accionar de los virus informáticos quedaría cubierta por esta interpretación. A partir del año 2001 los casos de virus y daño informático fueron mucho mas frecuentes.

2.1 Caso Pinamonti

En el caso "Pinamonti",[7] la Cámara del Crimen de la Capital sostuvo que el borrado o destrucción de un programa de computación no es una conducta aprehendida por el delito de daño (art. 183 del Código Penal), pues el concepto de cosa es aplicable al soporte y no a su contenido.

2.2 Caso Vecchio

El tribunal describió el hecho de la siguiente forma "conforme se desprende del auto impugnado el hecho que se investiga en estas actuaciones habría tenido lugar el 26.04.1999, aproximadamente a las 11:00 hs., oportunidad en la cual 103 sucursales del Banco Río dejaron de operar en línea, al tiempo que en la pantalla apareció un mensaje que decía 'hasta la vista baby', siendo que a partir de ese momento todas las terminales operativas dejaron de funcionar. Se determinó que dicha falla obedecía a una orden emanada de la computadora asignada a ... (dirección I.P. 172.18.222.165),

7. *C. Nac. Crim. y Corr.*, sala 6, 30.04.1993, Pinamonti, Orlando JA 1995-III-236 y nuestro comentario al fallo publicado en el mismo lugar. El mismo criterio se repite en C. Nac. Crim. y Corr., sala 6, 30.08.2001, CÚNEO LIBARONA, Rafael, donde se investigaba la sustracción de datos informáticos de una base de datos.

quien juntamente con los restantes imputados en autos se desempeña como empleado de CEI Tech S.A., realizando tareas de soporte técnico para el producto Home Banking, que comercializa la citada entidad bancaria...".

En primera instancia se procesó al imputado por el delito de daño, resolución que fue apelada por la defensa. La cámara confirmó esta decisión. Para ello se sostuvo que configura el delito de daño la inserción dolosa de un programa destructor en un sistema en red, con la afectación de todas las terminales, ya que no se requieren especiales conocimientos técnicos para la realización de dicha conducta.[8] Es importante destacar que la persona que insertó el virus fue filmada por las cámaras del banco, existiendo por ende registro en la filmación y en los "logs" de conexión de la introducción del virus con fecha en ambos casos. El imputado había reconocido ser la persona que estaba en el video lo que la Cámara tuvo en cuenta para confirmar el procesamiento.

El juez de instrucción sobreseyó a los imputados del delito previsto en el art. 72 de la ley 11.723 (reproducción ilícita de software) y en atención a las penas se declaró incompetente y remitió las actuaciones al fuero correccional. En esa instancia la querella solicitó la realización del juicio y el magistrado correccional dictó un fallo muy extenso y completo en el cual concluyó que la conducta investigada no constituía delito penal.[9]

En el citado fallo se reconoce que la energía eléctrica puede ser objeto de delitos contra la propiedad, como el hurto y robo, lo que en alguna medida implicó reconocerle – al menos a los efectos penales – las calidades de la cosa.

Luego se recuerda que la "información" contenida en un programa o "documento informático" puede ser medida y evaluada, además de que dicho campo magnético se aloja en el soporte que efectivamente es un objeto material, con lo que constituye una característica más de por qué podríamos asimilar la 'información'

8. C. Nac. Crim. y Corr., sala 1, 20.07.2001 – Vecchio, Pablo A., *documento Lexis* 60002183.

9. Juzg. Corr., n. 9, Secretaría n. 65, 14.04.2004, Vecchio, Pablo A., sentencia de la Dra. Ana Díaz Cano, publ. en *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías* ns. 6/7, Ad Hoc, 2006.

a las disposiciones referentes a las cosas. Y se agrega que el delito de daño no es aplicable al borrado de información, en razón de que no se encuentra expresamente tipificado en nuestro Código Penal, resultando en consecuencia necesaria una modificación o la aprobación de los proyectos de ley oportunamente presentados ante el Poder Legislativo que así lo permitan porque de lo contrario se vulnerarían disposiciones de raigambre constitucional (art. 18 C.N.).

Tal conclusión se funda en un argumento legislativo: el legislador puedo haber modificado la ley y no lo hizo. En concreto el fallo dice que: "...aun cuando en la especie se considerasen reunidos los verbos típicos establecidos en el Código Penal para el delito de daño, y la ajenidad del objeto (por decirlo de algún modo), lo cierto es que éste debe tratarse de una cosa, no cualquiera, sino una mueble o inmueble, o un animal, o las que por ley le son equiparables, datos éstos que no se corresponden con un ente inmaterial como es el dato informático, por más que se insista en su valor y su factible apreciación, porque es la misma ley quien dejó de lado la cuestión, pese a que tuvo la oportunidad de modificar la norma para delimitar y describir conductas como la aquí analizada".

En concreto se concluye que "...fue el mismo ordenamiento legal (art. 2.311, según el texto de la ley 17.711) quien vino aunque sólo a equiparar las disposiciones referentes a las cosas, a la energía y a las fuerzas naturales, mas no a darles a éstas esa calidad de cosa, ello así, siempre que sean susceptibles de apropiación, pero nótese que el legislador penal, aun cuando conocedor de la existencia de la problemática de la informática y de los perjuicios que conductas como la investigada podrían ocasionar, optó por proteger otros bienes jurídicos a través de la creación de las correspondientes normas, soslayando ampliar el tipo penal correspondiente al daño, cuando, a juzgar por los antecedentes jurisprudenciales que se han citado en la materia, ya se conocían los efectos que se producían desde esta óptica, e incluso existen proyectos legislativos en tal sentido, motivo por el cual no es posible argumentar, como lo hicieron aquellos antiguos juristas respecto de la energía eléctrica, que el legislador quedó atrasado frente a la tecnología de avance, por

cuanto cuando dictó aquellas normas penales basadas en la cuestión informática el 'daño informático' era un dato de la realidad por todos conocido".

2.3 Caso Gornstein

El 26 de enero de 1998 la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (www.csjn.gov.ar) amaneció con un presentación diferente a la usual. Un grupo de hackers se había infiltrado en el servidor de la misma y reemplazó la página original por una página alusiva al asesinato del periodista José Luis Cabezas. A raíz de ello se iniciaron actuaciones penales que permitieron determinar los autores del acceso y borrado de la página web de la Corte Suprema. También fue muy amplia la prueba recolectada en el sumario. Como bien señala Riquert, mas que un caso de acceso ilegítimo o "hacking" éste era un caso de daño, pese a que el primer tramo de la conducta consistió en un acceso sin persmio.[10]

Se debía determinar si constituye delito de daño el ingreso no autorizado y borrado de la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 12, en el caso "Gornstein"[11] dio una respuesta negativa. Para así decidir, el juez sostuvo que la página web no era un objeto corpóreo, y por ende no estaba comprendida dentro del concepto de cosa del art. 2.311 del Código Civil. Para el juez, una interpretación contraria implicaría lesionar el principio de legalidad establecido en el art. 18 CN. Finalmente se cita el proyecto de ley de delitos informáticos en trámite ante el congreso – que contempla la figura del daño informático – como ejemplo de la necesidad del cambio legislativo advertida también por el legislador.

10. RIQUERT, M. A. Delitos Informáticos, p. 322 en *Derecho Penal de los Negocios* (Carrera, Daniel y Vázquez, H., directores), Astrea, 2005.

11. *Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal* 12, 20.03.2002, Gornstein, Marcelo Hernán, ED 198-506, con comentario de Miguel Angel EMERY, Delitos Informáticos, ED 198-514 y de Jorge Luciano GORINI, La necesaria protección jurídico-penal de la información, ED 198-518.

El fallo no fue apelado, y por ende quedó firme. La Corte Suprema, ante el resultado, solicitó a la Procuración General de la Nación que formara una comisión para elaborar un proyecto de ley.

2.4 Caso Debandi

En este caso se atribuyó a los imputados haber efectuado una maniobra ardidosa con la finalidad de causar perjuicio a la firma Fibertel, que se encarga de brindar acceso a Internet, así como también prestar servicios de diseños de páginas web y hosting, procediendo los nombrados al borrado de parte de los datos informáticos que constaban en la página web de la empresa Torneos y Competencias, Dynamo y Cablevisión, mediante la ejecución y descarga de los archivos "b1.asp" y "b2.asp", para posteriormente presentarse como expertos técnicos para resolver la situación por ellos mismos causada, resultando que por los servicios prestados para la reparación del sitio, recupero de información y servicios de programación, habrían ocasionado a la empresa citada un desembolso de unos $ 5.000.

El peritaje informático incorporado al sumario y el allanamiento permitieron comprobar que en los domicilios vinculados a los imputados había computadoras en las cuales se detectó la existencia del virus que podría haber provocado el daño en las páginas web de la empresa querellante. A ello se sumó que estas personas – según explica el fallo –, se habían desempeñado con anterioridad como empleados de la empresa querellante, precisamente en la organización de la programación del sitio web de la empresa Torneos y Competencias.

La mayoría del tribunal sostuvo que si es factible presumir con cierta probabilidad que los daños ocasionados – introducción de "virus" que podría haber provocado el borrado de parte de los datos informáticos que constaban en las páginas web de la empresa querellante – habrían sido solamente el medio propicio para, posteriormente, ofrecer los servicios de reparación del sitio, recupero de

información y servicios de programación, lo que habría ocasionado a la empresa citada un desembolso de dinero, procede revocar la falta de mérito.[12]

En cambio en su voto en disidencia, el Dr. Donna sostuvo que si no se había probado la relación causal como para atribuir a los imputados el hecho que se les atribuye, corresponde confirmar la resolución que dispuso la falta de mérito.

Como es dable apreciar, se trata de un caso donde el daño informático desempeñó el papel de medio para obtener una suma de dinero, pero no tiene la suficiente entidad para ser el ardid de una estafa. Queda evidente que es una especie de daño agravado por el ánimo de lucro, aunque tal agravante no está contemplado en nuestra legislación.

2.5 Caso Kohler Antelo

Se atribuyó al imputado haber ingresado al portal de Internet de una empresa en forma ilegal y, una vez en su interior, haber borrado, sustraído, modificado y dañado información científica de la página web.

La sala 6 de la Cámara del Crimen[13] – la misma que intervino en el caso "Pinamonti" antes citado – sostuvo lo siguiente: "toda vez que a partir del dictado de la ley 25.036 los programas de computación – su fuente y objeto – y la compilación de datos y otros materiales resultan bienes jurídicos penalmente protegidos, y el art. 2323 CCiv. al efectuar una enunciación de los bienes muebles hace referencia a las 'colecciones científicas', la información en soporte magnético debe ser considerada 'cosa' a los fines del art. 183 CP". Por tanto, el tribunal entendió que debía revocarse el sobreseimiento decretado.

12. *C. Nac. Crim. y Corr.*, sala 1, 09.08.2002 – Debandi, Natalia, pub. en *Bol. Int. de Jurisp.* 3/2002, p. 252.

13. *C. Nac. Crim. y Corr.*, sala 6, 24.11.2003 – Kohler Antelo, Patricio, *Boletín de Jurisprudencia* n. 36.

2.6 Caso Marchione

En el caso "Marchione" la Sala 2 de la Cámara Federal de la Capital Federal procesó al imputado en orden al delito de daño calificado en concurso ideal con interrupción del servicio de comunicaciones, como consecuencia, del envío masivo de emails con virus informáticos.[14] El caso, sin embargo, tuvo sus vueltas que relataremos seguidamente.

El caso se inicia con la denuncia efectuada en febrero de 2001 por la empresa de publicidad Young & Rubicam ante la Policía Federal Argentina contra Gabriel Marchione por la posible infracción a los delitos reprimidos en los artículos 183 y 197 del Código Penal.

La empresa se habría visto afectada por un ataque masivo a sus sistemas de informática mediante la introducción ilegítima de decenas de miles de correos electrónicos de diverso contenido acompañados, en la mayoría de las ocasiones, de virus informáticos o programas de destrucción masiva, circunstancia que habría impedido la comunicación normal dentro y fuera de la empresa. Los emails se enviaban falsificando su origen, y haciendo aparecer a empleados y hasta al Presidente de la empresa como los emisores de los mismos. Los empleados de la empresa habrían recibido *spam* con aproximadamente trescientos cincuenta *e-mails* cada uno, siendo los más afectados algunos que habrían recibido más de mil mensajes cada uno, conteniendo insultos y virus informáticos. En otra tanda, el sistema de la empresa experimentó la recepción de dos mil tres, cinco mil ciento veinte y dieciséis mil cuatrocientos correos electrónicos, cuyo tiempo de recepción fue de dos, tres horas con cincuenta minutos y ocho horas, respectivamente.

Un estudio pericial ordenado por el juez de instrucción informó que los daños provocados fueron: la inutilización por varias horas de las cuentas de correo electrónico del personal, del sistema de correo electrónico y de la línea telefónica de

14. *Cámara Criminal y Correccional Federal*, Sala II – Causa 22.600, 15.11.2005, Marchione, Gabriel Gustavo.

la empresa. El mencionado estudio informático señala los efectos que se detallan a continuación:

– Demoras en la entrega y recepción de e-mails de trabajo.

– Caídas en los servidores dedicados al envío y recepción de e-mails y del servicio en sí.

– Corrupción informática en los archivos de procesamiento de los servidores de mail, lo que obliga a tareas de mantenimiento y depuración adicionales en horarios de trabajo.

– Pérdida de e-mails debido a la necesidad de recuperar backups de fechas anteriores por la corrupción mencionada en el punto anterior.

– Interrupciones en los servicios en horarios de trabajo, por tareas de mantenimiento no programadas.

– Tareas de depuración manual de e-mails, usuario por usuario.

– Requerimiento de espacio adicional de almacenamiento de e-mails depurados y en proceso, con el costo aparejado por la compra del hardware necesario.

– Inutilización por varias horas de la línea telefónica de la empresa Young & Rubicam.

En base al referido informe la juez de instrucción consideró que "el evento investigado se encuentra entre aquellos conocidos como de intrusismo informático (hacking), o aún de destrucción o cambio de información electrónica (cracking), acciones que lamentablemente aún no han encontrado receptación legal en nuestro ordenamiento penal" ... "como así tampoco lo ha acogido la jurisprudencia en la materia, subsistiendo entonces el debate sobre la corporeidad material o funcional que afectan al software, sólo protegido como obra intelectual (ley 25.036 modificatoria de la ley 11.723) impidiéndose así adecuar este tipo de hecho en el tradicional delito de daño contemplado por el artículo 183 de nuestro Código Penal...". Por ello estimó que el hecho se reducía al delito de interrupción o entorpecimiento de las comunicaciones telefónicas previsto en el artículo 197 del Código Penal y, en consecuencia, declaró la incompetencia en razón de la materia.

Por su parte, el magistrado federal a cuyo conocimiento se remitió el proceso en función de la incompetencia decretada, resolvió el 8 de febrero de 2002 que en el caso sólo se configuró un hecho delictivo, cuya tipificación penal recae en el artículo 183 del Código Penal, pues no cabía duda alguna que la conducta del encartado, al enviar correos electrónicos masivos a la empresa, había generado un perjuicio patrimonial real sobre su sistema informático, así como "... que la finalidad del autor del ilícito ha sido la generación de dicho daño, por ende, el accionar debía ser considerado como un fin en sí mismo, necesitado, obviamente de una serie de maniobras imprescindibles (con referencia al artículo 197 del Código Penal) para poder lograr su realización...". En consecuencia responsabilizó al imputado en calidad de autor por el delito de daño, y declaró la incompetencia de la justicia federal.[15]

La decisión fue apelada por la querella y la defensa del imputado, y resuelta en definitiva luego de una intervención de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal,[16] por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, a favor del fuero federal.

La Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, entendió que "... la desconexión que se alude no hace más que corroborar que la maniobra fue efectiva para privarla de, o al menos entorpecer, ese medio de comunicación, sea cual fuere la línea telefónica desde la cual se pretendiera acceder al administrador de correo y direcciones afectadas". Además, agregó que "... implica desconocer que uno de los objetivos de los autores de esta abusiva actividad informática, como así también la de las más ingenuas pero inútiles cadenas de correos que se re-envían constantemente, es precisamente congestionar a los

15. Cabe señalar que el mismo magistrado intervino en el año 2002 en el caso antes citado de daño a la página web de la CSJN y allí concluyó, en sentencia firme de primera instancia que no fue apelada por el ministerio público, que el reemplazo del archivo de dicho web site no era delito penal. Ver *Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed.*, n. 12, 20.03.2002 – Gornstein, Marcelo H. y otros s/delito de acción pública, ED 198-506.

16. *C. Nac. Casación Penal*, sala 4, 19.12.2002 – Marchione, Gabriel, JA 2003-II-116.

servidores de correos y las comunicaciones por esta vía. Dejando de lado que la experiencia indica que el ingresar un virus informático en la red de comunicaciones, al introducirse tanto en los correos como en los soportes flexibles y demás instrumentos usuales de tráfico de información electrónica, por la globalidad de la red, perjudica a un número ilimitado de personas y el servicio de comunicación de manera general..." por cuya consecuencia entendió que debía continuar interviniendo el fuero federal.[17]

Luego de ello, la Sala I de la Cámara Federal descartó que el hecho investigado pudiera subsumirse en las figuras previstas en los artículos 183 y 197 del Código Penal, o en otra figura penal, por lo que sobreseyó al imputado.[18] Esta decisión fue apelada a la Cámara Nacional de Casación Penal.

En su resolución de fecha 18 de marzo de 2005, la Sala Cuarta de la Cámara Nacional de Casación Penal dictó un importante fallo en el cual exigió un análisis exhaustivo, en función de los hechos descriptos, de los posibles tipos penales en los que pudiera encuadrar la conducta de Marchione, entre los que consignó a los artículos 183, 184 (concretamente aludió a su inciso 5.º) y 197 del Código Penal.[19]

La decisión de la Sala II de la Cámara Federal que comentamos analiza el encuadre de los hechos bajo dos delitos distintos: a) daño informático e b) interrupción de las comunicaciones, y concluye que el hecho investigado encuadra en ambos. A nuestro juicio, éste es uno de los casos mas importantes en la materia por el profundo análisis de las cuestiones que allí se plantearon.

2.6.1 Daño informático

El tribunal consideró que alterar o destruir datos o información grabados magnéticamente en el soporte físico de una computadora configura el delito de

17. *C. Nac. Crim. y Corr.*, sala 7,16.08.2002.
18. *C. Fed. Crim. y Corr.*, sala 1, 02.09.2003 – Marchione, JA 2004-III-271.
19. *C. Nac. Casación Penal*, sala 4, 18.03.2005 – Marchione, JA 2005-III-371.

daño – art. 183 del Código Penal –, en los casos en que este último no ha sido destruido "físicamente".

El tribunal aclara que un sistema informático se compone del hardware y el software o programa de ordenador. Este último es el componente lógico o "intangible" del sistema informático. El procedimiento realizado por el imputado consistió en alterar ese conjunto de instrucciones, logrando que el hardware ejecute órdenes que se tradujeron en acciones nocivas, no aprobadas por sus legítimos usuarios, siendo el ejemplo más claro el borrado de archivos de datos insertos en el disco rígido. Es decir, entendió que se produjeron modificaciones perjudiciales "a nivel lógico", razonamiento que resulta compatible con la ausencia de rastros físicos de la maniobra imputada, en el hardware.

La defensa planteó que el software sólo se ve protegido como obra intelectual, y como de la pericia surgía que no se han producido roturas o daños en el hardware no existiría delito de daño. Para el tribunal "la determinación de la existencia del daño, dista mucho de ser una mera cuestión "fáctica"... Por el contrario, se trata de un proceso de valoración que requiere un análisis previo que tenga en cuenta tanto la correcta caracterización del *objeto de acción del delito*, como las diferentes modalidades de la conducta ilícita, relevando especialmente aquella que ataca el funcionamiento de la cosa y no su entidad corpórea...".

El tribunal parte de un criterio sustentado en la realidad de las cosas, y sostiene que la acción delictiva del delito de daño estuvo dirigida hacia el sistema informático en su totalidad, – como conjunto "soporte físico-software" – y no sólo a este último. Ello es así porque a juicio del tribunal "los dos elementos mencionados conforman una unidad compleja 'tangible-lógica', donde ambos componentes se requieren mutuamente para que el sistema opere, es decir cumpla con la función predeterminada y esperada por el usuario". Esto lo lleva a concluir que la destrucción del hardware implica la del software y viceversa. Es decir, a criterio del tribunal: "hardware y software (o datos) forman un todo inescindible y la afectación de uno implica la del otro. Agrega finalmente que "...conforme a

esta reformulación de un objeto de acción de naturaleza mixta, puede concluirse sin esfuerzo que éste sí reúne los requisitos de cosa en el sentido del art. 2.311 del C.C., ya que está compuesto – además de una parte intangible – de una parte claramente material – soporte físico".

De allí concluye que el resultado causado por la conducta imputada en la parte intangible o programa del sistema, se traslada también, de alguna manera, al componente físico de la mentada unidad compleja y agrega que "se afectó al sistema informático en su funcionalidad, lo que se corrobora con la prueba producida en el caso".[20]

El tribunal recuerda que la doctrina nacional al definir la acción típica del delito de daño explica que ésta consiste en todo ataque a la materialidad, utilidad y disponibilidad de las cosas que elimine o disminuya su valor de uso o de cambio agregando que se ataca su utilidad cuando se elimina – o disminuye – su aptitud para el fin o los fines al que estaba destinada. Concluye al respecto que "Este criterio de utilidad desarrollado por la doctrina para describir una de las modalidades de la acción típica de daño, impone percibir a la alteración o destrucción de instrumentos lógicos, integradamente a su medio – soporte físico – y no en forma aislada, como pretende la defensa, ya que la conducta realizada termina afectando, en definitiva, la función que cumple el soporte, y atacando por ende, la utilidad que se pretende del sistema informático en su totalidad, así como su valor de uso".

En fin, con un criterio sumamente realista, y apoyado en la pericia realizada en el caso finaliza diciendo "En el caso de autos el informe pericial da cuenta de ese trabajo generado por la acción dañosa, al enumerar los efectos que causaron

20. El tribunal recuerda lo siguiente: "En este contexto deben valorarse los efectos causados por el virus 'Vanina' encontrado en los medios magnéticos analizados en el estudio pericial practicado en la causa, donde se los describe como: '...modificación de los registros del sistema de manera que se pierdan los enlaces de los programas con los archivos de uso más común, por ejemplo, a partir de ese punto, ya no se podrá abrir un documento de Word haciendo doble clic en el mismo... tampoco es posible ya navegar por Internet, debido a que queda desconfigurado el Internet Explorer".

las conexiones denunciadas, destacando, entre otros, la pérdida de mensajes de correo electrónico debido a la necesidad de recuperar copias de seguridad de fechas anteriores por la corrupción informática generada en los archivos de procesamiento de e-mails, caída en los servidores, tareas de depuración manual de correos electrónicos usuario por usuario, señalando que casi todos los puntos mencionados implicaban una carga adicional de horas/hombre de trabajo...".

El fallo interpreta que un 'archivo informático' queda comprendido en el tipo penal de daño agravado (art. 184 del C.P.). Ello así por cuanto "el archivo informático mantiene la sustancia del archivo 'tradicional', esto es, las características que permiten describirlo como tal, radicando su 'novedad' sólo en el soporte donde se encuentra almacenada la información".

2.6.2 Interrupción o entorpecimiento de la comunicación telefónica

El tribunal luego analiza el delito de interrupción o entorpecimiento de la comunicación telefónica prevista por el artículo 197 del Código Penal.

El art. 197 CP prohíbe la conducta de interrumpir o entorpecer la comunicación telefónica.[21] protegiendo de tal modo a las comunicaciones en sí y no meramente a algunos de los componentes tecnológicos mediante los que ellas se llevan a cabo.[22]

El tribunal tuvo en cuenta que del informe realizado por el perito se desprende que durante numerosas jornadas la empresa recibió una enorme cantidad de correos electrónicos bajo la modalidad *spam*, utilizándose para ello un

21. El concepto del tribunal es muy amplio. El tipo penal se refiere a "comunicación telegráfica o telefónica" pero hoy en día las comunicaciones a través de Internet por medio de banda ancha – cable módem o servicio ADSL – o redes wi-fi parecen algo muy distinto. Por otra parte cabe preguntarse, frente al fenómeno de la convergencia, cómo encuadrar en estas categorías el uso de telefonía a través de Internet (VoIP). ¿Se trata de una comunicación telefónica tradicional a través de Internet o un nuevo medio de transportar la voz distinto a la telefonía?

22. Se cita C.N.C.P., Sala IV, causa 4447, reg. 6452.4 de fecha 18.03.2005.

programa conocido como *mail bomber*, que virtualmente paralizó la actividad de la empresa denunciante durante varias horas. Además, en los medios magnéticos analizados se constató la existencia de mensajes que tenían adjuntos archivos, que contenían programas que generan y transmiten virus informáticos, y los desarrollos de archivos *.bat*, virus todos que fueron recibidos por el denunciante. Finalmente se precisa que "con el objeto de estimar el tiempo de ocupación que insumieron las conexiones denunciadas, se efectuaron pruebas en escala de los ataques sufridos, las que determinaron que si se toman en cuenta los 84.039 correos electrónicos recibidos, con un "peso"[23] de 9.096.836 kb la ocupación del servicio informático y la línea telefónica hubiera sido de 1094 horas, lo que equivale a 45 días y 14 horas".

Por ello el tribunal concluyó que como consecuencia de las conexiones denunciadas se vieron suspendidas o demoradas las comunicaciones del correo electrónico en la empresa y que la interrupción de este medio de comunicación alteró uno de los elementos importantes de su mecanismo de producción y perjudicó su operatoria habitual. Además, resultó el medio idóneo para producir el daño calificado. En base a las reflexiones expuestas el tribunal concluye que la maniobra descripta y llevada a cabo por el imputado encuadra legalmente en el tipo penal de daño agravado (art 184, inciso 5to del Código Penal, en función del artículo 183 CP) en concurso ideal con interrupción o entorpecimiento de línea telefónica (artículo 197 CP).

Cabe resaltar que la tipificación como interrupción de comunicaciones se asemeja mucho a un ataque por denegación de servicios. Esta figura todavía no ha sido tipificada en los países mas desarrollados pero es una forma de daño a sitios de Internet y a la posibilidad de comunicación o acceso a los mismos.[24]

23. En la jerga informática se habla del "peso" de un archivo para referirse a su extensión medida en Kbytes o en Megabytes.

24. Ver ARRECHE, María Karina. Internet y el bloqueo de servicios (o "denial of service attacks"), en *Derecho Informático* 1, p. 59, Iuris.

3. Necesidad de tipificar el delito de daño informatico y el de creación o difusión de virus informático

El delito de introducción de virus en una computadora no está contemplado específicamente en nuestro ordenamiento jurídico penal. Sin embargo, como ya hemos expresado y argumentado en otros trabajos,[25] entendemos que el delito de daño es aplicable al caso.

La acción consistiría en contaminar una computadora, ya sea a través de una línea telefónica por un módem o insertando directamente un diskette que se sabe infectado. El aspecto subjetivo requiere no sólo el conocimiento del carácter dañino del programa (no se requiere que sea específico: esto es, entender el mecanismo lógico de cómo daña el virus, sino solamente que dañe), sino también el conocimiento y la voluntad de que causará esos efectos en ese ordenador. El dolo podría ser eventual si el autor no sabe cuando se activará el virus, o en que computadora se activará, pero si la destrucción de la información ocurre por mera culpa no existe delito de daño.

La generalidad de la doctrina ha considerado delito la activación de un virus informático.[26] Pese al vacío legislativo mencionado, las acciones que un virus

25. PALAZZI, Pablo. Virus Informáticos y Responsabilidad Penal, *LL* 1992-E-1122; y *Delitos Informáticos*, Ad Hoc, 2000, p. 144 y ss.

26. Véase FERNANDEZ DELPECH, Horacio. *Internet*: su problemática jurídica, p. 195-196; PELLICORI, Oscar, Informática y Delito, *El Derecho*, diario del 06.06.1994; DALL'AGLIO, Edgardo Jorge, La responsabilidad derivada de la introducción y propagación del virus de las computadoras, *ED* 135-903; SAEZ CAPEL, Jose, *Informática y Delito*, Ed. Proa XXI, p. 134; KUTTEN, L.J., Virus Informáticos y Responsabilidad en *Derecho de la Alta Tecnología* 23, p. 1; PALAZZI, Pablo Andrés, Virus Informáticos y responsabilidad penal, *LL* 1992-E-1122; CARO, Rodrigo, El archivo almacenado en soporte informático como objeto de delito de daño, art. 183 del Código Penal, LL 2004-A-1436; FREELAND, Alejandro, Internet y Derecho Penal, *JA* 2000-II-769 y FORNAGUEIRA, Andrea, Utilización de los virus informáticos: una nueva conducta delictiva, en *Semanario Jurídico* 1991-A, p. 4 a 6, entre muchos otros. Sobre los aspectos civiles ver Carlos PARELLADA, *Responsabilidad Civil y Hackers en la responsabilidad* (homenaje al profesor doctor Isidoro Goldenberg), (Alterini, Atilio A. – López Cabana, Roberto, directores). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

provoque en el mundo real son susceptibles de ser juzgadas por las normas penales cuando afecten bienes jurídicos tradicionales.[27]

Sin perjuicio de ello, nosotros propusimos en su momento[28] incluir en el artículo 183 CP el término *intangible* a la lista de elementos pasivos de daño, con lo que quedaría: "Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañaré una cosa mueble o inmueble o un animal o intangible, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado".

4. Los virus informáticos como protección de la propiedad intelectual y los negocios contractuales

Los virus informáticos pueden ser usados como una herramienta para la protección de los derechos intelectuales y los negocios contractuales. Pero no siempre estas conductas pueden resultar ajustadas a derecho.

Si un programador inserta un virus en un programa a fin que, en caso de copia, el mismo se active y destruya la información existente en el ordenador es posible considerar la situación como un daño informático además de un abuso de derecho (art. 1.071 Código Civil). Si bien el titular de la obra de software está en su derecho de proteger sus intereses como autor o dueño, dicha facultad no debe extenderse más allá de lo que razonablemente expliciten las leyes, o el contrato que lo relacione con el usuario.

Así, cabe plantearse la situación de que el sistema de seguridad anti-copia – conocidos generalmente como dispositivos de *self-help* – sólo se limite a borrar o detener el programa dejando intactos los datos del usuario. En tal situación el

27. Así, la hipotética muerte producida a un paciente, al alterar o retrasar un virus el funcionamiento de una maquinaria médica controlada por computadora, podría ser calificada como homicidio culposo, e incluso como homicidio por dolo eventual si el virus fue introducido en las computadoras del hospital teniendo conocimiento del daño que ocasionaría.

28. Ver PALAZZI, Pablo, *Delitos Informáticos*, p. 144 y ss.

productor de software no está – a nuestro entender – infringiendo norma de derecho penal alguna para el caso que haya previsto esta facultad en el contrato de licencia, y no haya transferencia de propiedad del software ni de las copias. Si bien la vía correcta en ese caso es demandar judicialmente el secuestro y destrucción de la copia ilegítima, luego de revocar la licencia.

Por último cabe tratar aquí el caso del programador que usa un virus como medio extorsivo para forzar el cobro de sus honorarios. Suele suceder que luego de la confección de un sistema a medida, el programador exige el pago de lo pactado, y ante la reticencia de la empresa se activa un software dentro del propio sistema que detiene el funcionamiento del programa o lo borra, incluyendo el sistema operativo. El cliente queda como rehén del programador.

En estos casos, quien quiera reclamar el cumplimiento a la otra parte de un contrato debe iniciar las acciones legales pertinentes, pues de otra manera se coloca en una posición de incumplimiento que le impide jurídicamente reclamar el cumplimiento a la contraparte (arg. art. 1.204 CC).

En los Estados Unidos el accionar descripto ha sido tipificado en algunos códigos penales como delito, y existen casos de procesos penales por el uso de estos medios por parte de programadores o empresas para forzar el pago de sus acreencias.[29] La doctrina estadounidense critica la posibilidad de permitir estas facultades al autor de un software, incluso para defender su propiedad intelectual, ya sea que se base en la ley[30] o en un derecho proveniente del con-

29. BIERCE, Willian, El Delito de 'violencia tecnológica' en la legislación de Nueva York, en *Derecho de la Alta Tecnología* n. 66, p. 20, Febrero 1994 (traducción de Pablo Palazzi y Antonio Millé). Se comenta el caso de un programador que intentó obtener el pago de sus acreencias mediante un programa virus y terminó con un proceso penal en su contra.

30. Ver Raymond T. NIMMER. *The law of computer technology*, 7.33, p. 111 (2. ed. 1992); Henry GITTER, *Self-help remedies for software vendors*, 9 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 413 (1993); Stephen L. POE y Teresa L. CONOVER, *Pulling the plug*: the use and legality of technology-based remedies by vendors in software contracts, 56 Alb. L. Rev. 609 (1993); Lance A. Raphael, Note, *Teaching an old law a new trick*: repossessing software through disablement, 97 Com. L. League of Am. 276 (1992).

trato.[31] Hoy en día la discusión de estos temas ha cambiado radicalmente por la existencia de dispositivos DRM contemplados en el Tratado de Derecho de Autor de la OMPI, que se usan para proteger la propiedad intelectual,[32] y por el uso de Internet para "bajar" y activar software, lo que en los hechos da un mayor control al fabricante del programa.

En Italia la ley del 23 de Diciembre de 1993 n. 547/93[33] ha modificado e integrado algunas normas del Código Penal en materia de criminalidad informática. En el art. 392[34] del Código Penal italiano se agregó un nuevo párrafo que establece el delito denominado ejercicio arbitrario de la propia razón con violencia sobre las cosas, pero aplicado a los programas de computación.

5. Responsabilidad civil por la propagacion de un virus informatico

Un caso interesante ocurrido en Francia es el del virus que infectó a un diskette de prueba que se incluía en una revista francesa especializada en informática. Una empresa adquirente de la revista demandó a la sociedad editora y el tribunal responsabilizó a la demandada por los daños ocasionados por el virus incluido en

31. Esther C. Roditti, Is Self-Help a Lawful Contractual Remedy?, *21 Rutgers Computer & Tech.* L.J. 431 (1995), con detalle de los casos ocurridos en Estados Unidos.

32. El caso extremo es el CD rootkit de Sony BMG que incluyó en sus discos de música y que al intentar escucharlos en una PC la contaminaban para evitar la copia de los archivos musicales. La opinión pública fue tan fuerte que Sony se vio obligada en los Estados Unidos y en Canadá a retirar todos los discos con el sistema XCP de protección del mercado. Pero se calcula que cerca de medio millón de ordenadores aun poseen el software insertado subrepticiamente por Sony. Estas actividades, a mi juicio, rozan el acceso ilegítimo y el daño informático. Ver para mas información http://en.wikipedia.org/wiki/2005_Sony_CD_copy_protection_controversy.

33. Gaceta Oficial n. 305, del 30 diciembre de 1993.

34. El artículo 392 del Código penal italiano dice "Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose. Chiunque, al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giuduce, si fa arbitrariamente ragione da sè medesimo, mediante violenza sulle cose, è punito a querela della persona offesa, con la multa fino a lire un milione. Si ha, altresi, violenza sulle cose allorchè un programma informatico viene alterato, modificato o cancellato in tutto o in parte ovvero viene impedito o turbato il funzionamento di un sistema informatico o telematico".

el diskette a titulo de garantía por vicios ocultos en aplicación del art. 1.641 del Código Civil francés.[35]

En la apelación se alegó que el virus constituía el hecho de un tercero que presentaba las características de imprevisible e irresistible por lo cual la sociedad demandada no debía responder.

La Corte de casación[36] rechazó esta argumentación sobre la base que el fallo había sostenido que el riesgo de contaminación por virus era un riesgo conocido en el ambiente informático. Para así decidir se basaron en i) la abundante literatura existente en torno a la detección y supresión de virus informáticos, ii) que la sociedad demandada había también elaborado un programa antivirus, lo que confirmaba su pericia en este campo y su calidad profesional y iii) que había procedido a controlar el diskette incluido en la revista, demostrando que el control era usual y posible de realizar. Este fallo tiene importancia como veremos, por el nivel de diligencia y responsabilidad que cabe exigir a un profesional informático y a las empresas que manejan información, lo que en parte implica estar amparado por un programa antivirus suficientemente actualizado.

Sin embargo la postura que aplica los vicios redhibitorios al software no resulta mayoritaria en ese país. Al respecto André Bertrand sostiene que a causa de su naturaleza particular, los conceptos de garantía y vicios ocultos (art. 1.641 del CC francés) no son aplicables al software de la misma manera que al equipo informático. Y señala que la jurisprudencia admite que los programas de computación pueden estar afectados por errores, y tanto las costumbres como los contratos los distinguen en función de su naturaleza y de sus defectos.[37]

35. *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, n. 2 (avr.-jun. 1998).

36. Com. 25 nov. 1997, Société Excelsior Informatique et autre c/ Societe Agi 32, *Bull. Civ. Iv*, n. 318; D. Aff. 1998.66; Contrats, conc. Consum. 1998. comm. 43, obs. L. Leveneur. El resultado sería el mismo en los Estados Unidos. Ver al respecto Vicky H. ROBBINS, *Vendor liability for computer viruses and undisclosed disabling devices in software*, 10 Computer Law, p. 20 (1993).

37. BERTRAND, André, DAT en el momento del problema del año 2000, en *Derecho de la Alta Tecnología*, septiembre de 1998, n. 121, año XI, p. 14.

6. Legislación sobre daño informatico y virus en el derecho comparado

6.1 Evolución del concepto de la propiedad informática bajo el common law

Puede decirse que en general, frente al desarrollo de la informática y su aplicación en todas las industrias, el common law evolucionó en su concepto de propiedad.[38] Así se entendió que el daño a la información contenida en una computadora podría tener lugar sin que existiera destrucción física de la cosa, lo que incluía daños producidos por la imposibilidad de uso de un ordenador[39] y virus liberados dentro del mismo.[40] Los casos son numerosos y comentamos seguidamente los fallos no solo penales sino también civiles, que influyeron en una concepción amplia del término propiedad que aplicaron los jueces.

Por ejemplo, un tribunal en Nueva York condenó al imputado por haber manipulado un ordenador de un tercero, instalando una bomba lógica que hizo que el sistema se "cayera" temporariamente.[41] Otro tribunal en el estado de Texas condenó a un individuo por el delito de acceso y daño a un ordenador al haber usado un código informático que afectó la información sobre pagos de salarios de una empresa.[42]

En el caso "In re Brandl",[43] el actor demandó al operador de su sistema informático y tenedor de sus libros comerciales, alegando que éste había inserta-

38. Meiring DE VILLIERS, *Virus Ex Machina*: Res Ipsa Loquitur, 2003, Stan. Tech. L. Rev. 1.

39. CompuServe v. Cyber Promotions, 962 F.Supp 1015 (S.D. Ohio 1997); Thrifty Tel, Inc. v. Bezenek, 46 Cal. App. 4th 1559 (Cal. Ct. App. 1996). Ver el comentario al primer caso en la nota citada en el punto inmediato anterior.

40. North Tel, Inc. v. Brandl (In re Brandl), 179 B.R. 620 (Bankr. D. Minn. 1995).

41. Werner, Zaroff, Slotnick, Stern & Askenazy v. Lewis, 588 N.Y.S.2d 960, 961 (New York City Civ. Ct. 1992).

42. Burleson v. State, 802 S.W.2d 429, 432 (Tex. App. 1991); Ver también los siguientes casos utlizando los mismos conceptos: United States v. Riggs, 739 F. Supp. 414 (N.D. Ill. 1990); Ward v. Superior Court, 3 CLSR 206 (Cal. Super. Ct. 1972); United States v. Seidlitz, 589 F.2d 152 (4th Cir. 1978).

43. North Tel, Inc. v. Brandl (In re Brandl), 179 B.R. 620 (Bankr. D. Minn. 1995).

do un virus informático en su sistema operativo. La demanda de carácter civil se fundó en la teoría de la interferencia intencional con relaciones contractuales de terceros, pero como el demandado no contestó la demanda, se emitió un fallo en su contra en rebeldía.

Algo similar ocurrió en Inglaterra. Una serie de casos ingleses había sostenido que la acción de alterar un disco magnético constituía un daño a la propiedad ajena. En el leading case inglés en la materia, el razonamiento fue similar al del caso "Marchione". El juez Lord Lane de la Corte de Apelaciones sostuvo que el interferir con los datos o informaciones almacenados en un disco disminuía su utilidad y por lo tanto constituía un daño a la propiedad amparable penalmente.[44] El tribunal enfatizó el efecto tangible (disco y ordenador no utilizable) que tenía el menoscabo a la propiedad intangible (los datos electrónicos).

Incluso, aunque un virus no destruya o altere la información, se considera que bajo el comon law se afecta la propiedad si consume recursos informáticos de un ordenador,[45] por ejemplo a través del envío de correos electrónicos no solicitados, que inundan un servidor ajeno y disminuyen su funcionamiento óptimo o el uso de tiempo de ordenador sin permiso del dueño.

6.2 Legislación y jurisprudencia en Estados Unidos

El adelanto que Estados Unidos representa en materia de alta tecnología corre a la par de sus leyes. En 1984 se sancionó a nivel federal la "Ley contra el Abuso y Fraude Informático" (Counterfeit Acces Device and Computer Fraud and Abuse). Esta ley fue modificada en repetidas oportunidades para adaptarla a

44. R v. Whiteley 93 Crim. App. R. 25 (Eng. CA 1991).

45. Meiring DE VILLIERS, *Virus Ex Machina*: Res Ipsa Loquitur, 2003 Stan. Tech. L. Rev. 1, con cita del caso CompuServe v. Cyber Promotions (962 F.Supp. at 1022) y los casos United States v. Sampson, 6 CLSR. 879 (N.D. Cal. 1978) (se condenó al imputado por apropiarse del tiempo y recursos informáticos propiedad del gobierno). Otros tribunales, sin embargo, se negaron a asimilar a un derecho de propiedad el uso de recursos informáticos: ver Indiana v. McGraw, 480 N.E. 2d 552 (Ind. 1985); New York v. Weg, (NY Crim. Ct. 1982).

los cambios de la tecnología[46] y el gobierno federal se preocupa constantemente por perseguir penalmente a sus infractores como lo evidencia su sitio de Internet dedicado al 'cybercrime'.[47]

La citada ley tipifica penalmente el acceso no autorizado a sistemas informáticos operados por el gobierno y en particular a los asociados a la defensa nacional, las relaciones externas, la energía atómica, y a los de instituciones financieras.

Con la finalidad de eliminar discusiones interminables sobre el concepto de virus, gusano (worm), caballo de Troya, etcétera y en que difieren unos de otros, la ley federal prohíbe la transmisión de un programa, información, códigos o comandos que causan daños al ordenador, al sistema informático, a las redes, información, datos o programas.[48] De esa forma, sin definir a estos programas, se los define por su resultado. Como veremos mas adelante, la ley federal fue la primera en ser aplicada a caso de un virus progagado por Internet en forma global, generando luego leyes estaduales específicas.[49]

Actualmente la mayoría de los estados poseen una legislación determinada sobre delitos informáticos que de alguna manera, ya sea tipificando la destrucción de información o precisando que constituye delito el uso de virus, ha abordado la cuestión.[50]

46. Ver las normas federales actualizadas en http://www.cybercrime.gov/fedcode.htm.

47. Ver http://www.cybercrime.gov/index.html. Por otra parte, el listado de casos, disponible en http://www.cybercrime.gov/cccases.html, demuestra que desde 1998 al 2003 se han obtenido mas de medio centenar de condenas en la materia.

48. Cfr. 18 U.S.C. 1030, que dispone "Section 1030(a)(5)(A)...(5*) intentionally accesses* a Federal interest computer without authorization, and by means of one or more instances of such conduct alters, damages, or destroys information in any such Federal interest computer, or prevents authorized use of any such computer or information, and thereby ... (A) *causes loss to one or more others* of a value aggregating $ 1,000 or more during any one year period..."

49. Dentro del delito de daño, algunas leyes estaduales contemplan específicamente a los virus informáticos, como ser California, Illinois, Minesota, Nebraska y Texas. Ver un listado en http://www.ncsl.org/programs/lis/cip/hackleg01.htm.

50. Mark R. COLOMBELL, The Legislative Response to the Evolution of Computer Viruses, 8 RICH. J.L. & TECH. 18 (Spring 2002) at http://www.law.richmond.edu/jolt/v8i3/article18.html.

Uno de los precursores ha sido el estado de California. A finales de 1988 modificó su código penal, haciendo constar que todo aquel que "conscientemente acceda y, sin permiso, añada, altere, erosione, borre o destruya datos, software o programas de ordenador, sistema informático o red de ordenadores..." es culpable de ofensa pública. La pena que se establece para este delito de ofensa pública es de una multa de 10.000 dólares, la confiscación del equipo informático del acusado y prisión hasta un período máximo de tres años.

También el estado de Minnesota sancionó una ley que prohíbe la distribución intencional de programas computacionales destructivos, que se definen como cualquier software que degrade el rendimiento e inhabilite el computador, periféricos o sus sistemas. Además, cualquier programa que produzca datos no autorizados (lo que incluye información que sólo ocupa espacio) o altera la información también es considerado destructivo. La ley fija penas que se gradúan desde una pequeña multa y 90 días de prisión, por delitos que no ocasionen daño al computador, hasta 10 años en prisión y 50.000 dólares de multa por delitos que provoquen más de 2.500 dólares de daño.

El caso mas notorio, y primero en que fue aplicada la ley federal fue "United States v.Morris".[51] En noviembre de 1988, Robert Tappan Morris, estudiante de informática en la Universidad de Cornell e hijo de uno de los mas prestigiosos expertos en seguridad de sistemas informáticos del gobierno (su padre trabajaba para la NSA) introdujo un virus en la red Arpanet. Esta red de computadoras, que actualmente forma parte de Internet, poseía miles de terminales en varios continentes y fue fundada para tratar material no clasificado entre universidades e institutos de investigación públicos y privados de los Estados Unidos y otros países. Un error de programación hizo que el virus fuera muy dañino (se replicaba sin cesar hasta agotar los recursos de la computadora infectada).

51. 928 F.2d 504 (1991). La Corte Suprema no revisó el caso: cert. denied, 112 S. Ct. 72 (1991).

El virus fue contaminando toda la red hasta saturarla en pocas horas. Esto provocó el bloqueo de las líneas de computación y de las memorias de las computadoras de la red. Más de 6.000 ordenadores quedaron afectados en sólo tres horas, lo que implicaba 10% de los 60.000 ordenadores entonces existentes en la red.[52] Entre ellos algunos del Pentágono, la NASA, el Mando Aéreo Estratégico, la Agencia Nacional de Seguridad (NSA), el Ministerio de Defensa, los laboratorios Lawrence Livermore de Berkeley (California) y las Universidades de Princeton, Yale, Columbia, Harvard, Illinois, Purdue, Wisconsin y el Instituto de Tecnología de Massachussets. Incluso se llegó a afectar ordenadores de la República Federal de Alemania y Australia que estaban también conectados a la red.

Morris fue juzgado en enero de 1990, en el tribunal del distrito de Siracusa, Nueva York. La Fiscalía solicitó una pena de prisión de cinco años y una multa de 250.000 dólares. La opinión pública nacional estaba dividida: por una parte se veía a Morris como a un terrorista informático, pero otro sector lo consideraba un genio que solo buscó demostrar sus habilidades y lo exponían como baluarte de uno de los campos tecnológicos en el que Estados Unidos mantiene su liderazgo por sobre otros países: la producción de software y de tecnologías informáticas. Morris fue condenado a tres años en suspenso, 10.000 dólares de multa y 400 horas de trabajo comunitario. La Cámara de Apelaciones confirmó esta condena. La doctrina[53] consideró correcta la aplicación que los tribunales hicieron en este caso de la Computer Fraud and Abuse Act de 1986.[54]

El tribunal concluyó que para la configuración del tipo penal, bastaba que el imputado intente acceder, y que no resultaba necesario además el acceder y causar daño a un ordenador federal ("federal interest computer"). Basándose en el

52. Harold Smith Reeves, *Property in Cyberspace*, 63 U. Chi. L. Rev. 764 (1996).

53. Ver ente otros Grant E. COFFIELD, Love Hurts: How To Stop The Next "Love Bug" From Taking A Bite Out Of Commerce, en *The Journal of Law and Commerce*, Spring, 2001, v. 20, p. 241.

54. 18 U.S.C. § 1.030(a)(5)(A)-(C) (2000).

debate legislativo el Fiscal argumentó que la ley era clara: el Congreso al aprobar la ley previó que el dolo se aplicara sólo al acceso no autorizado y no al daño. Hoy en día esa presunción se podría decir que es superflua. Cualquiera sabe que, con la interconexión existente debido a la red Internet, un virus puede en poco tiempo infectar y afectar a millones de ordenadores. El tribunal condenó a Morris por acceso sin autorización, aunque éste tenía acceso autorizado a los ordenadores de las Universidades de Cornell, Harvard, y Berkeley. Morris también tenía autorización para usar el email y un programa buscador de datos llamado "finger demon", pero se concluyó que no usó estos programas para sus funciones específicas. Finalmente se puntualizó que el virus había sido programado para expandirse a ordenadores en los cuales él no tenía autorización para acceder.

La sentencia en el caso Morris es importante por diversos motivos. La interpretación de lo que es un ordenador de interés federal ("federal interest" computers) es amplísima, pues incluye a cualquier ordenador conectado a Internet. Por ende, cualquier autor de un virus puede ser acusado de acceder sin permiso a estos ordenadores. Además, la interpretación anterior al caso Morris requería que el fiscal probara que el acceso afectaba la operación de un ordenador. Con la doctrina del caso "Morris", solo el acceso intencional y no ya el causar daño intencionalmente es lo punible. Finalmente, también en el caso Morris se concluyó que el uso de una herramienta informática de forma contraria a sus finalidades puede constituir un acceso no autorizado.

Por la época y por la novedad el caso Morris terminó con una condena judicial. Pero actualmente la mayoría de los casos sobre delitos informáticos terminan en "plea agreements", o acuerdos con el Fiscal donde el imputado reconoce su accionar y se le da una pena menor.[55]

55. Por ejemplo, el autor del virus Melissa fue condenado a veinte meses en una prisión federal a cambio de su "acuerdo de cooperación" en donde el imputado reconocía haber producido un daño cercano a 80 millones de dólares sólo en los Estados Unidos. Ver http://www.cybercrime.gov/melissa.htm.

Sin embargo no han faltado otros casos de condenas por este delito. Por ejemplo en el caso United States v. Sablan[56] se confirmó una condena a una empleada de banco por dañar archivos del servidor central de la entidad una vez que fue despedida. La empleada entró por la puerta trasera y de noche, se conectó al ordenador central y borró numerosos archivos de la entidad financiera.

Mas recientemente, en el caso Hotmail Corp. v. Van$ Money Pie Inc.,[57] un tribunal de California sostuvo que el envío de miles de correos electrónicos no solicitados a usuarios de Internet, conteniendo falsas direcciones de origen de los mismos indicando como originante al actor (Hotmail) constituía una violación a las disposiciones civiles de la Computer Fraud and Abuse Act. Esta norma prohíbe transmitir información falsa que cause un daño. Los imputados habían creado direcciones de hotmail.com para recibir allí los pedidos de remoción y los emails que rebotaban por inexistencia de las direcciones de destino y evitar recibirlas en sus cuentas personales. El tribunal entendió que los imputados habían accedido intencionalmente y sin autorización al sistema o servidor de Hotmail al forzarlo a recibir, retener o transmitir a los suscriptores legítimos de esta empresa y desprestigiándolo frente a sus clientes.[58]

6.3 Legislación y jurisprudencia inglesa

En Inglaterra[59] el primer caso de daño informático fue Cox v. Riley[60] resuelto por aplicación de la Criminal Damage Act de 1971 que penaliza a quien sin una excusa legal destruya o dañe cualquier propiedad perteneciente a otro. El imputado

56. 92 F.3d 865, 866 (9th Cir. 1996).

57. Hotmail Corp. v. Van$ Money Pie Inc., 47 U.S.P.Q.2d (BNA) 1020, 1998 WL 388389 (N.D. Cal. 1998).

58. Sobre el fenómeno del spam ver PALAZZI, Pablo, *Aspectos legales del correo electrónico no solicitado*, JA 2004-I-920.

59. Un estudio detallado sobre el daño informático en Inglaterra puede verse en http://www.strath.ac.uk/Departments/Law/dept/diglib/book/criminal/crim11.html.

60. Cox v. Riley [1993] FSR 168 (CA).

Cox utilizaba una sierra computarizada que tenía diversos programas. El imputado utilizó uno de los programas para cancelar el funcionamiento de la sierra. Al borrar esos programas, la sierra dejó de funcionar hasta que pudo ser reprogramada. El tribunal entendió como un factor crítico el resultado de la conducta de Cox, pues el propietario de la sierra tuvo que invertir tiempo y dinero en recuperar la sierra a su condición original y por ello fue condenado por el delito de daño.[61]

Pero este y otros casos[62] demostraban las limitaciones de las leyes entonces vigentes. Esto generó en el gobierno una comisión de estudio[63] que propuso recomendaciones que dieron lugar finalmente a la sanción de la ley denominada Computer Misuse Act del año 1990, que incluyó la modificación de datos y el borrado de información o programas como delito penal.

Existen varios casos relativos a virus informáticos. En el primero, que ocurrió antes de la reforma de la ley penal, se juzgó a una persona que había sido extraditada desde los Estados Unidos al Reino Unido. Se lo acusó de distribuir cerca de 20.000 disketes que contenían información sobre el virus del SIDA, y que estaban acompañados de un virus que, luego de cierto uso paralizaba el ordenador y reclamaba al usuario que enviara un cheque a una cuenta de banco en Panamá. Al comienzo del proceso la defensa argumentó la insania del imputado y el caso nunca llegó a juicio.

En junio del año 1992 el imputado que produjo daños por la suma de £ 36,000 a una imprenta en perdidas económicas fue multado con la suma de £ 1,650,[64] y en diciembre de 1992 un programador que había implantado una bomba lógica en los ordenadores de su ex empleador causando un daño cercano

61. Mathias KLANG, A Critical Look at the Regulation of Computer Viruses, *International Journal of Law and Information Technology*, June 2003, v. 11-162, Oxford University Press.

62. R v Whitely, ((1990) y R v Whitely (1991) 93 Cr App Rep 25, CA.) discutiendo si la Criminal Damage Act 1971 podia aplicarse a propiedad intangible.

63. *Law Commission's Report* n. 186, Computer Misuse, (October 1989).

64. Ver Bedworth case puts law on trial, Computing March 25, 1993, p. 7, citado por Andrew Charlesworth, Addiction and hacking, *New Law Journal*, v. 143, n. 6.596, p. 540 (1993), Butterworth & Co (Publishers) Ltd.

a los £ 30,000 fue condenado a 140 horas de trabajo comunitario y a pagar una multa de £ 3.000.[65]

Esta nueva ley también fue aplicada en noviembre de 1995 en el caso "Pile".[66] Christopher Pile fue acusado de acceder cinco veces sin autorización a distintos ordenadores y de distribuir dos virus que había escrito ("Pathogen" y "Queeg"). Los virus que Pile difundió a través del BBS causaron cuantiosas pérdidas a empresas británicas. La condena fue de dieciocho meses.

Sin embargo, pese a todo lo expuesto, un caso reciente fallado en el año 2005 sostuvo que la denegación de servicio no es delito bajo la ley de delito informático del año 1990. En este caso, un adolescente inglés fue absuelto del delito de denegación de servicio que produjo daños al sistema informático de su empleador. Este delito consiste en saturar un servidor con pedidos de acceso o con miles de correos electrónicos a los fines de inutilizarlo temporalmente. En el caso el imputado estaba acusado de haber enviado cinco millones de mensajes de correo electrónico al servidor de la empresa donde trabajaba y de donde había sido previamente despedido.[67]

El imputado fue absuelto porque la ley inglesa de delitos informáticos (*Computer Misuse Act of 1990*) no contempla la denegación de servicio como delito. En su momento, hace quince años, cuando Inglaterra reformó sus normas penales para adaptarlas a la informática se legisló el acceso no autorizado y la modificación no autorizada de material informático. La defensa se basó en que el envío de numerosos correos electrónicos no solicitados a un servidor no constituía delito porque el servidor justamente había sido habilitado para recibir correos y bajo la terminología de la ley no se modificaba ni accedía a ningún ordenador.

65. Ver Bomber walks free despite Guilty verdict Computing December 10, 1992, p. 3.), citado por Andrew Charlesworth, Addiction and hacking, *New Law Journal*, v. 143, n. 6.596, p. 540 (1993), Butterworth & Co (Publishers) Ltd.

66. R. v. Pile; (1995) unreported.

67. Ver la nota de Tom Espiner publicada en <http://news.com.com/British+teen+cleared+in+e-mail+bomb+case/2100-7348_3-5928471.html>.

La decisión del magistrado londinense sostuvo que "el mundo informático ha cambiado considerablemente desde la sanción de la ley en 1990" y agregó que no existían precedentes en la materia. Para absolver al imputado razonó del siguiente modo "En este caso, los correos electrónicos enviados causaron cada uno en forma individual una modificación que fue "autorizada". Aunque fueron enviados en masa, saturando el funcionamiento del servidor, el efecto sobre el servidor no es una modificación punible bajo la sección 3 de la "Computer Misuse Act" concluyendo que ningún tribunal podría concluir en forma razonable que se trataba de e-mails no autorizados.

En este país se estudia desde hace varios años una reforma de la ley para actualizarla al Convenio del Ciberdelito y a las nuevas técnicas delictivas como la del caso comentado, que mediante denegación de servicios anulan termporariamente el funcionamiento de servidores en Internet provocando daños.[68]

6.4 Otros países

Señala González Rus que la proliferación de virus, bombas lógicas y procedimientos similares ha despertado tal preocupación que algunos ordenamientos han previsto expresamente la difusión de los mismos.[69] Así, el art. 615.5 del Código penal italiano, en el que se castiga con la pena de reclusión de hasta dos años y multa de hasta veinte millones de liras la difusión de programas que tengan por objeto o produzcan el efecto de dañar un sistema informático o telemático, los datos o los programas contenidos en él o pertenecientes al mismo o la interrupción, total o parcial, o la alteración de su funcionamiento.[70]

68. Paul BARTON, publicado en *The Lawyer*, Junio 28, 2004 y Anne FLANAGAN, The law and computer crime: Reading the Script of Reform, publicado en International *Journal of Law and Information Technology*, Marzo de 2005, n. 98.

69. Juan José González Rus, Protección Penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-14 (1999). Este excelente artículo, cuya lectura recomiendo, está disponible en Internet en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html.

70. BUONOMO, en AAVV, *Profili penali dell'informatica*, p. 82 y ss.

El artículo 264.2 del Código Penal español castiga con la pena de prisión de uno a tres años al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos. La doctrina considera que esta norma es aplicable a los virus informáticos.[71]

Los españoles optaron por tipificar el daño informático directamente como una figura agravada. Analizando este delito, señala Gonzalez Rus[72] que "la destrucción de sistemas informáticos y de datos, programas y documentos electrónicos es uno de los comportamientos más frecuentes y de mayor gravedad en el ámbito informático. El daño puede afectar tanto a los elementos físicos del sistema (destrucción de un monitor, incendio de una unidad de proceso, inutilización de una impresora, etc.) como a los elementos lógicos. En el primer caso, el tratamiento penal no ofrece particularidad alguna, debiendo aplicarse el tipo básico de daños del art. 263, y eventualmente las agravaciones del art. 264, cuando los daños afecten exclusivamente a objetos físicos del sistema. Cuando los daños alcancen también a elementos lógicos será aplicable, como veremos, la figura agravada del art. 262.2. Los supuestos que resultan más complicados desde el punto de vista penal son, pues, los de destrucción de datos, programas o documentos electrónicos, que son, además, los que han alcanzado mayor notoriedad. Aunque los daños pueden producirse tanto por procedimientos físicos como propiamente informáticos, son éstos los que despiertan mayor interés. La proliferación de virus,

71. Ver Manuel MARCHENA GOMEZ, Prevención de la delincuencia tecnológica, en *Derecho de Internet* (Rafael Mateu de Ros y Juan Manual Cendoya Mendez de Vigo, coordinadores). Aranzadi Editorial, 2000, Navarra, p. 439; Juan José GONZÁLEZ RUS, Protección Penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos, ob. cit.; Xavier Ribas, Respnsabilidad por virus, Circular 139, en http://www.onnet.es/07010001.htm; Julio Melón Pérez, Responsabilidad jurídica derivada de la creación y difusión de virus informáticos, en Derecho.com, julio de 2002, http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0139.htm.

72. Juan José González Rus, Protección Penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-14 (1999).

bombas lógicas y procedimientos similares ha despertado tal preocupación que algunos ordenamientos han previsto expresamente la difusión de los mismos. A esa preocupación responde el art. 264.2, introducido por el Código penal de 1995 y en el que se recoge como modalidad agravada de daños la conducta de quien 'por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos' (prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses)".

La inclusión de esta norma en el derecho penal español tuvo su debate. El citado autor explica además que "Aunque ya en el Código anterior nada se oponía a la aplicación del delito a este tipo de elementos, con esta previsión el Código zanja la polémica en torno a la aplicación de los daños a los datos y elementos informáticos, negada para el Código anterior por la doctrina mayoritaria.[73] Ello suponía expulsar del delito a ficheros, programas y aplicaciones y elementos lógicos de redes, soportes o sistemas informáticos, de gran valor económico y que, en cuanto impulsos electromagnéticos, son – de acuerdo con el sentido tradicional de la "corporalidad" – incorporales, aunque tienen un valor autónomo e independiente del que corresponde al soporte magnético en el que se graban. Lo cierto es que los datos son entidades físicas y, en ese sentido, materiales, aunque no sean en sí aprehensibles ni perceptibles de manera inmediata por los sentidos. Sin embargo, sí pueden ser directamente dañados, y por ello objeto material del delito de daños, condición que corresponde a la cosa corporal o incorporal, mueble o inmueble, económicamente valorable, susceptible de deterioro o destrucción y de ejercicio de la propiedad. En todo caso, la previsión expresa resulta oportuna, en la medida en que resuelve las dudas que, por más que resultaran infundadas, pudieran mantenerse al respecto. Que la conducta se conciba como modalidad agravada de daños evidencia, además, que se

73. El citado autor aclara que el rechazo se basaba en una mala comprensión del requisito de la "corporalidad" o "materialidad" que se exigía al objeto material del delito de daños. Cfr. GONZÁLEZ RUS, Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos, en *RFDUCM*, Monográfico n. 12, 1982, pp. 107 y ss.

les da más importancia que a los propios elementos físicos del sistema informático, cuya afectación daría lugar al tipo básico del art. 263".

En Francia resultan de aplicación los arts. 323-2[74] y 323-3[75] del Código Penal, que penalizan el afectar el funcionamiento de un sistema informático o la introducción fraudulenta de datos en un programa de ordenador. Estos tipos penales se aplicaron en el mismo caso que comentamos mas arriba (ver punto 5) pero en el proceso penal ocasionado luego del juicio civil contra la empresa que había distribuido los virus.[76] A través del art. 323-3 del Código Penal la jurisprudencia ha considerado bajo esta norma la introducción en un sistema de virus, de programas no autorizados y también se ha aplicado al acceso fraudulento a sistemas informáticos.[77]

A través de la ley 19.223, Chile tipificó figuras penales relativas a la informática, convirtiéndose en el único país de la región que ha actualizado su código penal contemplando delitos informáticos. El art. 1.º contempla destrucción o inutilización de un sistema informático y la figura de obstaculizar o modificar su funcionamiento. El art. 3 de la referida ley tipifica como delito la acción de alterar, dañar o destruir datos. La ley prevé un agravamiento de pena cuando el autor este a cargo de la red o del centro de cómputos. Ambos delitos son aplicables al caso de los virus informáticos. Según la doctrina, el bien jurídico protegido por esta norma es la integridad de la información en si misma.[78]

74. Que dice asi "Le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende".

75. Que dice "Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende".

76. Cass. crim., 12 déc. 1996; Proc. gén. près CA Paris et a.: Juris-Data n. 005348, JCP G 1997, IV 779. El caso está publicado en internet en http://lexinter.net/JPTXT2/introduction_d'un_virus.htm.

77. André LUCAS et al., *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF Droit, p. 687.

78. Juan Pablo HERMOSILLA y Rodrigo ALDONEY, Delitos Informáticos, p. 428, en *Derecho y Tecnologías de la Información*. Chile: Universidad Diego Portales, 2002.

En Perú el artículo 207.º-B dispone que "El que utiliza, ingresa o interfiere indebidamente una base de datos, sistema, red o programa de computadoras o cualquier parte de la misma con el fin de alterarlos, dañarlos o destruirlos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con setenta a noventa días multa".[79]

En Costa Rica, el artículo 229 bis del Código Penal introdujo la alteración de datos y sabotaje informático. La norma dispone que "Se impondrá pena de prisión de uno a cuatro años a la persona que por cualquier medio acceda, borre, suprima, modifique o inutilice sin autorización los datos registrados en una computadora. Si como resultado de las conductas indicadas se entorpece o inutiliza el funcionamiento de un programa de cómputo, una base de datos o un sistema informático, la pena será de tres a seis años de prisión. Si el programa de cómputo, la base de datos o el sistema informático contienen datos de carácter público, se impondrá pena de prisión hasta de ocho años".

Finalmente, en Uruguay se interpreta que el art. 358 del Código Penal uruguayo plantea un problema para la tipificación de los virus informáticos por el hecho de que su objeto ha de ser solo una cosa mueble o inmueble y se considera que los datos no se encuentran dentro de esta categorización.[80]

Es del caso señalar que la ley de derecho de autor de México ampara los programas de ordenador como obras intelectuales, pero contiene una salvedad en relación al tema que estudiamos que demuestra la opinión negativa que el legislador mexicano tiene sobre los virus informáticos. El Artículo 102 de la citada ley dice "Los programas de computación se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o de código objeto. Se

79. Reforma por ley 27.309 que incorpora al Código Penal del Perú los Delitos Informáticos (Promulgada el 15.07.2000).

80. Enrique MULER MENDEZ y Ana BRIAN NOUGRERES, Responsabilidad penal en materia informática en Uruguay, en *Derecho Informático*. t. V. Montevideo: FCU, 2004, p. 145.

exceptúan aquellos programas de cómputo que tengan por objeto causar efectos nocivos a otros programas o equipos".

Finalmente la Convención del Ciberdelito[81] dispone en su artículo 4.º que "cada parte adoptará las medidas legislativas y de otra especie que sean necesarias para establecer como delito bajo su ley local, a los actos que en forma intencional e ilegal dañen, borren, deterioren, alteren o supriman datos de ordenadores". El art. 1.º define el término datos de ordenadores como "cualquier representación de hechos, información o conceptos en una forma tal que permita su procesamiento por un ordenador, incluido un programa que permite que un ordenador realice una determinada función".

La importancia de la Convención se puede apreciar con un caso concreto: el virus conocido como "Love Bug" (o I Love You). Este virus fue elaborado en Filipinas y se expandió rápidamente por todo el mundo.[82] Partiendo de información provista por un ISP en Filipinas, el FBI logró determinar el autor del programa que resultó ser Onel de Guzman, un ex estudiante filipino de ciencias informáticas.[83] Se allanó su casa y se encontraron pruebas de la autoría del virus. Pero había un problema: Filipinas no tenía ley de delitos informáticos, por ende ni el hacking, ni el daño informático ni la distribución de virus o la sustracciones de claves era considerado delito en ese país. Tampoco se lo podía extraditar a

81. Convention on Cybercrime (ETS n.: 185), firmado en Budapest, el 23 de noviembre de 2001 por los países miembros del Consejo de Europa. Texto disponible en http://conventions.coe.int/ (traducción del autor). Sobre esta convención ver TILLI, Nicolás, *La Convención Europea sobre la Cyber-criminalidad*, JA 2004-I-1241.

82. El virus llegaba a la computadora de la víctima con el mensaje I love You, buscaba en el disco rígido los archivos mp3 y .jpg. Una vez que los encontraba los destruía y los reemplazaba con una copia del virus. Luego redireccionaba el Explorer a un sitio especial donde una nueva rutina escaneaba la computadora de la víctima buscando passwords, log-ins y claves de acceso. Finalmente el virus enviaba una copia de si mismo a todos los nombres de la libreta de direcciones de correo del Outlook.

83. El estudiante fue descubierto porque había presentado una tesis donde desarrollaba un programa espía para robar claves de acceso. Sus profesores consideraron poco ética la propuesta. Con la difusión del virus, relacionarnos los daños con la tesis doctoral y lo informaron a las autoridades.

otros países donde el virus había provocado innumerables daños y pérdidas pues en todos ellos estaba vigente el requisito de "doble criminalidad", esto es que la conducta sea delito tanto en el país requirente como el requerido. Ante la presión mundial, Filipinas aprobó en cuestión de semanas una ley de comercio electrónico y de delitos informáticos que contemplaba todas las conductas que Onel de Guzman[84] había realizado, pero, por supuesto, la irretroactividad de la ley penal impidió todo castigo. De haber tenido Filipinas una ley de delitos informáticos, o de haber adoptado los criterios previstos en la Convención de Budapest, los daños ocasionados por el virus "Love Bug" no habrían quedado impunes.

7. Conclusiones

Los casos que hemos comentado en esta nota demuestran que una cuestión que parece moderna (los virus informáticos) pero que ya lleva mas de dos décadas de debate aun no ha recibido una respuesta legislativa adecuada en nuestro medio. Mientras tanto, los virus siguen haciendo estragos en las herramientas que a diario usamos para trabajar.

En el último lustro se dictaron una serie de fallos en nuestro país que tratan el problema penal de los virus, con diversos resultados. Las conclusiones inmediatas que surgen de estos casos es que estos delitos informáticos se siguen cometiendo a diario y producen cuantiosas pérdidas a empresas, a individuos y al Estado. Por otra parte, la falta de una legislación especial deja un vacío en una materia que es muy importante amparar.

Existen distintos niveles de daño que un virus o el accionar humano pueden causar a un ordenador. Desde el mas claro que es la destrucción del hardware, hasta el mas sutil borrado de los programas o los datos contenidos en el mismo. En el medio hay diferentes variantes, como la desconfiguración de los programas

84. El art. 33 de la Ley 8.972/2000 contemplaba como delito el daño informático con una pena de seis meses a tres años.

o periféricos, el encriptado de datos, la alteración de los puertos de entrada o salir del ordenador, los daños aleatorios, o el bloqueo de periféricos o la saturación de servidores mediante miles de pedidos de acceso falsos. Los virus pueden provocar otros daños no relacionados directamente al derecho de propiedad. Por ejemplo, algunos virus toman un archivo al azar y lo distribuyen aleatoriamente a una lista de distribución de correos, pudiendo de esa forma violar la intimidad, el secreto profesional o el secreto industrial. Otros reenvían a la lista de correo del usuario insultos o pornografía, comprometiendo su honor o identidad. También los ataques coordinados de denegación de servicios en Internet constituyen un grave atentado a la estabilidad de las comunicaciones, que hoy en día son tan indispensables como necesarias para cualquier tarea.

La doctrina – como vimos – es unánime sobre la necesidad de legislar pero también se aclara que ciertas conductas pueden ser delito sin ley especial (el caso del virus que daña el BIOS).[85] De todas maneras, y mas allá del resultado de los casos que examinamos, parece claro que en Argentina necesitamos con urgencia una ley que modifique el código penal tipificando el daño informático como delito, cuestión que también se ha planteado en el derecho comparado[86] pese a que esos países cuentan con precedentes importantes en la materia.[87] Por otra parte la importancia de estos asuntos puede verse claramente en los efectos que tuvo el virus "Love bug" a nivel mundial que llevó a tomar conciencia de la importancia de la Convención contra el ciberdelito y la necesidad de enfrentar el tema a nivel global.[88]

85. Leonardo BROND y Sebastián BRIGNANI, *Delitos informáticos*: panorama deslindante y criterio de demarcación, LL 2004-C-1250.

86. Kelly CESARE, Prosecuting Computer Virus Authors: The Need for an Adequate and Immediate International Solution, 14 *Transnat'l Lawyer* 135 (2001).

87. Ver por ejemplo United States v. Sablan, 92 F.3d 865, 866 (9th Cir. 1996) – confirma condena a empleado de banco por dañar archivos del servidor central de la entidad una vez que fue despedido – y United States v. Morris, 928 F.2d 504 (2d Cir.), cert. denied, 112 S. Ct. 72 (1991) – virus que infectó 6000 ordenadores a través de internet.

88. Shannon C. Sprinkel, The residual effects of the "Iloveyou" computer virus and the draft convention on cyber-crime, 25 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 491 (2002).

Aplicação direta dos tipos penais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional no direito interno

Paul Hernández Balmaceda

Doctorando de Derecho penal de la universidad de Alcalá de Henares, España. Juez de Juicio Penal y Apelaciones en el Tribunal de Guanacaste, Costa Rica. Ex-profesor de Derecho penal, procesal penal y Derecho constitucional de la Universidad Latina de Costa Rica y de la Escuela Judicial de Costa Rica.

Sumário: 1. Fundamento para a persecução dos tipos penais do ETPI no direito interno: 1.1 *Pacta sunt servanda*; 1.2 Princípio da complementaridade; 1.3 Obrigação de cooperação internacional – 2. Aplicação dos tipos do ETPI no direito interno: 2.1 Princípio de legalidade-tipicidade penal; 2.2 Hierarquia das normas de Direito Penal Internacional no direito interno – 3. O caso da Costa Rica: 3.1 Provisões constitucionais; 3.2 Jurisprudência constitucional; 3.3 Normas de direito penal interno – 4. Conclusões – 5. Bibliografia.

Resumo: O autor disserta sobre as condições a ser aplicado o Estatuto de Roma nos Estados subscritores. Descreve alguns fundamentos para a aplicação das regras do Tribunal Penal Internacional no direito interno e aprofunda a discussão sobre a tipicidade penal interna e internacional. Conclui que os Estados subscritores estão obrigados a perseguir os crimes descritos na legislação internacional, devendo, portanto, a aplicação do Tratado ser direta nestes mesmos Estados.

Abstract: The author writes about the conditions applied by the Rome Statute on the subscribing States. He also describes some fundamentals for the application of the rules of the International Criminal Court regarding the internal law and deepens the discussion about the internal and international criminal typicity. He

concludes that the subscribing States are obliged to pursuit the crimes described in the international legislation, hence, the application of the Treaty should be direct in these same States.

Palavras-chave: Direito Penal Internacional – Tipos penais do Estatuto de Roma – Aplicabilidade do Estatuto de Roma – O exemplo da Costa Rica.

Keywords: International Criminal Law – Criminal types of the Rome Statute – Applicability of the Rome Statute – Costa Rica's example.

1. Fundamento para a persecução dos tipos penais do ETPI no direito interno

1.1 Pacta sunt servanda

Sem ânimo de nos estender sobre este ponto, mas sem esquecer sua importância, temos de recordar que em matéria de Direito dos Tratados é clara a provisão da Convenção de Viena, de 23.05.1969, art. 26, que estabelece o caráter vinculante dos tratados, assim reconhecido no Direito Internacional Público.

Isso implica que quem conclui um tratado se encontra obrigado a cumprir com o compromisso que assume frente à comunidade internacional, o que é ainda mais claro em normas de caráter convencional como o Estatuto de Roma, que nem sequer admite reservas.

Se no tratado, o Estado se obriga a perseguir penalmente uma série de condutas que se consideram lesivas internacionalmente, ele deve precisamente atuar em conseqüência. Isto é, possibilitando seu cumprimento mediante ações concretas, o que implica, por sua vez, superar todos os obstáculos que existam dentro de sua legislação interna.

Isso pode implicar uma modificação de sua legislação interna ou uma interpretação que se realize via jurisprudência, quando exista alguma antinomia. No entanto, essa interpretação que os tribunais (ordinários ou constitucionais) realizem ou possam realizar será insuficiente, caso ocorram lacunas de punibilidade.

Diante dessa obrigação exigível internacionalmente e suas conseqüências derivadas no tocante ao cumprimento dos compromissos contidos no ETPI, tampouco podemos obviar o que dispõe o art. 27 da Convenção de Viena já citada. Essa norma prevê a impossibilidade para um Estado-parte de invocar seu direito interno perante a comunidade internacional para justificar o não cumprimento do compromisso assumido quando ratifica um tratado.[1]

Conseqüentemente, podemos afirmar que existe uma obrigação geral de observar as provisões dos tratados internacionais em geral, do que não escapa o ETPI. Essa norma convencional dispõe uma série de obrigações que podem implicar esse dever de adaptar a legislação interna ao compromisso internacionalmente adquirido.

O problema surge quando esse compromisso não passa do plano do dever-ser e não se age de conformidade com a obrigação adquirida, o que nos pode levar a temas como o que aqui nos ocupa, a saber, o da possibilidade de aplicar diretamente as disposições do ETPI no ordenamento interno, o que vai enfrentar não poucas dificuldades, tal como o enunciaremos mais adiante.

De imediato, basta-nos deixar por estabelecida a existência dessa obrigação que os Estados-partes têm de perseguir e reprimir os crimes internacionais e o fato de que nem sequer é possível invocar a ordem jurídica interna para seu não cumprimento.

1.2 Princípio da complementaridade

O ETPI, como bem sabemos, estabelece um sistema de competência complementar em seu art. 17. Isso significa que o Estado signatário, que assume uma obrigação exigível internacionalmente, se encontra especificamente vinculado ao dever de perseguir e reprimir essas condutas diretamente em seu território. E com as normas que fazem parte de seu ordenamento jurídico.

1. Entre outros: Strozzi, Giorlamo. *Il diritto dei trattati*. Turim: Giappichelli Editore, 1999.

Se isso não ocorrer, então o exercício da competência do Tribunal Penal Internacional com respeito a tais casos entra em vigor. Assim se entende da provisão da norma convencional, e em doutrina.[2]

Não é diferente a posição da Sala Constitucional da Costa Rica, no voto das 14:56 horas do dia 01.11.2000. Naquela ocasião, analisando a constitucionalidade do ETPI, essa instância considerou que a criação do TPI não tem a intenção de substituir as jurisdições nacionais, mas sim de complementá-las. Isso ocorre na hipótese em que as jurisdições nacionais não possam ou não queiram perseguir essa classe de delinqüência.

Inclusive tal órgão de controle constitucional costarriquense, na decisão já indicada e que é de acatamento obrigatório (força *erga omnes*) dentro do sistema jurídico do país, considera que a persecução desse tipo de delito ocorre por duas vias, uma nacional, com base na competência que tenha definida cada Estado e, agregaríamos, a regulação de tais condutas; e outra através do TPI.

Em todo caso, não é de nosso interesse aprofundar o tema da complementaridade, pois nos levaria a uma análise ainda maior e nos desviaria de nosso propósito. Temos de resgatar, isso sim, e de imediato, que a complementaridade implica que tanto a competência do TPI como a do Estado membro devem estar em consonância com o ETPI, de maneira tal que possibilite cumprir com as obrigações que esta norma convencional impõe com respeito à persecução e prevenção dos tipos penais que contém.

1.3 Obrigação de cooperação internacional

A acolhida dos crimes internacionais dentro do ordenamento interno deriva de uma obrigação de caráter geral para os Estados de punir essa classe de delitos; lamentavelmente, isso muitas vezes não passa de uma simples declaração de princípios

2. Ver, por exemplo: Ambos, K. Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional em *Persecusión Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España.* Montevidéu: Instituto Max Planck e Fundação Konrad Adenauer, 2003, p. 25.

e, em não poucas ocasiões, nos vemos diante de uma normativa de ordem interna incompleta ou insuficiente que não permite sua aplicação direta no sistema penal.

A pedra angular desse sistema deriva da obrigação de cooperar, como padrão de comportamento de todo Estado soberano, conforme as concepções de Karl Lowenstein,[3] que parte de que se trata de um princípio normativo de alcance universal e caráter geral.[4] De fato, encontra apoio no art. 1.º, § 3 da Carta da Organização das Nações Unidas e na Resolução 2.625 em que se enuncia a "Declaração de princípios de Direito Internacional referentes às relações de amizade e cooperação dos Estados".

Este dever de cooperação caracteriza-se, no Direito Internacional Público, por constituir uma obrigação para os Estados de prevenção e repressão de determinados crimes, que por sua gravidade, implicam a exigência de responsabilidade penal individual.

É aí que surgem vários instrumentos que no Direito Internacional Humanitário desenvolvem e assentam especificamente o princípio de cooperação, convertendo-o em uma obrigação de reprimir. O que se plasmou, precisamente, nas Convenções de Genebra de 1949 e no Protocolo Adicional 1 de 1977, ou no preâmbulo e no art. 5.º da Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, de 1948.

Algo similar ocorre com o ETPI, que em seu art. 86 e ss. impõe aos Estados signatários a obrigação de cooperar "na investigação e no ajuizamento de crimes de sua competência". Podemos concluir então que: "A obrigação de respeitar o Direito Internacional Humanitário (Direito Penal Internacional, em nosso caso) implica o dever de adequar os ordenamentos internos em todos os níveis ao exigido na norma internacional de proteção".[5]

3. Neste sentido igualmente: Remiro Brotons, A. *Derecho Internacional*, Mc Graw Hill, 1997, p. 1.081.

4. Ver: Garzón Clariana, *Sobre la noción de cooperación...*, 1976, p. 67.

5. Quel López, J. Algunas reflexiones sobre la contribución..., 1997, p. 495; no mesmo sentido Rueda Fernández, C. Delitos de Derecho Internacional, 2001, 98; Boisson de Chazournes e Condorelli, Quelques remarques à propos..., 1984, p. 25.

Com algumas limitações, temos de centrar nossa atenção no tema da aplicação direta do ETPI. Perante essa obrigação de perseguir e reprimir esta classe de ilícitos, que é como se concretiza o princípio de cooperação já aludido, e diante tanto de um vazio legal ou uma antinomia, como de uma norma de remissão, surge a problemática acerca da aplicação direta do ETPI dentro da ordem interna. Existindo tais compromissos internacionalmente assumidos e exigíveis, isso não deve ser visto somente como algo possível, mas também como algo que se deve fazer.

Essa obrigação de reprimir tal classe de condutas encontra um amplo apoio na ordem convencional, que no caso do ETPI se regulamenta em uma norma específica (art. 86), mas também na jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça. Concretamente, no caso Nicarágua contra EUA, resolveu tal instância em 1986[6] que a obrigação de respeitar e fazer respeitar a norma convencional deriva também dos princípios gerais, já que aquela é a expressão concreta destes.

Deste princípio de cooperação, concebido na forma com que o estamos referindo, surge então para o Estado uma dupla obrigação: a da prevenção, que se concretiza na emissão de normas que punam ou adaptem ao direito interno as condutas contidas nas normas convencionais; e a obrigação de repressão, que se concretiza na persecução de tais ilícitos quando são submetidos perante seus tribunais.

Para que uma e outra se materializem é necessário, por um lado, compreender a obrigação que nasce do princípio de cooperação nesta matéria e do caráter obrigatório dos tratados internacionais, e por outro, entender a necessidade de adequação da ordem interna à norma convencional que lhe impõe tal compromisso, para que, finalmente, a persecução nacional de tais tipos penais seja possível.

É conveniente que essa adequação se realize via legislação ordinária; no entanto, não é a única forma possível de realizá-la, pois também pode sê-lo por meio da prática cotidiana dos tribunais nacionais, através da jurisprudência. Quando essa adequação legislativa, por assim dizer, não existe, ou é insuficiente,

6. Recueil des cours, 1986, p. 14.

surge a necessidade de buscar soluções que possibilitem sua concretização, ou ao menos que seja vista como algo provável.

Por isso, a aplicação direta dos crimes internacionais contidos no ETPI se mostra como uma opção, desde que existam as condições à que se fez referência antes, a saber: a) estarmos em presença da obrigação convencional de prevenir e perseguir a conduta; b) encontrarmo-nos diante de um vazio legal ou de uma antinomia; e c) contar com uma norma de remissão.

Esta última surge do respeito ao princípio de legalidade penal que se concretiza no de tipicidade. Seria preciso aprofundar ainda mais este tema, na medida em que a análise que se realize no interior dos tipos contidos no ETPI que se pretendam aplicar diretamente deverá submeter-se ao exame dentro de cada ordenamento interno do que se conceitue como princípio de tipicidade penal, derivado da garantia do princípio de legalidade, o que não deixa de ser uma tarefa complexa.

2. Aplicação dos tipos do ETPI no direito interno

2.1 Princípio de legalidade-tipicidade penal

Há um aforismo que alude ao princípio da legalidade: "O juiz é escravo da lei". Ainda assim, o conceito de aplicação rigorosa da lei, já de per si estrito em matéria penal, não somente não exclui a interpretação da lei, como requer uma consideração referente aos valores fundamentais da ordem jurídica, sem o que esta última não seria possível.[7]

Neste ponto em particular, de uma óptica dogmática, são interessantes, entre outras, as teses de Josef Esser, que conclui que "o *monitum* da atitude conservadora-normativa, segundo a qual o juiz que introduz suas próprias valorações,

7. Bacigalupo, Enrique I dogmi della dogmatica penale, em *Dei Diritti e delle pene* n. 2/1983, p. 245; *Delito y Punibilidad*, 1983, p. 13; *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 43.

necessariamente trai sua função de aplicador do direito, se apóia na idéia carente de realidade de que as normas podem ser aplicadas sem uma valoração adicional",[8] seguindo com isso as posturas de Larenz.[9]

Posturas também aceitas na hermenêutica jurídica por parte de Hans Albert,[10] que concebe a ciência do direito antes como uma ciência normativa do que como uma disciplina "tecnológico-social". Essa tecnologia social não elimina o elemento hermenêutico, nem exclui os pontos de vista finalistas ou valorativos que podem ser introduzidos na discussão de problemas jurídicos.

Partindo dessa base, e tendo presente que essa interpretação a que está chamado o juiz que aplica diretamente o direito se matiza dessa forma, é possível afirmar que também encontrará um norte ou referente nos valores fundamentais. Tais como os constitucionais, os fixados nos instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos ou nos princípios básicos do direito penal em um Estado democrático de direito.

Essa análise, em todo caso, implica estabelecer um equilíbrio entre as garantias do imputado, as da vítima e as obrigações sistêmicas de punir, prevenir e perseguir essa classe de delitos que afetam bens jurídicos cuja proteção transcendem as fronteiras nacionais. As teses mecanicistas[11] quanto à aplicação da lei estão superadas hoje em dia.

Atualmente, defendem-se posições favoráveis ao desenvolvimento judicial do Direito, o que em todo caso é possível dentro do marco de respeito ao princípio de legalidade "considerando o significado literal mais próximo, a concepção do legislador histórico e o contexto sistemático-legal, e segundo o fim da lei (interpretação teleológica)".[12]

8. Esser, J. *Vorverstaendnis und Methodenwahl in der Rechstsfindung*, 1972, p. 36.
9. Larenz, K. *Methondehlehre der Rechswiessenchaft (Studienaugrabe)*, 1983, p. 301.
10. Albert, H. *Kritik der reinen Hermenutik*, 1994, p. 36.
11. Sustentadas por Montesquieu e acolhidas depois por Beccaría.
12. Roxin, C. *Derecho penal...* reimp. 2001, p. 149.

Por isso é que nessa matéria não se pode descartar o uso de um método de interpretação que abarque de forma sistemática todo o ordenamento e que dê uma resposta adequada ao caso concreto que se analisa.

Isso encontra um limite intransponível na garantia do princípio de legalidade, concebido com tais matizes de uma forma harmônica, mas sem que se chegue a desnaturalizar-se. Tem implicações tais como que, ao menos, pré-exista ao evento histórico a provisão de uma norma legalmente emanada do Poder Legislativo que estabelece qual conduta constitui delito. Além disso, essa norma deverá atribuir-lhe a respectiva pena.

Levando em conta tais considerações, temos de perguntar de novo: o que acontece se nos acharmos diante de uma antinomia ou uma lacuna legal, existindo uma norma convencional de caráter hierarquicamente superior ou igual ao da penal dentro da ordem interna e encontrando-nos diante da obrigação de perseguir e reprimir uma conduta que afeta bens jurídicos que exigem uma tutela efetiva, tanto no interior como perante a comunidade internacional?

A existência ou não de uma norma de remissão frente aos delitos que o ETPI contém se converte em um tema de relevância para responder a essa pergunta.

Tal como veremos, no caso da Costa Rica, existe essa norma de remissão, que por um lado estabelece internamente a pena a impor e por outro lado deixa à norma convencional a concretização da conduta que se considera delituosa. Este caso pode ser um exemplo que ilustre o tema que nos interessa e poderia surgir aí a possibilidade de aplicar diretamente os crimes internacionais do ETPI.

Não obstante, surge outro questionamento derivado do anterior: seria possível a aplicação direta se não existisse a norma de remissão?

A busca de uma resposta a esta outra pergunta nos leva a aludir ao tema da hierarquia que o ETPI tem dentro do ordenamento interno.

2.2 Hierarquia das normas de Direito Penal Internacional no direito interno

Seguindo com o fio do exposto anteriormente, a solução frente a uma norma penal convencional que sanciona uma conduta e atribui uma pena, que

tem igual hierarquia à de uma contida na ordem interna poderia ser diversa, já que os critérios para solucioná-la são os próprios do concurso aparente de normas, e este, por sua vez, são diferentes daqueles casos em que a norma convencional tem um nível superior ou inferior à regulação do direito interno.

A hierarquia da norma convencional de Direito Penal Internacional dentro da ordem interna desempenha um papel importante na incorporação ou aplicação direta dos tipos penais que contenha. Não obstante, se matiza partindo do fato de que no Direito Penal Internacional as normas convencionais, junto com as internas de um Estado, formam um sistema complementar, tal como já mencionamos.

Na ordem nacional, em um regime jurídico em que a fase de celebração e ratificação do tratado se encontre em mãos do Poder Executivo, quando a aprovação está em mãos do Legislativo e a norma passa, por sua vez, também pelo crivo do controle de constitucionalidade e da jurisprudência ordinária organicamente situada dentro do Poder Judiciário, o questionamento sobre a legitimidade da norma parece algo mais que superado e se converte em algo que não colocaria maiores dificuldades para solucioná-lo.

Não obstante, temos de levar em conta que em não poucas ocasiões esta incorporação dos tipos penais do ETPI depende da hierarquia que tal instrumento tenha dentro do sistema jurídico nacional e que, ademais, pode ou geralmente está em contradição com a legislação penal ordinária, especialmente quando esta não foi adequada àquela.

O problema radica, para quem tem a obrigação de prevenir e perseguir esse tipo de conduta, frente a uma obrigação de direito internacional, perante uma norma que forma parte do ordenamento interno e que se contradiga ou não coincida plenamente com outra de índole penal internacional; na definição de se a norma convencional pode ou não ser aplicada diretamente, sem obviar o caráter complementar de ambas as ordens.

Vimos que, afora as exigências quanto ao princípio de tipicidade, derivação da garantia do princípio de legalidade penal (*lex proevia, certa* e *stricta*), a solução com respeito a qual prevalece estará em estrita dependência da hierarquia que

tem uma ou outra, sem esquecer o caráter complementar entre as duas ordens que fazem parte de um sistema comum.

De imediato, interessa o caso em que essa hierarquia da norma de direito penal internacional é igual ou superior à da legislação penal ordinária. Nessa hipótese, fica claro que será preciso centrar a discussão em se a norma convencional ou, em termos mais concretos, os tipos penais do ETPI, cumprem com a garantia do princípio de tipicidade penal.

Se se observa a provisão dos arts. 5.º a 8.º, 23 e 77 a 80 do Estatuto, a nenhuma das condutas ali descritas foi atribuída de forma específica uma pena e, portanto, não poderíamos dizer que a exigência da existência de uma *lex certa* e *stricta* com relação à pena na ordem nacional seja uma realidade.[13]

Dito em outros termos, a concepção, o rigor do princípio de legalidade que se tem dentro de um sistema nacional pode diferir em não poucas ocasiões do previsto pelo ETPI.

Por isso é que se não existir a norma de remissão, mesmo se a norma convencional tem uma hierarquia superior à legislação penal ordinária, as condutas previstas como tipos penais do ETPI não podem ser diretamente aplicáveis na ordem interna.

Este tema deve ser mais aprofundado, inclusive propõe-se a elaboração dentro da doutrina de uma concepção do princípio de legalidade, de acordo com uma eventual "Parte Geral" do Direito Penal Internacional.

No entanto, mesmo assim não podemos obviar que a regulação que estabeleça um delito na ordem nacional necessariamente deverá observar princípios básicos dentro desse sistema e que, por ter tal característica, são essenciais. Disso tampouco escapam aqueles delitos de caráter internacional, na medida em que ingressam em tal sistema.

13. Neste sentido, Ambos, K. La Tribunal Penal Internacional... EJC, San José, 2003, p. 81, em sentido contrário, Triffterer, O. *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklun des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, 1966, p. 139.

Seria possível desenvolver um conceito do princípio de legalidade na ordem internacional que estabeleça mínimos; não obstante, se na ordem interna este princípio se aplica de uma forma mais rigorosa, as figuras delituosas que se apliquem dentro do sistema nacional não poderão obviar o princípio de legalidade, tal como é regulado internamente.

Se partimos do anterior com relação às figuras contidas no ETPI, tais provisões não estabelecem de forma concreta e clara uma pena a impor às condutas que considera delitos internacionais. Por isso seria possível afirmar que existiria um déficit quanto aos requerimentos exigidos internamente para observar o princípio de legalidade e, com este, o de tipicidade penal, o que impossibilitaria sua aplicação direta na ordem nacional.

Diverso é o caso quando esta pena lhe é atribuída por uma norma de remissão, na medida em que o legislador, com uma técnica não muito adequada por certo, está atribuindo uma sanção a uma conduta determinada, com o que, em princípio, se salvaria qualquer objeção com respeito à observância de tais princípios.

Em todo caso, é um tema muito interessante que requer uma análise mais profunda e que demanda um maior desenvolvimento, o que nos desviaria também de nosso propósito. Aqui ficam colocadas algumas inquietações. A seguir centraremos nossa atenção em um ordenamento em particular, que contém normas de remissão com relação ao ETPI e que, em alguma medida, pode ser ilustrativo.

3. O caso da Costa Rica

3.1 Provisões constitucionais

Algumas considerações gerais iniciais servirão para nos situar dentro desse contexto e compreendê-lo melhor. No topo do ordenamento penal costarriquense,

como no da maioria dos sistemas penais, seguindo o velho esquema hierárquico normativo kelseniano, encontra-se a Constituição Política. A atual data de novembro de 1949[14] e estabelece as máximas que permeiam o direito penal, tanto do seu ponto de vista material como processual.

Junto com o princípio democrático,[15] o de legalidade é outro dos pilares sobre os quais se assenta o sistema penal costarriquense. Com efeito, o art. 28[16] constitucional prevê que ninguém pode ser perturbado nem perseguido pela manifestação de suas opiniões, nem por ato algum que não infrinja a lei; o que se complementa no art. 39[17] da Carta Magna, que dispõe que ninguém sofrerá pena senão por delito, quase delito[18] ou falta, sancionados por lei anterior.

Desta última provisão, a Sala Constitucional[19] faz duas derivações: o "direito geral à justiça" e o "direito geral à legalidade". Em sua análise, vale a pena notar, esse tribunal se refere a outras normas complementares, também de caráter constitucional e, ademais, às que conformam o Direito Internacional

14. É produto de uma Assembléia Constituinte cujos membros foram eleitos democraticamente, posterior à Guerra Civil de 1948. Não obstante, deve-se ressaltar que uma das características da Costa Rica é sua estabilidade política; com efeito, recentemente na revista *Strategic Finance* (v. LXXXIII), 7, Institute of Management Accountants, Neuter Jersey, janeiro 2002, p. 21, 43, (também em www.strategicfinancemag.com), o país é colocado no 20º lugar entre os 25 países do mundo politicamente mais estáveis, ocupando o primeiro lugar na América Latina e situando-se, inclusive, acima de países da União Européia, como Espanha e França.

15. Desenvolve o tema do princípio democrático que a Constituição Política da Costa Rica contém: Mora Mora, Luis e Navarro Solano, Sonia. *Constitución...*, 1995, p. 26. Uma análise mais recente é feita por Rivero Sánchez, Juan Marcos, San José, 1998, p. 34.

16. O texto integral é: "Ninguém pode ser inquietado nem perseguido pela manifestação de suas opiniões nem por ato algum que não infrinja a lei".

17. Literalmente, esta norma em seu § 1.º dispõe: "A ninguém se fará sofrer pena senão por delito, quase delito ou falta sancionados por lei anterior e em virtude de sentença firme ditada por autoridade competente, prévia oportunidade concedida ao indiciado para exercitar sua defesa e mediante a necessária demonstração de culpabilidade". Reconhecendo a enunciação do princípio de legalidade penal na norma supracitada, pronunciou-se também a Sala Constitucional no voto 6.660-93.

18. Ainda conserva esta distinção de princípios do século XX, apesar de que no Código Penal atualmente vigente não se mantém, o que se explica pela data em que entra em vigor a atual Constituição Política da Costa Rica: 1949.

19. No voto 1.739-92.

dos Direitos Humanos, para completar um marco de princípios, garantias e direitos essenciais que regerão o sistema penal democrático desenhado pelo constituinte para a Costa Rica.

Da primeira vertente, a saber, a que corresponde ao chamado "direito geral à justiça", deriva toda uma série de pré-requisitos orgânicos, se se quiser, e que já são sabidos com respeito à administração de justiça em geral: tribunais imparciais, independentes,[20] direito ao juiz regular,[21] por exemplo.

Sempre dentro desse mesmo grupo se destaca, de uma dimensão programática, o conceito de devido processo. Na Constituição costarriquense, de acordo com a interpretação que realizou a Sala Constitucional, ele se situa nos arts. 27[22] e 41[23] da Carta Magna correspondendo, por sua vez, cada um deles em separado,

20. Sobre independência e imparcialidade dos juízes no processo penal costarriquense, ver: Houed Vega, Mario, 1997, p. 36; Mora Mora, Luis Paulino. *Los Principios...*, 1996, p. 20; entre outros autores costarriquenses. Igualmente os votos 1.148-90, 1.739-92, 6.829-93, 1.562-93, 765-94, 2.621-95 da Sala Constitucional.

21. Este último previsto no art. 35 constitucional: "Ninguém pode ser julgado por Comissão, tribunal ou juiz especialmente nomeado para o caso, senão exclusivamente pelos tribunais estabelecidos de acordo com esta Constituição" O mesmo tribunal constitucional situa dentro do direito geral à legalidade penal, em sua concepção ampla, o direito a um juiz regular que prevê a norma que se cita aqui integralmente.

22. Dispõe esta norma: "Garante-se a liberdade de petição, em forma individual ou coletiva, perante qualquer funcionário público ou entidade oficial e o direito a obter uma pronta resolução". De onde é possível derivar igualmente o direito das vítimas a obter resposta de parte do Estado perante o dano que possam ter sofrido, o que tem transcendência para efeitos de sua exigibilidade perante o próprio órgão jurisdicional constitucional em caso de não cumprimento, tema este que é bastante sensível tratando-se dos tipos penais do Direito Internacional Penal.

23. Artigo enunciado da seguinte maneira: "Ocorrendo às leis todos hão de encontrar reparação para as injúrias ou danos que tenham recebido em sua pessoa, propriedade ou interesses morais. Deve-se fazer-lhes justiça pronta, cumprida e em estrita conformidade com as leis". Como vemos, tanto o artigo anteriormente citado (27 constitucional), como o aqui transcrito se entrelaçam e servem de sólido fundamento para possibilitar o reclamo das vítimas, tanto de uma ação por parte do Estado frente a um delito de Direito Penal Internacional, como também frente ao Estado mesmo, quando por ação, omissão ou negligência ocorra o agravo. A vantagem da jurisdição constitucional afora da obrigatoriedade no cumprimento de suas resoluções, radica no fato de que para efeitos práticos uma sentença que reconhece a violação deste ou de qualquer outro dos direitos protegidos constitucionalmente é diretamente executória

a postulados de igualdade no acesso à justiça (não-discriminação)[24] e o direito a que essa justiça se administre cumprida e prontamente (direito a uma sentença justa e oportuna).

Da segunda vertente, a saber, do direito geral à legalidade, ressalta obviamente o princípio de *nullum crime, nulla poena sine previa lege* que se enuncia no art. 39[25] constitucional, ao qual já aludíamos. Também o da retroatividade favorável da lei penal (ou não retroatividade da lei penal em prejuízo), que se contempla no art. 34[26] do mesmo corpo normativo, o princípio da inocência, o de *in dubio pro reo* e outros de índole processual, entre os quais cabe mencionar o direito de audiência e defesa,[27] o de dupla instância,[28] eficácia formal (coisa julgada) e material da sentença.[29]

Tudo isso, exposto de maneira sucinta, compõe um marco constitucional geral que diz respeito ao sistema penal nacional. No entanto, não podemos deixar de destacar o fato de que dentro da hierarquia que adquirem os tratados ratificados pela Costa Rica sobressaem-se os relativos ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

por parte do agravado, o que implica que no âmbito processual se encontra possibilitado a aceder à liquidação do dano, diretamente.

24. Cuja provisão específica encontramos no art. 33 constitucional: "Toda pessoa é igual perante a lei e não se poderá fazer discriminação alguma contrária à dignidade humana" e que também se desenvolvem nos arts. 1.1 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

25. Ver nota 4. Que se complementa com o disposto no art. 9 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José). Sobre o princípio de legalidade penal em Costa Rica, ver também Mora Mora e Navarro Solano, *Constitución...*, 1995, pp. 67-76;

26. "A nenhuma lei se lhe dará efeito retroativo em prejuízo de pessoa alguma, ou de seus direitos patrimoniais adquiridos ou de situações jurídicas consolidadas".

27. Ambos contidos de modo geral no art. 39 constitucional, no art. 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos e em especial e de forma ampla no Código Processual Penal.

28. Sua provisão, perante a carência de uma norma expressa na ordem constitucional deriva, de acordo com interpretação da Sala Constitucional costarriquense no voto 1.739-92, da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, § 2, *h*). Ver também: González Álvarez, Daniel. *Justicia...*, 1994, p. 78.

29. Também contido no § 4 do art. 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

3.2 Jurisprudência constitucional

Em reiterados votos, a Sala Constitucional[30] interpretou (da relação dos arts. 7.º[31] e 48[32] da Constituição Política), que: "Os instrumentos de Direitos Humanos vigentes na Costa Rica, têm não apenas um valor similar à Constituição Política, como também, na medida em que outorguem maiores direitos ou garantias às pessoas, *têm primazia sobre a Constituição*" (o grifo não é do original).

A partir dessa provisão, é possível afirmar que se optou por deslindar o âmbito de incorporação do direito internacional no direito interno utilizando como parâmetro a delimitação dos direitos fundamentais garantidos na ordem estatal. Desse modo, a acolhida do direito penal internacional se restringe ao fato de que limite ou afete direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente. Ao contrário, a margem de apreciação estatal frente ao direito penal internacional ou ao direito internacional dos Direitos Humanos deve ser buscada no desenvolvimento de direitos fundamentais.

Essa posição, aceita pela jurisprudência constitucional nacional, está de acordo com a Opinião Consultiva OC-4/84 de 19.01.1984 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede precisamente em San José de Costa Rica.

Além da evidente transcendência que esta posição tem no que tange à aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral, devemos enfatizar que os tratados que configuram essa área específica, ratificados devidamente pela Costa Rica e que, por sua vez contêm provisões em matéria de Direito

30. 3.435-92, 5.759-93 e 2.313-95.

31. "Os tratados públicos, os convênios internacionais e os acordos devidamente aprovados pela Assembléia Legislativa terão desde sua promulgação ou desde o dia que eles designem, autoridade superior à das leis".

32. "Toda pessoa tem direito ao recurso de *habeas corpus* para garantir sua liberdade e integridade pessoais, e ao recurso de amparo para manter ou restabelecer o gozo dos outros direitos consagrados nesta Constituição, assim como dos de caráter fundamental estabelecidos nos instrumentos internacionais sobre direitos humanos, aplicáveis na República. Ambos os recursos serão de competência da Sala indicada no artigo 10" (Constitucional).

Penal Internacional, poderiam ter essa hierarquia[33] ou, em todo caso, e isso é válido para qualquer outro tipo de tratado, prevalecem sobre a legislação ordinária, da qual fazem parte o Código Penal, as leis penais secundárias e o Código Processual Penal, de que trataremos mais adiante.

O papel que deve desempenhar o Estatuto de Roma dentro do ordenamento jurídico-penal da Costa Rica está por ser definido. No momento, propiciou uma resolução da Sala Constitucional[34] e uma reforma recente de lei substantiva que tende a adaptar o ordenamento jurídico penal nacional,[35] embora, na prática, se deva analisar sua verdadeira incidência, o que faremos posteriormente. Por enquanto, basta indicar que tal tratado foi firmado pela Costa Rica a 07.10.1998, a Sala Constitucional votou sobre sua constitucionalidade em consulta preceptiva de constitucionalidade do projeto de aprovação do tratado em resolução de 01.11.2000, foi aprovado pela Assembléia Legislativa a 07.02.2001 (Lei 8.083) e ratificado a 07.06.2001.

De qualquer modo, cabe primeiro questionar se o ETPI entra nos casos em que, segundo resolveu a Sala Constitucional, tem uma hierarquia igual ou maior à da Constituição Política. Entrementes, a hipótese pela qual um instrumento poderia chegar a ter tais efeitos se reduz a aqueles que configuram o Direito Internacional dos Direitos Humanos.[36]

33. Na medida que reconheça maiores direitos dos que contém a própria Constituição Política nacional, que é a hipótese em que essa hierarquia é possível, de acordo com que foi resolvido pelo próprio Tribunal Constitucional. Por exemplo, a hipótese que, em algum caso, algum desses instrumentos se outorgue um acesso mais amplo das vítimas à tutela judicial do que o que possa dar o ordenamento nacional, incluído o constitucional.

34. Consulta Preceptiva de constitucionalidade das 14:56 horas de 01.11.2000 sobre o projeto de Lei de aprovação do Estatuto de Roma.

35. Projeto de lei publicado para seu estudo e debate na Assembléia Legislativa no periódico oficial *La Gaceta*, 129 de quinta-feira, 05.07.2001. Disponível em www.imprenal.go.cr.

36. A Sala Constitucional deu um significado amplo ao conceito de "instrumentos internacionais de Direitos Humanos", tanto na Consulta Preceptiva de constitucionalidade de 01.11.2000, como no voto 2.000-7.484 de 25.08.2000, considerando que por tal conceito se compreende não somente as convenções, tratados ou acordos formalmente subscritos e aprovados conforme o trâmite constitucional mesmo, mas também qualquer outro instrumento que tenha natureza

Da resposta positiva ou negativa que se adote depende que haja ou não essa hierarquia dentro do ordenamento interno, mas em todo caso, seja qual for a resposta, prevalece tanto sobre o Código Processual Penal, como sobre o Código Penal.

Em princípio, partiremos do fato de que se trata de um instrumento de Direito Penal Internacional e não estritamente um instrumento de Direitos Humanos, embora se possa considerar que, no fundo, se trata de algo útil para sua tutela. Aprofundaremos isso mais adiante.[37] Portanto, tomaremos como base o fato de que inquestionavelmente tem um caráter superior à lei ordinária (Código Penal e Processual Penal neste caso) e inferior à Constituição Política, dentro do ordenamento costarriquense, de acordo com o que prevê o art. 7.º constitucional.[38]

Com base nesta última norma, é possível sustentar que o Estatuto de Roma tem aplicação direta dentro do ordenamento nacional costarriquense. Cumpridos os requisitos de opinião preceptiva prévia de constitucionalidade, aprovação mediante lei promulgada pelo órgão legislativo, ratificação pelo Executivo e uma vez que entrou em vigor o tratado (com os requisitos que seu texto imponha), é diretamente aplicável dentro do ordenamento nacional e por sobre a lei ordinária.[39] Mas isso implica então que os tipos penais que o Estatuto contém sejam diretamente aplicáveis também na ordem interna costarriquense?

Tal afirmação não significa que não se deva realizar uma interpretação ou se deva analisar se em algum momento as provisões do instrumento internacional são contrárias à legislação ordinária, já que o próprio ordenamento prevê que em tais casos se conta com duas possibilidades para resolver a antinomia:

própria da proteção dos Direitos Humanos, ainda que não tenham sofrido esse trâmite. Cita-se como exemplo a Declaração Universal de Direitos Humanos ou as Regras Mínimas para o tratamento dos reclusos.

37. Sustenta que, parcialmente (?) se pode considerar o Estatuto de Roma como um Tratado de Direitos Humanos: Salado Osuna, Ana, 2000, pp. 267-299.

38. Já transcrito na nota 18.

39. A Sala Constitucional costarriquense pronunciou-se a respeito e, de maneira contundente e clara, sustenta a direta aplicabilidade dos instrumentos internacionais dentro da ordem interna, de acordo com a interpretação que faz do já citado e transcrito art. 7.º constitucional, concretamente nos Votos 135-89; 282-90; 764-90; 807-90; 3.724-93; 829-94.

1) Uma vez submetido um caso concreto, o juiz deverá aplicar diretamente a norma hierarquicamente prevalente. O que significa que se existir um choque entre alguma disposição do Estatuto de Roma e o Código Penal ou Processual Penal, predomina o primeiro. Tudo isso com base na jurisprudência estabelecida pela própria Sala Constitucional, que é de acatamento obrigatório, com efeitos *erga omnes*.[40]

2) No segundo caso, acionar diretamente contra a norma da legislação ordinária que contradiz o Estatuto de Roma, em sede constitucional, para que o Tribunal Constitucional declare diretamente sua inconstitucionalidade,[41] seja mediante consulta de constitucionalidade feita pelo juiz, em um caso em que se discuta sua aplicação (e tenha dúvida a respeito), o que se encontra previsto no art. 102 da Lei da Jurisdição Constitucional que, em seu parágrafo I dispõe: "Todo juiz estará legitimado para consultar a Sala Constitucional quando tiver dúvidas fundadas sobre a constitucionalidade de uma norma ou ato que deva aplicar, ou de um ato, conduta ou omissão que deva julgar em um caso submetido a seu conhecimento"; ou através de uma ação de inconstitucionalidade em que o afetado questione a norma diretamente em um caso em que se discuta sua aplicação. A respeito, a Lei da Jurisdição Constitucional, em seu art. 73, dispõe: "Caberá a ação de inconstitucionalidade: a) Contra as leis e outras disposições gerais, inclusive as originadas em atos de sujeitos privados, que infrinjam, por ação ou omissão, alguma norma ou princípio constitucional. [...] d) Quando alguma lei ou disposição geral infrinja o art. 7.º, § 1.º, da Constituição, por opor-se a um tratado público ou convênio internacional"; ou indiretamente qualquer cidadão, através do Defensor dos Habitantes (art. 75, parágrafo III da mesma lei).

40. A Lei da Jurisdição Constitucional dispõe em seu art. 13: "A jurisprudência e os precedentes da jurisdição constitucional são vinculantes *erga omnes*, salvo para si mesma."

41. Embora seja certo que não ocorre um choque direto entre uma norma constitucional e outra de nível inferior, pode-se alegar a violação do mesmo art. 7 constitucional por parte da legislação ordinária ainda vigente, apesar de existir uma norma de superior hierarquia que se contrapõe. Optar por esta via tem a vantagem de que a declaratória que faz a Sala Constitucional é vinculante para todos os tribunais do país.

Além desses pressupostos essenciais de controle de constitucionalidade das normas internacionais para seu ingresso no sistema interno costarriquense, é de nosso interesse retomar agora, em um caso em particular, o tema do princípio da legalidade.

Esse tópico adquire relevância na medida em que, no ordenamento jurídico-penal costarriquense, a acolhida de algumas figuras contidas no Estatuto de Roma se faz via remissão.

A jurisprudência estabelecida pela Sala Constitucional da Costa Rica admite a técnica legislativa de remeter a outra norma para completar o tipo penal, mesmo quando se trata de uma de menor nível.[42] Daí que logicamente isso seria possível quando se trata de uma de maior nível do que a remissória, como o são as que contêm os tipos penais do Estatuto de Roma para completar o tipo objetivo e que analisaremos a seguir.

3.3 Normas de direito penal interno

O Código Penal atual data de março de 1970,[43] entrou em vigor um ano depois e foi objeto de reformas parciais muito pontuais. Mesmo assim, existe um projeto de Código Penal que ainda se encontra pendente de discussão na Assembléia Legislativa,[44] com o qual se concluiria a reforma do sistema penal iniciada com a transformação do processo introduzida pelo Código Processual Penal de 1996,[45] e à qual também faremos referência mais adiante, no que é de nosso interesse.

42. Conforme votos: 1.876-90; 0.490-94; 102-98; 1.999-01.792; 2.000-00.880; 2.000-06.304; 2.001-10.543; 2001-09748; 2001-11584; 2001-10140 da Sala Constitucional de Costa Rica.

43. Lei 4.573 de 04.03.1970, que derrogava o antigo Código Penal e de Polícia de 21.08.1941.

44. O primeiro projeto data de 1994 e o mais recente, de 2002, que se encontra na Assembléia Legislativa, pendente de sua discussão e aprovação, sem que até agora exista a vontade política de avançar nesse sentido.

45. Mediante Lei 7.594 de 10.04.1996, aprovou-se este novo Código Processual Penal, que substituiu o anterior, de outubro de 1973, e que se adaptou às últimas tendências na matéria, sempre dentro da influência continental européia, seguindo o enunciado do Código Processual Penal Tipo para a América Latina.

No Código Penal da Costa Rica atualmente vigente, encontramos vários tipos penais que podem ter relação com as provisões do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. No projeto de Código Penal, incluem-se figuras próprias do direito internacional humanitário, outras são deixadas de lado ou se varia seu conteúdo.

Lamentavelmente, no último projeto de Código Penal incorre-se de novo na omissão indicada, com a agravante de que se elimina a remissão que essa norma contém atualmente (art. 379 do Código Penal vigente) aos tratados internacionais de Direitos Humanos e ao Estatuto de Roma, e que hoje em dia preenche um grande vazio. É de se esperar, no mínimo, que se mantenha a atual modificação (do art. 379 do Código Penal), embora o desejável seja uma solução integral.

Essa norma tem a particularidade de fazer uma remissão aos instrumentos de Direitos Humanos e ao Estatuto de Roma para completar o tipo objetivo,[46] o que se deduz quando estabelece que a sanção de dez a 25 anos de prisão se aplicará a quem cometa atos, dentro do contexto ali descrito, que "...possam ser qualificados como crimes contra a humanidade, de conformidade com as prescrições dos tratados internacionais dos quais a Costa Rica faça parte relativos à proteção dos direitos humanos e do Estatuto de Roma".

Tal tipo penal, em que a boa intenção do legislador é inegável e que evidencia a transcendência que se quer dar à tutela dos direitos humanos, deve evitar vários problemas que, uma vez resolvidos, abririam uma quantidade de possibilidades que permitiriam incluir toda uma série de condutas dentro do ordenamento interno, que já estão previstas internacionalmente e que se acolheriam por esta via, correspondendo-lhe a pena ali prevista.

46. A doutrina aceita como possível tais remissões, que ademais não são infreqüentes no direito penal comparado. "Tal ampliação das remissões positivas do Código Penal às normas internacionais pode considerar-se um dos frutos da crescente importância que em nosso tempo estão assumindo as formas de organização e associação internacional como substitutivas e superadoras dos tradicionais Estados nacionais soberanos no confuso e agitado mundo de finais do século XX". Bueno Arús, F. La teoría de la Ley Penal en el proyecto de CP español de 26 de setiembre de 1994,em *Actualidad Penal* 16, Madri, abril 1995, XVII.; no mesmo sentido e citando a jurisprudência constitucional Mora Mora e Navarro Solano, 1995, pp. 72-75.

Preenchem-se dessa forma as lacunas que o próprio ordenamento penal interno apresenta quando o Estado se compromete internacionalmente a sancionar penalmente certas condutas.

O art. 379 do Código Penal costarriquense dispõe: "Se imporá prisão de dez a 25 anos a quem cometa ou ordene cometer, como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque, atos que se possam qualificar como crimes contra a humanidade, de conformidade com as prescrições dos tratados internacionais dos quais a Costa Rica faça parte, relativos à proteção dos Direitos Humanos e do Estatuto de Roma".

Esta norma apresenta vários problemas: 1) observância do princípio de tipicidade; 2) determinar o que compreende quando se sustenta que o tipo objetivo abarca aquelas condutas que "se possam qualificar de crimes contra a humanidade".

Quanto à primeira objeção, vimos desde o início deste artigo que o princípio de legalidade,[47] do qual deriva o de tipicidade, é um dos pilares sobre os quais repousa o marco constitucional do sistema penal costarriquense.

Segundo o princípio de tipicidade, a lei penal deve conter não somente a descrição da conduta que se considera ilícita, como também a sanção aplicável. Esta objeção é a que impediu a direta aplicação do Direito Penal Internacional na ordem interna, a inexistência de uma sanção que acompanhe a figura prevista na norma convencional.

Não obstante, tanto se considerássemos estar em presença de uma norma penal incompleta, como se nos encontrássemos na hipótese de uma norma penal em branco, não é possível obviar que o que vem a completar o tipo objetivo não

47. E que o próprio Código Penal reitera em seu art. 1.º: "Ninguém poderá sofrer sanção por um fato que a lei penal não tipifique como punível nem submetido a penas ou medidas de segurança que aquela não tenha estabelecido previamente". Sobre o princípio de legalidade cf.: Armijo Sancho, Gilbert, 1999, p. 253 e ss.; Mora Mora e Navarro Solano, 1995, pp. 67-75; González Álvarez, 1994, p. 84.

tem nem o nível de um regulamento, nem o de uma lei extrapenal,[48] mas sim precisamente de um tratado ou convênio internacional.

Isso tem uma grande importância na medida em que, se de uma óptica teleológico-normativa o princípio envolvido tem como função assegurar, por um lado, a intervenção do legislador na definição das condutas que conformam o sistema penal e por outro, a segurança jurídica que isso dá a quem se dirige à norma penal, em nenhum dos dois casos a remissão que faz o art. 379 do Código Penal da Costa Rica vulneraria o princípio de legalidade.

O processo de incorporação dessas normas internacionais ao direito interno dá inclusive garantias maiores do que o processo de produção da norma penal ordinária. Os tratados passam pelo Poder Executivo na etapa de negociação, assinatura e ratificação, pelo crivo do Poder Legislativo na hora da aprovação e estão sujeitos ao controle de constitucionalidade de maneira preceptiva através da consulta à Sala Constitucional, que é prévia à aprovação por parte do legislador.[49]

Em outras palavras, a potestade de emitir as normas penais sempre fica sujeita à discrição do legislador, que pode decidir, caso não o julgue conveniente,

48. Remissão que está permitida para completar o tipo objetivo em algumas hipóteses, segundo já resolveu a Sala Constitucional ao enfrentar o tema do Tipo Penal em Branco no voto 1.876-90. A própria Sala Constitucional, não obstante, também resolveu no voto 2.757-93 que: "A doutrina do Direito Penal mais autorizado definiu os tipos penais abertos, como aqueles aos quais a matéria da proibição remete à determinação judicial, omitindo o legislador incluir no tipo penal a matéria da proibição. É comumente aceito que os tipos abertos, na medida em que trazem consigo um grave perigo de arbitrariedade, lesam abertamente o princípio de legalidade". Ainda assim, o tipo do 379 tem definida a matéria da proibição, e por isso consideramos uma interpretação possível, de acordo com tal exigência constitucional. A Sala Constitucional, no Voto 4.797-M-97 (21.08.1997), considera que se vulnera o princípio de tipicidade quando o tipo objetivo é conceitualmente impreciso e o sem número de variáveis que se podem introduzir genericamente tiram claridade e precisão à descrição da conduta que se pretende punir. Não deve ficar nas mãos do juiz uma margem indiscriminada de interpretação e deve ficar razoavelmente limitado seu significado. A discussão sobre interpretação do alcance desse artigo não ocorreu, nem na doutrina costarriquense, nem no âmbito judicial, mas é algo que se deve propiciar, dada a importância que tem.

49. Dispõe o art. 96, *a* da Lei da Jurisdição Constitucional: "Pela via da consulta de constitucionalidade, a jurisdição constitucional exercerá a opinião consultiva prévia sobre os projetos legislativos, nas seguintes hipóteses: a) Preceptivamente, quando se trate de projetos de reformas constitucionais, ou de reformas da presente lei, assim como dos tendentes à aprovação de convênios ou tratados internacionais, inclusive as reservas feitas ou propostas a uns ou outros."

desaprovar um tratado que inclua novos tipos penais que não queira incorporar ao sistema.

Com relação à salvaguarda do princípio de segurança jurídica e, novamente, ao de legalidade penal, e com isso também fazendo alusão ao problema do que "se possa qualificar de crimes contra a humanidade" conforme os termos empregados pelo legislador, uma interpretação que segundo nosso critério vulneraria o princípio de tipicidade seria aquela que, precisamente, considere que qualquer disposição contida nos tratados de direitos humanos subscritos pela Costa Rica cai dentro dessa hipótese. O legislador parece limitá-lo, quando enuncia ao inicio da norma aludida, que a qualificação de "crimes contra a humanidade" fica sujeita às "prescrições dos tratados internacionais dos quais a Costa Rica faça parte, relativos à proteção dos Direitos Humanos e ao Estatuto de Roma".

Surge a dúvida se a qualificação requerida no tipo penal deve estar especificamente definida no tratado ou se, ao contrário, está sujeita ao que já determinou o Estatuto de Roma. Isso tem relevância, na medida em que, por exemplo, há quem sustente que o genocídio é um crime contra a humanidade e, por esta via, poderíamos acolher as disposições referidas a tal ilícito internacional, contidas tanto no Estatuto de Roma como no Convênio para a prevenção e a punição do genocídio.[50]

Parece que o legislador nacional deixa definitivamente ao criador das normas convencionais que contêm esta classe de delitos a definição da conduta a incluir, na medida em que permite a remissão condicionada às hipóteses previstas no art. 379 do Código Penal a que já aludimos. Isso obviamente terá transcendência com respeito à interpretação que se faça das normas convencionais já incorporadas

50. Por exemplo, Jescheck já sustentava desde os anos oitenta que o genocídio se enquadra dentro desse conceito, e, com efeito, o definia como "...aquelas infrações graves às garantias mínimas da dignidade humana (especialmente a vida, integridade corporal e liberdade realizadas por motivos relativos à nacionalidade da vítima ou por seu pertencimento a grupos, comunidade cultural, raça, religião, confissão ou convicção política. Característico desses delitos é que se realizam respaldados pelo poder estatal." Jescheck, 1981, p. 385. Também já se disse em data mais recente: "...assim o delito de genocídio apresenta uma particularidade essencial com respeito ao crime contra a humanidade, do qual foi considerado como a espécie e o gênero respectivamente..." Rueda Fernández, Casilda, 2001, p. 149.

ao sistema penal, bem como daquelas que venham a ser incorporadas no futuro. Será então vital a interpretação que a jurisprudência (tanto constitucional[51] como dos tribunais ordinários) faça para definir o alcance de tal norma.

Desse modo e nessa medida é possível considerar como viável a remissão ao Estatuto de Roma por esta via, concretamente para as hipóteses já citadas do art. 7.º, inciso *a* (assassinato), ou inciso *b* (extermínio), no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, com conhecimento de tal ataque, e também a outras figuras não previstas expressamente no ordenamento interno costarriquense, a saber, e sempre dentro do contexto do enunciado inicial de tal norma, as hipóteses contidas nos incisos:

d) Deportação ou traslado forçado de população;

h) Perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria;

i) Desaparecimento forçado de pessoas.

Condutas todas claramente descritas na norma convencional precitada. Com efeito, e por não existir a possibilidade de remissão, todos essas hipóteses careceriam de proteção penal no âmbito interno, na forma prevista pelo Estatuto de Roma.

Apesar do atual estado de coisas, o conveniente, tal como se indicou linhas atrás, é realizar uma revisão integral do projeto de Código Penal e, aproveitando a conjuntura, incluir um capítulo de delitos de Direito Penal Internacional em harmonia com as obrigações assumidas internacionalmente por parte da Costa Rica ao ratificar vários instrumentos internacionais que lhe constrangem a reprimir internamente vários ilícitos. Isso está especialmente claro no caso do ETPI.

51. A Sala Constitucional costarriquense parece sugerir uma linha nesse sentido, no voto 230-96 e na Consulta preceptiva de constitucionalidade de 01.11.2000, que retoma o primeiro e sustenta: "...deve levar-se em conta que para o caso concreto, se está legislando sobre um delito considerado de "lesa humanidade", isto é, que não somente afeta interesses individuais, mas também os interesses da humanidade inteira, como espécie... E, por isso mesmo, a persecução deste tipo de delito transcende o interesse de um Estado ou país em particular, de maneira que todas essas circunstâncias fazem com que receba esse tratamento especial...".

4. Conclusões

Os Estados-partes do ETPI encontram-se na obrigação de perseguir e reprimir os crimes internacionais previstos nessa norma convencional, e nem sequer se pode invocar internacionalmente o direito interno para justificar o não cumprimento dos compromissos assumidos com a ratificação do Estatuto de Roma.

A hierarquia do ETPI dentro do direito interno tem uma grande relevância para definir a aplicação direta dos tipos penais que prevê.

A aplicação direta dos tipos penais do ETPI não poderia estar necessariamente condicionada à existência de normas de remissão no direito interno, na medida em se eliminem as objeções ao princípio de tipicidade dentro do mesmo Estatuto.

A aplicação direta dos tipos penais do ETPI é possível na medida em que a remissão seja clara e não violente a garantia do princípio de legalidade. Para evitar isso, o melhor é adequar toda a normativa penal interna ao ETPI, não somente em aspectos materiais, mas processuais. Quando isso não é possível pela via legislativa, ao menos uma análise jurisprudencial deverá resgatar o tema da hierarquia do ETPI no direito interno e o respeito ao princípio de tipicidade, assegurando o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado-parte ao ratificar o Estatuto.

Conseqüentemente, a hierarquia das normas convencionais no ordenamento interno e o respeito do princípio de legalidade dentro desse sistema constituem os elementos inescapáveis que possibilitam ou impedem a aplicação direta dos tipos penais do ETPI.

5. Bibliografia

Albert, H. *Kritik der reinen Hermenutik*. 1994.

Ambos, K. Implementación del Estatuto de Roma en la legislación Nacional. *Persecusión Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y*

España. Montevidéu: Instituto Max Planck e Fundación Konrad Adenauer, 2003, 25.

_____. *La Tribunal Penal Internacional*. San José: EJC, 2003.

Armijo Sancho, Gilbert. Las bases constitucionales del principio de legalidad en materia penal. *Temas claves de la Constitución Política. Homenaje al Doctor Carlos José Gutiérrez*. San José: IJSA, 1999.

Bacigalupo, Enrique. I dogmi della dogmatica penale. *Dei Diritti e delle pene* n. 2, 1983, p. 245.

_____. *Delito y punibilidad*, 1983, p. 13.

_____. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madri: Marcial Pons, 2002.

Bueno Arús (F.) La teoría de la Ley Penal en el proyecto de CP español de 26 de setiembre de 1994. *Actualidad penal* n. 16, Madri, abril 1995, XVII.

Boisson de Chazournes y Condorelli. Quelques remarques à propos de l'obligation de respecter et fait respecter le droit international humanitaire en toutes cirunstancies. *Etudes et essai sur le Droit international Humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*. Genebra : Ed. Swinarski, Ch. Martinus Nihhoff Publisher, 1984.

Esser, J. Vorverstaendnis und Methodenwahl in der Rechstsfindung, 1972, p. 36.

Garzón Clariana. Sobre la noción de cooperación en el Derecho Internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*. v. XXIX, n. 1, Madri, 1976.

González Álvarez, Daniel. Justicia, Constitución y debido proceso. *Revista de Ciencias Penales*, n. 7. San José: Asociación Costarricense de Ciencias Penales de Costa Rica, 1994.

Houed Vega, Mario. El debido proceso penal. *Proceso penal y derechos fundamentales*. San José: Escuela Judicial, 1997.

Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. v. 1 (Trad. Mir Puig y Muñoz Conde). Barcelona: Bosch, 1981.

Larenz, K. *Methondehlehre der Rechswiessenchaft (Studienaugrabe)*, 1983.

Mora Mora, Luis e Navarro Solano, Sonia. *Constitución y derecho penal.* San José: Escuela Judicial, 1995.

Quel López, J. Algunas reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario. *Anuario de Derecho Internacional*, v. XIII, Madri, 1997.

Remiro Brotons, A. *Derecho internacional.* Mc Graw Hill, 1997, p. 1.081.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. Diez tesis sobre la violencia y el derecho. *Nuevo Proceso Penal y Constitución.* São José: IJSA, 1998.

Roxin, C. *Derecho penal.* Parte general. t. I. Trad. Luzón Peña e outros. Madrid: Civitas, reimp. 2001.

Rueda Fernández, Casilda. *Delitos de derecho internacional.* Barcelona: Bosch, 2001.

Salado Osuna, Ana. El Estatuto de Roma de la Tribunal Penal Internacional y los Derechos Humanos". *La Criminalización de la Barbarie*: La Tribunal Penal Internacional (Carrillo Salcedo Coord.). Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 267-299.

Strategic Finance (v. LXXXIII), 7. Neuter Jersey: Institute of Management Accountants, janeiro, 2002, p. 21.

Strozzi, Giorlamo. *Il diritto dei trattati.* Turim: Giappichelli Editore, 1999.

Triffterer, O. *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg.* 1966.

2. Processo Penal

Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro[1]

Antonio Magalhães Gomes Filho
Professor Titular de Processo Penal da USP.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Professor Doutor de Processo Penal da USP.

Sumário: 1. Introdução – 2. Dos meios de prova típicos no CPP Brasileiro – 3. Do procedimento probatório nas provas atípicas – 4. A substituição de um meio probatório por outro: 4.1 Das declarações escritas de testemunhas; 4.2 Do chamamento do co-réu; 4.3 Da testemunha de "ouvir dizer"; 4.4 Do reconhecimento fotográfico; 4.5 Do apontamento do acusado – 5. Dos elementos de informação produzidos na fase de investigação preliminar – 6. Das provas produzidas na fase intermediária do processo – 7. Do valor dos elementos de informação produzidos na fase da investigação preliminar – 8. Da prova por videoconferência – 9. Das testemunhas "sem rosto" – 10. Bibliografia.

Resumo: O presente texto analisa a distinção doutrinária entre *prova* e *sucedâneo de prova*. Há preocupação em distinguir os meios de provas típicos, para os quais são previstos um procedimento probatório, dos meios de provas atípicos, seja porque não previsto pelo legislador, seja porque, embora nominados em lei, não há

1. Relatório brasileiro para as XX Jornadas Ibero americanas de Direito Processual (Málaga, Espanha, 2006).

previsão de procedimento probatório específico. O texto também analisa as hipóteses em que, buscando superar óbices e vedações probatórias, se procura substituir um meio de prova típico por outro meio de prova típico, bem como as situações em que se altera o rito probatório e se procura justificar a produção de tal prova irritual, considerando-a, equivocadamente, uma prova atípica. A distinção entre elementos de informação colhidos durante a fase de investigação prévia, e meios de prova, que devem ser produzidos em contraditório e na presença do juiz é fundamental para a consideração do valor do inquérito policial e a conseqüência da sentença penal que se basear, exclusivamente, em tais elementos. Finalmente, há especial atenção para a prova por videoconferência e a denominada testemunha "sem rosto".

Abstract: This present text analyzes the doctrine distinction between evidence and substitute evidence. There is a preoccupation in distinguishing the means of typical evidences, for which a probative proceeding is foreseen, of the means of atypical evidences, that is, because it is not foreseen by the legislator. Even though they are denominated in the law, a specific probative proceeding is not foreseen. The text also analyzes the hypotheses, seeking to overcome probative hindrances and bars. The tentative is to substitute a mean of typical evidence by another mean of typical evidence, as well as the situations in which the probative ritual is altered. The tentative is also to justify the production of such irritual evidence, considering it, wrongly, an atypical evidence. The distinction between elements of gathered information during the prior investigation phase and means of evidence, which should be produced contradictory and in the presence of the judge, is fundamental for the consideration of the importance of police investigation and the consequence of the criminal sentence which are, exclusively, based on such elements. Finally, special attention is given to the evidence of videoconference and the denominated witness "without a face".

Palavras-chaves: Meios de prova – Procedimento probatório – Provas atípicas – Valor do inquérito policial – Prova por videoconferência – Testemunhas "sem rosto".

Key words: Mans of evidence – Probative proceeding – Atypical evidence – Importance of police investigation – Videoconference evidence – Witnesses "without a face".

1. Introdução

Tanto na linguagem comum, filosófica ou científica, como na terminologia jurídica, o termo *prova* é sabidamente polissêmico, designando aspectos diversos do vasto campo de operações do intelecto na busca e na comunicação do conhecimento verdadeiro.

Disso resultam inúmeras confusões e desentendimentos, motivados muitas vezes pela falta de clareza com que o vocábulo é utilizado, sobretudo no âmbito do processo judicial, em que a atividade probatória tem como objetivo a persuasão do julgador sobre a realidade dos fatos em que se fundamentam as pretensões das partes. Daí a necessidade de se estabelecer, do modo mais preciso possível, o significado atribuído à expressão *prova* nas variadas situações em que é empregada no discurso jurídico.

Exemplo dessa preocupação é a distinção doutrinária entre *prova* e *sucedâneo de prova* usada para sublinhar que, em certos casos, diante da ausência ou insuficiência de elementos de informação resultantes da prática dos chamados *meios de prova* – instrumentos disciplinados pelo legislador para produção dos dados probatórios –, *conhecimentos outros*, obtidos de forma diversa, possam ser considerados na formação do convencimento judicial.

Não cabe aqui discutir a validade da apontada distinção, até porque isso demandaria uma análise mais aprofundada sobre o conceito e os limites do *livre convencimento*, mas apenas trazer à consideração dos participantes das XX Jornadas de Iberoamericanas de Direito Processual algumas informações sobre as características e tendências atuais do sistema brasileiro, seguindo, na medida do possível, as diretrizes fixadas pelo Relator-Geral.

2. Dos meios de prova típicos no CPP Brasileiro

O Código de Processo Penal Brasileiro, editado em 1941, não disciplina de forma sistemática os meios de prova.

Com efeito, no seu título VII, que versa sobre a prova, após um capítulo dedicado às "disposições gerais" (cap. I, arts. 155 a 157), seguem-se capítulos sobre o "exame de corpo de delito e perícias em geral" (arts. 158 a 184), o "interrogatório do acusado" (arts. 185 a 196), a "confissão" (arts. 197 a 200), as "perguntas ao ofendido" (art. 201), as "testemunhas" (arts. 202 a 255), o "reconhecimento de pessoas ou coisas" (arts. 226 a 228), a "acareação" (arts. 229 e 230), os "documentos" (arts. 231 a 238), os "indícios" (art. 239) e a "busca e apreensão" (arts. 240 a 250). Não há, portanto, uma distinção entre "meios de prova", "meios de investigação" e outros procedimentos probatórios.

Assim, por exemplo, o interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), embora previsto no título da prova, em face da previsão constitucional do direito ao silêncio (art. 5.º, LXIII), constitui, na verdade, meio de defesa.[2]

Do mesmo modo, a confissão. Embora seja tradicionalmente catalogada entre os meios de prova e assim seja considerada, de forma quase unânime, pela

2. A questão, contudo, não é pacífica na doutrina, havendo 3 posições: (1) o interrogatório é meio de prova, porque o Código de Processo Penal o coloca entre os meios de prova (cf.: Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 72); (2) o interrogatório é um meio de defesa, mais especificamente de autodefesa, diante do direito ao silêncio do acusado (cf.: Bento de Faria. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942. v. 1, p. 247; Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 96; Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3, p. 267); (3) o interrogatório tem natureza mista, sendo tanto um meio de defesa, quanto um meio de prova (cf.: José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 2, p. 321; Hélio Tornaghi. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1, p. 359; Romeu Pires de Campos Barros. O interrogatório do acusado e o princípio da verdade real. *Estudos de direito e de processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 322; Edgard de Magalhães Noronha. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 107; Damásio E. de Jesus. *Código de Processo Penal anotado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 136; Julio Fabbrini Mirabete. *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 297; Guilherme de Souza Nucci. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 165; Fernando de Almeida Pedroso. *Prova penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 34).

doutrina,[3] tal não nos parece. A confissão é o resultado de uma declaração de vontade que deve ser formalizada, podendo ser realizada dentro ou fora do processo. Assim, a confissão extrajudicial deverá ser consubstanciada em algum documento, e será este documento o meio de prova produzido no processo e não a própria confissão. Já a confissão judicial ocorre em sede de interrogatório, não sendo, portanto, um meio de prova, mas o resultado eventual do interrogatório. Neste caso, o meio de prova, para aqueles que assim o consideram, será o próprio interrogatório.[4]

O indício também não é, em si, um meio de prova.[5] Indício é um fato provado que permite, por um raciocínio indutivo-dedutivo, concluir pela existência de um outro fato.[6] O indício é o ponto de partida, do qual o juiz realiza um processo mental que permite concluir pela existência de outro fato. A partir do indício, isto é, do fato provado, passa-se ao *factum probandum*, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo.[7]

3. Cf.: Bento de Faria, *Código...*, v. 1, p. 250; Nucci, *O valor da confissão...*, p. 85.

4. A questão é analisada no processo civil por Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3, p. 100): "a própria confissão e os fatos confessados vêm ao conhecimento do juiz em declaração endereçada a ele (petições) ou através de algum meio de prova realizado no processo. Como declaração de conhecimento de fatos, ela pode ser prestada no *depoimento pessoal* do confitente, ou constar de *documento* trazido por ele ou seu adversário. (...) Ela não é portanto um meio de prova embora sua própria efetividade e a dos fatos confessados sejam suscetíveis de valer como elemento de convicção do juiz – desde que trazidos ao processo através de um dos meios de prova admitidos".

5. Segundo José Carlos Barbosa Moreira (As presunções e a prova. *Temas de direito processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 58) é fácil perceber que "o lugar e a função do indício não se equiparam perfeitamente ao lugar e à função de um documento ou uma declaração de testemunha", concluindo que "é impossível confundir o indício – *fato* provado – com a *prova* (documental, testemunhal, etc.) que proporcionou ao juiz o conhecimento desse fato". Também Vicente Greco Filho (*A prova da culpa nos delitos de trânsito*. São Paulo. Tese ao concurso de Professor Titular no Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993, p. 66) nega que o indício seja um meio de prova.

6. Segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura (*A prova por indício no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 38), indício é "todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo".

7. Há divergência na doutrina sobre a natureza do raciocínio judicial nos indícios. Segundo o Código de Processo Penal, trata-se de um raciocínio indutivo (art. 239). Diversamente, para Camargo Aranha (*Da prova...*, p. 163) "a prova indiciária não é indutiva, mas dedutiva". Já para

Finalmente, a busca e apreensão não é um meio de prova, mas uma medida cautelar visando a assegurar a produção de prova.[8] Trata-se do que o CPP italiano de 1988 denominou de meio de investigação de prova.[9] O mesmo ocorre em relação à interceptação das comunicações telefônicas, disciplinada na Lei 9.296/96.[10]

Além do mais, o rol constante do referido título não é taxativo. Deve ser lembrado, ainda, que a chamada "reprodução simulada dos fatos" (CPP, art. 7.º), providência igualmente destinada a obter elementos de prova, que está tratada em outra sede.

3. Do procedimento probatório nas provas atípicas

A despeito da existência de um elenco de provas típicas no CPP, tal rol, como já observado, não é taxativo.

O art. 332 do CPC estabelece que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa". Embora não haja um dispositivo semelhante no Código de Processo Penal,[11] há consenso de que

Maria Thereza Moura (*A prova...*, p. 38) "o indício não pode concluir apenas a máxima de experiência, como ocorre na presunção, fazendo-se imprescindível a existência do elemento particular, que irá ligar-se à regra geral, para, depois, ser aplicada ao caso concreto. Em nossa opinião, a ilação indiciária não pode ser fruto apenas da dedução, isto é, de um silogismo autêntico e rigoroso, como entende parte da doutrina, pois, se assim fosse, a conclusão não passaria de uma declaração teórica, como se se tratasse de uma operação matemática. A ilação indiciária não é uma simples enunciação lógico-teórica: esta se completa pela lógica concreta, que é a lógica do provável".

8. Cf.: Camargo Aranha. *Da prova...*, p. 209.

9. Para uma distinção entre meios de provas e meios de *investigação* de prova, cf.: Antonio Magalhães Gomes Filho. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide Moraes (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 308-309; Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 162 e ss., em especial, nota 50.

10. Sobre a interceptação telefônica, como medida cautelar de natureza probatória, cf.: Grinover, Gomes Filho, Fernandes, *As nulidades...*, p. 211-222; Vicente Greco Filho. *Interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21; Luiz Flávio Gomes; Raul Cervine. *Interceptações telefônicas*. – Lei n. 9.296, de 24.07.96. São Paulo: RT, 1997, p. 121; Luiz Francisco Torquato Avolio. *Provas ilícitas* – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: RT, 1999, p. 101-102.

11. O Código de Processo Penal Militar estabelece, em seu art. 295, que: "*É admissível*, nos termos deste Código, *qualquer espécie de prova*, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares". (g.n.)

também não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedecidas determinadas restrições.[12] Aliás, ao menos por analogia (CPP, art. 3.º), a regra processual civil pode ser utilizada no campo penal.

Assim, tem sido lembrada como hipótese de prova atípica, no processo penal, a inspeção judicial (CPP, art. 3.º, c/c CPC, arts. 440 a 443). Todavia, parece mais adequado considerar tal meio de prova como sendo uma prova típica, embora prevista expressamente apenas no campo processual civil. Tanto que se, por força da analogia, for aplicada no processo penal, deverá seguir o procedimento probatório previsto na lei processual civil.

Por outro lado, com relação à prova pericial, há regras gerais para as perícias e, em especial, para o exame de corpo de delito (CPP, art. 158 a 161, art. 167, art. 170, e art. 176 a 184). Há, também, a previsão de algumas perícias específicas: autópsia (art. 162 a 166), exame de lesões corporais (art. 168), exame do local do crime (art. 169), perícia sobre destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada (art. 172), perícia no crime de incêndio (art. 173), exame para o reconhecimento de escritos (art. 174), exame dos instrumentos do crime (175). Nesses últimos casos, há regras genéricas sobre as perícias, em especial sobre seu objeto, sem que haja, contudo, uma disciplina específica do procedimento probatório a ser aplicado, seguindo-se a disciplina das perícias em geral.

No campo da prova pericial, em razão dos avanços dos meios tecnológicos, têm surgido diversas modalidades de perícias não previstas ou disciplinadas pelo CPP.

Um exemplo é a perícia de voz, para comprovação da autoria do diálogo objeto de interceptação telefônica, nos casos em que o interlocutor nega ter participado da conversa. Outra prova pericial que tem sido utilizada com freqüência é o

12. Segundo Vicente Greco Filho (*Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 177), além dos meios legais, também se admitem outros "desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade". No mesmo sentido posiciona-se Tourinho Filho (*Processo penal*, v. 3, p. 228), lembrando, que "o veto às provas que atentam contra a moralidade e dignidade da pessoa humana, de modo geral, decorre de princípios constitucionais".

exame de DNA, para a comparação de material genético do acusado, com material genético encontrado no corpo (p. ex: sêmen, nos crimes sexuais) ou nas vestes da vítima (p. ex.: sangue ou, até mesmo, pedaços de pele do agressor). Nos denominados "crimes de internet" costuma haver realização de perícias nos discos rígidos dos computadores, para comprovação da prática de delitos (como, por ex: ameaças cometidas por e-mail, ou invasões a computadores de instituições bancárias para realização de transferências de valores dos correntistas, ou ainda crimes sexuais, em especial, pedofilia, na rede mundial de computadores).

Em todas estas perícias sem procedimento probatório específico, seguem-se as regras gerais do CPP, em especial aquelas sobre o exame de corpo de delito. Assim, a perícia é realizada por peritos oficiais ou, no caso de peritos não oficiais, por pessoa idônea que presta compromisso (art. 159, §§ 1.º e 2.º), faz-se a apresentação do laudo com descrição minuciosa do objeto a ser periciado e respostas aos quesitos formulados pelo próprio juiz ou pelas partes (art. 160, *caput*), com a possibilidade de formulação de quesitos complementares e, até mesmo, de determinação de realização de nova perícia (art. 180), etc.

Passando a outro meio de prova, quanto ao reconhecimento de coisas há previsão de tal procedimento probatório no CPP, sem haver, contudo, uma disciplina específica. O art. 227 limita-se a prever que, "no reconhecimento de objetos, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável". Há um aproveitamento, parcial e adaptado, do procedimento probatório do reconhecimento pessoal.

Finalmente, um meio de prova atípico que costuma ser utilizado no processo penal é a chamada "reconstituição do crime". Em verdade, há um único dispositivo, na disciplina no inquérito policial, em que é prevista a possibilidade de a autoridade policial "proceder à reprodução simulada dos fatos" (art. 7.º). Ou seja, em relação a tal meio de prova há, apenas, sua nominação no CPP. Não há, porém, disciplina legal do procedimento probatório a ser adotado na realização da "reprodução simulada dos fatos". Nesse último sentido, pois, trata-se de uma prova atípica, ao menos quanto ao procedimento probatório.

Em suma, tanto em relação às perícias em espécie, quanto em relação ao reconhecimento de pessoas, há previsão do meio de prova, embora não haja uma disciplina específica do procedimento probatório a ser seguido, adaptando-se o procedimento de meios de provas semelhantes. Já quanto à "reconstituição do crime", há apenas a nominação de tal meio de prova, sem qualquer indicação do procedimento probatório.

Em se entendendo que o meio de prova atípico é aquele que não está previsto no ordenamento jurídico e para o qual não há um procedimento probatório específico, diante do quadro acima exposto, parece difícil mencionar um meio de prova atípico que possa ser utilizado no processo penal brasileiro. Até porque, como visto, no único caso em que se aponta omissão do CPP – o da inspeção judicial – é possível supri-la com a integração da previsão constante na legislação processual civil.

Por outro lado, também não está contemplado no Código de Processo Penal qualquer procedimento probatório genérico que possa ser aplicado para todos os casos em que não há uma disciplina expressa para a realização da prova.

Mas, se alvitrada a hipótese de utilização de novos recursos técnicos e científicos para obtenção de elementos de prova, nada impede que sejam aplicados procedimentos já existentes, por analogia. Foi o que sucedeu, por exemplo, ao tempo em que não estava ainda disciplinada no Brasil a interceptação das comunicações telefônicas. Nos casos em que se podia entender como admissível a prova resultante desse recurso técnico, recorria-se ao procedimento da busca e apreensão, pois a interceptação nada mais visa do que a apreensão, não de uma carta ou documento, mas dos elementos fonéticos que formam a conversa telefônica. Depois, para a introdução da prova assim obtida ao processo, aplicava-se o procedimento relativo à prova documental, uma vez que as fitas gravadas constituem documento, em sentido amplo.[13]

13. Ada Pellegrini Grinover. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 63-65.

4. A substituição de um meio de prova por outro

No que se refere à substituição de um meio de prova por outro, procuraremos destacar situações comuns na práxis forense brasileira, em que se utiliza o procedimento probatório de um meio de prova específico, substituindo-o por outro meio de prova diverso.

O primeiro caso, muito comum, é a substituição de depoimento oral de uma testemunha pela juntada de um documento em que se consubstanciam suas declarações prestadas anteriormente. Outra situação freqüente é o chamamento do co-réu feito extrajudicialmente, em que se procura substituir as declarações que deveriam ser prestadas oralmente, com possibilidade de submetê-las ao contraditório das partes, por uma simples juntada de documento. Finalmente, na chamada testemunha de "ouvir dizer" se pretende substituir a fonte primária da informação, por uma fonte secundária ou de segunda mão, que inviabiliza o exercício do contraditório, fundamental para a produção da prova oral. Neste caso, porém, há a substituição de um testemunho genuíno por um testemunho indireto.

Há também outras situações que trataremos como substituição de um meio de prova, que consistem, tecnicamente, na supressão de parte de um procedimento probatório típico ou na alteração de atos desse procedimento por outros atos semelhantes, sem que haja previsão ou autorização legal. São os casos do reconhecimento fotográfico e do apontamento do acusado em audiência, como deturpações do procedimento probatório do reconhecimento pessoal.

4.1 Das declarações escritas de testemunhas

Sempre foi tradicional a juntada de declarações de possíveis testemunhas, na forma de prova documental. Tal expediente normalmente é utilizado pela defesa, principalmente, no que se refere às "testemunhas de antecedentes", isto é, aquelas testemunhas que nada sabem sobre o fato, mas que prestam informações sobre

o caráter e a vida pregressa do acusado. Tal forma de agir tem sido aceita pelos magistrados e, por que não dizer, muitas vezes, até mesmo estimulada.

A situação é diferente quando a defesa junta aos autos uma declaração escrita de alguém que tem conhecimento sobre os fatos objeto do processo, mas não irá prestar depoimento como testemunha. Normalmente, tal prova é tida como de nenhum valor pelo juiz que se limita a desqualificá-la com afirmações como: "a declaração não tem valor como prova, vez que não foi produzida em contraditório".[14]

Recentemente, a questão ganhou um colorido especial, na medida em que vem se tornando uma prática freqüente o representante do Ministério Público levar uma possível testemunha em seu gabinete, para "colher" as suas declarações e reduzi-las a termo, sendo que, em alguns casos, ainda, o faz na presença de um advogado que, certamente, não é o advogado do acusado. Tais declarações são, posteriormente, juntadas aos autos, para que sejam valoradas – quer como documento, quer como testemunho – pelo magistrado, na formação do seu convencimento sobre os fatos relevantes do processo.

Tecnicamente, nem sequer se trataria de uma prova atípica, mas sim de um meio de prova típico: o documento. Assim, a princípio, sua juntada ao processo estaria de acordo com o modelo legal de produção de prova documental, sujeita, pois, ao regime jurídico de tal meio de prova.[15] Ou seja, procura-se produzir uma prova típica, no caso a prova testemunhal, por meio de outra prova, qual seja, a prova documental, que não exige a observância do contraditório durante a sua

14. Assim, entre tantos outros, decidiu o TACrimSP, que é "inadmissível substituir a prova testemunhal de defesa por declarações escritas, sob pena de violação ao princípio do contraditório, eis que se exige que o depoimento seja prestado oralmente, assegurando-se ao Ministério Público o direito de fazer perguntas, preservando-se a disciplina cogente na produção desta espécie probatória" (HC 153.370/8, 11ª C., rel. Juiz Gonçalves Nogueira, j. 15.09.1986, v.u.).

15. Analisando tal situação, Gomes Filho (*Notas sobre a terminologia da prova...*, p. 315) destaca que "trata-se aqui de um verdadeiro *jogo de palavras* que levaria a se admitir a introdução, no processo, de elementos obtidos com violação da própria natureza da prova testemunhal". E, conclui: tal prova "não pode ser admitida, sob pena de completa subversão do valor de garantia da legalidade probatória" (op. cit., p. 316).

realização, além de ter limites de admissibilidade muito mais amplos. Em regra, a prova documental pode ser produzida a qualquer momento.[16] De outro lado, a produção da prova testemunhal deve ser requerida já no início da fase postulatória. O Ministério Público ou o querelante deverá apresentar o rol de testemunhas ao oferecer a denúncia ou queixa (CPP, art. 46). Por sua vez, a defesa deve apresentar o rol de testemunhas por ocasião da apresentação da denominada "defesa prévia" (CPP, art. 395).

Em suma, a substituição da "prova testemunhal" pela "prova documental", além de eliminar os "inconvenientes" da produção de uma prova em contraditório, também possibilita uma amplitude muito maior no que diz respeito ao momento de produção de tal prova.[17]

16. O art. 231 do CPP estabelece a regra geral de que "Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos *em qualquer fase do processo*". Por sua vez, o art. 400, ao disciplinar o procedimento comum ordinário dispõe que: "As partes poderão oferecer documentos em qualquer fase do processo". De outro lado, há apenas duas restrições quanto ao momento de produção da prova documental, ambas relacionadas com o procedimento do tribunal do júri. A primeira delas, diz respeito ao término da primeira fase do procedimento, conhecida como *iudicium accusationis*. O art. 406, § 2.º, do CPP prevê a seguinte restrição: "Nenhum documento se juntará aos autos nesta fase do processo". "Esta fase" do processo é, justamente, a fase das alegações finais. Por outro lado, já com relação à sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, o art. 475 prevê que: "Durante o julgamento não será permitida a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de 3 (três) dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo".

17. Em verdade, tal ato nem mesmo pode ser considerado como documento. São inconfundíveis o documento e a documentação de um ato processual. Analisando o tema, Badaró ("Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha". In: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide Moraes (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 247-248), explica que "Ao se juntar aos autos a declaração de uma pessoa que tem ciência de um fato relevante para o processo (*fonte de prova*), valendo-se para tanto da disciplina legal da prova documental (*meio de prova*), está se pretendendo atingir a finalidade da prova testemunhal – alguém dar ciência ao juiz de um fato que teve conhecimento – com o emprego de prova documental. Ora, é lição sabida e repetida que a prova para ser válida deve ser produzida em contraditório, na presença das partes e perante o juiz natural da causa. A prova colhida sem a presença das partes e do juiz não é prova, não se submeteu ao contraditório, e não pode validamente integrar o acervo sobre o qual o Juiz – togado ou leigo – irá se debruçar para formar livremente seu convencimento. O 'documento' em que se consubstanciam as 'declarações' da pseudo testemunha, produzido no Gabinete do Promotor de Justiça, ou no escritório de advocacia, ou em qualquer outro local que não seja a sala de audiência, não foi produzido na presença do juiz e, em regra, a colheita das declarações e sua redução a termo é realizada na presença de apenas uma das partes, sem a participação da parte contra quem a declaração, normalmente, será utilizada".

Todavia, tal forma de agir viola a própria natureza da prova testemunhal, que é uma prova oral e contraditória por excelência. Diante de uma simples documentação de uma declaração não haverá possibilidade de reperguntas. Em suma, há um total desrespeito ao procedimento típico para a produção da prova testemunhal, pelo que tem se manifestado a doutrina pela nulidade de tal "documento" que substitui a prova testemunhal,[18] havendo julgados, inclusive, que determinam seu desentranhamento.[19]

4.2 Do chamamento do co-réu

No caso da "delação" ou "chamamento do co-réu" tem sido comum tentar substituir a prova a ser normalmente produzida, em interrogatório judicial, pela colheita de declarações, seja no próprio presídio, seja no gabinete do Ministério Público. Para a documentação de tal ato, as declarações são reduzidas a termo e, posteriormente, juntada aos autos, como se documento fossem.[20]

18. Cf.: Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1996, p. 169-170., Id., Notas sobre a terminologia da prova..., p. 316; Badaró, Provas atípicas..., p. 348.

19. Merecem ser transcritos passos de dois julgados significativos sobre o tema, ambos determinando o desentranhamento da prova. No primeiro deles, assentou-se que "não afasta a ilegalidade dizer-se que as partes podem juntar documentos em qualquer fase do processo; inquirição de testemunhas – e nisto se transformou, indiretamente, o co-réu ouvido – se faz em audiência pública, presentes as partes e sob a presidência do Juiz, que é quem dirige o processo; a se admitir a juntada de prova obtida *contra legem* e, por isso mesmo ilícita, desde que oferecida pela Promotoria, o que fazer quando a defesa pretender juntar aos autos provas produzidas no escritório do advogado, sem a presença de Juiz e a participação do Promotor? Estaria instaurada, com a instrução paralela, a desordem que, evidentemente, conduz ao tumulto; e não é isto o que se deseja, mas sim a descoberta da verdade real". (TJSP, HC 368.417-3/9-00, 4ª Câm. Crim., rel. Des. Sinésio de Souza, j. 12.03.2002, m.v.). Noutro julgado anterior, do mesmo tribunal, decidiu-se que: "Se adotado esse procedimento de instrução paralela, na produção de prova e de 'documentos' em Gabinetes, o que será da instrução criminal ... o que se fez foi produzir prova testemunhal em Gabinete, em procedimento paralelo e juntar os mesmos como documentos, não se tirando a força de 'documento' como escrito, mas produzido não no contraditório e para produzir efeito como tal. É evidente que prova testemunhal que não seja legalmente constituída não deve ser lida em plenário, e o despacho que impede que isso aconteça não fere o disposto no art. 475 do Código de Processo Penal" (TJSP, Correição parcial 145.555-3/1, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Renato Talli, j. 22.08.1993, v.u.).

20. Uma vez mais, tal diferenciação foi feita em estudo específico sobre o tema (Badaró, Provas atípicas..., p. 350-351) em que se destaca "não se pode deixar de registrar a confusão entre os

Não se trata, porém, de documento, mas de documentação da realização de um ato unilateral e produzido sem o respeito ao contraditório. Cabe destacar que a nova redação do art. 188 do CPP, dada pela Lei 10.792, de 01.12.2003, passou a admitir que as partes formulem perguntas ao interrogando, após o interrogatório judicial. Hoje, portanto, o interrogatório não é mais um ato unilateral e isolado do juiz, mas um ato realizado em contraditório e com a participação dos sujeitos processuais.

Além disto, tem prevalecido o entendimento de que, no caso de delação, não só o advogado do acusado que está sendo interrogado, mas também o advogado do co-réu que foi delatado, poderá formular pergunta.[21] Aliás, somente se for instaurado o contraditório sobre tais declarações, é que as mesmas poderão ser valoradas pelo juiz para a formação do seu convencimento.

Não se pode, pois, admitir que os documentos que contém declarações de um acusado incriminando outro co-réu, substituam a declaração que deve ser prestada em juízo, submetida ao contraditório das partes, com possibilidade de reperguntas da parte delatada

4.3 Da testemunha de "ouvir dizer"

Finalmente, quanto ao chamado "testemunho de ouvir dizer", infelizmente, esta prática tem sido comum no processo penal brasileiro. Até mesmo

conceitos de *documento* e *documentação*. Documento é meio de prova pré-constituído, no qual se materializa a representação de um fato estranho e, normalmente, anterior ao processo. Outra coisa bem distinta é a documentação dos atos processuais, isto é, seu registro por meio de símbolos. Enquanto o documento representa algo que está *fora* do procedimento, sendo *extraprocessual*, a documentação representa um ato do próprio procedimento, sendo portanto *endoprocessual*. Assim, pois, tal declaração da possível testemunha é a *documentação* de um ato do procedimento investigatório realizado pelo Ministério Público e não um *documento* propriamente dito".

21. Cf.: Grinover, Gomes Filho, Fernandes, *As nulidades...*, p. 112. Merece destaque o seguinte julgado do TJSP: "sendo a delação prova de acusação, tem que ser produzida sob o manto do contraditório, sob pena de se violar o princípio da ampla defesa. A obediência ao princípio do contraditório, sob pena de não sedar validade à prova produzida, exige que a prova seja produzida dando oportunidade para que os delatados possam questionar as informações que o delator está fazendo" (TJSP, HC 964.366-3/0-00, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Almeida Braga, j. 28.08.2006, v.u.).

nos casos de prisões em flagrante, em que o preso se vale do direito constitucional de permanecer calado, admite-se que o policial que figura como testemunha ou condutor relate o que lhe teria sido dito pelo investigado que, formalmente, preferiu permanecer calado. Mais do que isto, muita vezes, estas "testemunhas de ouvir dizer" relatam até mesmo delações que lhes teriam sido feitas, ainda que o delator tenha permanecido calado.

Tal posicionamento não deveria ser aceito. Uma das características da prova testemunhal é a imediatidade. A testemunha deve manifestar percepções sensoriais recebidas imediatamente por ela em relação a um fato passado, que no presente deve ser provado. Em outras palavras, é necessário que a testemunha reproduza uma percepção originária e direta do fato a ser provado, isto é, por ela imediatamente recebido. No testemunho indireto há uma cognição reflexa, que não fornece elementos seguros de informação, até mesmo porque a testemunha direta não terá qualquer responsabilidade pelo que a testemunha indireta tenha dito.

Por tudo isso, a testemunha "de ouvir dizer" é uma "prova de segunda mão",[22] devendo ser considerada como elemento de informação indigno, sem o caráter de testemunho.[23] Tal elemento de informação pode ser válido para que se descubra a fonte de prova originária, isto é, a testemunha presencial, e se produza esta prova em juízo. Mas a testemunha indireta, por si mesmo, não pode ser considerada como prova válida para o juiz formar o seu convencimento.[24]

22. Walter P. Acosta (*O processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1973, p. 232) refere-se a tais como "testemunhas de segundo grau".

23. Bento de Faria, *Código...*, v. 1, p. 268. Em sentido contrário, admitindo tal testemunho, cf.: Camargo Aranha, *Da prova no...*, p. 117. Há, ainda, posições intermediárias, como a de Fragoso (*Jurisprudência criminal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 523) que, sem excluir, *a priori*, o valor do testemunho de ouvir dizer, ressalta "as suas imensas limitações e os graves riscos que oferece", lembrando, ainda, que "são numerosos os casos de graves erros judiciários, cometidos com base em testemunhos de ouvir dizer".

24. Cf. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. *A ilicitude da prova*. Teoria do testemunho de ouvir dizer. São Paulo: RT, 2004, p. 357-358.

Infelizmente, contudo, como já ressaltado, não é este o posicionamento que tem prevalecido na praxe forense.

4.4 Do reconhecimento fotográfico

Outra situação em que é muito comum a substituição de um meio de prova por outro, ou melhor, de inobservância de uma fase do procedimento probatório de um meio de prova típico, é o reconhecimento pessoal.

O reconhecimento pessoal é um meio de prova regulado pelo CPP, com disciplina específica do procedimento probatório para sua produção. Trata-se de uma prova em que alguém é chamado para descrever uma pessoa por ele vista no passado, para verificar e confirmar a sua identidade, em situação na qual é comparado com outras pessoas semelhantes. Trata-se de ato eminentemente formal, para cuja validade é rigorosamente necessária a observância do procedimento previsto no art. 226 do CPP.[25] A despeito disto, tem sido aceito o reconhecimento fotográfico como meio de prova válido, desde que não seja possível a realização do reconhecimento pessoal.[26] O principal argumento para a aceitação do reconhecimento fotográfico é, justamente, que se trataria de um "meio de prova atípico".

Não parece ser esta a melhor orientação. O reconhecimento fotográfico é um meio de prova irritual, isto é, uma prova típica produzida sem a observância de seu procedimento probatório.[27] O reconhecimento fotográfico vulnera o procedimento probatório previsto no art. 226, substituindo a segunda fase

25. Camargo Aranha, *Da prova no...*, p. 177.

26. Mirabete, *Processo penal*, p. 336. Em sentido contrário, negando o valor do reconhecimento fotográfico: Eduardo Espínola Filho. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. 3, p. 143; Heleno Cláudio Fragoso. *Jurisprudência criminal*, p. 520; Noronha, *Curso...*, p. 124; Camargo Aranha, *Da prova no...*, p. 182.

27. Para uma análise da prova irritual, cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. "Provas atípicas e provas anômalas..." cit., p. 344.

de comparação física e ao vivo da pessoa a ser reconhecida, pela comparação fotográfica.[28] Não se trata, pois, de um simples caso de prova atípica, que seria admissível ante a regra do livre convencimento judicial.[29] As formalidades do procedimento probatório do reconhecimento pessoal são a própria garantia da viabilidade do reconhecimento como prova,[30] visando à obtenção de um elemento mais confiável de convencimento.[31]

No reconhecimento fotográfico, os dados disponíveis serão muito menos precisos, pois, por exemplo, se a fotografia for apenas do rosto, dados como peso e altura anteriormente descritos não poderão ser conferidos. É inegável que as fotografias se prestam a confusões e erros, muito maiores do que o reconhecimento pessoal, porque a imagem não proporciona os elementos do exame físico, como por exemplo, o gesto, o andar, a mudança da expressão.[32]

28. François Gorphe (*La critica del testimonio*. 2. ed. Trad. de Mariano Ruiz-Funes. Madrid: Réus, 1949, p. 236) lembra que "é recomendável que sejam apresentadas várias fotografias e, se possível, mostrar várias fotografias do indivíduo em posições diferentes. E, mesmo assim, não se evita toda possibilidade de erro".

29. No sentido da admissibilidade do reconhecimento fotográfico, cf.: Frederico Marques, *Elementos...*, v. 2, p. 334; Mirabete, *Processo...*, p. 335. De se destacar a posição de Gomes Filho (Notas sobre a terminologia da prova... p. 316) que, embora considere o reconhecimento fotográfico com uma prova atípica, entende que se trata de prova inadmissível, por haver "uma atipicidade ligada do próprio meio de prova, pois o canal de informação utilizado é diverso do estipulado em lei".

30. Heleno Cláudio Fragoso. *Jurisprudência criminal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 520.

31. Gomes Filho, Notas sobre a terminologia da prova..., p. 316.

32. Cf.: Bento de Faria, *Código...*, v. 1, p. 282; Espínola Filho, *Código...*, v. 3, p. 143. Enrico Altavilla (*Psicologia judiciária*. 3. ed. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado, 1981. v. 1, p. 407) já destacava que: "a recordação da estatura é completada com a da corporatura, podendo, muitas vezes, uma semelhança de quadratura de ombros, de obesidade, levar a um falso reconhecimento. Assim, como também pode ter importância aquilo que se chama fisionomia motora, isto é, a maneira como uma pessoa caminha, se move, gesticula". Todos estes dados relevantes para o reconhecimento da pessoa não são retratados na fotografia. Antigo julgado lembra, com razão, que "a fotografia já era conhecida quando da promulgação do Código de Processo Penal e se ele não a incorporou entre os meios de prova é porque entendeu não ser, como não é, muito segura" (TACrimSP, Ap 104.667, 3ª C., rel. Juiz Chiaradia Netto, j. 15.05.1975, v.u., *RT* 476/388).

Por todos estes motivos, mesmo aqueles que admitem o reconhecimento fotográfico[33] entendem que ele não pode, isoladamente, fundamentar uma decisão condenatória,[34] que deverá estar amparada em outros meios de prova.[35]

4.5 Do apontamento do acusado

Também tem sido admitido como prova atípica o "apontamento do acusado na audiência", pela vítima ou pelas testemunhas, dando-lhe o mesmo valor probatório do reconhecimento pessoal formal.[36]

A indicação do acusado é prova irritual, não podendo ser admitida no processo.[37]

O reconhecimento pessoal, tal qual disciplinado no CPP, envolve uma percepção presente e uma pretérita. Há, também, um ato de memória, invocando percepções guardadas na memória, para compará-la como percepções atuais. A única forma de se conferir a percepção pretérita bem como a correspondência entre o confronto das percepções é com a descrição da percepção pretérita, o que não ocorre na simples indicação ou apontamento do acusado. Ao mais, mormente no caso em que o acusado está algemado na sala de audiência, há um forte componente de sugestionabilidade no apontamento, retirando-lhe qualquer valor probatório.

33. Negando qualquer valor ao reconhecimento fotográfico, por não preencher o requisito da tipicidade da prova, cf.: Gomes Filho, Notas sobre a terminologia da prova..., p. 316.

34. Mirabete, *Processo...*, p. 336. Na jurisprudência: STF, HC 70.038-1, 2ª T., rel. Min. Francisco Rezek, j. 31.08.1993, v.u., *RT* 706/417, TACrimSP, Ap 705.825/1, 3ª Câm. rel. Juiz Carlos Bueno, j. 21.06.1994, v.u., *RJDTACRIM* 28/214; TACrimSP, Ap 1.011.215/7, 10ª Câm. rel. Juiz Márcio Bártoli, j. 29.05.1996, v.u., *RJDTACRIM* 31/247.

35. Pedroso, *Prova penal*, p. 140. Na jurisprudência: STF, HC 73.488-0, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.03.1996, v.u., *RT* 736/545; TACrimSP, Ap 1.299.509/5, 10ª C., rel. Juiz Márcio Bártoli, j. 06.03.2002, v.u, *RT* 799/614; TACrimSP, RvCr 299.156/1, 6º Gr. Câm., rel. Juiz Walter Guilherme, j. 17.03.1997, v.u, *RT* 741/627.

36. Mirabete, *Processo...*, p. 335.

37. Negando valor a este "ato de apontar simplesmente *tête-à-tête*" o acusado do delito, cf. STF, voto vista do Min. Marco Aurélio, no HC 77.576/RG, 2ª T., rel. Min. Nelson Jobim, j. 02.02.1999, v.u., *RTJ* 179/1.065.

5. Dos elementos de informação produzidos na fase de investigação preliminar

Para que se compreenda o sistema brasileiro, é necessário ressaltar, nesse aspecto, que a tarefa de investigação criminal é realizada de regra por uma organização vinculada ao Poder Executivo, denominada *Polícia Judiciária*, por meio de um procedimento de caráter inquisitório denominado *inquérito policial* (art. 4.º e ss. do CPP). Trata-se, portanto, de atividade administrativa, que se desenvolve sem a participação da acusação e da defesa.

Conquanto, em tese, essa atividade esteja sujeita ao controle externo do Ministério Público (CF/88, art. 129, VII) e também em princípio possa ser acompanhada pelo advogado do investigado, como decorrência de garantia inscrita no Estatuto da OAB (Lei 8.906, de 04.07.1994, art. 7.º, XIV), o que sucede na prática é que a investigação é realizada sem a participação da acusação e da defesa.

Daí entender-se que os elementos trazidos pela investigação não constituem, a rigor, *provas* no sentido técnico-processual do termo, mas informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o Juiz ou, ainda, servir de fundamento para a admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar.[38]

Embora não haja vedação legal, no plano infra-constitucional, à utilização no julgamento das "provas" (*rectius*: elementos de informação) produzidas no inquérito policial, a doutrina tem se insurgido contra tal utilização, posto que tais elementos de convicção, colhidos na fase de investigação, sequer podem ser considerados como prova, em sentido estrito.

José Frederico Marques já ensinava que "em face da Constituição, não há prova (ou como tal não se considera), quando não produzida contraditoriamente".[39]

38. Cf.: Antonio Magalhães Gomes Filho. *Direito à prova...*, p. 144 (com ampla citação jurisprudencial na nota 34); Aury Lopes Jr. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 204-205.

39. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1, p. 194. Conseqüentemente, conclui Pedroso (*Prova penal*, p. 143): os elementos instrutórios colhidos no inquérito, "quando

A violação de tais regras, mais especificamente, do contraditório e da ampla defesa, acarretam a invalidade do elemento de convicção, que não poderá ser valorado com prova legítima. "Em última análise, tanto será viciada a prova que for colhida sem a presença do juiz, com o será a prova colhida pelo juiz, sem a presença das partes. (...) Dessa afirmação básica decorre a inarredável conseqüência de que não são provas, que o juiz possa utilizar para a formação do seu convencimento, as que forem produzidas em procedimentos administrativos prévios ou mesmo em outros processos jurisdicionais".[40]

Por isso, ainda que não exista uma regra expressa de exclusão dos elementos de informação colhidos no inquérito policial, tais dados não poderiam servir para o julgamento da causa. Mas também aqui é preciso considerar que na prática judiciária as coisas se passam de forma diversa. Domina na jurisprudência dos tribunais, com efeito, o entendimento de que as informações da fase investigatória não constituem base suficiente para uma condenação, mas podem ser levadas em conta se forem confirmadas, ainda que parcialmente, por provas colhidas em contraditório.

Os inconvenientes dessa prática são ainda mais evidentes nas causas de competência do Tribunal do Júri, uma vez que nos debates perante os jurados tais informações podem ser mencionadas livremente pelas partes e, assim, levadas em consideração pelos juízes leigos, que não estão obrigados a motivar suas decisões sobre os fatos.

Há, também, posição intermediária, no sentido de que as "provas", ou melhor, os elementos de informação produzidos no inquérito policial somente poderão fundamentar uma sentença condenatória se forem confirmadas por outras provas produzidas em contraditório ou se forem confirmados em juízo. Todavia, não se pode deixar de observar que, bem analisada tal corrente, o valor de tais "elementos de informação" é nenhum. Se há outras provas, o que o juiz valora são estas "outras provas", e não os

não renovados em Juízo sob o crivo do contraditório, não podem servir como supedâneo de uma condenação".

40. Ada Pellegrini Grinover. O conteúdo da garantia do contraditório. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 22.

elementos produzidos durante o inquérito. Da mesma forma, se a "prova" produzida durante o inquérito é "confirmada" em juízo, o que o juiz irá valorar é a prova judicial que "confirmou" os elementos do inquérito, e não estes elementos em si.

De qualquer forma, é preciso ressaltar que a documentação dos atos do inquérito policial permanece nos autos da ação penal (CPP, art. 12), e sempre pode ter alguma influência, ainda que não expressamente declarada, no convencimento judicial.

Registre-se, contudo, que há atualmente um Projeto de Reforma do Código de Processo Penal em discussão no Congresso Nacional, estabelecendo, de forma expressa, tal vedação.[41]

De outro lado, especialmente, para a prova pericial produzida durante o inquérito policial, tem sido aceito, com tranqüilidade, a possibilidade de o juiz valorá-la no momento da sentença. A razão é que se trata de uma prova cautelar, produzida antecipadamente, tendo em vista que, na maioria dos casos, deve ser realizada desde logo, diante do risco de perecimento dos objetos a serem examinados. Exemplo mais evidente desta situação é o exame de corpo de delito, ou outras formas de exame pericial, como a perícia para avaliação do valor da coisa furtada ou da potencialidade lesiva da arma utilizada como instrumento do crime de roubo.

Nesse caso, é comum a realização de perícias, em especial do exame de corpo de delito, na fase policial, embora tal prova seja utilizada, posteriormente, pelo juiz, para fundamentar o seu convencimento. Tal entendimento é correto somente nos casos em que a perícia tenha natureza cautelar, de produção antecipada de prova, não podendo ser realizada em momento posterior. Neste caso, na fase judicial, a perícia será submetida ao contraditório diferido.

De outro lado, se não se estiver diante de uma perícia determinada cautelarmente, a prova técnica deverá ser realizada em juízo, com a possibilidade de

41. O Projeto de Lei 4.209/2001, que altera o CPP, na parte em que disciplina o inquérito policial, não utiliza o termo "prova", mas "informações" (art. 6.º, § 3.º) e "elementos informativos" (art. 7.º e art. 8.º), explicitando, ainda, que "esses elementos não poderão constituir fundamento da sentença (art. 399), ressalvadas as provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, que serão submetidas a posterior contraditório" (art. 7.º, parágrafo único).

contraditório prévio, especialmente pela faculdade das partes formularem quesitos, inclusive com a possibilidade de acompanhamento da própria realização dos exames pelos interessados.[42] Se não há urgência na prova, não deve ser aceita a perícia produzida na fase de investigação, sem o prévio contraditório e sem mesmo a participação judicial. Em tal caso, a perícia deve ser realizada somente em juízo e não na fase de investigação preliminar.

6. Das provas produzidas na fase intermediária do processo

Com relação às provas produzidas na *fase intermediária*, é preciso observar, de início, que no Brasil não existe a previsão dessa etapa procedimental. Como mencionado, o juiz utiliza-se normalmente dos elementos do inquérito policial para decidir sobre a admissibilidade da acusação e também para determinar alguma medida cautelar.

Apenas em alguns procedimentos especiais (crimes funcionais e crimes contra a propriedade imaterial, por exemplo) é que se poderia identificar uma eventual fase intermediária, com produção de provas. O procedimento em que é mais evidente a existência dessa etapa é o relativo aos crimes de competência do Tribunal do Júri, em que há uma *instrução preparatória*, perante o Juiz e em contraditório, destinada à produção de provas para posterior decisão sobre a admissibilidade da acusação a ser levada aos jurados. Em todas essas situações, não há nenhuma restrição a que essas provas sejam utilizadas no julgamento da causa.

Nos poucos procedimentos especiais em que há previsão de apresentação de defesa antes do recebimento da denúncia, institui-se, um contraditório sobre a peça acusatória e os elementos de informação que lhe dão suporte. Todavia, tal contraditório é apenas argumentativo, não havendo espaço para a produção de provas. Somente no procedimento do Tribunal do Júri é que existe uma verdadeira fase intermediária, com

42. Cf.: Grinover, Gomes Filho, Fernandes, *As nulidades...*, p. 183; Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 77.

ampla atividade probatória, antes do julgamento. Neste caso, as provas produzidas na primeira fase do procedimento, poderão ser validamente utilizadas pelos jurados para o seu convencimento. De se destacar, contudo, que nesta fase intermediária tais provas já são produzidas em contraditório e na presença do juiz.

Finalmente, é de se observar que, no processo penal brasileiro, o julgamento em primeiro grau é, em regra, monocrático.[43] Não há, pois, diferença quanto ao tratamento dado aos elementos colhidos na fase intermediária, em razão da composição do órgão jurisdicional que atua em tal fase.

7. Do valor dos elementos de informação produzidos na fase da investigação preliminar

Não há regra expressa considerando a ilicitude das provas produzidas na fase de investigação ou na fase intermediária. Aliás, como não há exclusão física dos autos da fase de investigação, não haveria propriamente ilicitude de tais provas, mas sim nulidade da sentença que nelas se fundamentar.

43. Ressalve-se, apenas, o processo penal militar, que possui regras e organização judiciária próprias. No procedimento comum previsto no CPPM, uma vez recebida a denúncia, o auditor providenciará, conforme o caso, o sorteio do Conselho Especial de Justiça, ou a convocação do Conselho Permanente de Justiça (CPPM, art. 399, *a*), e designará dia e hora para a sua instalação (*b*). O Conselho Especial de Justiça é constituído pelo Juiz-Auditor e mais 4 juízes militares, todos oficiais superiores, sob a presidência do juiz militar de posto mais elevado (LOJM, art. 16, *a*), competindo-lhe o processo e julgamento dos oficiais, exceto os oficiais-generais (LOJM, art. 6.º, I, *a*), por crimes militares (LOJM, art. 27, I). Ressalte-se que, os oficiais-generais, por serem oficiais generais das Forças Armadas, gozam de foro por prerrogativa de função e são julgados pelo Superior Tribunal Militar. De outro lado, o Conselho Permanente de Justiça é constituído pelo Juiz-Auditor, por 1 oficial superior, que será o seu presidente, e 3 oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão (LOJM, art. 16, *b*), competindo-lhe o julgamento dos acusados que não sejam oficiais (LOJM, art. 27, II), isto é, praças e civis. De qualquer forma, o CPPM tem regra expressa, sobre a finalidade do inquérito policial militar: "Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal" (art. 9.º, *caput*). Excepcionalmente, contudo, "os exames, perícias e avaliações realizados regularmente no curso do inquérito, por peritos idôneos e com obediência às formalidades", poderão ser utilizados como provas na ação penal. Em suma, os elementos de informação colhidos no inquérito policial não servirão para o Conselho de Justiça formar a sua convicção, mas apenas para que o Auditor receba ou rejeite a denúncia.

Na doutrina nacional, Ada Pellegrini Grinover, adotando a conceituação de Nuvolone, distingue as provas ilícitas das provas ilegítimas e explica: "a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegalmente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (*rectius*, à fonte de prova será ilicitamente colhida). Será nesse sentido mais estrito que nos referiremos às 'provas ilícitas'. É necessário, ainda, observar que determinadas provas, ilícitas porque constituídas mediante a violação de leis materiais ou de princípios gerais de direito, podem ao mesmo tempo ser ilegítimas, se a lei processual também impede a produção do meio em juízo".[44] Tecnicamente, portanto, não parece correto qualificar tais provas com sendo provas ilícitas. Inicialmente, os elementos de informação produzidos no inquérito policial, não podem ser considerados com "prova", no sentido estrito do termo.

De outro lado, como sua valoração no momento da sentença representa um desrespeito à garantia constitucional do contraditório, não parece que a questão seja propriamente de ilicitude da prova. Tratar-se-ia, portanto, de "prova" ilegítima, por violação de uma regra processual, segundo a qual toda prova deve ser produzida em contraditório.

44. *Liberdades públicas e processo penal*: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 98-99. Tal posicionamento foi expressamente adotado no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal. O PL 4.205/2001, altera a redação do *caput* do art. 157, que assim passará a dispor: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais". A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também adotou tal distinção, em famoso precedente no qual se discutia o tema das provas ilícitas, merecendo destacar o seguinte passo do voto do Ministro Celso de Mello: "Impõe-se destacar, como expressiva conquista dos direitos assegurados àqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas (aquelas que se produzem com vulneração das normas de direito processual) e às provas ilícitas (aquelas que se colidem com transgressão das regras do direito material). A Constituição do Brasil, ao repelir a doutrina do *male captum, bene retentum*, sancionou, com a inadmissibilidade de sua válida utilização, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude" (STF, HC 69.912-0/RS, Pleno, rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, m.v., j. 30.06.1993, *LEX-STF* 183/320)

Ao mais, considere-se que não existe regra processual que imponha a exclusão física de tais elementos dos autos do processo, após o recebimento da denúncia. Há, contudo, conforme já considerado,[45] forte posicionamento no sentido de que tais "provas" (*rectius*: elementos de informação), por si só, não poderão ser utilizadas pelo juiz para a formação do seu convencimento, no momento de sentenciar o processo.

A questão, contudo, se coloca sob o ponto de vista da validade ou nulidade do ato final, no caso, a sentença. Se na sentença o juiz se utilizar, exclusivamente, de elementos de informação produzidos no inquérito policial, haverá um erro de julgamento. Em grau de recurso, o Tribunal poderá modificar tal decisão, absolvendo o acusado. Não há, portanto, uma ilicitude de tais provas e, muito menos, nulidade pelo fato destas terem permanecido nos autos. Todo o controle será feito pela motivação da sentença.

Justamente porque a questão se coloca no plano da motivação, o problema deveria ter uma solução diversa no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, que são submetidos ao Júri Popular. Como os jurados decidem de forma não motivada, não há como controlar se os elementos de informação produzidos no inquérito policial, e que permanecem nos autos, podendo ser lidos pelo Ministério Público e pelo Advogado, na sessão de julgamento, foram utilizados ou não pelos jurados, até mesmo em caráter de exclusividade, para a formação da convicção pessoal de cada jurado.

No caso do Tribunal do Júri, portanto, diante dessa impossibilidade de controle da formação do convencimento dos jurados,[46] a única forma de se assegurar o respeito ao contraditório seria a determinação de exclusão do processo dos elementos de informação produzidos durante o inquérito policial. Todavia,

45. Cf., supra, item 5.

46. Justamente por isso, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (*As nulidades...*, p. 171) defendem que, se houve a utilização de provas ilícitas perante o Tribunal do Júri, "o veredicto dos jurados, porém, será irremediavelmente nulo, até porque a ausência de motivação impede o conhecimento das razões de julgar".

na prática, tais elementos do inquérito policial permanecem nos autos e são lidos na sessão de julgamento, sem que se tenha notícia da anulação de qualquer julgamento por tal motivo.

8. Da prova por videoconferência

A questão da possibilidade de realização de atos processuais à distância, ou por videoconferência, não é nova, tendo sido objeto de polêmicas há, pelo menos, uma década.

Inicialmente, a questão surgiu com o chamado interrogatório *on-line*. A doutrina majoritária, desde o primeiro momento, manifestou-se contrariamente à realização de tal forma de interrogatório.[47] Diversamente, na jurisprudência, tem prevalecido, atualmente, o entendimento de que tais interrogatórios são válidos, desde que asseguradas determinadas condições que garantam a publicidade do ato, a ampla defesa, e a comunicação reservada do acusado com seu defensor, tudo isso mediante recursos audiovisuais em tempo real.[48]

47. Ana Sofia Schmidt de Oliveira. Resolução 05/02: interrogatório on-line [Parecer]. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 10, n. 120, p. 2-4, nov. 2002; Paulo Sérgio Leite Fernandes. A falácia dos interrogatórios virtuais. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 10, n. 120, p. 1-2, nov. 2002; Carlos Weis. Manifestação do conselheiro Carlos Weiss referente à realização de interrogatório on-line para presos perigosos. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 10, n. 120, p. 4-5, nov. 2002.

48. Ainda não há muitos julgados sobre o tema, sendo insipiente a jurisprudência. Em julgado mais antigo, talvez pioneiro, o STJ negou a ordem de *habeas corpus*, por considerar que inexistia demonstração de prejuízo na realização do "interrogatório feito via sistema conferência em *real time*", mas destacou que "Embora no interrogatório por vídeo conferência o Juiz de Direito possa avistar-se com o réu, ver suas reações, ou mesmo se titubeia em responder, o ambiente em que é feito o interrogatório é outro e, portanto, outra será a postura do acusado em relação a isso. A frieza da imagem digitalizada, em nada auxilia o Juiz na captura da verdade real, que se espera seja o escopo fundamental da justiça Penal, sob pena de termos em nossas mãos, não mais a persecução, mas a 'perseguição'. Por essas razões entendo que é nulo o interrogatório realizado por vídeo conferência, ressalvado, contudo possa ele ser feito quando evidente o perigo à ordem pública e à segurança das pessoas encarregadas da administração da Justiça Penal, com a saída do réu da unidade prisional, conforme exceção prevista no próprio art. 792 do CPP" (STJ, RHC 6.272/SP, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 03.04.1997, v.u., *DJ* 05.05.1997). Posteriormente, contudo, o STJ, em julgamento recente, entendeu que: "a percepção cognitiva obtida no sistema de teleaudiência é a mesma auferida na forma usual de realização de audiência com a presença

Atualmente, é de se destacar que o interrogatório pode ser realizado no próprio estabelecimento penitenciário em que o acusado se encontre. O novo § 1.º do art. 185, com a redação dada pela Lei 10.792, de 01.12.2003, passou a admitir o interrogatório fora da sala de audiência, desde que observados as seguintes condições: (1) existência de sala própria; (2) condições de segurança do juiz e dos auxiliares; (3) presença do defensor; (4) publicidade do ato. Ausente qualquer delas, o interrogatório deverá ser realizado, nos moldes normais, isto é, no fórum, em sala de audiência.

Outro problema diz respeito à oitiva de testemunhas. Interpretando-se estritamente os princípios processuais, a prova testemunhal deve ser produzida na presença das partes e do juiz natural, instituindo-se um verdadeiro contraditório, com o contato direto do juiz com as provas, em respeito à imediação. Nada disto estaria presente, pelo menos nos moldes tradicionais que se interpretam tais princípios, na oitiva de testemunha por videoconferência.

A legislação brasileira não prevê a realização de qualquer ato probatório à distância e sem o contato *direto* das partes e do juiz com a prova que está sendo produzida. Especificamente com relação à oitiva de testemunhas, o CPP determina que o ato seja realizado, em regra, entre presentes. A testemunha depõe na sala de audiência, na presença do juiz (CPP, art. 792, *caput*).[49]

física das partes. Ademais, o juízo recorrido cercou-se de cautelas concretas para a realização dessa modalidade de audiência, assegurando ao defensor a possibilidade de se comunicar com o acusado a qualquer momento (por meio de linha telefônica privativa), bem como permitindo a presença de um defensor na sala de audiência e outro, na sala do presídio.... Bem a rigor, o paciente e os co-réus encontravam-se numa verdadeira extensão da própria sala de audiências, de tudo participando e acompanhando, com a mais completa possibilidade de contato verbal com seus advogados. Não existe, portanto, nenhuma nulidade. Finalmente, encontrou-se um sistema de teleaudiência ou videoconferência que harmonizou as exigências da ampla defesa e do contraditório com celeridade, segurança e presteza na produção da prova e com a prolação das sentenças" (STJ, RHC 15.558/SP, 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 14.09.2004, v.u., *DJ* 11.10.2004, p. 351).

49. A única exceção prevista no CPP é no caso de pessoas egrégias, que não precisam comparecer a juízo, prestando seu depoimento por escrito (art. 221, § 1.º). Mesmo assim, tem se apontado a inconstitucionalidade de tal dispositivo, por impedir o exercício efetivo do contraditório e da

Há casos em que as testemunhas poderão ser inquiridas fora da sede do juízo. O art. 220 do CPP estabelece que, no caso de testemunhas que, por enfermidade ou velhice, estejam impossibilitadas de comparecer ao fórum para depor, serão ouvidas onde estiverem como, por exemplo, na sua residência, no hospital, etc.[50] Em tal caso, a testemunha será inquirida no local em que estiver, "para onde se transportarão o Juiz, o escrivão, o Representante do Ministério Público, e o acusado ou seu defensor".[51] Ou seja, mesmo não sendo realizado na sede do juízo, o ato probatório será realizado "entre presentes" e não "à distância". Tanto o juiz, quanto as partes, se deslocarão até o local em que se encontra a testemunha e lá, na presença de todos, o ato probatório será realizado.

Recentemente, contudo, foi incorporado ao ordenamento jurídico nacional a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, por meio do Dec. 5.015, de 12.03.2004. O art. 18, item 18, do referido decreto, ao disciplinar as medidas de assistência judiciária recíproca, estabelece que:

"Se for possível e *em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno*, quando uma pessoa que se encontre no território de um Estado Parte deva ser ouvida como testemunha ou como perito pelas autoridades judiciais de outro Estado Parte, o primeiro Estado Parte poderá, a pedido do outro, *autorizar a sua audição por videoconferência*, se não for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado Parte requerente. Os Estados Partes poderão acordar em que a audição seja conduzida por uma autoridade judicial do Estado Parte requerente e que a ela assista uma autoridade judicial do Estado Parte requerido".[52]

ampla defesa, ao impossibilitar a feitura de reperguntas: cf.: Ada Pellegrini Grinover. *A nova lei processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 130; Tornaghi, *Curso...*, v. 1, p. 408; Tourinho Filho, *Processo penal*, v. 3, p. 311; Damásio E. de Jesus, *Código...*, p. 150; Camargo Aranha, *Da prova no...*, p. 127.

50. Bento de Faria, *Código...*, v. 1, p. 272.

51. Idem.

52. O citado dispositivo legal foi invocado, expressamente, em julgamento do TRF da 4ª Região: "Tratando-se de ato a ser realizado no estrangeiro, imprescindível é o prévio acordo com o Estado requerido quanto ao local e forma de realização do ato, nos moldes orientados

Trata-se do primeiro diploma legal a prever a possibilidade de realização da oitiva de testemunhas e peritos por videoconferência.[53] Ressalte-se, contudo, que se trata de disciplina legal de ato probatório no âmbito da cooperação judiciária internacional, e não no plano interno, isto é, dos atos probatórios praticados nos processo nacionais. Além disso, tal previsão é condicionada à "conformidade com os princípios fundamentais do direito interno". Assim, continua em aberto a questão fundamental da compatibilidade ou não da oitiva de testemunha por videoconferência com os princípios processuais, em especial o contraditório e a ampla defesa.

Além disto, fica claro que tal medida é excepcional, somente cabível quando "não for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado Parte requerente". Embora se valendo de condicionantes cujo conteúdo é extremamente amplo – "possível" e "desejável" – a oitiva por videoconferência deverá ser excepcional, continuando a ser regra, mesmo nos atos de cooperação internacional em tema de crime organizado, a oitiva de testemunha pessoalmente.

pelo art. 18, § 18, da Convenção de Palermo (Dec. 5.015/2004) ... Possível a realização de oitiva de testemunhas no estrangeiro, *on line*, desde que seja o ato realizado em local e forma previamente acordados com as autoridades do Estado requerido e desde que tempestivamente comunicado às partes do processo, para que possam – querendo – fazer-se presentes para acompanhar o ato tanto na sala de audiência perante o magistrado, como na sala de ouvida da testemunha" (TRF 4ª Região, HC 2005.04.01.026884-2/PR, 7ª T., rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro, j. 09.08.2005, v.u.).

53. No Estado de São Paulo foi editada a Lei Estadual 11.819, de 05.01.2005, que regulamentou o interrogatório e a oitiva de testemunhas por videoconferência no processo penal. Todavia, é de se ressaltar que a lei estadual não disciplinou, efetivamente, o *procedimento* do interrogatório e da oitiva de testemunha por videoconferência. Limitou-se, apenas, a prever que "nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o tramite processual, observadas as garantias constitucionais" (art. 1.º). De outro lado, o art. 2.º, da Lei Estadual 11.819/2005 prevê que o Poder Executivo "regulamentará esta lei no prazo de 90 dias". Para uma crítica de lei, apontando sua inconstitucionalidade, cf.: Antonio Magalhães Gomes Filho. Garantismo à paulista (a propósito da videoconferência). *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 147, fev. 2005, p. 6; Antonio Scarance Fernandes. A inconstitucionalidade da lei estadual sobre videoconferência. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 147, fev. 2005, p. 7; Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. A Lei Estadual n. 11.819, de 05.01.2005 e o interrogatório por videoconferência – primeiras impressões, *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 148, mar. 2005, p. 2.

Em suma, antes mesmo de se enfrentar a questão da compatibilidade da prova por videoconferência com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, é de se destacar, atualmente, um óbice de legalidade. Não há previsão no ordenamento jurídico interno da realização da prova penal – seja ela interrogatório ou oitiva de testemunhas – por videoconferência.

9. Das testemunhas "sem rosto"

Finalmente, resta analisar a questão da chamada "testemunha sem rosto". O CPP não permite tal forma de inquirição de testemunha. Ao contrário, o art. 203 do CPP determina que antes de iniciar o depoimento, a testemunha deverá ser identificada, "devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas".

Todavia, a Lei 9.807, de 13.07.1999, que disciplina as medidas de proteção às vítimas e às testemunhas ameaçadas prevê, entre as medidas do programa a serem tomadas em benefício da pessoa protegida, a "preservação da identidade, imagem e dados pessoais" (art. 7.º, IV). Em casos excepcionais, será possível, até mesmo, a alteração do nome completo da testemunha (art. 9.º, *caput*), que poderá se estender ao cônjuge ou companheiro, ascendente, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha (art. 9.º, § 1.º).[54] Trata-se, pois de regra especial em relação ao art. 203 do CPP, que exige a qualificação da testemunhas, incluindo o endereços de seu domicílio.

54. De forma semelhante, na já citada Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Dec. 5.015, de 12.03.2004 – há previsão, entre as medidas que os Estados-Partes devem adotar para a proteção das testemunhas: "a) Desenvolver, para a proteção física destas pessoas, procedimentos que visem, consoante as necessidades e na medida do possível, nomeadamente, fornecer-lhes um novo domicílio e *impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade* e paradeiro; b) Estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a *depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo* ou outros meios adequados". (art. 24, 2, *a e b*) (g.n.)

Cabe destacar, ainda, que no Estado de São Paulo, o Provimento 32, de 24.10.2000, da Corregedoria Geral de Justiça, autoriza a omissão "de endereços e dados de qualificação" das testemunhas ou vítimas ameaçadas ou atemorizadas (art. 3.º), que ficarão arquivados em pasta própria. Tal previsão é aplicável somente nos inquéritos policiais e processos por crimes definidos no inciso III do art. 1.º da Lei 7.960/89). Mesmo assim, o referido provimento estabelece que o "acesso à pasta fica garantido ao Ministério Público e ao Defensor constituído ou nomeado nos autos, com controle de vistas, feito pelo Escrivão, declinando data" (art. 5.º). De qualquer forma, é de se observar que o provimento fere o disposto no Código de Processo Penal, que exige a qualificação da testemunhas, incluindo o endereço.

A chamada "testemunha sem rosto", que tem sido admitida em legislações de emergência em outros países, em nosso entender, afronta o devido processo legal e a ampla defesa.[55] Mesmo no caso em que a testemunha esteja presente, sendo visualmente identificada, o desconhecimento de seus dados de qualificação poderá prejudicar o exercício do contraditório. Por exemplo, não será possível verificar eventual grau de parentesco com as partes do processo, o que poderia colocar sob suspeita seu depoimento. Além disto, ignorando-se sua identidade, sua residência e seu local de trabalho, fica-se privado de informações sem as quais podem restar impossibilitadas de verificação e confrontação de certas afirmações, como por exemplo, o haver a testemunha presenciado o delito quando ia para o trabalho, ou quando retornava para sua residência.[56]

55. Apreciando a questão, o TJSP teve manifestou-se no sentido de que: "caracteriza cerceamento de defesa a omissão dos nomes das testemunhas que imputam ao acusado a prática de crimes, eis que há manifesta violação ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal. Existindo nos autos elementos concretos que justifiquem o temor das testemunhas permite-se, tão-somente, que se omita a qualificação e endereços destas, devendo ser remetido em documento separado, nos exatos termos do que dispõe o art. 3.º do Provimento da CGJ" (TJSP, HC 376.330-3/5-00, 5ª C. Crim., rel. Des. Damião Cogan, j. 18.04.2002, v.u., *RT* 804/568).

56. Embora tratando especificamente dos *confidentes da polícia*, Gomes Filho (*Direito à prova...*, p. 67) observa que "a defesa ficará irremediavelmente prejudicada quando o segredo sobre a identidade do informante policial puder impedir a inquirição da única pessoa, talvez, capaz de trazer informações favoráveis ao acusado, porque teve contado direto com os fatos".

10. Bibliografia

ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1973.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. 3. ed. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado, 1981. v. 1.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas* – interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: RT, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide Moraes (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. A Lei Estadual n. 11.819, de 05.01.2005 e o interrogatório por videoconferência – primeiras impressões. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 148, p. 2, mar. 2005.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. *Temas de direito processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROS, Romeu Pires de Campos. O interrogatório do acusado e o princípio da verdade real. *Estudos de direito e de processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, v. 3.

FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942, v. 1.

FERNANDES, Antonio Scarance. A inconstitucionalidade da lei estadual sobre videoconferência. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 147, p. 7, fev. 2005.

_____. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 77.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. A falácia dos interrogatórios virtuais. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 10, n. 120, p. 1-2, nov. 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 2.

_____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Garantismo à paulista (a propósito da videoconferência). *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 147, p. 6, fev. 2005.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 308-309;

_____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1996.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINE, Raul. *Interceptações telefônicas*. – Lei n. 9.296, de 24.07.96. São Paulo: RT, 1997.

GORPHE, François. *La critica del testimonio*. 2. ed. Trad. de Mariano Ruiz-Funes. Madrid: Réus, 1949.

GRECO FILHO, Vicente. *A prova da culpa nos delitos de trânsito*. São Paulo. Tese ao concurso de Professor Titular no Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.

_____. *Interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova lei processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. O conteúdo da garantia do contraditório. *Novas tendências do direito processual.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *Liberdades públicas e processo penal*: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal.* 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal.* 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indício no processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Edgard de Magalhães. *Curso de processo penal.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal.* 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Resolução n. 05/02: interrogatório on-line [Parecer]. *Boletim IBCCRIM.* São Paulo, v. 10, n. 120, p. 2-4, nov. 2002.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal.* 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova.* Teoria do testemunho de ouvir dizer. São Paulo: RT, 2004.

WEIS, Carlos. Manifestação do conselheiro Carlos Weiss referente à realização de interrogatório on-line para presos perigosos. *Boletim IBCCRIM.* São Paulo, v. 10, n. 120, p. 4-5, nov. 2002.

Direito ao processo penal no prazo razoável[1]

Aury Lopes Junior
Advogado. Doutor em Direito Processual Penal.
Prof. Programa de Pós-Graduação em
Ciências Criminais da PUC-RS.
Pesquisador do CNPq.[2] Advogado.

Sumário: 1. Recordando o rompimento do paradigma Newtoniano – 2. Tempo e penas processuais – 3. A (de)mora jurisdicional e o direito a um processo sem dilações indevidas: 3.1. Fundamentos da existência do direito de ser julgado num prazo razoável; 3.2. A recepção pelo direito brasileiro; 3.3. A problemática definição dos critérios: a doutrina do não-prazo; 3.4. *Nulla coactio sine lege*: a (urgente) necessidade de estabelecer limites normativos; 3.5. Algumas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Corte Americana de Direitos Humanos e o pioneiro acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – 4. Em busca de "soluções": compensatórias, processuais e sancionatórias – 5. A título de conclusões provisórias: o difícil equilíbrio entre a (de)mora jurisdicional e o atropelo das garantias fundamentais – 6. Bibliografia.

Resumo: O trabalho analisa o direito de ser julgado em um prazo razoável de forma interdisciplinar, iniciando a abordagem através da compreensão do rompimento do paradigma newtoniano, bem como da relação tempo-processo. O processo penal é uma cerimônia degradante e encerra em si mesmo uma série de penas processuais,

1. A presente exposição é uma síntese de alguns pontos desenvolvidos na obra *Direito ao processo penal no prazo razoável* que publicamos em co-autoria com Gustavo Henrique Badaró, pela editora Lumen Juris, 2006, cuja leitura é imprescindível para melhor compreensão dessa problemática.

2. Esse trabalho é resultado parcial da pesquisa: Processo Penal e Estado Democrático de Direito: a instrumentalidade constitucional (garantista) como limitação ao poder punitivo", desenvolvida na PUC-RS com bolsa produtividade em pesquisa do CNPq.

que se vêm potencializadas pela demora judicial. Se a demora representa uma punição ilegítima, noutro extremo, a aceleração antigarantista, implica atropelo de direitos e garantias fundamentais. Daí porque, há que se buscar o difícil equilíbrio. Analisa os inconvenientes da chamada "teoria do não-prazo" e demonstra a necessidade de uma definição metajudicial do tempo de duração do processo, sob pena de ineficácia do direito fundamental. Ao final, aponta as possibilidades de soluções de natureza compensatória civil e penal, processuais e sancionatórias.

Abstract: This paper analyzes the right of being tried in reasonable time in an interdisciplinary way, starting the approach through the understanding of the rupture of the Newtonian paradigm, as well as the relation time-process. The criminal proceeding is a degrading ceremony and finishes up in itself a series of procedural penalties, which are potencialized by legal delays. If the delay represents an illegitimate punishment, in another extreme, the antiguarantee acceleration implies in running over basic rights and guarantees. That is why, it is necessary to seek the right balance. It analyzes the inconveniences of the so called "theory of no term" and demonstrates the need of a non-legal definition of the term of the process duration, under the penalty of basic right inefficacy. At the end, it shows the possibilities of solutions of procedural, sanctionatory, civil and criminal compensatory nature.

Palavras-chave: Prazo razoável – Processo penal – Demora judicial – Aceleração procedimental.

Key words: Reasonable term – Criminal proceeding – Legal delay – Procedural acceleration.

1. Recordando o rompimento do paradigma Newtoniano

Para iniciar, num proposital salto histórico, recordemos que para Newton o universo era previsível, um autômato, representado pela figura do relógio. Era a

idéia do tempo absoluto e universal, independente do objeto e de seu observador eis que considerado igual para todos e em todos os lugares. Existia um *tempo cósmico* em que Deus era o grande relojoeiro do universo. Tratava-se de uma visão determinista com a noção de um *tempo linear*, pois, para conhecermos o futuro, bastava dominar o presente.

Com Einstein e a Teoria da Relatividade,[3] opera-se uma ruptura completa dessa racionalidade, com o tempo sendo visto como algo relativo, variável conforme a posição e o deslocamento do observador, pois ao lado do tempo objetivo está o tempo subjetivo.

Sepultou-se de vez qualquer resquício dos juízos de certeza ou verdades absolutas, pois tudo é relativo: a mesma paisagem podia ser uma coisa para o pedestre, outra coisa totalmente diversa para o motorista, e ainda outra coisa diferente para o aviador. A percepção do tempo é completamente distinta para cada um de nós. A verdade absoluta[4] somente poderia ser determinada pela soma de todas observações relativas.[5] Hawking,[6] explica que Einstein derrubou os paradigmas da época: o repouso absoluto, conforme as experiências com o éter, e o tempo absoluto ou universal que todos relógios mediriam. Tudo era relativo, não havendo, portanto, um padrão a ser seguido.[7]

3. Composta pela teoria da relatividade especial, desenvolvida no artigo sobre a eletrodinâmica dos corpos em movimento, publicado no dia 05.06.1905, na revista *Annalen der Physik* e, posteriormente, complementada pela teoria da relatividade geral, no texto *Teoria da Relatividade Geral* publicado em Berlim no ano de 1916, cujo reconhecimento culminou com o recebimento do Nobel de Física em 1921 (mas pelo trabalho realizado em 1905, pois a relatividade geral ainda enfrentava muita resistência).

4. E ainda existem defensores do mito da "verdade real" no processo penal... Sobre o tema e sua desconstrução, leia-se LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, p. 261 e ss.

5. EINSTEIN. *Vida e pensamentos*, pp. 16-18.

6. HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz*, p. 11.

7. Outra demonstração importante é o chamado "paradoxo dos gêmeos", onde se um dos gêmeos *(a)* parte em uma viagem espacial, próximo à velocidade da luz, enquanto seu irmão *(b)* permanece na Terra, em virtude do movimento do gêmeo *(a)*, o tempo flui mais devagar na espaçonave. Assim, ao retornar do espaço, o viajante *(a)* descobrirá que seu irmão *(b)* envelheceu mais do que ele. Como explica HAWKING. *O universo em uma casca de noz*, p. 11, embora

O tempo é relativo a posição e velocidade do observador, mas também a determinados estados mentais do sujeito, como exterioriza Einstein[8] na clássica explicação que deu sobre relatividade à sua empregada: quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente – e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora. – isso é relatividade".

Até Einstein, consideravam-se apenas as três dimensões espaciais de altura, largura e comprimento, pois o tempo era imóvel. Quando verificou-se que o tempo se move no espaço, surge a quarta dimensão: o espaço-tempo. Elias[9] considera como a dimensão social do tempo, em que o relógio é uma construção do homem a partir de uma convenção, de uma medida adotada. Isso está tão arraigado que não imaginamos que o tempo exista independente do homem. Sem embargo, o paradoxo do tempo é o fato de o relógio marcar 2h ontem e hoje novamente, quando na verdade as duas horas de ontem jamais se repetirão ou serão iguais as 2h de hoje.

Na perspectiva da relatividade, podemos falar em tempo *objetivo* e *subjetivo*, mas principalmente, de uma percepção do tempo e de sua dinâmica, de forma completamente diversa para cada observador.

Desnecessária maior explanação em torno da regência de nossas vidas pelo tempo, principalmente nas sociedades contemporâneas, dominadas pela aceleração e a lógica do tempo curto. Vivemos numa sociedade regida pelo tempo, em que a velocidade é a alavanca[10] do mundo contemporâneo, nos conduzindo a angústia do *presenteísmo*. Buscamos expandir ao máximo esse fragmento de tempo que chamamos de presente, espremido entre um passado que não existe, uma vez que já não é, e um futuro contingente, que ainda não é, e que por isso, também não

isso pareça contrariar o senso comum, várias experiências indicam que, nesse cenário, o gêmeo viajante realmente voltaria mais jovem.

8. EINSTEIN. *Vida e pensamentos*, p. 100.
9. Especialmente na obra *Sobre o tempo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
10. A consagrada expressão é de Paul Virillio.

existe.[11] Nessa incessante corrida, o tempo rege nossa vida pessoal, profissional e, como não poderia deixar de ser, o próprio direito.

No que se refere ao direito penal, o tempo é fundante de sua estrutura, na medida em que tanto cria como mata o direito (prescrição), podendo sintetizar-se essa relação na constatação de que *a pena é tempo e o tempo é pena.*[12] Pune-se através de quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena. No primeiro caso, é o tempo do castigo, no segundo, o tempo do perdão e da prescrição. Como identificou Messuti,[13] os muros da prisão não marcam apenas a ruptura no espaço, senão também uma ruptura do tempo. O tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena.

O processo não escapa do tempo, pois ele está arraigado na sua própria concepção, enquanto concatenação de atos que se desenvolvem, duram e são realizados numa determinada temporalidade. O tempo é elemento constitutivo inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo, mas também na gravidade com que serão aplicadas as penas processuais, potencializadas pela (de)mora jurisdicional injustificada.

Sem embargo, gravíssimo paradoxo surge quando nos deparamos com a inexistência de um tempo absoluto, tanto sob o ponto de vista físico, como também social ou subjetivo, frente a *concepção jurídica de tempo.* O direito não reconhece a relatividade ou mesmo o *tempo subjetivo*, e, como define Pastor,[14] o jurista parte do reconhecimento do tempo enquanto "realidade", que pode ser fracionado e medido com exatidão, sendo absoluto e uniforme. O direito só reconhece o tempo do calendário e do relógio, juridicamente objetivado e definitivo. E mais, para o direito, é possível acelerar e retroceder a flecha do tempo, a partir de suas alquimias

11. Para ANDRÉ COMTE-SPONVILLE. *O ser-tempo*, p. 18, o presente é o nada, pois entre dois nadas: o tempo seria a nadificação perpétua de tudo.

12. PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, p. 85.

13. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*, p. 33.

14. PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho.* Buenos Aires: Ad Hoc, 2002, p. 79.

do estilo "antecipação de tutela" e "reversão dos efeitos", em manifesta oposição as mais elementares leis da física.

No direito penal, em que pese as discussões em torno das teorias justificadoras da pena, o certo é que a pena mantém o significado de tempo fixo de aflição, de retribuição temporal pelo mal causado. Sem dúvida que esse "intercâmbio negativo", na expressão de Mosconi,[15] é fator legitimante e de aceitabilidade da pena ante a opinião pública. O contraste é evidente: a pena de prisão está fundada num tempo fixo[16] de retribuição, de duração da aflição, ao passo que o tempo social é extremamente fluido, podendo se contrair ou se fragmentar e está sempre fugindo de definições rígidas. É uma concepção vinculada a idéia de controle e segurança jurídica, que deve ser repensada à luz da sociologia do risco e da própria teoria da relatividade.

Interessa-nos agora, abordar o choque entre o tempo absoluto do direito e o tempo subjetivo do réu, especialmente no que e refere ao direito de ser julgado num prazo razoável e a (de)mora judicial enquanto grave conseqüência da inobservância desse direito fundamental.

2. Tempo e penas processuais

A concepção de *poder* passa hoje pela temporalidade, na medida em que o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade. Como já explicamos em outra oportunidade, "o direito penal e o processo penal são provas inequívocas

15. MOSCONI, Giuseppe. Tiempo social y tiempo de cárcel. *Secuestros institucionales y derechos humanos:* la cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas. Iñaki Rivera Beiras e Juan Dobon (Org.). Barcelona: Bosch, 1997, pp. 91-103.

16. Devemos considerar que o direito construiu seus instrumentos artificiais de "aceleração", buscando amenizar a rigidez do tempo carcerário. Exemplo típico é a remição, comutação e o próprio sistema progressivo como um todo. Contudo, ao lado do critério temporal estão os requisitos subjetivos, fazendo com que a aceleração dependa do "mérito" do apenado. Poderíamos até cogitar de uma teoria da relatividade na execução penal, onde 10 anos de pena para um não é igual a 10 anos de pena para outro. O problema da questão desloca-se para os critérios que o direito utiliza para imprimir maior fluidez ao tempo carcerário.

de que o *Estado-Penitência* (usando a expressão de Loïc Wacquant) já tomou, ao longo da história, o corpo e a vida, os bens e a dignidade do homem. Agora, não havendo mais nada a retirar, apossa-se do *tempo*.[17]

Como veremos, quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre ainda que não exista uma prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é uma pena.

Interessa-nos o difícil equilíbrio entre os dois extremos: de um lado o processo demasiadamente expedito, em que se atropelam os direitos e garantias fundamentais, e, de outro, aquele que se arrasta, equiparando-se à negação da (tutela da) justiça e agravando todo o conjunto de penas processuais ínsitas ao processo penal.

A visibilidade da pena processual é plena quando estamos diante de uma prisão cautelar, em que a segregação é prévia ao trânsito em julgado da sentença. Nesse caso, dúvida alguma paira em torno da gravidade dessa violência, que somente se justifica nos estritos limites de sua verdadeira cautelaridade.

Mas a questão da dilação indevida do processo, também deve ser reconhecida quando o imputado está solto, pois ele pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia. É inegável que a submissão ao processo penal autoriza a ingerência estatal sobre toda uma série de direitos fundamentais, para além da liberdade de locomoção, pois autoriza restrições sobre a livre disposição de bens, a privacidade das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, e a própria dignidade do réu.

O caráter punitivo está calcado no tempo de submissão ao constrangimento estatal, e não apenas na questão espacial de estar intra-muros. Com razão Messuti,[18] quando afirma que não é apenas a separação física que define a prisão, pois os muros não marcam apenas a ruptura no espaço, senão também uma ruptura

17. Parecer: tempo e direito. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 122 – jan., 2003, p. 669.

18. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*, p. 33.

do tempo. A marca essencial da pena (em sentido amplo) é "por quanto tempo"? Isso porque, o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena. O processo penal encerra em si uma pena (*la pena de banquillo*),[19] ou conjunto de penas se preferirem, que mesmo possuindo natureza diversa da prisão cautelar, inegavelmente cobra(m) seu preço e sofre(m) um sobre-custo inflacionário proporcional a duração do processo. Em ambas as situações (com prisão cautelar ou sem ela), a dilação indevida deve ser reconhecida, ainda que os critérios utilizados para aferi-la, sejam diferentes, na medida em que havendo prisão cautelar, a urgência se impõe a partir da noção de *tempo subjetivo*.

A perpetuação do processo penal, além do tempo necessário para assegurar seus direitos fundamentais, se converte na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui.

A primeira garantia que cai por terra é a da *jurisdicionalidade* insculpida na máxima latina do *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*. Isso porque o processo se transforma em pena prévia a sentença, através da estigmatização,[20] da angústia prolongada,[21] da restrição de bens e, em muitos casos, através de verdadeiras

19. Ilustrativa é a expressão "pena de banquillo", consagrada no sistema espanhol, para designar a pena processual que encerra o "sentar-se no banco dos réus". É uma pena autônoma, que cobra um alto preço por si mesma, independentemente de futura pena privativa de liberdade (que não compensa nem justifica, senão que acresce o caráter punitivo de todo o ritual judiciário).

20. O termo *estigmatizar* encontra sua origem etimológica no latim *stigma*, que alude à marca feita com ferro candente, o sinal da infâmia, que foi, com a evolução da humanidade, sendo substituída por diferentes instrumentos de marcação. Atualmente, não há como negar que o processo penal assume a marca da infâmia e a função do ferro candente. A criminologia crítica aponta para o *labeling approach* (FIGUEIREDO DIAS, Jorge e COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia,* p. 42) como essa atividade de etiquetamento que sofre a pessoa e tal fenômeno pode ser perfeitamente aplicado ao processo penal. É claro que essa estigmatização é relativa e não absoluta, na medida em que varia conforme a complexidade que envolve a situação do réu (o observador na visão da relatividade de Einstein) e a própria duração do processo. Não há dúvida de que tanto maior será o estigma, quanto maior for a duração do processo penal, especialmente se o acusado estiver submetido a medidas cautelares. Sobre o tema, imprescindível a leitura de Goffman, Erwing. *Estigma.* Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

21. A expressão *stato di prolungata ansia* resume esse fenômeno. Foi empregada na Exposição de Motivos do atual Código de Processo Civil italiano, para justificar a crise do procedimento

penas privativas de liberdade aplicadas antecipadamente (prisões cautelares). É o que Carnelutti[22] define como a *misure di soffrenza spirituale* ou *di umiliazione.* O mais grave é que o custo da pena-processo não é meramente econômico, mas o social e psicológico.

A continuação, é fulminada a *presunção de inocência*, pois a demora e o prolongamento excessivo do processo penal vai, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado.[23] Existe uma relação inversa e proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência, na medida em que o tempo implementa aquela e enfraquece esta.

O *direito de defesa* e o próprio *contraditório*, também são afetados, na medida em que a prolongação excessiva do processo gera graves dificuldades para o exercício eficaz da resistência processual, bem como implica um sobre-custo financeiro para o acusado, não apenas com os gastos em honorários advocatícios, mas também pelo empobrecimento gerado pela estigmatização social. Não há que olvidar a eventual indisponibilidade patrimonial do réu, que por si só é gravíssima, mas que se for conjugada com uma prisão cautelar, conduz a inexorável bancarrota do imputado e de seus familiares. A prisão (mesmo cautelar) não apenas gera pobreza, senão que a exporta, a ponto de a "intranscendência da pena" não passar de romantismo do direito penal.

A lista de direitos fundamentais violados cresce na mesma proporção em que o processo penal se dilata indevidamente.

civil ordinário e a necessidade de implementar formas de tutela de urgência, mas encontra no processo penal um amplo campo de aplicação, levando em conta a natureza do seu *custo*. Sobre o ritual judiciário consulte-se nosso livro *Introdução crítica ao processo penal*, onde trabalhamos mais detidamente sobre essa temática, o simbólico da toga, etc.

22. *Lezioni sul processo penale*. v. 1, pp. 67 e ss.

23. No julgamento popular em paralelo (onde se produz o estigma social), a pergunta constante será: Mas que inocência é essa que não aparece nunca? E, com o tempo, a "verdade" (da sentença) não vem, e isso só pode significar que algo ele fez, pois se realmente fosse inocente, não haveria necessidade de tanta demora para comprová-la. Infelizmente é assim que funciona a estigmatização social, onde não existe presunção de inocência, senão que o réu deve provar – e rápido – sua total e cabal inocência. Com certeza uma inversão total do eixo lógico da estrutura, mas cuja ocorrência, não podemos desconsiderar.

Mas o que deve ficar claro, é que existe uma pena processual mesmo quando não há prisão cautelar, e que ela aumenta progressivamente com a duração do processo. Seu imenso custo, será ainda maior, a partir do momento em que se configurar a duração excessiva do processo, pois então, essa violência passa a ser qualificada pela ilegitimidade do Estado em exercê-la.

3. A (de)mora jurisdicional e o direito a um processo sem dilações indevidas

Beccaria,[24] a seu tempo, já afirmava com acerto que o processo deve ser conduzido sem protelações, até porque, quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais perto estiver do delito, mais justa e útil ela será.

Cunhamos a expressão "(de)mora jurisdicional" porque ela nos remete ao próprio conceito (em sentido amplo) da "mora", na medida em que existe uma injustificada procrastinação do dever de adimplemento da obrigação de prestação jurisdicional. Daí porque, nos parece adequada a construção (de)mora judicial no sentido de não-cumprimento de uma obrigação claramente definida, que é a da própria prestação da tutela (jurisdicional) devida.

Cumpre agora analisar os contornos e os problemas que rodeiam o direito de ser julgado num prazo razoável ou a um processo sem dilações indevidas.

24. *Dos delitos e das penas*, p. 59. Sobre essa relação direito penal-tempo, chamamos a atenção para nossa discordância em relação a construção de Jesus-Maria Silva Sanchez de um "direito penal de duas velocidades". Existe um grave erro na premissa inicial, pois o direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal e, muito menos, "velocidade". Quem tem dinâmica e movimento é o processo. Logo, não existe "velocidade" no direito penal e tampouco aceleração. A discussão somente pode situar-se na esfera do processo penal, esse sim, em movimento e passível de aceleração. Daí porque, cai por terra toda a construção de duas, três, ou quantas velocidades pensarem existir no direito penal....Tampouco argumentem que se trata – ou se pretendeu falar – de um sistema punitivo de velocidades ou coisas do gênero. As palavras têm significados e "dizem algo", por mais elementar que isso possa parecer, existindo limites semânticos que exigem um mínimo de rigor científico. Daí porque, deve-se ter cuidado. Quem tem dinâmica e, portanto, aceleração, é o processo. Isso é sintoma do complexo de castração do direito penal: sua inércia e falta de realidade concreta.

3.1 Fundamentos da existência do direito de ser julgado num prazo razoável

A (de)mora na prestação jurisdicional constitui um dos mais antigos problemas da administração da justiça. Contudo, como aponta Pastor,[25] somente após a Segunda Guerra Mundial é que esse direito fundamental foi objeto de uma preocupação mais intensa. Isso coincidiu com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10.12.1948, especialmente no art. 10, que foi fonte direta tanto do art. 6.1 da Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH) como também dos arts. 7.5 e 8.1 da CADH.

Os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, sem atropelo de garantias fundamentais, é claro, estão calcados no respeito a dignidade do acusado, no interesse probatório, no interesse coletivo no correto funcionamento das instituições, e na própria confiança na capacidade da justiça de resolver os assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerado como adequado e razoável.

O núcleo do problema da (de)mora, como bem identificou o Tribunal Supremo da Espanha na STS 4519,[26] está em que, quando se julga além do prazo razoável, independentemente da causa da demora, se está julgando um homem completamente distinto daquele que praticou o delito, em toda complexa rede de relações familiares e sociais em que ele está inserido, e, por isso, a pena não cumpre suas funções de prevenção específica e retribuição (muito menos da falaciosa "reinserção social").

Trata-se de um *paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário*: um juiz julgando no presente (hoje), um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando

25. PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, p. 103.

26. "Es indudable y resulta obvio que cuando se juzga más allá de un plazo razonable (cualquiera que sea la causa de la demora) se está juzgando a un hombre distinto en sus circunstancias personales, familiares y sociales, por .lo que la pena no cumple, ni puede cumplir con exactitud las funciones de ejemplaridad y de reinserción social del culpable, que son fines justificantes de la sanción, como con fina sensibilidad dice la Sentencia de 26.06.1992". Apud: PEDRAZ PENALVA, Ernesto. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. *La reforma de la justicia penal*, p. 387.

efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena e, seu presente no futuro, será um constante reviver o passado.[27]

O Estado resulta, como sintetiza Pedraz Penalva,[28] no principal obrigado por esse direito fundamental, na medida em que cria deveres para o juiz (impulso oficial), bem como para o Estado-legislador (promulgação de um sistema normativo material, processual e mesmo orgânico) para uma efetiva administração da justiça, sem esquecer os meios materiais e pessoais.[29] Tampouco se pode exigir "cooperação" do imputado, na medida em que protegido pelo *nemo tenetur se detegere*. Ademais, os arts. 7.5 e 8.1 da CADH não exige tal participação ativa junto as autoridades judiciais ou policiais.

27. Pois uma função inerente à pena de prisão é obrigar a um constante reviver o passado no presente, levando ao que denomino de "patologias de natureza temporal". Isso significa, em apertada síntese, que o tempo de prisão é tempo de involução, que a prisão gera uma total perda do referencial social de tempo, pois a dinâmica intra-muros é completamente desvinculada da vivida extra-muros, onde a sociedade atinge um nível absurdo de aceleração, em total contraste com a inércia do apenado. Existe uma clara defasagem entre o tempo social e o tempo do cárcere, pois a prisão possui um "tempo mumificado pela instituição" em contraste com a dinâmica e complexidade do exterior. Isso exige um repensar a proporcionalidade e adequação da pena a partir de outro paradigma temporal, aliado à velocidade do tempo externo e o congelamento do tempo interno. Não há dúvida de que 10 anos de prisão hoje representam muito mais em termos de caráter aflitivo e involução do que 10 anos de pena há 10 ou 20 anos atrás.

28. PEDRAZ PENALVA, Ernesto. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. *La reforma de la justicia penal*, p.401.

29. Interessante a argumentação que o Estado alemão invocou no caso Bock, STEDH 29.03.1984, conforme aponta PEDRAZ PENALVA (Op. cit., p. 402) de que "nenhum Estado pode garantir a infalibilidade de seus tribunais, pois o erro judicial cometido por um juiz pode provocar um recurso e, por conseguinte, prolongar o procedimento. Se isso significa uma violação do direito a um prazo razoável, se estará reconhecendo o direito a decisões judiciais impecáveis" (tradução livre). Tal argumento, ainda que sedutor, carece de qualquer fundamento legítimo, pois como bem respondeu o TEDH, "um erro imputável a um Tribunal, entranhado de um atraso oriundo da necessidade de atacá-lo pode, quando combinado com outros fatores, ser considerado para a apreciação do caráter razoável do prazo do art. 6.1 (da CEDH)." Não se trata de buscar decisões judiciais impecáveis, obviamente impossíveis, senão de reconhecer a responsabilidade do Estado pelo erro crasso, ou a excessiva demora por parte do Tribunal em remediar um equivoco evidente, quando forem causadores de longa demora, estamos diante e uma dilação indevida. O que não se pode admitir é que, além do erro, seja ele qualificado pela demora em remediar seus efeitos.

Processualmente, o direito a um processo sem dilações indevidas insere-se num principio mais amplo, o de *celeridade processual*. Inobstante, uma vez mais se evidencia o equívoco de uma "teoria geral do processo", na medida em que, o dever de observância das categorias jurídicas próprias do processo penal, impõe uma leitura da questão de forma diversa daquela realizada no processo civil. No processo penal, o principio de celeridade processual deve ser reinterpretado à luz da epistemologia constitucional de proteção do réu, constituindo, portanto, um *direito subjetivo processual do imputado*.

Sua existência funda-se na garantia de que los procesos deben terminar lo más rapidamente que sea posible en interés de todos, pero ante todo en resguardo de la dignidad del imputado.[30] Somente em segundo plano, numa dimensão secundária, a celeridade pode ser invocada para otimizar os fins sociais ou acusatórios do processo penal, sem que isso, jamais, implique sacrifício do direito de ampla defesa e pleno contraditório para o réu.

3.2 A recepção pelo direito brasileiro

Esse direito fundamental já estava expressamente assegurado nos arts. 7.5 e 8.1 da CADH,[31] recepcionados pelo art. 5.º, § 2.º da CF/88. Assim, a Emenda Constitucional n. 45 de 08.12.2004, não inovou em nada com a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5.º da CF/88, apenas seguiu a mesma diretriz protetora da CADH, com a seguinte redação:

"LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Dessarte, o sistema jurídico vigente deve adequar-se a essa nova exigência, revisando seus procedimentos e o próprio ritual judiciário, buscando equilibrar

30. PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, p. 100.

31. O Brasil aderiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22.11.1969) através do Dec. 678, de 06.11.1992.

garantia e aceleração. Ao mesmo tempo em que se deve evitar a dilação indevida, não se pode atropelar direitos e garantias fundamentais.

Além de firmatário da CADH, o Brasil é passível de ser demandado junto à Corte Americana de Direitos Humanos, que previsivelmente "importa" muitos dos entendimentos do TEDH. Não tardará para que o Superior Tribunal Federal comece também a lançar mão desse artifício doutrinário, para adequação do sistema jurídico interno à nova diretriz ditada pelo direito internacional dos direitos humanos. Daí a necessidade de constante remissão às decisões do TEDH e da doutrina européia, com muito mais tradição no trato da questão.

Importa destacar, que o tema em questão não se confunde com uma eventual "constitucionalização de prazos", senão, como ensina a STC 5/85,[32] que o constitucionalizado é o direito fundamental como um todo, no sentido de que uma pessoa tem direito a que seu processo seja objeto de manifestação jurisdicional num tempo razoável. A mera e isolada inobservância de algum prazo, por si só não conduz, automaticamente, a violação do direito fundamental em análise.

Em que pese a expressa consagração constitucional (art. 5.º, LXXVIII), cumpre enfrentar a discussão sobre a inserção da CADH no sistema jurídico brasileiro, até porque, há uma corrente que propugna pela equivalência das normas dos tratados sobre direitos fundamentais com as leis ordinárias, negando-lhes hierarquia constitucional (com a qual não concordamos, por óbvio). Essa discussão voltou a pauta com o novo § 3.º do art. 5.º da CF/88, também inserido pela EC 45/2004, onde se lê:

"§ 3.º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, *serão equivalentes às emendas constitucionais*".

32. STC 5/85: "El art. 24.2 no ha constitucionalizado el derecho a los plazos; ha constitucionalizado, como un derecho fundamental con todo lo que ello significa, el derecho de toda persona a que su causa sea resuelta dentro de un tiempo razonable." Apud: PEDRAZ PENALVA, Ernesto. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. *La reforma de la justicia penal*, p. 392.

Diante dessa nova redação, questiona Gustavo Henrique Badaró:[33]

a) o novo § 3.º terá aplicação apenas em relação aos tratados aprovados depois da Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, ou disciplinará também os tratados aprovados anteriormente?

b) caso a Emenda Constitucional tenha aplicação retroativa, os tratados já aprovados poderiam ser submetidos a nova votação, visando a obter o *quorum* que lhe desse equivalência constitucional?

Há que se buscar a resposta nas lições de Flávia Piovesan,[34] no sentido de que "há que se afastar o equivocado entendimento de que, em face do § 3.º do art. 5.º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quórum qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5.º, § 2.º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são *materialmente constitucionais*. A leitura sistemática dos dispositivos aponta que o quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza constitucional, ao *adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados* ratificados". E conclui: "Vale dizer, com o advento do § 3.º do art. 5.º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: *a)* os materialmente constitucionais; e *b)* os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2.º do art. 5.º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3.º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal."[35]

Feito esse esclarecimento, com Badaró concluimos que a CADH, diante do disposto nos §§ 2.º e 3.º do art. 5.º da CF/88, tem natureza materialmente

33. BADARÓ, Gustavo Henrique e LOPES Junior, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 19 e ss.

34. PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição federal de 1988. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 153, ago. 2005, p. 9.

35. PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais*..., p. 9.

constitucional, embora formalmente suas normas não sejam constitucionais, por não terem sido aprovadas pelo *quorum* previsto para as emendas constitucionais. De qualquer forma, do ponto de vista do conflito de normas, é de se destacar que toda e qualquer norma infraconstitucional que esta em confronto com a CADH será destituída de eficácia, posto que inconstitucional.

Aplicando tais conceitos ao direito ao processo no prazo razoável, explica Badaró, é de se concluir que, antes da EC 45/2004, o direito ao processo em um prazo razoável tinha natureza materialmente constitucional, por força do § 2.º, do art. 5.º, da Magna Carta, que "constitucionalizava" o direito previsto no art. 8.1, da CADH. O mesmo poderia ser dito em relação ao direito de o acusado preso cautelarmente ser desencarcerado se o processo superasse a duração razoável (CADH, art. 7.5). Após a EC 45/2004, que acrescentou o § 3.º e o inciso LXXVIII, ao art. 5.º, o panorama se alterou. O direito ao processo no prazo razoável passou a ser uma garantia constitucional explícita (art. 5.º, LXXVIII). Já o direito de o acusado se posto em liberdade, se estiver preso e o processo durar além do prazo razoável, passou a ser um garantia materialmente constitucional (CADH, art. 7.5), embora formalmente não seja equiparado a uma emenda constitucional (CF/88, art. 5.º, § 3.º).

Com a nova redação do art. 5.º, está evidenciada a supremacia dos tratados e a prevalência dos direitos humanos como valor fundante do Estado Democrático de Direito, estejam eles previstos, formalmente, na Constituição ou em tratados internacionais de direitos humanos. De qualquer forma, o direito ao julgamento no prazo razoável, que já era uma garantia constitucional implícita, decorrente do devido processo legal, passou a estar expressamente assegurado pelo novo inciso LXXVIII.[36]

Evidenciada a recepção do direito a um processo sem dilações indevidas por parte do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a importância prática da temática, passemos a problemática em torno de sua efetividade.

36. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 19 e ss.

3.3 A problemática definição dos critérios: a doutrina do não-prazo

Tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos como a Constituição, não fixaram prazos máximos para a duração dos processos e tampouco delegaram para que lei ordinária regulamentasse a matéria.

Adotou o sistema brasileiro a chamada "doutrina do não-prazo", persistindo numa sistemática ultrapassada e que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem há décadas debatendo-se.

Dessa forma, a indeterminação conceitual do art. 5.º, LXXVIII, da CF/88, nos conduzirá pelo mesmo (tortuoso) caminho da jurisprudência do TEDH e da CADH, sendo importante explicar essa evolução para melhor compreensão da questão.

Foi no caso Wemhoff[37] (Stedh de 27.06.1968) que se deu o primeiro passo na direção da definição de certos critérios para a valoração da "duração indevida", através do que se convencionou chamar de *doutrina dos sete critérios*. Para valorar a situação, a Comissão sugeriu que a razoabilidade da prisão cautelar (e conseqüente dilação indevida do processo) fosse aferida considerando-se: *a)* a duração da prisão cautelar; *b)* a duração da prisão cautelar em relação a natureza do delito, a pena fixada e a provável pena a ser aplicada em caso de condenação; *c)* os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral ou outros; *d)* a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo; *e)* as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias, etc.); *f)* a maneira como a investigação foi conduzida; *g)* a conduta das autoridades judiciais.

Tratavam-se de critérios que deveriam ser apreciados em conjunto, com valor e importância relativas, admitindo-se, inclusive, que um deles fosse decisivo na aferição do excesso de prazo.

37. Cf. PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, pp. 111 e ss.

A doutrina dos sete critérios não restou expressamente acolhida pelo TEDH como referencial decisivo, mas tampouco foi completamente descartada, tendo sido utilizada pela Comissão em diversos casos posteriores e servido de inspiração para um referencial mais enxuto: a teoria dos três critérios básicos (complexidade do caso; a atividade processual do interessado (imputado); a conduta das autoridades judiciárias).

Esses três critérios têm sido sistematicamente invocados, tanto pelo TEDH, como também pela Corte Americana de Direitos Humanos. Ainda que mais delimitados, não são menos discricionários.

Como tratar do direito de ser julgado num "prazo" razoável, se o TEDH (e também a Corte Americana de Direitos Humanos) jamais fixou um limite temporal? Que prazo é esse que nunca foi quantificado? Se não há um limite temporal claro (ainda que admita certa flexibilidade diante das especificidades), o critério para definir se a dilação é "indevida" ou está justificada, é totalmente discricionário, com um amplo e impróprio espaço para a (des)valoração, sem qualquer possibilidade de refutação.

Nessa indefinição e vagueza de conceitos foi consolidada a (criticada) doutrina do "não-prazo", pois deixa amplo espaço discricionário para avaliação segundo as circunstâncias do caso e o "sentir" do julgador.

Para falar-se em dilação "indevida" é necessário que o ordenamento jurídico interno defina limites ordinários para os processos, um referencial do que seja a "dilação devida", ou o "estándar medio admisible para proscribir dialaciones más allá de él."[38]

Uma vez definido um parâmetro, a discussão desviará seu rumo para outras questões, como por exemplo: se o limite abstratamente fixado é substancialmente constitucional (à luz dos diversos princípios em torno da qual gira a questão); em que situações a superação desse limite poderá ser considerada como "justificada";[39]

38. PEDRAZ PENALVA, Ernesto. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. *La reforma de la justicia penal*, p. 395.

39. Obviamente que o "acúmulo de serviço" ou argumento similar, não pode ser admitido, como não o é pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, na medida em que incumbe ao

possibilidade de reconhecer-se como indevida uma dilação, ainda que não se tenha alcançado o prazo fixado, mas as circunstâncias específicas do caso indicarem uma conduta danosa e negligente por parte dos órgãos que integram a administração da justiça, etc.

Fundamental ainda, é a leitura da questão à luz do princípio da proporcionalidade,[40] critério inafastável na ponderação dos bens jurídicos em questão.

A questão pode ser ainda abordada desde uma interpretação gramatical. Por *dilação* entende-se a (de)mora, o adiamento, a postergação em relação aos prazos e termos (inicial-final) previamente estabelecidos em lei, sempre recordando o dever de impulso(oficial) atribuído ao órgão jurisdicional (o que não se confunde com poderes instrutórios-inquisitórios). Incumbe as partes o interesse de impulsionar o feito (enquanto *carga* no sentido empregado por James Goldschmidt), mas um dever jurisdicional em relação ao juiz.

Já o adjetivo "indevida" que acompanha o substantivo "dilação", constitui o ponto nevrálgico da questão, pois a simples dilação não constitui o problema em si, eis que pode estar legitimada. Para ser "indevida", deve-se buscar o referencial "devida", enquanto marco de legitimação, verdadeiro divisor de águas (para isso é imprescindível um limite normativo, conforme tratado a continuação).

Gimeno Sendra[41] aponta que a dilação indevida corresponde a mera inatividade, dolosa, negligente ou fortuita do órgão jurisdicional. Não constitui causa

Estado organizar-se de modo a fazer frente a demanda de tutela e jamais legitimar o "anormal" funcionamento do Poder Judiciário (quase que um "beneficiar-se de sua própria torpeza"). Por outro lado, é perfeitamente admissível o argumento de que se a demora ocorreu por atos de natureza manifestamente procrastinatória por parte do imputado, não há que se falar em dilação indevida, senão em atraso gerado e imputável à parte. Em última análise, como bem definiu o TEDH no Caso Ciricosta e Viola versus Itália, 04.12.1995, "sólo las dilaciones imputables al Estado puedem llevar a concluir la inobservância del plazo razonable".

40. Com base na proporcionalidade, já decidiu o TEDH e a Corte Americana, que uma prisão cautelar supere o prazo fixado no ordenamento jurídico interno e, ainda assim, esteja justificada (a partir da complexidade, da conduta do imputado, da proporcionalidade, etc.). No "Caso Firmenich versus Argentina", a Corte Americana de Direitos Humanos entendeu que uma prisão cautelar, que havia durado mais de 4 anos, estava justificada, ainda que superasse o prazo fixado pelo ordenamento interno (2 anos).

41. GIMENO SENDRA, Vicente et all. *Derecho procesal penal*, p. 109.

de justificação a sobrecarga de trabalho do órgão jurisdicional, pois é inadmissível transformar em "devido" o "indevido" funcionamento da justiça. Como afirma o autor, "lo que no puede suceder es que lo normal sea el funcionamiento anormal de la justicia, pues los Estados han de procurar los medios necesarios a sus tribunales a fin de que los procesos transcurran en un plazo razonable (SSTEDH Bucholz cit., Eckle, S. 15 julio 1982; Zimmerman-Steiner, S. 13 julio 1983; DCE 7984/77, 11 julio; SSTC 223/1988; 37/ 1991)."

Em síntese, o art. 5.º, LXXVIII, da CF/88 – incluindo pela EC 45/2004 – adotou a doutrina do não-prazo, fazendo como que exista uma indefinição de critérios e conceitos. Nessa vagueza, cremos que quatro deverão ser os referenciais adotados pelos Tribunais brasileiros, a exemplo do que já acontece nos TEDH e na CADH:

– complexidade do caso;

– atividade processual do interessado (imputado), que obviamente não poderá se beneficiar de sua própria demora;

– a conduta das autoridades judiciárias como um todo (polícia, Ministério Público, juízes, servidores etc.);

– princípio da proporcionalidade.

Ainda não é o modelo mais adequado, mas enquanto não se tem claros limites temporais por parte da legislação interna, já representa uma grande evolução.

3.4 Nulla coactio sine lege: *a (urgente) necessidade de estabelecer limites normativos*

O ideal seria abandonar a noção newtoniana de tempo absoluto, à qual o direito ainda está vinculado, para reconduzir o tempo ao sujeito, por meio da concepção de tempo subjetivo. A ponderação deveria partir do tempo subjetivo, colocando esse poder de valoração nas mãos dos tribunais. Mas, se por um lado, não seria adequado cientificamente definir rigidamente um tempo universal e absoluto para o desenvolvimento do processo penal (recusa einsteniana), por outro a questão não pode ficar inteiramente nas mãos dos juízes e tribunais, pois

a experiência com a (ampla) discricionariedade judicial contida na doutrina do não-prazo, não se mostrou positiva.

A principal crítica em relação às decisões do TEDH (e também da Corte Americana de Direitos Humanos) sobre a matéria, está calcada no inadequado exercício da discricionariedade jurisdicional, com os tribunais lançando mão de um decisionismo arbitrário e sem critérios razoáveis. Sem falar no majoritário desprezo dos tribunais brasileiros em relação à matéria (com poucas exceções meritórias, como se verá no próximo tópico).

PASTOR[42] critica o entendimento dominante do não-prazo (como o adotado pela Constituição brasileira), pois se, inteligentemente, não confiamos nos juízes a ponto de delegar-lhes o poder de determinar o conteúdo das condutas puníveis, nem o tipo de pena a aplicar, ou sua duração sem limites mínimos e máximos, nem as regras de natureza procedimental, não há motivo algum para confiar a eles a determinação do prazo máximo razoável de duração do processo penal, na medida em que o processo penal em si mesmo constitui um exercício de poder estatal, e, igual a pena, as buscas domiciliares, a interceptação das comunicações e todas as demais formas de intervenção do Estado, deve estar *metajudicialmente regulado,* com precisão e detalhe.

Assim como o direito penal está estritamente limitado pelo principio da legalidade e o procedimento pelas diversas normas que o regulam, também a duração dos processos deve ser objeto de regulamentação normativa clara e bem definida.

Na falta de bom senso por parte dos responsáveis em reconduzir o tempo ao sujeito, devemos partir para uma definição normativa[43] do tempo máximo de duração do processo, a exemplo da pena de prisão. O Princípio da Legalidade, muito bem explicado por BRANDÃO,[44] *surge para romper com esse terror e dar,*

42. PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho,* p. 60.

43. Não somos adeptos do dogma da completude lógica e, ainda que a lei defina limites, atendendo a certos critérios, é elementar que o *reconduzir o tempo ao sujeito* exige uma significativa carga de *sentire* por parte do julgador. Mas essa operação deve realizar-se a partir de certos parâmetros, para não cair numa tal abertura conceitual que conduza a ineficácia do direito fundamental.

44. BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal,* p. 10.

como conseqüência, uma outra feição ao Direito Penal. A partir dele o Direito Penal se prestará a proteger o homem, não se coadunando com aquela realidade pretérita.

No Brasil, a situação é gravíssima. Não existe limite algum para duração do processo penal (não se confunda isso com prescrição)[45] e, o que é mais grave, sequer existe limite de duração das prisões cautelares, especialmente a prisão preventiva, mais abrangente de todas.

A questão da dilação indevida do processo penal nasce tendo como núcleo a excessiva duração da prisão preventiva e assim permanece até hoje, na imensa maioria dos casos em discussão (inclusive no TEDH). No Brasil a história não é diferente. Trava-se uma histórica discussão em torno dos já lendários 81 dias, construídos a partir da soma dos diversos prazos que compõem o procedimento ordinário quando o imputado encontra-se submetido à prisão preventiva.

No processo penal brasileiro campeia a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, as demais prisões cautelares (preventiva, decorrente da pronúncia ou da sentença penal condenatória recorrível) são absolutamente indeterminadas.

Diante da imensa lacuna legislativa, a jurisprudência tentou, sem grande sucesso, construir limites globais, a partir da soma dos prazos que compõem o procedimento aplicável ao caso. Assim, resumidamente, se superados os tais 81 dias o imputado continuasse preso, e o procedimento não estivesse concluído (leia-se: sentença de 1.º grau) haveria "excesso de prazo", remediável pela via do *habeas corpus* (art. 648, II). A liberdade, em tese, poderia ser restabelecida, permitindo-se a continuação do processo.

45. No Brasil, os prazos previstos para a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (pela pena aplicada ou *in abstrato*) são inadequados para o objeto em questão, pois excessivos (principalmente pela pena em abstrato). Ainda que se cogite de prescrição pela pena aplicada, tal prazo, em regra, está muito além do que seria uma duração razoável do processo penal. Devemos considerar ainda, diante da imensa resistência dos tribunais em reconhecer a prescrição antecipada, que o imputado terá de suportar toda a longa duração do processo, para só após o trânsito em julgado, buscar o reconhecimento da prescrição pela pena concretizada.

Até mesmo algumas bem intencionadas tentativas de considerar que, superado o limite para realização de algum dos atos que compõem o procedimento, sem a sua realização (por ex. denúncia, interrogatório, instrução, etc.), haveria constrangimento ilegal, devendo o imputado ser solto. Mas esse tipo de construção, excessivamente "benevolente" (ou perniciosamente garantista....), obviamente não caiu no agrado do senso comum, adorador do simbólico fracassado do *law and order*.

Mas, concretamente, não existe nada em termos de limite temporal das prisões cautelares. Infelizmente, a cada dia, alastra-se mais no processo penal uma praga civilista, chamada de *relativismo das garantias processuais*. Isso vai da relativização da teoria das nulidades,[46] passando pelas garantias processuais e fulminando até mesmo direitos fundamentais. O mais interessante é a alquimia de "relativizar" o que deveria ser radicalizado no viés da intagibilidade, e manter a lógica newtoniana naquilo que sim deveria ser relativo (tempo, verdades etc.).

Inexiste um referencial de duração temporal máxima e, cada vez mais, os Tribunais avalizam a (de)mora judicial a partir dos mais frágeis argumentos, do estilo: complexidade (apriorística?) do fato, gravidade (*in abstrato*?), clamor público (ou seria opinião publicada?), ou a simples rotulação de "crime hediondo", como se essa infeliz definição legal se bastasse, auto-legitimando qualquer ato repressivo.

É óbvio que o legislador deve sim estabelecer de forma clara os limites temporais das prisões cautelares (e do processo penal, como um todo), a partir dos quais a segregação é ilegal, bem como deveria consagrar expressamente um "dever de revisar periodicamente" a medida adotada.[47]

46. Os tribunais chegam ao absurdo de reconhecer que uma nulidade é absoluta e, "civilisticamente", exigir a demonstração de prejuízo (!!) e inatingimento do fim (!!) para sua decretação. Isso quando não se invoca o pomposo (mas inadequado ao processo penal) *pas nullité sans grief*, desprezando-se que a violação é de norma constitucional!

47. Tratamos dessa questão em diversas oportunidades, mas especialmente no livro *Introdução crítica ao processo penal*.

No mesmo sentido, Delmanto Junior[48] é categórico ao afirmar a *necessidade de a lei estipular prazos claros e objetivos para a prisão cautelar.*

Cumpre esclarecer que não basta fixar limites de duração da prisão cautelar. Sempre destacamos a existência de penas processuais, para além da prisão cautelar (punição processual mais forte, mas não única), e que resultam de todo o conjunto de coações que se realizam no curso do processo penal. Essa é uma questão inegável e inerente ao processo penal.

Estabelecida existência de uma coação estatal, devemos recordar que ela deve estar precisamente estabelecida em lei. É a garantia básica da *nulla coactio sine lege*, principio basilar de um Estado Democrático de Direito, que incorpora a necessidade de que a coação seja expressamente prevista em lei, previamente e com contornos claramente definidos. Nisso está compreendido, obviamente, o aspecto temporal.

Como ensina Brandão.[49] se é através da Legalidade que se limita a intervenção penal, é porque ela tem a função de garantir o indivíduo do próprio direito penal (e processual), delimitando o âmbito de atuação do Estado na inflição da pena. Neste *espeque, podemos* fazer a ilação de que é a legalidade que torna o homem a figura central de todo o ordenamento penal, valorizando-o em sua dignidade.

Então, as pessoas têm o direito de saber, de antemão e com precisão, qual é o tempo máximo que poderá durar um processo concreto. Essa afirmação com certeza causará espanto e até um profundo rechaço por algum setor atrelado ainda ao paleopositivismo e, principalmente, cegos pelo autismo jurídico. Basta um mínimo de capacidade de abstração, para ver que isso está presente – o tempo todo – no direito e fora dele. É inerente às regras do jogo. Por que não se pode saber, previamente, quanto tempo poderá durar, no máximo, um processo? Porque

48. DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, pp. 235 e ss.

49. BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*, p. 39.

a arrogância jurídica não quer esse limite, não quer reconhecer esse direito do cidadão e não quer enfrentar esse problema.

Além disso, dar ao réu o direito de saber previamente o prazo máximo de duração do processo ou de uma prisão cautelar, é uma questão de reconhecimento de uma dimensão democrática da qual não podemos abrir mão.

O *direito a jurisdição,* como bem recorda o Tribunal Constitucional espanhol,[50] "no puede entederse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos".

Um bom exemplo de limite normativo interno, encontramos no Código de Processo Penal do Paraguai (Ley 1.286/1998), que em sintonia com a CADH, estabelece importantes instrumentos de controle para evitar a dilação indevida.

O prazo máximo de duração do processo penal será de 3 anos (arts. 136 e ss.), após o qual, o juiz o declarará extinto (adoção de uma solução processual extintiva). Também fixa, no art. 139, um limite para a fase pré-processual (a investigação preliminar), que uma vez superado, dará lugar a extinção da ação penal.

Por fim, cumpre destacar a resolução ficta, insculpida nos arts. 141 e 142 do CPP paraguaio, através da qual, em síntese, se um recurso contra uma prisão cautelar não for julgado no prazo fixado no Código, o imputado poderá exigir que o despacho seja proferido em 24h. Caso não o seja, se entenderá que lhe foi concedida a liberdade.

Igual sistemática resolutiva opera-se quando a Corte Suprema não julgar um recurso interposto no prazo devido. Se o recorrente for o imputado, uma vez superado o prazo máximo previsto para tramitação do recurso, sem que a Corte tenha proferido uma decisão, entender-se-á que o pedido foi provido. Quando o

50. STC 24/81. APUD: PEDRAZ PENALVA, Ernesto. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. *La reforma de la justicia penal*, p. 404.

postulado for desfavorável ao imputado (recurso interposto pelo acusador), superado o prazo sem julgamento, o recurso será automaticamente rechaçado.

O Código de Processo Penal paraguaio é, sem dúvida, um exemplo a ser seguido, pois em harmonia com as diretrizes da CADH. Trata-se, como o Brasil, de um país sul-americano, com graves deficiências na administração da justiça, especialmente na justiça penal, mas com um importante diferencial: ao invés de reformas pontuais, inconsistentes e eivadas de dicotomias (uma verdadeira colcha de retalhos), muito mais sedantes e simbólicas do que realmente progressistas, partiram para um novo código, norteado pela CADH. São vantagens de uma codificação que, além de corajosamente avançada, possui um princípio unificador.

Definida assim a necessidade de um referencial normativo claro da duração máxima do processo penal e das prisões cautelares, bem como das "soluções" adotadas em caso de violação desses limites, passemos agora a uma rápida análise de decisões do TEDH, da Corte Americana e de uma pioneira decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grade do Sul.

3.5 Algumas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Corte Americana de Direitos Humanos e o pioneiro acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Como já destacamos, além de firmatário da CADH, o Brasil é passível de ser demandado junto a Corte Americana de Direitos Humanos, que previsivelmente "importa" muitos dos entendimentos do TEDH, que acabarão – por via transversa – afetando nossa jurisprudência interna, como já ocorreu na pioneira decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguir analisada.

O direito a um processo sem dilações indevidas (ou de ser julgado num prazo razoável) é "jovem direito fundamental", ainda pendente de definições e mesmo de reconhecimento por parte dos tribunais brasileiros, em geral bastante tímidos na recepção de novos (e também de "velhos") direitos fundamentais, mas

que já vem sendo objeto de preocupação há bastante tempo por parte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), e dos sistemas processuais europeus. Diante dessa tradição européia na questão, e a inegável influência que as decisões do TEDH exercem sobre a Corte Americana de Direitos Humanos e ela, sobre o sistema interno brasileiro, é importante analisar a doutrina construída em torno do art. 6.1 da CEDH[51] (também fonte de inspiração da CADH).

A essa altura, o leitor pode estar questionando *quanto tempo* é necessário para constituir a *dilação indevida* nos casos submetidos ao TEDH. Como já foi apontado, não há um critério único, rígido, senão uma análise do caso em concreto (doutrina do não-prazo). Feita essa ressalva, apenas como ilustração, vejamos alguns exemplos[52] de condenações por violação ao direito de ser julgado num prazo razoável:

a) Caso *Zimmermann y Steiner contra Suiça*, Stedh 13.07.1983: esse caso é de natureza administrativa, mas considerando que o direito a um processo sem dilações indevidas está inserido no princípio geral de celeridade, também é invocável sua violação. Trata-se de uma ação de reparação de danos promovida contra o Estado suíço, tendo como objeto de reclamação junto ao TEDH, a demora de aproximadamente 3 anos e meio para julgamento de um recurso junto ao Supremo Tribunal Federal suíço. A dilação[53] foi considerada indevida e o Estado condenado a indenizá-la.

b) Caso *Foti e outros contra Itália*, Stedh 10.12.1982: envolvia delitos praticados em uma rebelião popular, envolvendo porte ilegal de armas, resistência e "obstrução de vias públicas". Foi considerado que o procedimento mais rápido

51. Art. 6.1 "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación que en materia penal se dirija contra ella".

52. Exemplos extraídos das obras de Daniel Pastor e Ernesto Pedraz Penalva, anteriormente citadas.

53. Para os padrões brasileiros, uma demora de "apenas" três anos e meio junto ao Supremo Tribunal Federal, numa ação de natureza reparatória contra a União, seria realmente "anormal", mas em sentido inverso ao caso citado....

durou três anos e o mais longo, 5 anos e 10 meses, tendo o TEDH condenado a Itália por violação ao art. 6.1 da CEDH (direito a um processo sem dilações indevidas), na medida em que havia longos lapsos "mortos" de tempo, em que os procedimentos ficaram injustificadamente sem atividade.

Na esfera da Corte Americana de Direitos Humanos, a garantia prevista nos arts. 7.5 e 8.1 da CADH, já foi objeto de decisão em algumas oportunidades, como por exemplo:[54]

a) Caso *Gimenez contra Argentina*, sentença prolatada em 01.03.1996: o réu foi condenado por delitos de roubo a uma pena de 9 anos de prisão. Cautelarmente, ficou detido por cerca de 5 anos. A Corte expressou seu reconhecimento pelo avanço legislativo daquele país, que havia promulgado lei estabelecendo o limite de duração da prisão preventiva (2 anos). Destacou a possibilidade de uma cautelar exceder o prazo fixado no sistema jurídico interno (2 anos), sem com isso ser considerado, automaticamente, como "indevido", ao mesmo tempo em que, uma prisão cautelar poderia ser vista como excessiva, ainda que sua duração fosse inferior ao prazo de 2 anos. No caso em questão, a partir da doutrina dos três critérios, entendeu que houve dilação indevida do processo e excesso na duração da prisão cautelar.

b) Caso *Bronstein e outros contra Argentina*, sentença de 29.01.1997: foram reunidas 23 reclamações de excesso de prazo da prisão preventiva, em diferentes processos penais. As detenções variavam de 1 ano e 4 meses a 6 anos e 9 meses e 11 imputados ainda se encontravam presos quando do julgamento na Corte. A Comissão entendeu que havia uma denegação de justiça em relação aos reclamantes e dos demais que se encontravam em situação similar na Argentina. Destacou que o poder estatal de deter uma pessoa a qualquer momento ao longo do processo penal, constitui, ao mesmo tempo, o fundamento do dever de julgar tais casos dentro de um prazo razoável. Em decisão única, a Corte entendeu que Argentina violou, em relação a todos os peticionários, o direito a um processo sem dilações indevidas, assim como o direito a presunção de inocência.

54. Apud: PASTOR, Daniel. Op. cit., pp. 208 e ss.

No Brasil, encontramos uma única decisão que realmente enfrentou a violação do direito de ser julgado num prazo razoável, com a seriedade e o comprometimento efetivo que a questão exige, aplicando uma das "soluções compensatórias" cabíveis. Entendeu a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Ap. 70007100902, rel. Des. Luis Gonzaga da Silva Moura, j. 17.12.2003:

"Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenação confirmada. Redimensionamento da pena. Atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase oito anos) associado ao não cometimento de novos delitos pelo apelante. Hediondez afastada. Provimento parcial. Unânime."

No caso em questão, o réu foi acusado pelo delito de atentado violento ao pudor (art. 214, c/c 224, *a*, 225, II, e 226, II, na forma do art. 70, parágrafo único do CP) sendo ao final condenado a uma pena de 17 anos e seis meses de reclusão, no regime integralmente fechado. Em grau recursal, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul redimensionou a pena, considerando, entre outros elementos, a ocorrência de dilação indevida, na medida em que o processo tramitou por quase oito anos sem justificativa. Ponderou o Relator dois aspectos:

"Um, que a excessiva duração da demanda penal, como na espécie presente, por culpa exclusiva do aparelho judicial, viola direito fundamental do homem – o de ter um julgamento rápido (art. 1.º da Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia) –, pelo que tal situação deve ser valorada no momento da individualização da pena. Aliás, já há na jurisprudência européia decisões no sentido de atenuar o apenamento, em razão da exorbitante duração do processo criminal (ver Daniel R. Pastor, in *El plazo razonable en el processo del Estado de Derecho*, p. 177-180).

Dois, se a pena tem na prevenção e retribuição seus objetivos, é de se concluir que, na hipótese, a finalidade preventiva restou atendido só pelo moroso tramitar da lide penal – sem sentido se falar em prevenção de novos delitos, quando,

durante os quase oito anos de "andamento" do processo, o apelante não cometeu nenhum novo crime –. E se isto aconteceu, evidente que, em respeito ao princípio da proporcionalidade e necessidade, tal deve refletir na definição do apenamento a ser imposto ao acusado."

Interessa-nos, especificamente, o reconhecimento por parte do Tribunal da existência (recepção) do direito fundamental de ser julgado num prazo razoável e sua incidência no processo penal brasileiro. Invocou o relator a incidência do princípio da proporcionalidade, na medida em que as funções de prevenção e retribuição da pena foram atendidas pela morosa tramitação do feito. Destacou que a função de prevenção de novos delitos acabou por perder seu objeto, considerando que durante os oito anos de duração do processo o imputado não cometeu nenhum novo crime.

Ao redimensionar a pena, o Tribunal lançou mão de uma solução compensatória de natureza penal (explicaremos as "soluções" a continuação), reduzindo a pena aplicada através da incidência da atenuante inominada do art. 66 do CP para um quantitativo inferior ao mínimo legal, desprezando – acertadamente – o disposto na Súmula 231 do STJ.

Admitida ainda a continuidade delitiva, a pena tornou-se definitiva em 8 anos de reclusão, no regime semi-aberto, porque também foi afastada a incidência da Lei 8072, em que pese o novo entendimento do STF, pois a Câmara segue a orientação de que somente há hediondez quando resulta lesão corporal grave ou morte.

Até onde tivemos notícia, esse foi o primeiro acórdão a enfrentar a violação do direito de ser julgado num prazo razoável, adotando com precisão uma das soluções compensatórias cabíveis (no caso, a atenuante inominada do art. 66 do CP) com real eficácia, posto que a pena foi substancialmente reduzida e a punição – como um todo – compensada pela pena processual (longa e injustificada tramitação do feito).

Concluindo, os exemplos citados demonstram que a demora não precisa ser tão longa como se imagina, e que, na maioria dos casos, sequer se operaria a

prescrição (mesmo pela pena aplicada). Saindo da esfera penal e ingressando no universo de demandas ajuizadas por particulares contra a União ou Estados, o direito a um julgamento sem dilações indevidas teriam um imenso campo de incidência, ainda completamente inexplorado. Mas não basta afirmar que houve uma dilação indevida, é necessário buscar e aplicar uma solução para o caso, conforme as opções que analisaremos a continuação.

4. Em busca de "soluções": compensatórias, processuais e sancionatórias

Reconhecida a violação do direito a um processo sem dilações indevidas, deve-se buscar uma das seguintes soluções:[55]

1. Soluções compensatórias: na esfera do direito internacional, pode-se cogitar de uma responsabilidade por "ilícito legislativo", pela omissão em dispor da questão quando já reconhecida a necessária atividade legislativa na CADH. Noutra dimensão, a compensação poderá ser de natureza civil ou penal. Na esfera civil, resolve-se com a indenização dos danos materiais e/ou morais produzidos, devidos ainda que não tenha ocorrido prisão preventiva. Existe uma imensa e injustificada resistência em reconhecer a ocorrência de danos, e o dever de indenizar, pela (mera) submissão a um processo penal (sem prisão cautelar), e que deve ser superada.[56] Já a compensação penal poderá ser através da atenuação da pena ao final aplicada (aplicação da atenuante inominada, art. 66 do CP) ou mesmo concessão de perdão judicial, nos casos em que é possível (v.g. art. 121, § 5.º, art. 129, § 8.º

55. A classificação é de PASTOR, Daniel. Op. cit., p. 504-538.

56. Tal dano é substancialmente ampliado pela necessidade de um novo e demorado processo (agora de natureza civil) onde esse dano será longamente discutido e debatido para, após, novo processo, agora de execução. No mínimo, o "dano processual" deve ser triplicado, pela necessidade de a parte suportar dois processos de conhecimento (o penal, gerador do dano inicial, seguido do processo de conhecimento na esfera civil) e um de execução (da sentença condenatória proferida pelo juízo cível). Em última análise, a violação do direito de ser julgado num prazo razoável conduz a reiteração da violação do mesmo direito, pois novamente o imputado terá de suportar a longa (de)mora judicial, agora na esfera cível.

do CP). Nesse caso, a dilação excessiva do processo penal – uma conseqüência da infração – atingiu o próprio agente de forma tão grave, que a sanção penal se tornou desnecessária. Havendo prisão cautelar, a detração (art. 42 do CP), é uma forma de compensação, ainda que insuficiente.

2. Soluções processuais: a melhor solução é a extinção do feito, mas encontra ainda sérias resistências. Ao lado dele, alguns países prevêem o arquivamento (vedada nova acusação pelo mesmo fato) ou a declaração de nulidade dos atos praticados após o marco de duração legítima.[57] Como afirmado no início, a extinção do feito é a solução mais adequada, em termos processuais, na medida em que reconhecida a ilegitimidade do poder punitivo pela própria desídia do Estado, o processo deve findar. Sua continuação, além do prazo razoável, não é mais legítima e vulnera o princípio da legalidade, fundante do Estado de Direito, que exige limites precisos, absolutos e categóricos – incluindo-se o limite temporal – ao exercício do poder penal estatal. Também existe uma grande resistência em compreender que a instrumentalidade do processo é toda voltada para impedir uma pena sem o devido processo, mas esse nível de exigência não existe quando se trata de não aplicar pena alguma. Logo, para não aplicar uma pena, o Estado pode prescindir completamente do instrumento, absolvendo desde logo o imputado, sem que o processo tenha que tramitar integralmente. Finalizando, também são apontadas como soluções processuais: possibilidade de suspensão da execução ou dispensabilidade da pena, indulto e comutação.

3. Soluções sancionatórias: punição do servidor (incluindo juízes, promotores, etc.) responsável pela dilação *indevida*. Isso exige, ainda, uma incursão pelo direito administrativo, civil e penal (se constituir um delito). A Emenda Constitucional n. 45, além de recepcionar o direito de ser julgado em um prazo razoável, também previu a possibilidade de uma sanção administrativa para o juiz quer der causa a demora. A nova redação do art. 93, II, *e*, determina que:

57. Similar a *pena de inutilizzabilità*, prevista no art. 407.3 do Código de Processo Penal italiano, mas apenas em relação os atos da investigação preliminar. Sobre o tema consulte-se nosso *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

"*e)* não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;"

Cumpre agora esperar para ver se a sanção ficará apenas nessa dimensão simbólica ou se os tribunais efetivamente aplicarão a sanção.

Na atual sistemática brasileira, não vemos dificuldade na aplicação das soluções compensatórias de natureza cível (devidas ainda que não exista prisão cautelar), bem como das sancionatórias. É importante destacar, que a responsabilidade estatal independe dos efeitos causados pela dilação. Em outras palavras, a reparação é devida pelo atraso injustificado em si mesmo, independentemente da demonstração de danos as partes, até porque, presumidos. Também haverá, na prática, dois sérios inconvenientes: a dificuldade que os tribunais têm de reconhecer e assumir o funcionamento anormal da justiça (resistência corporativa), bem como a imensa timidez dos valores fixados, sempre muito aquém do mínimo devido por uma violência dessa natureza.

Na *esfera penal*, não compreendemos a timidez em aplicar a atenuante genérica do art. 66 do CP. Assumido o caráter punitivo do tempo, não resta outra coisa ao juiz que (além da elementar detração em caso de prisão cautelar) *compensar a demora reduzindo a pena aplicada*, pois parte da punição já foi efetivada pelo tempo. Para tanto, formalmente, deverá lançar mão da atenuante genérica do art. 66 do CP. É assumir o *tempo do processo* enquanto *pena* e que, portanto, deverá ser compensado na *pena de prisão* ao final aplicada.

Já em 1995, com inegável pioneirismo, Gustavo Badaró[58] defendia que "a duração irrazoável do processo, que por certo constitui uma espécie de sanção antecipada, pela incerteza que tal estado acarreta, bem como pelos danos morais, patrimoniais e jurídicos, deve ser considerada circunstância relevante posterior

58. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal em prazo razoável.* Monografia apresentada à Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 1995, p. 24.

ao crime, caracterizando-se como circunstância atenuante inominada nos termos do art. 66 do Código Penal."

Para além dessa indiscutível incidência, somos partidários de que a atenuante pode reduzir a pena além do mínimo legal, estando completamente equivocada a linha discursiva norteada pela Súmula 231 do STJ.[59]

A aplicação da atenuante terá ainda, conforme o caso, caráter decisivo para a ocorrência da prescrição, tornando a redução um fator decisivo para fulminar a própria pretensão punitiva (a solução mais adequada em termos processuais).

Ainda que o campo de incidência seja limitado, não vislumbramos nenhum inconveniente na concessão do perdão judicial, nos casos em que é possível (v.g. art. 121, § 5.º, art. 129, § 8.º do CP), pois a dilação excessiva do processo penal é uma conseqüência da infração – que atinge o próprio agente de forma tão grave, que a sanção penal se tornou desnecessária. Mas, na esteira de Pastor,[60] o fato de apontarmos soluções compensatórias não significa que toleramos pacificamente as violações do Estado, senão que elas são um primeiro passo na direção da efetivação do direito de ser julgado num processo sem dilações indevidas. A flecha do tempo é irreversível e o tempo que o Estado indevidamente se apropriou, jamais será suficientemente indenizado, pois não pode ser restituído.

As soluções compensatórias são meramente paliativas, uma falsa compensação, não só por sua pouca eficácia (limites para atenuação), mas também porque representam um "retoque cosmético", como define Pastor,[61] sobre uma pena inválida e ilegítima, eis que obtida através de um instrumento (processo) viciado. Ademais, a atenuação da pena é completamente ineficiente quando o réu for absolvido ou

59. Neste sentido, a Súmula 231 do STJ reflete a posição hoje majoritária. Contudo, a nosso juízo, trata-se de entendimento equivocadamente pacificado, na medida em que constitui um despropositado preciosismo, além de substancialmente inconstitucional, como muito bem já havia identificado o então Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro em decisões prolatadas no STJ, v.g. REsp 68.120-0 MG.

60. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, especialmente no capitulo V.

61. PASTOR, Daniel. Op.cit., p. 513.

a pena processual exceder o suplício penal. Nesse caso, o máximo que se poderá obter é uma paliativa e, quase sempre, tímida indenização.

Em relação à indenização pela demora, evidencia-se o paradoxo de obrigar alguém a cumprir uma pena – considerada legítima e conforme o direito – e, ao mesmo tempo, gerar uma indenização pela demora do processo que impôs essa pena – processo esse, em conseqüência, ilegítimo e ilegal.

Quanto às *soluções processuais*, o problema é ainda mais grave. O sistema processual penal brasileiro está completamente engessado e inadequado para atender as diretrizes da CADH. Não dispõe de instrumentos necessários para efetivar a garantia do direito a um processo sem dilações indevidas. Sequer possui um prazo máximo de duração das prisões cautelares.

O ideal seria uma boa dose de coragem legislativa para prever claramente o prazo máximo de duração do processo e das prisões cautelares, fixando condições resolutivas pelo descumprimento. Na fase de investigação preliminar, deve-se prever a impossibilidade de exercício da ação penal depois de superado o limite temporal, ou, no mínimo, fixar a pena de inutilidade para os atos praticados após o prazo razoável.

Também é preciso que se compreenda a instrumentalidade do processo penal, de modo que, para não aplicar uma pena, o Estado pode prescindir completamente do instrumento, absolvendo desde logo o imputado, sem que o processo tenha que tramitar integralmente. Isso permite que se exija, por exemplo, o pronto reconhecimento da prescrição pela provável pena a ser aplicada, como imediata extinção do feito.

Deve-se voltar os olhos para os sistemas europeus, mas também para o Código de Processo Penal paraguaio, que acertadamente consagra um instrumento que efetivamente assegura a eficácia do direito fundamental de ser julgado num prazo razoável: resolução ficta em favor do imputado.

Se, diante de um recurso (contra decisões definitivas ou mesmo interlocutórias) interposto pelo réu, o tribunal competente não se manifestar no prazo legal

(marco normativo do prazo razoável), entendem-se automaticamente concedidos os direitos pleiteados. É óbvio que o imputado, que já está sofrendo todo um feixe de penas processuais, não está obrigado a suportar o sobre-custo da demora na prestação jurisdicional. Essa é a verdadeira compreensão do que seja a (de)mora judicial. E não se diga, por favor, que isso justificará decisões apressadas e sem a devida motivação, pois um direito fundamental (ser julgado no prazo razoável) não legitima o sacrifício de outros, autônomos e igualmente imperativos para o Estado.

O Brasil tem ainda um longo caminho a percorrer nesse terreno.

Outra questão de suma relevância brota da análise do *Caso Metzger*, da lúcida interpretação do TEDH no sentido de que *o reconhecimento da culpabilidade do acusado* através da sentença condenatória *não justifica a duração excessiva do processo*. É um importante alerta, frente a equivocada tendência de considerar que qualquer abuso ou excesso está justificado pela sentença condenatória ao final proferida, como se o *fim* justificasse os arbitrários *meios* empregados. Desnecessária qualquer argumentação em torno do grave erro desse tipo de premissa, mas perigosamente difundida atualmente pelos movimentos repressivistas de lei e ordem, tolerância zero, etc.

5. A título de conclusões provisórias: o difícil equilíbrio entre a (de)mora jurisdicional e o atropelo das garantias fundamentais

Até aqui nos ocupamos do direito de ser julgado num prazo razoável, seu fundamento, recepção pelo sistema jurídico brasileiro, dificuldade no seu reconhecimento e os graves problemas gerados pela (de)mora jurisdicional.

O processo nasceu para retardar e dilatar o próprio tempo da reação. Mas ao lado dessa regra basilar, devemos (também) considerar que o processo que se prolonga indevidamente, conduz a uma *distorção de suas regras de funcionamento*,[62]

62. PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, p. 53.

e as restrições processuais dos direitos do imputado, que sempre são precárias e provisórias, já não estão mais legitimadas, na medida em que adquirem contornos de sobre-custo inflacionário da pena processual, algo intolerável em um Estado Democrático de Direito.

Contudo, não se pode cair no outro extremo, no qual a duração do processo é abreviada (aceleração antigarantista) não para assegurar esses direitos, senão para violá-los.

Não existe nada mais demonstrativo da arbitrariedade de um procedimento que os juízos sumários ou sumaríssimos em matéria penal, pois eles impedem que o imputado possa exercer todas as faculdades próprias de um processo penal adequado a Constituição democrática. Isso nos remete a um primeiro ponto de partida, que é analisar o problema a partir da perspectiva dos direitos do imputado. O processo penal reclama tempo suficiente para satisfação, com plenitude, de seus direitos e garantias processuais.

A CADH não se contentou em prever o *direito aos meios adequados de defesa,* senão que consagrou, de forma cumulativa (conjunção aditiva *e*), a garantia de *concessão ao acusado de tempo*. Trata-se de garantir o *tempo da defesa*, na medida em que a eficácia dessa garantia está pendente de tempo para seu preparo. Tem-se assim uma clara orientação a ser seguida: em caso de dúvida, o tempo está a favor do acusado. Isso implica vedação ao atropelo das garantias fundamentais (aceleração antigarantista) e, ao mesmo tempo, negação a dilação indevida do processo penal.

Devemos considerar ainda, que existe uma clara relação entre o aumento do número de processos com a duração que eles acabarão tendo, onde a panpenalização, gerada por movimentos como *law and order* e tolerância zero, sobrecarregam a justiça penal, muitas vezes com condutas penalmente irrelevantes (eis que passíveis de resolução em outras esferas, como cível e direito administrativo sancionador), entupindo juízes e tribunais com volumes absurdos de trabalho e, em última análise, aumentando a duração dos processos.

De nada servirá um simplório (senão simbólico) "aumento de pessoal", pois o volume de processos criminais gerados pela maximização do direito penal é inalcançável, ainda mais para um Estado que tende, cada vez mais, a ser "mínimo".

É interessante o infindável ciclo que se estabelece: o Estado se afasta completamente da esfera social, explode a violência urbana. Para remediar, tratamento penal para a pobreza. Diante da banalização do direito penal, maior será a ineficiência do aparelho repressor e a própria demora judicial (em relação a todos os crimes, mas especialmente dos mais graves, que demandam maior dose de *tempo*, diante de sua complexidade). Atulham-se as varas penais e evidencia-se a letargia da justiça penal. Nada funciona. A violência continua e sua percepção amplia-se, diante da impunidade que campeia. Que fazer? Subministrar doses ainda maiores de direito penal. E o ciclo se repete.

É conseqüência natural da complexidade, onde os diversos elementos atuam em rede, numa permanente relação e interação, sendo inviável pensar em compartimentos estanques e herméticos, que permitam tratamentos isolados.

Mas a situação pode ficar ainda mais grave, quando o tratamento vem acompanhado por doses de utilitarismo processual, pois "também deve-se acelerar o processo", para torná-lo ainda mais eficiente. Começa então o sacrifício lento e paulatino dos direitos fundamentais. É o óbito do Estado Democrático de Direito e o nascimento de um Estado Policial, autoritário. O resto da história, é por todos conhecida.

Vimos assim, os dois extremos da questão *tempo* no processo penal: aceleração antigarantista e dilação indevida. Em ambos, temos a negação da jurisdição, pois não basta qualquer juiz e qualquer julgamento, a garantia da tutela jurisdicional exige qualidade e, neste tema, ela está no equilíbrio do *direito a ser julgado num prazo razoável*,[63] enquanto recusa aos dois extremos.

Dessarte, pensamos que:

63. Ou ainda, no mesmo sentido, o direito a um processo sem dilações indevidas.

a) Deve haver um *marco normativo interno* de duração máxima do processo e da prisão cautelar, construído a partir das especificidades do sistema processual de cada país, mas tendo como norte um prazo fixado pela Corte Americana de Direitos Humanos. Com isso, os tribunais internacionais deveriam abandonar a doutrina do não-prazo, deixando de lado os axiomas abertos, para buscar uma clara definição de "prazo razoável", ainda que admitisse certo grau de flexibilidade atendendo as peculiaridades do caso. Inadmissível é a total abertura conceitual, que permite ampla manipulação dos critérios.

b) São *insuficientes as soluções compensatórias* (reparação dos danos) e atenuação da pena (sequer aplicada pela imensa maioria de juízes e tribunais brasileiros), pois produz pouco ou nenhum efeito inibitório da arbitrariedade estatal. É necessário que o reconhecimento da dilação indevida também produza a extinção do feito, enquanto inafastável conseqüência processual. O poder estatal de perseguir e punir deve ser estritamente limitado pela legalidade, e isso também inclui o respeito a certas condições temporais máximas. Entre as regras do jogo, também se inclui a limitação temporal para exercício legítimo do poder de perseguir e punir. Tão ilegítima como é a admissão de uma prova ilícita, para fundamentar uma sentença condenatória, é reconhecer que um processo viola o direito de ser julgado num prazo razoável e, ainda assim, permitir que ele prossiga e produza efeitos. É como querer extrair efeitos legítimos de um instrumento ilegítimo, voltando a (absurda) máxima de que os fins justificam os meios.

c) O *processo penal deve ser agilizado*. Insistimos na necessidade de acelerar o tempo do processo, mas desde a perspectiva de quem o sofre, enquanto forma de abreviar o tempo de duração da pena-processo. Não se trata da aceleração utilitarista como tem sido feito, através da mera supressão de atos e atropelo de garantias processuais, ou mesmo a completa supressão de uma jurisdição de qualidade, como ocorre na justiça negociada, senão de acelerar através da diminuição da demora judicial com caráter punitivo. É diminuição de tempo burocrático, através da inserção de tecnologia e otimização de atos cartorários e mesmo judiciais. Uma

reordenação racional do sistema recursal, dos diversos procedimentos que o Código de Processo Penal e leis esparsas absurdamente contemplam e ainda, na esfera material, um (re)pensar os limites e os fins do próprio direito penal, absurdamente maximizado e inchado. Trata-se de reler a aceleração não mais pela perspectiva utilitarista, mas sim pelo viés garantista, o que não constitui nenhum paradoxo.

Atento a questão, Salo de Carvalho[64] leciona "que a legislação seja aperfeiçoada no sentido do estabelecimento de prazos razoáveis às decisões judiciais em sede executiva, mas apreendendo os valores ínsitos ao Pacto de São José, sejam criadas técnicas judiciais idôneas a uma célere decisão sobre os incidentes de execução penal."

Ainda que estivesse se ocupando da execução penal (sem dúvida um ponto sensível da questão), sua acertada indicação encontra plena ressonância em todo o processo penal, especialmente a "resolução ficta", que Salo busca inspiração no Código de Processo Penal Paraguaio, no sentido da "concessão automática dos direitos pleiteados em caso de omissão dos poderes jurisdicionais."

Em suma, um capítulo a ser escrito no processo penal brasileiro é o direito de ser julgado num prazo razoável, num processo sem dilações indevidas, mas também sem atropelos. Não estamos aqui buscando soluções, ou definições cartesianas em torno de tão complexa temática, senão dando um primeiro e importante passo em direção a solução de um grave problema, e isso passa pelo necessário reconhecimento desse "jovem direito fundamental."

6. Bibliografia

BADARÓ, Gustavo Henrique e LOPES JUNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal em prazo razoável*. Monografia apresentada à Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 1995.

64. CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*, p. 208.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BECCARIA. Cesare. *De los delitos y de las penas.* Madrid: Alianza, 1996.

CARNELUTTI. Francesco. *Lezioni sul processo penale.* v. 1. Roma: Edizioni Dell'Ateneo, 1946.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COMTE-SPONVILLE, André. *O ser-tempo.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EINSTEIN. *Vida e pensamentos.* São Paulo: Martin Claret, 2002.

ELIAS, Norberto. *Sobre o tempo.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge e COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia* – o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 2003.

GIMENO SENDRA, Vicente. MORENO CATENA, Vitor. CORTES DOMINGUES, Valentin. *Derecho procesal penal.* Madrid. Colex, 1996.

GOFFMAN, Erwing. *Estigma* – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz.* 2. ed. São Paulo, Mandarim, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Parecer: tempo e direito. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 122 – jan., 2003, p. 669.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOSCONI, Giuseppe. *Tiempo social y tiempo de cárcel. Secuestros institucionales y derechos humanos*: la cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas. Iñaki Rivera Beiras e Juan Dobon (Org.). Barcelona: Bosch, 1997.

PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso penal del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2002.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. In: *La reforma de la justicia penal*. COLOMER, Juan-Luis Gomes. CUSSAC, José-Luis Gonzáles. (Coords.). Publicações da Universitat Jaume I, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição federal de 1988. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 153, ago. 2005.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *La expanción del derecho penal*. Madrid: Civitas, 2001.

VIRILIO, Paul. *A inércia polar*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993.

_____. *A velocidade da libertação*. Lisboa: Relógio D'Água, 2000.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

3. Crime e Sociedade

La corruption politique dans le cadre du nouvel ordre mondial. Problèmes théoriques et empiriques

Fernando Acosta
Département de criminologie Université d'Ottawa Ottawa, Canada

Sumário: Introduction – 1. Modèles d'analyse et difficultés conceptuelles: 1.1 Les tentatives de définition; 1.2 Les composantes essentielles de la corruption – 2. Les causes et les coûts de la corruption: une question ouverte: 2.1 Pleins feux sur la corruption; 2.2 Les causes de la corruption; 2.2.1 Les difficultés en cette matière; 2.2.2 L'analyse causale et l'approche économique; 2.3 Les coûts de la corruption; 2.3.1 L'estimation des coûts; 2.3.2 La corruption, quel prix? – 3. L'encadrement juridique de la corruption: 3.1. La polysémie juridique de la corruption; 3.2 Les instruments normatifs; 3.2.1 Au plan international; 3.2.2 Dans l'ordre juridique canadien: une illustration – 4. Conclusions – 5. Bibliographie.

Resumo: Ainda hoje, não se sabe exatamente o que o termo corrupção designa, malentendido aliás que é alimentado pelo conflito de definições que tentam apreendê-la e pela banalização de que ela é objeto na mídia. A relativa estabilização de significado que esse termo alcançou durante os últimos anos foi obtida graças a imposição de uma concepção da corrupção, fundada em uma lógica de custos e benefícios, que oculta grande parte de suas importantes dimensões sociopolíticas e sociojurídicas. A proliferação de instrumentos jurídicos de alcance internacional – que presenciamos hoje no âmbito da nova ordem mundial – é a parte visível de

um amplo movimento de expansão das fronteiras jurídicas, em escala planetária, cujo impacto nas ordens jurídicas nacionais ainda está muito longe de ter sido convenientemente analisado.

Résumé: On ne s'entend pas, encore aujourd'hui, sur ce que le terme de corruption désigne précisément, confusion qui est d'ailleurs entretenue par le conflit de définitions qui tentent de la saisir et par la banalisation dont elle fait l'objet dans les médias. La relative stabilisation de sens que ce terme a acquis au cours des dernières années s'est faite au prix du triomphe d'une conception de la corruption, fondée sur une logique de coûts et bénéfices, qui laisse dans l'ombre la plupart des ses importantes dimensions sociopolitiques et sociojuridiques. La prolifération d'instruments juridiques de portée internationale – à laquelle nous assistons aujourd'hui dans le cadre du nouvel ordre mondial – est la partie visible d'un large mouvement d'expansion des frontières juridiques, à l'échelle planétaire, dont l'impact sur les ordres normatifs nationaux est encore bien loin d'avoir été convenablement analysé.

Palavras-chave: Corrupção – Corrupção política.

Keywords: Corruption – Corruption politique.

Introduction

Les grands bouleversements sociaux, politiques, économiques et culturels survenus, particulièrement, au cours des deux dernières décennies du XX siècle ont profondément transformé la manière de concevoir la mission et l'action concrète des organismes de contrôle face aux activités qui relèvent du champ de prise en charge de la loi pénale. Si, d'une part, on constate qu'un bon nombre de ces organismes, un peu partout en Amérique du Nord, résistent encore à l'appel au changement et mettent à l'oeuvre des logiques désuètes d'intervention, de l'autre, on assiste à l'émergence d'une réelle volonté de prendre sérieusement en compte les conséquences réelles de ces transformations.

Dit en d'autres termes, le raisonnement *localiste* qui a traditionnellement inspiré et justifié l'action du système pénal (et j'entends par là l'idée, fort enracinée, que les problèmes qui appellent son intervention peuvent être circonscrits à l'intérieur de limites géographiques et juridictionnelles précises) se heurte de plus en plus à la constatation incontournable qu'un bon nombre de ces problèmes débordent largement ces limites justement parce qu'ils ne s'arrêtent pas aux frontières d'un seul pays. Ce que l'on a convenu d'identifier par le terme de *criminalité transnationale* (*global crime*) – expression qui recouvre un nombre sans cesse croissant d'activités illégales fort différentes dont le seul point en commun est sans doute d'être le fait d'individus et/ou organisations plus ou moins puissants – illustre à la fois le virage qui est en train de se produire dans le champ événementiel des activités illégales et les défis nouveaux que cette nouvelle donne pose aux politiques de sécurité publique.

L'ensemble hétérogène d'activités illégales (certaines d'entre elles criminalisées, d'autres pas) que l'on regroupe sous l'étiquette large et imprécise de la *corruption politico-administrative* est à cet égard exemplaire. Traditionnellement conçue comme un comportement individuel ou somme de comportements individuels circonscrits à l'accomplissement des tâches routinières de la conduite des affaires publiques (adjudication de contrats, allocation de subventions, administration des comptes publics, prise des décisions des instances détentrices de l'exercice du pouvoir exécutif, etc.), la corruption ressemble davantage aujourd'hui à une nébuleuse dont les composantes s'étalent, en occultant les liens qui les unissent, sur des espaces de plus en plus larges. Espaces qui couvrent aussi bien l'appareillage complexe de l'État que ceux des activités corporatives qui doivent, par impératif de la réalité économique actuelle, se déployer bien au-delà des limites étroites des frontières nationales. Dit en des termes bien simples, s'il est vrai que l'ère de la *corruption de village*, oeuvre de fonctionnaires véreux qui ne voyaient pas la ligne de démarcation entre leurs affaires personnelles et les affaires publiques, est sûrement bien loin d'être révolue, il n'en est pas moins vrai que, en termes

d'impact (économique, politique, social et même moral), elle ne fait plus du tout le poids à côté d'une corruption de plus en plus imbriquée dans les mécanismes même de la gouvernance.

Les principales questions que cette problématique soulève peuvent s'énoncer dans les termes suivants. Les responsables de la formulation des politiques publiques en matière pénale sont-ils suffisamment conscients des défis que ces nouveaux enjeux posent? Les outils légaux dont on dispose pour faire face à cette réalité tiennent-ils compte des transformations survenues dans ce champ d'activités? Sont-ils, par ailleurs, les moyens les plus adéquats pour atteindre les objectifs qu'ils poursuivent? Sur le terrain – c'est-à-dire, là où tout se joue –, peut-on raisonnablement admettre que ceux et celles qui ont la tâche de mettre en oeuvre ces moyens possèdent les ressources et l'expertise nécessaires?

Les réponses à ces questions exigent, cela va de soi, la mise sur pied d'un programme sérieux de recherches de longue haleine. Ce que nous voulons proposer, dans cet article, c'est l'accomplissement de l'étape initiale de toute initiative en ce sens, c'est-à-dire l'analyse critique de l'état de développement – particulièrement au cours des 10/15 dernières années, en Amérique du Nord et en Europe – du champ d'étude de la corruption politico-administrative. Nous voulons ainsi dégager les principales orientations théoriques adoptées, les résultats les plus récents à propos des causes et des coûts de la corruption ainsi que l'identification éventuelle des tendances émergentes en cette matière. Nous espérons ainsi pouvoir contribuer à une réflexion – qu'à notre avis se fait tardive – sur les problèmes qui entourent l'approche de cette difficile question dans les pays du cône sud de l'Amérique et, tout particulièrement, le Brésil.

1. Modèles d'analyse et difficultés conceptuelles

Il n'était pas rare, jusqu'à la fin des années 80, que les auteurs des recensions d'écrits dans le domaine de ce que l'on appelait alors *corruption politico-administrative* établissent d'entrée de jeu une distinction fondamentale entre deux sens du mot

de corruption: le sens classique et le sens moderne. Dans le premier, originaire des oeuvres de Platon et Aristote, et repris par toute une tradition sociophilosophique qui va de Machiavel à Max Weber, corruption est à toutes fins utiles l'équivalent de la décomposition d'un régime politique. Plus près de nous, on trouve un parfait exemple de cet usage chez Raymond Aron, dans *Démocratie et Totalitarisme* (1965).[1] De même, la tentative de Dobel (1978) d'unifier les causes morales, politiques, économiques et sociales de la corruption dans un cadre théorique intégré, celle de Shumer (1979) de fonder une interprétation de la politique américaine sur les idées de Machiavel et, enfin, celle de Vernon (1981) de réinterpréter la conception de Proudhon du fédéralisme, font également appel au sens classique du terme corruption.[2] Exception faite des ouvrages philosophiques ou historiques, ce sens ne subsiste aujourd'hui que dans le langage courant ou dans des textes dépourvus de prétention scientifique.

1.1 Les tentatives de définition

Dans le sens moderne ou, en tout cas, dans celui qui s'est imposé pendant au moins quatre décennies dans la production écrite savante, le terme de corruption a fait l'objet d'une intense activité définitionnelle dont aucune recension d'écrits ne pourrait raisonnablement rendre compte sans encourir le risque des répétitions fastidieuses et, à toutes fins utiles, de peu de valeur heuristique. Quoi qu'il en soit, et comme le signale avec justesse Heywood (1997: 6), la typologie de définitions de la corruption politique, vieille de presque quarante ans, proposée par Heidenheimmer (1970), demeure toujours valable en tant qu'outil de classification en cette matière. Cet auteur distingue en fait trois grandes catégories de définitions axées respectivement sur l'exercice de la fonction publique (*public-office centred*), sur l'intérêt public (*public interest-centred*) et sur les mécanismes du marché (*market-centred*).

1. Voir Padioleau, 1975.
2. Voir Acosta, 1985.

Dans la *première catégorie* (exercice de la fonction publique), quelques-unes des définitions proposées par Nye (1967 et 1989, entre autres) ont valeur de paradigme.[3] Dans la plus récente (1989: 966), qui reprend les éléments essentiels de la première (1967: 416), il propose la définition suivante:

"Corruption is behavior which deviates from the formal duties of a public role because of private regarding (personal, close family, private clique) pecuniary or status gains; or violates rules against the exercise of certain types of private regarding influence. This includes such behavior as bribery (use of reward to pervert the judgement of a person in a position of trust); nepotism (bestowal of patronage by reason of ascriptive relationship rather than merit); and misappropriation (illegal appropriation of public resources for private-regarding uses)."

Fidèle aux grandes préoccupations théoriques du courant sociologique auquel Nye fut toujours associé, cette définition – à la manière de Sutherland en proposant son concept de *white-collar criminal* (voir Sutherland, 1965) – réduit la corruption à un phénomène strictement comportemental, bref, à une déviation individuelle. Mais le constat sans doute le plus remarquable ici tient au fait que cette définition est à ce point centrée sur le comportement du corrompu (le détenteur d'une fonction publique) qu'elle ne se donne même pas la peine d'étendre la notion de corruption au comportement du corrupteur.

La définition proposée par Friedrich[4] illustre bien la *deuxième catégorie* de définitions (axées sur l'intérêt public) proposée par Heidenheimmer.[5] En effet, selon Friedrich:

"...corruption can be said to exist whenever a power-holder who is charged with doing certain things, i.e., who is a responsible functionary or office holder is, by monetary or other rewards not legally provided for, *induced to take actions*

3. Les définitions adoptées par McMullan (1961), Bayley (1966), Alatas (1968), Huntington (1970) et Gardiner et Lyman (1978) peuvent également être rangées dans cette catégorie.

4. Voir Heidenheimmer (1989: 10).

5. Voir, également, Friedrich (1966 et 1972) et Rogow et Lasswell (1966).

which favour whoever provides the rewards and thereby does damage to the public and its interests". (nos italiques)

S'il est vrai, comme le souligne Philp (1997: 24), que les préjudices causés à l'intérêt public sont peut-être davantage une conséquence de la corruption qu'un de ses éléments constitutifs, il n'en demeure pas moins que, comparée à celle de Nye, la définition de Friedrich (et c'est clair dans le passage en italique) rétablit le lien indispensable avec la contrepartie du comportement du détenteur de la fonction publique et déplace l'attention antérieurement centrée sur ce comportement vers la sphère, beaucoup plus large, des conséquences qu'il engendre.

Les différences, sans doute importantes, entre ces deux modes de conceptualisation de la corruption ne témoignent cependant pas d'un clivage substantiel entre les modèles théoriques adoptés par les auteurs classés dans l'une ou l'autre de ces deux premières catégories. Un bon nombre d'entre eux se retrouvent associés, à différents degrés, au courant révisionniste[6] qui a largement dominé le champ d'étude de la corruption politico-administrative, entre les années 60 et 80.[7] Profondément influencés par le modèle fonctionnaliste, leurs travaux ont essayé de montrer dans quelle mesure la corruption en grand échelle (c'est-à-dire, accessible à tous, ou presque, et érigée en mode de gestion de la

6. Cette appellation (révisionniste) marque la rupture avec le courant précédant – le courant moraliste – qui a dominé la littérature américaine pendant les quatre premières décennies du XXe siècle. Prenant ses racines dans les écrits pionniers du journaliste américain Lincoln Steffens (Steffens, 1904), chef de file d'une véritable croisade contre les patrons des machines politiques électorales (voir, à ce sujet, Merton, 1957 et Shefter, 1976), le courant moraliste conçoit la corruption comme un mal qui menace de détruire les fondements même du système social et économique américain. Contre ce danger, plusieurs remèdes – allant de l'éducation morale aux mesures punitives – furent proposés. Le passage d'un courant à l'autre peut ainsi se décrire comme un tournant vers une analyse qui se prétend objective (parce que scientifiquement fondée) de la corruption en réaction à une approche foncièrement idéologique. Voir, plus en détail, Acosta (1985).

7. On trouvera chez Key Jr. (1949) l'une des principales sources d'inspiration de ce courant. Voir à ce sujet, toutes tendances confondues, McMullan (1961), Wraith et Simkin (1963), Leff (1964), Bayley (1966), Abueva (1966 et 1970), Dwivedi (1967), Nye (1967), Scott (1967 et 1969), Myrdal (1968), Tilman (1968), Gardiner (1970), Huntington (1970), LeVine (1975), Hoetjs (1976), Neher (1978), Seidman (1978), Dale (1979), Marican (1979), Serfontein (1979), Sarassoro (1980), entre bien d'autres.

chose publique) pouvait, en tant que résultante du mauvais fonctionnement des structures politiques, s'avérer un puissant mécanisme d'intégration des structures sociales. Dit autrement, ces travaux ont tenté de démontrer que la corruption est socialement utile dans la mesure où elle contribue à la solution de trois problèmes majeurs: le développement économique, l'intégration nationale et l'efficacité de l'appareil gouvernemental. Bref, et pour utiliser un vocabulaire qu'ils affectionnent tout particulièrement, la corruption était ainsi appréhendée en tant que véritable "dysfonction fonctionnelle" (Acosta, 1985). Au centre de la vaste entreprise de recherche menée par ce courant, nous retrouvons la "thèse de la modernisation", que l'on peut formuler dans les termes suivants: la corruption est un phénomène inséparable de la phase de transition d'une société archaïque à une société industrialisée et, comme telle, indispensable à cette transformation. Autant dire que, une fois ce processus conclu, la corruption est vouée à disparaître. On ne saurait s'étonner en apprenant qu'un nombre important de pays en voie de développement (particulièrement en Asie et en Afrique) aient été les laboratoires par excellence des innombrables missions de recherche qui, pendant deux décennies, les ont fouillés de fond en comble pour le compte des grandes universités et organismes de subvention nord-américains.

Les partisans de la *troisième catégorie* de définitions proposée par Heidenheimmer – celles axées sur les mécanismes de marché – forment probablement le courant de recherches sur la corruption le plus actif et en vogue au cours des 10/15 dernières années. Il est en effet possible d'affirmer, sans grand risque d'erreur, que la croisade anticorruption qui commence au début des années 90 a à la fois nourri (et s'est elle-même nourrie) d'une part importante des travaux de ce courant. Ce qui n'est d'ailleurs point difficile à comprendre lorsque l'on considère, d'une part, que nous sommes ici dans le terrain des analyses économiques et économétriques de la corruption et, de l'autre, que des instances internationales de régulation économique comme la Banque Mondiale (BM),[8] le

8. http://www.worldbank.org/.

Fonds monétaire International (FMI)[9] et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)[10] rangent parmi les principaux fers de lance de cette croisade.[11] Pourtant, les assises du modèle de recherche associé à cette définition remontent aux années 70 et trouvent dans les écrits de Banfield (1975, tout particulièrement) son principal concepteur. Les travaux de Rose-Ackerman,[12] dans le monde anglo-saxon, et ceux de Cartier-Bresson,[13] dans celui d'expression française, sont aujourd'hui des références incontournables en la matière. Suivant la ligne tracée par Rose-Ackerman (1978: 1-2), qui conçoit la corruption comme une forme "d'utilisation de mécanismes illégaux du marché, dans des décisions concernant l'affectation des fonds publics, rejetée par le système politique démocratique", plusieurs définitions furent proposées. Pour Leff (1989: 389),

"Corruption is an extralegal institution used by individuals or groups to gain influence over the actions of the bureaucracy. As such the existence of corruption *per se* indicates only that these groups participate in the decision making process to a greater extent than would otherwise be the case."

9. http://www.imf.org/.

10. http://www.oecd.org/.

11. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que c'est sous l'impulsion d'organismes comme la Banque Mondiale et le Fonds monétaire international que les pays en voie de développement (ou en transition) reprendront du service en tant que laboratoires d'expérimentation des recherches sur la corruption à partir du début des années 90. À ce sujet, voir Robinson (1990), Théobald (1990 et 1994), Alam (1991), Morris (1991), Brautigam (1992), Geddes et Neto (1992), Barlow (1993), Caiden (1993), Charlick (1993), Dia (1993), Harsh (1993), Kpundeh (1993, 1994 et 1995), Olowu (1993), Przeworski (1993), Riley (1993), Sives (1993), Aderinwale (1994a et 1994b), Hartlyn (1994), Makumbe (1994), Salas (1994), Hao et Johnston (1995), Lotspeich (1995), Mauro (1995 et 1997), Pope (1995a et 1995b), Barro (1996 et 1997), Coronel (1996), Easterly et Levine (1996), Linz et Stepan (1996), Little et Posada-Carbo (1996), Nadelmann (1996), Bardhan (1997), Ruzindana (1997), entre bien d'autres. Les revues *Monde en développement* (26, 102, 1998) et *Tiers Monde* (161, 2000) ont consacré deux importants numéros à la question de la corruption dans les pays en voie de développement.

12. Voir, entre bien d'autres, Rose-Ackerman (1975, 1978, 1994, 1996, 1997 et 1999) et Rose-Ackerman et Stone (1996).

13. Voir Cartier-Bresson (1992, 1995a, 1995b, 1997a, 1997b, 1997c, 1998a, 1998b, 2000a et 2000b) et Cartier-Bresson *et alia* (2000).

Dans un style passablement plus direct, Van Klaveren (1989: 25-26) affirme que "...corruption means that a civil servant abuses his authority in order to obtain an extra income from the public (...) Thus we will conceive of corruption in terms of a civil servant who regards his office as a business, the income of which he will (...) seek to maximize. The office then becomes a 'maximizing unit'".

Dans une formule lapidaire qui a l'avantage de résumer à la fois l'essentiel des différentes définitions de la corruption axées sur les mécanismes de marché et l'angle particulier d'approche de la science économique en ce domaine, Cartier-Bresson (1997c: 47) soutient que "An agent becomes corrupt when he sacrifices the interest of his principal to his own benefit, and in so doing, breaks the law. According to this definition, then, corruption is merely a particular model of agency relationship."

Comme l'explique Cartier-Bresson (1998b), contrairement aux analyses du phénomène de la corruption qui se sont appuyées sur les outils conceptuels et théoriques des sciences politiques (et tel est le cas pour un bon nombre de recherches du courant révisionniste), où la corruption est vue comme une modalité d'échange social institutionnalisé (Padioleau, 1982 et Médard, 1995), l'approche économique n'y voit que des transactions marchandes. Selon ce modèle, poursuit Cartier-Bresson (1998b: 26),

"...les causes de la corruption tiendraient aux comportements opportunistes d'agents rationnels maximiseurs qui se coordonneraient sur le marché de la corruption. La possibilité du phénomène tient alors aux divergences d'intérêt qui existent entre les mandataires et leurs mandants et au fait que l'asymétrie d'information en faveur des mandataires leur laisse une forte marge de manoeuvre discrétionnaire dans leurs comportements. Il est ainsi facile pour un mandataire d'utiliser ce pouvoir discrétionnaire – et cela d'autant plus qu'il possède une situation de monopole le rendant incontournable – pour monnayer des faveurs à des agents tiers dont les gains et les pertes dépendent de lui (...) Il existe ainsi un marché de la corruption où s'échangent illégalement, et sous contrainte de sanctions, des biens publics contre des pots-de-vin."

On comprendrait alors, en adoptant cet angle d'approche, l'impunité proverbiale dont bénéficient ces agissements. En effet, le faible taux de sanctions, en cette matière s'expliquerait, selon ce même auteur (idem):

"(...) non seulement parce que l'asymétrie d'information protège les agents et que les preuves judiciaires sont rares, mais surtout parce que la mobilisation de nombreuses victimes disséminées demeure difficile face à des agents bien organisés qui profitent des rentes vendues illégalement. La passivité des victimes est donc un facteur supplémentaire qui favorise la corruption."

1.2 Les composantes essentielles de la corruption

Bien qu'un certain nombre d'auteurs contemporains[14] parlent déjà d'*ancienne corruption*, voulant ainsi mettre en relief les nouvelles formes de corruption qui émergent dans le sillage de la grande poussée de la globalisation, à partir des années 90, tout porte à croire que les éléments essentiels du phénomène – c'est-à-dire, les acteurs et la nature des rapports qu'ils entretiennent – demeurent substantiellement les mêmes. Malgré la profonde restructuration qui s'est produite dans son champ d'étude, pendant ces mêmes années, il nous semble possible d'affirmer que ce que l'on appelle corruption politico-administrative réfère à une réalité – dont les éléments factuels peuvent être, selon les circonstances, d'une simplicité déconcertante ou d'une redoutable complexité – ayant les trois composantes fondamentales suivantes.

(i) Un rapport d'échange entre deux parties

Au plan événementiel (c'est-à-dire, la situation concrète à l'origine de ce qui pourra éventuellement être qualifié comme un cas ou affaire de corruption) il n'y a bien entendu – et tous les auteurs s'accordent volontiers là-dessus – qu'une interaction (rapport d'échange) entre *individus*. C'est presque un truisme que

14. Voir, entre autres, Harriss-White et White (1996).

d'affirmer, en effet, que ce que l'on appelle corruption est une manière de qualifier, de nommer, selon des critères par ailleurs fort variables, le résultat d'un arrangement conclu entre des acteurs placés dans une situation particulière d'interaction. Dans certains cas précis, on n'hésitera pas à identifier ces individus comme des *parties* de l'échange et, éventuellement, des parties dans une affaire de corruption. Soulignons, cependant, que l'identification entre *partie* et *individu* n'est pas nécessairement justifiée dans *tous* les cas, et tout particulièrement dans ceux qui s'avèrent les plus intriqués. C'est dire, en d'autres termes, qu'il conviendrait d'accorder à la notion de *partie* un sens beaucoup plus large et complexe qui dépasse souvent, et de loin, les seuls acteurs concrets de l'événement. En effet, le rapport de corruption peut se constituer entre des simples individus, agissant en leur propre nom (et celui qui se laisse corrompre ne fait que mettre à profit personnel la position qu'il occupe dans l'administration publique) mais, également, entre des structures organisationnelles. Dans le premier cas de figure, on identifie sans difficulté autant les formes les plus anciennes et folkloriques de corruption de fonctionnaires subalternes (pour l' "achat", à des prix relativement abordables, de prestation de services publics courants) que les scandales, à grand renfort de couverture médiatique, impliquant des politiciens véreux. Dans le deuxième cas de figure, qui est sans aucun doute celui qui nous intéresse de plus près, les acteurs individuels (toujours présents, bien entendu) ne sont que des rouages d'une activité qui engage, d'un côté comme de l'autre, les structures organisationnelles où ils opèrent.[15] On s'est souvent servi, à tort nous semble-t-il, du terme *systémique* pour désigner cette deuxième forme de rapport de corruption, voulant ainsi mettre en relief à la fois son pouvoir de pénétration dans l'ensemble de la gestion des affaires publiques et l'amplitude

15. Il convient de préciser qu'il est parfaitement possible d'imaginer un rapport de corruption à l'intérieur d'une seule structure organisationnelle, pourvu que cette structure soit, bien entendu, celle de l'appareil étatique. Le cas de figure ici serait celui d'un fonctionnaire qui corromprait un autre, peu important que les motifs en jeu soient personnels ou en rapport avec les fonctions qu'ils exercent. Ce qui, par contre, est à proscrire, c'est l'utilisation du terme corruption pour désigner des gestes (illégaux ou pas), semblables dans leur matérialité, qui se déroulent entièrement en dehors de la sphère publique.

(estimée d'ailleurs de manière fort imprécise) des coûts qu'elle est censée engendrer. On oublie souvent, cependant, que la *petite corruption* quotidienne et normalisée au plan moral peut également s'ériger en système, en l'occurrence, système de gestion (ou de contournement) des tracasseries administratives qui empoisonnent la vie quotidienne.[16] Le caractère systémique n'est donc pas, contrairement à une certaine idée courante, un élément différenciateur important entre les formes épisodiques et interindividuelles, d'une part, et les formes organisationnelles, d'autre part, de corruption. Pas plus que les sommes en jeu (ou pour être plus précis, les coûts financiers de la corruption pour la société) ne s'avèrent un critère de différenciation fiable entre les deux grandes formes qu'elle peut prendre. D'ailleurs, comme on le verra par la suite, la question de l'évaluation des coûts de la corruption – quelle qu'en soit la forme – soulève de grandes controverses et, tout semble l'indiquer, n'a produit que des résultats très peu convaincants.

(ii) Le fait, incontournable, qu'une de ces parties est investie d'une fonction publique

Sous peine de diluer complètement la nature *politique*[17] de la corruption – au sens le plus large possible du terme, c'est-à-dire, qu'elle implique toujours quelqu'un investi d'une quelconque forme d'autorité octroyée par la puissance publique et, qu'à ce titre, prend des décisions et pose des gestes dont la source de légitimité est le bien commun – il est impératif de résister aux glissements de

16. Les tenants de la thèse de la modernisation, dans le courant révisionniste, ont consacré une bonne partie de leurs efforts à démontrer, justement, l'emprise systémique de cette forme de corruption, dans la vie quotidienne de certains pays du Tiers Monde.

17. En ce sens, le terme "corruption politico-*administrative*" peut porter à confusion. Sa seule utilité est de tracer une ligne de démarcation (qui est loin d'être précise) entre deux paliers opérationnels de l'appareil d'État: d'une part, celui des opérateurs (niveau *politique*, supérieur, haute hiérarchie de l'État) qui ont comme principale mission la production de politiques d'intérêt publique ainsi que l'obligation d'ordonner à leurs subalternes leur mise en application; de l'autre celui, justement, des opérateurs subalternes (niveau *administratif*, fonctionnaires de bas échelon) confinés à des tâches d'exécution de ces politiques sans grand mot à dire sur leur conception. Quoi qu'il en soit, le caractère politique (au sens précisé dans le texte) de la corruption est présent dans les deux cas, bien que plus immédiatement visible dans le premier.

sens, fréquents au cours des dernières années, où l'on qualifie de corruption un nombre toujours croissant de transactions illégales, moralement condamnables ou simplement douteuses sans tenir compte des parties en jeu. L'exigence qu'une des parties soit investie d'une fonction publique constitue, nous semble-t-il, le seul rempart, aussi précaire soit-il, contre une autre forme de dilution – sans doute la plus perverse – qui rendrait extrêmement précaire, voire impossible, une qualification juridique de la corruption. Nous aborderons plus en profondeur cette question dans la section de cet article consacrée à l'analyse des instruments juridiques. Pour l'instant il suffit de rappeler que toute forme d'emploi analogique du terme corruption, pour y inclure des transactions moralement condamnables ou même carrément proscrites par des cadres normatifs de portée restreinte, destinés à la régulation des rapports entre des catégories particulières d'individus, hors de la sphère publique (par exemple: des normes de conduite en matière de gestion des fonds d'une entreprise privée, d'une corporation, d'un syndicat, d'un organisme à but non lucratif, etc.), ne servirait qu'à brouiller davantage la visibilité juridique déjà passablement précaire des formes reconnues de corruption.

(iii) Des bénéfices ou des avantages réciproques qui résultent de cet échange

On se retrouve ici face à un des problèmes les plus épineux au plan de la configuration juridique de la corruption, soit celui de la caractérisation des bénéfices ou avantages retirés par les parties en jeu. S'il est vrai, d'une part, que tous s'accordent à identifier comme corrompue toute forme de transaction qui viserait à marchander des prestations de services publics au profit personnel de celui qui en a la charge (le fonctionnaire public, au sens large du terme), il n'en est pas moins vrai que cette belle unanimité s'évanouit rapidement dès lors que les avantages, quels qu'ils soient, retirés par le mandataire public, ne lui reviennent pas sous forme de bénéfice personnel, mais plutôt à un tiers avec qui il peut ou non être en rapport direct. Le cas de figure classique ici est cet ensemble souvent opaque de pratiques mises de l'avant autant dans le financement des caisses électorales

que dans le recrutement des électeurs des partis politiques. Classique, c'est le cas de le dire, parce que c'est précisément sur la critique acerbe de ces pratiques qui s'est constitué, au début du siècle, aux États-Unis, le premier courant de recherche (à vrai dire, de journalisme d'enquête) sur la corruption.[18] Le fait qu'elles soient, encore aujourd'hui, l'objet de regards soupçonneux, quand ce n'est pas de sérieuses mises en cause, atteste largement le fait qu'elles logent de toute évidence dans une zone grise à l'intérieur du large éventail des pratiques que l'on peut (non sans grandes difficultés) associer à la corruption.[19] Zone grise, en effet, parce qu'il n'est pas rare que ces pratiques se retrouvent à l'interface de plusieurs activités à caractère politique dont la qualification juridique pose souvent des problèmes d'une redoutable complexité. Tel est le cas par exemple des pratiques ancestrales du patronage politique[20] ainsi que de celles, plus récentes, du lobbying.[21] La difficulté ici tient particulièrement au fait que, dans un cas comme dans l'autre, nous avons affaire à des activités qui peuvent cependant en cours de route, et dans des contextes particuliers, dévier complètement des buts douteux mais néanmoins légalement autorisés qu'elles devaient atteindre. Dans le cas du patronage politique, par

18. Nous faisons bien sûr référence ici au courant moraliste dont nous avons dressé un portrait sommaire à la note 6 de ce texte.

19. L'affaire "Keating Five", survenue en 1988, illustre admirablement ce dilemme. Ce scandale a impliqué cinq sénateurs américains qui avaient reçu pour un total de 1,3 millions de dollars (US), à titre de contribution à leurs campagnes, de la part de Charles Keating, président de la *Lincoln Savings and Loan Association*, elle-même au centre d'un énorme scandale financier qui aurait causé des pertes de deux milliards de dollars au trésor américain. Affaire typique de la zone grise, "Keating Five" n'a coûté que cinq motions de censure aux sénateurs impliqués. Voir, à ce sujet, Thompson (1993 et 1995) et Philp (1997). Soit dit en passant, ce genre de pratique (corruption électorale) n'est pas pris en considération dans les sondages sur lesquels se base l'*Indice de Perception de la Corruption* (IPC) publié par *Transparency International* depuis 1995.

20. Au Canada, le patronage politique est l'un des rares thèmes, compris dans la problématique de la corruption, qui a mérité une certaine attention de la part des chercheurs. On dirait qu'à défaut de pouvoir s'occuper des "vraies affaires" de corruption, ils ont dû se rabattre sur ses variantes euphémiques. Voir, entre autres, Heintzman (1974), Lemieux (1977), Lemieux et Hudon (1975), Hardy (1979), Hudon (1979) et Simpson (1988). Dans un tout autre registre, voir également Harrison et Stevens (1988), témoignage d'un lobbyiste impliqué dans l'affaire Mackasey.

21. Tout comme le patronage politique, le lobbying a fait l'objet d'un certain nombre de travaux importants au Canada. Voir, tout particulièrement, Pross (1975), Boivin (1984), Malvern (1985), Thorburn (1985) et Canadian Study of Parliament Group (1989).

exemple, la déviation consiste, entre autres, dans le fait de transformer en outil de marchandage d'appuis politiques (ou simplement comme mode de récompense d'*amitiés politiques*) une prérogative du pouvoir exécutif qui est celle de pourvoir à l'affectation d'un certain nombre (limité) de ressources publiques (postes, contrats, subventions, différents type d'aide, etc.) sans devoir se soumettre aux règles en matière d'adjudication administrative.

2. Les causes et les coûts de la corruption: une question ouverte

2.1 Pleins feux sur la corruption

La corruption, ou pour être plus précis, la volonté affirmée par d'innombrables discours d'origines et natures les plus diverses (politique, scientifique, juridique, journalistique, et nous en passons) de la combattre, de maîtriser sa puissance prétendument destructrice, éventuellement de la juguler, est définitivement à la mode. Et pourtant, s'il est vrai qu'elle n'est certainement pas le plus vieux métier du monde, il n'en demeure pas moins que tout indique qu'elle n'est pas loin derrière. Bien que le sens attribué à ce terme ait considérablement changé au cours des siècles, l'idée que ceux à qui on en avait confié la charge de la cité pouvaient, au nom de sombres intérêts personnels, trahir ses idéales et valeurs profondes, est une source d'inquiétude qui remonte loin dans le temps. Tout en se gardant bien du danger qu'il y aurait à se servir de ce terme sans tenir compte de ses référentiels historiques, les problèmes posés par la corruption furent l'objet de débats passionnés qui ont traversé, souvent intacts, plusieurs époques. Alors, à quoi pourrait-on bien attribuer cette actualité soudaine?

La "mode anticorruption", pour reprendre l'expression de Cartier-Bresson (2000a: 11), est le résultat de l'agencement d'un ensemble varié et complexe de facteurs dont, à notre avis, trois en particulier ont un rôle décisif: la globalisation, la fin de la guerre froide et les politiques d'ajustement structurel de la Banque

Mondiale et du Fonds monétaire international. Ils se trouvent, bien entendu, étroitement liés les uns aux autres.

La globalisation, comme l'on sait, n'est pas un phénomène nouveau. Réduite à son expression la plus simple et essentielle – c'est-à-dire à l'idée que des États ont cherché, à un moment donné de leur histoire, à asseoir leur développement économique et à étendre leur pouvoir politique, culturel, religieux, etc., au-delà de leurs frontières nationales – il est possible de remonter loin dans l'histoire (au moins au mercantilisme du XVIe/ XVIIe siècles) à la recherche de ses premières manifestations. S'il y a quelque chose de nouveau, et il y en a en effet, c'est la rapidité ahurissante avec laquelle la globalisation a pris de l'ampleur, au cours des deux dernières décennies, à la faveur de l'expansion, tout aussi fulgurante, de l'informatique. Au plan économique et financier, on assistera alors à un accroissement sans précédant de la circulation transfrontalière des biens, services et capitaux soutenu, de plus en plus, par l'assouplissement des barrières tarifaires et la déréglementation massive des activités économiques et des marchés financiers. Les indicateurs (forcément imprécis, et pour cause) du volume de l'activité mondiale de ce dernier secteur donnent du vertige: on évalue à 1.600 milliards de dollars américains, *par jour*, le total approximatif des transactions sur les marchés des changes, soit 2,7% du produit *mondial* brut (le volume total de biens et services produits à l'échelle de la planète, *en une année*) qui se chiffre actuellement à environ 60.000 milliards de dollars. Au plan général de la criminalité économique et financière, toutes modalités confondues, nous sommes ici face à un univers de possibilités incommensurable. On comprendra alors que quelques-uns des promoteurs (et bénéficiaires) les plus actifs d'une économie sans frontières aient cherché à se protéger des effets pervers d'un marché déréglé en réclamant des mécanismes de protection pour leurs activités. Dit autrement, l'un des pendants de la globalisation économique et financière est la mise sur pied d'un ensemble de plus en plus complexe de "normes internationales garantissant la sécurité des transactions pour les firmes multinationales" (Cartier-Bresson, 2000a: 11). Une partie importante de ces normes cherche, justement, à contrôler la corruption.

La fin de la guerre froide, ou pour reprendre les termes de Cartier-Bresson (idem) "la victoire du modèle occidental (permettant) à la fois la réduction de l'allocation des ressources de l'aide sur des critères géostratégiques et l'affirmation de l'universalisme du modèle de démocratie de marché" est un autre facteur déterminant dans l'émergence de la croisade anticorruption. En effet, la chute du mur de Berlin fut l'assise d'un nouvel ordre mondial où l'emprise grandissante des États-Unis sur la scène internationale s'est imposée comme un fait incontournable des deux dernières décennies du XXe siècle. Dans le domaine qui nous intéresse, on assiste alors à l'émergence d'un phénomène extrêmement important de création et expansion d'espaces juridiques transnationaux, phénomène dont les origines remontent au moins au début de années 80. On peut en fait le décrire, dans ses traits essentiels, comme étant le déclin progressif des prérogatives traditionnelles de la souveraineté territoriale, en matière de création et d'application du droit positif, au profit d'un ordre juridique (aux contours plutôt imprécis) qui ne connaît pas les frontières nationales. Les mots-clés qui décrivent le mieux cet état des choses sont probablement ceux de *normalisation* et *conformité* car il s'agit en effet d'un large mouvement de pressions à l'échelle internationale, venant des pays occupant une place dominante sur la scène mondiale (les États-Unis, bien entendu, en tête de file), orienté vers deux buts principaux: premièrement, imposer l'adoption de lois pénales en certaines matières (drogues, organisations criminelles, blanchiment d'argent, trafic d'humains, immigration, corruption, etc.) selon un modèle, une loi-type, prédéterminé,[22] deuxièmement, permettre, par la collaboration étroite entre les organismes en charge de l'application de la loi de différents pays (corps policiers, agences de renseignements, pouvoir judiciaire) le déploiement progressif d'un réseau transnational de contrôle dont le mode de fonctionnement ne s'embarrasse pas des principes qui régissent le droit international. Deux facteurs, entre autres, ont joué un rôle qui nous apparaît déterminant dans la mise en place (qui est loin

22. L'un des étalons juridiques, en matière de lutte contre la corruption, est sans aucun doute le *Foreign Corrupt Practices Act* américain, de 1977.

d'être achevée) des assises de ce nouvel ordre juridique mondial. D'une part, la conviction, qui émerge dans les grandes agences de contrôle américaines à partir des années 80, que la lutte contre certaines formes de criminalité (pour la plupart directement ou indirectement reliées à la consommation de drogues) réclamait l'ouverture de fronts localisés à l'extérieur du territoire américain.[23] D'autre part (et probablement en conséquence directe du premier facteur) la prolifération, au plan international, d'un véritable réseau d'organismes non gouvernementaux (comme *Transparency International*),[24] groupes de travail permanents (comme le GAFI),[25] sections spécialisées d'institutions internationales (comme à l'ONU,[26] à l'OCDE, au Conseil de l'Europe,[27] etc.) de surveillance et de normalisation des politiques de *contrôle du crime* dans des secteurs jugés stratégiques.

Ce qui nous amène au troisième et dernier facteur, soit le rôle de ces deux grands organismes de régulation financière et économique, à l'échelle planétaire, qui sont la Banque Mondiale et le Fonds monétaire international, dans la lutte anticorruption. S'il est vrai, d'une part, qu'ils sont partie intégrante de ce réseau international de prise en charge de la corruption, cité plus haut, il n'en demeure pas moins que, dans ces cas-ci, la lutte anticorruption semble davantage un moyen, comme bien d'autres d'ailleurs, de réalisation d'un projet politico-économique beaucoup plus ambitieux et lourd de conséquences, soit l'implantation des

23. Voir Nadelmann (1993).

24. Cette ONG, qui publie depuis 1995 le fameux *Indice de perception de la corruption* qui fait couler tant d'encre, a été fondée, en 1993, par Peter Eigen, un ancien fonctionnaire de la Banque Mondiale. Voir http://www.transparency.org/.

25. Le GAFI (Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux – FATF en anglais) fut créé, en 1989, par le G-7. Voir http://www.fatf-gafi.org/.

26. http://www.un.org/.

27. Il fut l'un des premiers, parmi les grands forums internationaux, à se doter, dès 1992, d'un mécanisme de lutte anticorruption, le "Groupe multidisciplinaire sur la corruption". Pour le Conseil de l'Europe, voir http://www.coe.int/PortailT.asp (français) et http://www.coe.int/portalT.asp (anglais). En 1999, le Conseil de l'Europe a créé le "Groupe d'États contre la corruption GRECO" (http://www.greco.coe.int/IndexF.htm et http://www.greco.coe.int/) ajoutant ainsi un organisme de plus à la constellation déjà imposante de mécanismes européens de lutte contre la corruption.

politiques d'ajustement structurel qui cherchent, avant toute autre chose, à accroître la productivité des prêts que ces deux organismes consentent (Cartier-Bresson, idem).[28] Et si l'on prend en considération le fait que les principaux destinataires de ces prêts sont les pays en voie de développement et que les principaux investisseurs de ces organismes sont les pays les mieux nantis (les États-Unis, encore une fois, en tête de liste), on comprendra vite pourquoi les premiers demeurent la cible privilégiée des dénonciations et des efforts de recherche sur la corruption.

2.2 Les causes de la corruption

2.2.1 Les difficultés en cette matière

Parler des causes d'un phénomène aussi complexe, multiforme et aux contours imprécis que la corruption est une tâche non seulement ingrate et difficile mais, à juste titre, frappée d'emblée d'un certain discrédit. La difficulté ici tient, pour commencer, à la quasi impossibilité de s'entendre sur ce que le terme lui-même désigne. Comme l'a bien souligné Lascoumes (1999: 35),

"Le terme de 'corruption' est victime des ambiguïtés du sens commun. Il est aujourd'hui utilisé, en particulier par beaucoup de journalistes et d'acteurs politiques, comme une notion générique qui englobe toutes formes d'abus de fonction, qu'elles soient publiques ou privées. Le terme reçoit une signification encore plus extensive lorsqu'il est utilisé pour désigner des comportement aux marges de la légalité, accomplis par des détenteurs d'une autorité politique, administrative (diffusion d'information privilégiée sur la création de postes, sur

28. Les choses se passent, en réalité, d'une manière un peu plus compliquée que le raccourci que nous avons emprunté semble l'indiquer. Entre l'agenda des politiques d'ajustement structurel et le souci de rentabilisation des prêts, s'installe un mécanisme autrement plus complexe dont la croisade anticorruption n'est en fait qu'un corollaire parmi d'autres. Il s'agit de la promotion, à grands renforts de publicité et de programmes de recherche généreusement financés, des principes de la *gouvernance* comme fondements de la gestion des affaires publiques et privées. Dans la mesure où ces deux organismes font de l'adoption universelle de ces principes un objectif central de leur mission politique, on peut dire qu'ils constituent un ressort important du nouvel ordre mondial dont nous ne voyons pour l'instant que les toutes premières manifestations.

des projets d'aménagement, arrangements fiscaux) ou au sein d'une entreprise (montage comptable, évasion fiscale). La corruption devient alors synonyme de déviance, sans que la norme par rapport à laquelle on évalue le comportement soit clairement désignée. Mais, les publicistes ne sont pas les seuls à raisonner de façon analogique. Un certain nombre d'analystes, malgré les définitions précises qu'ils s'efforcent de donner en introduction à leurs travaux, se laissent emporter par leur fougue persuasive et, dans les exemples qu'ils développent ultérieurement, débordent souvent du cadre initial qu'ils s'étaient fixés."

Outre cette difficulté, déjà de taille, il faut prendre en considération le fait – maintes fois souligné dans cet article – que l'écrasante majorité de recherches sur la corruption ont porté sur des pays en voie de développement et ont souvent été réalisées (et même commanditées) dans le cadre de vastes programmes internationaux tournés vers la réforme d'institutions (politiques, économiques, financières) hautement déficitaires, aussi bien au plan de l'efficacité que de la transparence de leurs activités. Quelle utilité peut-elle avoir, pour les pays qui trônent au sommet du classement de *Transparency International*, depuis qu'il fut institué, l'étude de ces causes ?

Or, dire qu'un un pays affiche, selon toute vraisemblance, un très faible taux de corruption (en se servant ici, bien entendu, de la définition qu'en donnent ceux qui tentent de la mesurer, à l'échelle internationale) ne signifie pas qu'il en soit exempt. Cet énoncé, fondé sur les principes les plus élémentaires de la prudence méthodologique, ne veut en réalité strictement rien dire. La preuve c'est que chaque fois qu'on essaie de donner des contours de réalité à cette corruption d'incidence restreinte qui persisterait en marge d'une société qui n'en est pas atteinte dans ses rouages fondamentaux on se heurte à des difficultés (au plan empirique) insurmontables. Mis à part les scandales qu'à différents moments de la vie politique de n'importe quel pays au monde ont fait la une des journaux et, à certaines occasions, l'objet d'activités d'enquête, le reste relève le plus souvent de la plus pure spéculation. Par conséquent, on ne saurait justifier la nécessité d'une

analyse des causes de la corruption sur la base de l'éventuelle utilité qu'un tel exercice pourrait avoir pour faire face à une réalité dont, si nous sommes affligés, nous ne savons ni comment ni dans quelle mesure. Une telle utilité, s'il y en a une, il faudrait sans doute la chercher ailleurs.

Or, il est peut-être possible de contourner la difficulté en faisant appel à une stratégie analogue à celle dont s'est servie le Groupe de travail sur la criminalité transnationale (GTCT) en se penchant sur la question de l'incidence, au Canada, "des actes de corruption dans d'autres pays d'agents publics étrangers" (MacLaren, 2000). N'ayant pu constater pratiquement aucune incidence importante au pays de tels actes, le rapport a tenu quand même à inventorier les conséquences qu'ils auraient probablement engendrées, *s'ils s'étaient produits*. Démarche pédagogique par excellence, un tel expédient rempli la fonction non négligeable d'alimenter la discussion et l'échange d'idées sur le sujet et, éventuellement, de promouvoir la mise sur pied de politiques préventives qui pourraient peut-être éviter le déploiement des mesures répressives qui arrivent, souvent, quand il est déjà trop tard.

2.2.2 L'analyse causale et l'approche économique

Cartier-Bresson (1998b: 26) identifie deux orientations majeures dans l'ensemble de recherches contemporaines sur la corruption. D'un côté, on trouve les études économiques qui "font l'hypothèse que les transactions sont marchandes"; de l'autre, nous avons les travaux des politologues qui analysent le même phénomène en termes d'*échanges sociaux institutionnalisés*. Or, étant donné que les premières – comme nous l'avons déjà mentionné – dominent aujourd'hui largement le champ de la recherche sur la corruption,[29] on comprendra facilement que la matrice à partir de laquelle l'on pense, le plus souvent, la question des liens de

29. Dire que les études économiques (économétriques pour la plupart) dominent le champ de la recherche c'est dire, en même temps, que la rationalité dont elles s'inspirent marque profondément les programmes d'action qui proposent des mesures de contrôle de la corruption. Les efforts déployés par la Banque Mondiale et le Fonds monétaire international dans ce terrain sont exemplaires à cet égard.

causalité en cette matière soit propre à la science économique. En effet, comme l'affirme ce même auteur,

"Pour la majorité des économistes, depuis l'article pionnier de Banfield (1975), les causes de la corruption tiendraient aux comportements opportunistes d'agents rationnels maximiseurs qui se coordonneraient sur le marché de la corruption. La possibilité du phénomène tient alors aux divergences d'intérêt qui existent entre les mandataires et leurs mandants et au fait que l'asymétrie d'information en faveur des mandataires leur laisse une forte marge de manœuvre discrétionnaire dans leurs comportements. Il est ainsi facile pour un mandataire d'utiliser ce pouvoir discrétionnaire – et cela d'autant plus qu'il possède une situation de monopole le rendant incontournable – pour monnayer des faveurs à des agents tiers dont les gains et les pertes dépendent de lui (...) À la différence des fraudes, la corruption nécessite une alliance entre deux acteurs au détriment de la victime (le mandant). Il existe ainsi un marché de la corruption où s'échangent illégalement, et sous contrainte de sanctions, des biens publics contre des pots-de-vin". (Cartier-Bresson, 1998b: 26)

Or, qu'est-ce qui s'échange, concrètement, dans ce marché illégal qui fonctionnerait, d'après cette approche, selon les règles de l'offre et de la demande? Ou pour poser la question d'une manière sans doute plus directe, comme le font Gray et Kaufmann (1998: 7), qu'est-ce que "des particuliers peuvent 'acheter' à un politicien ou à un fonctionnaire?" Cinq choses essentiellement, répondent-ils (idem: 7-8):

(i) Marchés publics: on pense ici au domaine classique du détournement des règles du jeu, par le recours à des pots-de-vin, en matière de choix des fournisseurs de biens et de services à l'État.

(ii) Avantages accordés par l'État: il est également possible d'acheter l'attribution d'avantages monétaires (avantages fiscaux, subventions, pensions, etc.) ou d'avantages en nature (soins médicaux, immobiliers, intérêts dans des entreprises en voie de privatisation).

(iii) Recettes publiques: on peut, par le truchement des pots-de-vin, obtenir des réductions des impôts ou d'autres redevances prélevées par l'État sur des particuliers.

(iv) Économies de temps et contournement de la réglementation: il s'agit ici d'accélérer la prestation de services rendus par l'État – et par l'État seulement – en payant plus cher que le prix qu'il fixe à tous pour les rendre.

(v) Altération des résultats du processus juridique et réglementaire: nous sommes ici dans le vaste domaine des manœuvres qui cherchent, par la voie de l'offre de récompenses aux autorités compétentes, à réduire voire à paralyser entièrement le pouvoir de contrôle de l'État (au sens le plus large du terme, incluant aussi bien la création que l'application des règles de droit).[30]

Un examen attentif de cette typologie tendrait à montrer qu'elle énonce en filigrane un certain nombre de facteurs, de différents ordres, dont on pourrait prétendre qu'ils sont en rapport de causalité avec les pratiques de corruption. Nous pouvons les diviser en deux catégories: les facteurs structurels ou d'ordre général et les facteurs conjoncturels.

Parmi les premiers, on dénombre les six facteurs suivants comme étant les plus fréquemment cités dans les travaux récents sur la corruption.

(i) Trop de pouvoir entre les mains de l'État: le pouvoir excessif dont peuvent se prévaloir les agents de l'État, dans l'exercice des fonctions qui leur sont confiées, peut, dans certaines conditions, produire des distorsions considérables dans les rapports qu'ils entretiennent avec la société civile; cela se produit lorsque ce pouvoir cesse d'être un instrument devant servir à la distribution équitable des ressources entre les mains de l'État pour devenir un monopole dont ses agents les moins scrupuleux peuvent se servir en leur propre bénéfice; en d'autres termes, ce pouvoir devient alors, à toutes fins pratiques, une marchandise à la portée des plus offrants.

30. Les travaux de Brodeur (1979 et 1984) sur des commissions d'enquête tenues au Canada, et particulièrement au Québec, sur l'administration et le fonctionnement de certains corps policiers est exemplaire de cette dernière modalité. Sur le rôle des commissions d'enquête en matière de contrôle de la corruption (municipale) voir également Acosta (1987).

(ii) Obligation (limitée) de rendre compte (limited accountability): le manque de transparence des activités confiées aux agents de l'État ajouté à la précarité de mécanismes fiables de contrôle et à la perception, qui en est le corollaire, d'être à l'abri de toute forme de sanction, constituent de puissants moyens d'incitation aux pratiques de corruption.

(iii) Faiblesse des institutions: la centralisation excessive des pouvoirs politiques dans certaines sphères de l'appareillage étatique ou entre les mains de certains de ces agents (comme cela se passe dans les régimes autoritaires ou même dans des périodes relativement autoritaires de régimes démocratiques)[31] risque d'affaiblir le rôle de quelques-unes des institutions-clés qui se retrouvent ainsi en position de dépendance vis-à-vis le pouvoir central et, par conséquent, placées face à la nécessité permanente de négocier la forme et même le contenu de l'exercice de leurs fonctions.

(iv) Absence de motivation professionnelle: les mauvaises conditions salariales, l'absence de primes d'encouragement à la productivité et les blocages institutionnels à la promotion aux rangs professionnels supérieurs constituent non seulement de puissants incitatifs à la corruption mais, également, des motifs permettant de la justifier.

(v) Absence de mécanismes de participation de la société civile: les associations et corporations professionnelles, les syndicats, les partis politiques, les médias, les regroupements de citoyens, bref, les divers moyens de participation à la vie sociale et politique d'une communauté constituent autant de remparts à la corruption; en effet, c'est de ces milieux qui viennent, la plupart du temps, les dénonciations à l'origine des scandales politiques; d'autre part, ce n'est pas par hasard que, dans les

31. Dans l'histoire politique du Québec, le régime Duplessis (du nom du premier ministre Maurice Duplessis, qui a gouverné cette province de 1936 à 1939 et de 1944 à 1959), a alimenté de nombreuses études portant, particulièrement, sur les pratiques de patronage politique répandues à l'époque (voir note 20, plus haut). Le travail pionnier de Tardif (1974) sur les rapports entre corps policiers et administration municipale, au Québec, illustre à une bien plus petite échelle les distorsions qu'une situation analogue de dépendance (en l'occurrence, de la police envers la mairie) est en mesure de créer.

sociétés affichant de hauts taux de corruption, ce sont justement ces organisations que les corrupteurs essaient à tout prix de coopter.

(vi) Désenchantement généralisé envers la société: il s'agit ici d'un véritable *syndrome social* résultant du concours de plusieurs malaises qui peuvent affliger les membres d'une société: manque de participation sociale et politique, peu de perspectives d'avenir, sentiment général d'impunité (bénéficiant particulièrement les membres des classes aisées), perte de confiance à l'égard des institutions, etc; un tel état de désenchantement généralisé peut engendrer, à plus ou moins brève échéance, une inversion du sens des valeurs où l'honnêteté, le sens du devoir, le respect de la loi risquent de paraître des vertus démodées en complet déphasage avec un monde réel qui étale sans cesse le triomphe des opportunistes, des affairistes, des débrouillards.

Les facteurs conjoncturels sont trop nombreux pour être inventoriés de manière exhaustive. Les quatre facteurs qui suivent, proposés par Mauro (1997a: 4-5), donnent une idée assez précise de ce à quoi pensent les tenants de l'approche économique lorsqu'ils se penchent sur les causes de la corruption. Car, en effet, dire que quelque chose est la cause d'une autre c'est indiquer, en même temps, sur quoi faudrait-il agir pour que l'effet (la corruption, en l'occurrence) associé à cette cause se modifie. Il ne faudrait donc pas s'étonner que cette courte liste traduise, presque mot à mot, des préoccupations que l'on retrouve fréquemment dans le discours réformateur de la croisade anticorruption.[32] Il s'agit donc des facteurs suivants.

(i) Restrictions de commerce: ce genre de politique, selon Mauro (idem), est l'exemple par excellence de ce que l'on pourrait appeler de création, par le gouvernement lui-même, de sources de *rentes économiques*[33] qui engendrent, à leur tour, des conditions propices à la corruption; il en donne l'exemple suivant:

32. Il convient de noter, pour bien comprendre les positions de Paulo Mauro, qu'il est un économiste à l'emploi de la *Developing Country Studies Division* du Fonds monétaire international.

33. *Source of rents*, en anglais. Le terme de *rents* – d'un usage presque obligatoire dans les analyses économiques de la corruption – désigne les surplus que les détenteurs uniques de certaines ressources rares réussissent à dégager.

"...protecting a home industry (such as plywood manufacturing) from foreign competition through tariffs creates a semi-monopoly for the local industry. Local manufacturers will lobby for the establishment and maintenance of these tariffs and some may be willing to corrupt influential politicians to keep the monopoly going" (idem: 4).

Conclusion (prévisible) qu'il en retire: la corruption est moins présente dans les pays "où le commerce est relativement libre de restrictions gouvernementales que les fonctionnaires corrompus peuvent tourner à leur profit." (idem: 4)

(ii) Les subsides gouvernementaux: une politique qui n'arrive pas à bien définir les conditions d'utilisation ainsi que les éventuels bénéficiaires des subsides gouvernementaux ouvre la porte à ce qu'ils soient mal utilisés. Mauro ira même jusqu'à prétendre qu'il existe une corrélation entre la disponibilité de ces subsides et l'indice de corruption d'un pays.

(iii) Les politiques de contrôle des prix: tout comme les restrictions de commerce, les politiques vouées à la réduction des prix de certains biens, au-dessous du prix de marché, pour des raisons politiques ou sociales, sont une source de rentes et, par conséquent, des comportements de maximisation des rentes (*rent seeking behavior*); ces politiques offrent des conditions idéales pour que certains individus s'accaparent des biens à des prix aussi avantageux moyennant la concession des pots-de-vin aux fonctionnaires qui les contrôlent.

(iv) Les politiques de différents taux de change de monnaies étrangères: certains pays, comme le rappelle Mauro (idem), adoptent plusieurs taux de change (pour les investisseurs, pour les touristes, pour les importateurs, etc.), ce qui peut créer un véritable marché où, par la corruption, certains individus peuvent – sans en avoir le droit – se procurer des devises au taux le plus favorable et les revendre avec profit.

L'analyse des causes de la corruption, dont nous avons donné ici un aperçu sommaire de ce que l'on retrouve actuellement dans l'approche dominante en cette matière, porte la marque indéniable de la pensée néo-libérale qui empreigne

profondément les actions, à différents niveaux, entreprises depuis plus d'une décennie au chapitre de la lutte contre ce que l'on a convenu d'appeler de criminalité économique et financière. Ces analyses ne sont, en réalité, que des instruments d'action forgés dans le but avoué de promouvoir des réformes des structures politiques, économiques et financières des pays périphériques, avec lesquels les pays du centre entretiennent des échanges extrêmement importants à chacun de ces trois niveaux.

2.3 Les coûts de la corruption

2.3.1 L'estimation des coûts

• "Lorsqu'il s'agit de fournir une évaluation chiffrée des délinquances économiques et financières transnationales ou, de façon générale, de l'ensemble des activités délictueuses au niveau mondial, il est très fréquent que le chiffre de 1000 milliards de dollars,[34] initialement lancé par le FMI au début des années 90, soit cité."

• "Le FMI évalue entre 2 et 5% du PIB mondial le montant de l'argent sale blanchi chaque année dans le monde. Ses estimations de la croissance mondiale pour l'an 2000 sont de 3,5%. Exactement dans la fourchette du blanchiment. Conclusion: l'économie mondiale devra sa croissance en l'an 2000 à l'argent sale qu'elle permettra de blanchir."

• "...le journal *Le Monde* dans un article récent déclare que la criminalité financière et le blanchiment de l'argent atteindraient 3000 milliards de dollars."

• "...le produit criminel mondial brut dépasse largement les 1000 milliards de dollars annuels. Cette somme se répartit ainsi: 300 à 500 milliards de dollars de drogues, 200 milliards de dollars de piratage informatique, 10 à 15 milliards de dollars de fraude au budget communautaire européen, une vingtaine de milliards pour le trafic d'animaux etc."

34. C'est à des dollars *américains* que nous faisons référence, ici comme dans les citations qui suivent.

• "L'industrie du crime est encore le meilleur moyen pour s'enrichir: elle génère un chiffre d'affaires annuel estimé à 6000 milliards de francs, soit l'équivalent du PIB du Royaume-Uni."

• "...les actifs déposés dans (les) paradis financiers s'élèvent à 5000 milliards de dollars, soit plus de 3% du PIB mondial."

Quiconque s'est déjà intéressé, ne fut-ce qu'en passant, à la problématique générale des illégalismes transnationaux a sûrement eu l'occasion de lire – soit dans un article savant, un rapport d'une institution nationale ou internationale, un communiqué de presse d'une ONG, un discours d'un dirigent politique ou simplement dans un journal – une affirmation ressemblant étrangement à l'une ou l'autre de celles citées plus haut. Les nôtres furent glanées sans grand souci de méthode dans le travail probablement le plus sérieux et systématique qui se soit penchée sur l'épineuse question des tentatives de mesure des coûts économiques des illégalismes économiques et financiers: la recherche de Cartier-Bresson, Hors, Josselin et Manacorda (2000). Qu'on se rassure, cependant, ces extraits ont été rapportés par les auteurs dans le but précis, d'une part, d'attirer l'attention à l'inflation d'estimations dont les fondements scientifiques ne sont jamais explicités et, de l'autre, d'appuyer l'argument voulant qu'elles ne servent en réalité qu'à coiffer d'un aura de rigueur apparente les programmes politiques auxquels adhèrent les personnes et organismes qui les avancent.

En effet, suite à une analyse poussée des diverses méthodes employées dans des tentatives (sérieuses, cette fois-ci) d'évaluation des coûts économiques des différentes modalités de ce qu'ils appellent des "délinquances économiques et financières transnationales", les auteurs concluent que

"...force est de constater la rareté, la pauvreté, voire l'incohérence des sources chiffrées. Si ces informations sont censées instruire la prise de décisions publiques, alors il faudra encore faire des progrès dans la collecte et la construction des données pour qu'elles soient susceptibles d'éclairer la définition d'une politique criminelle rationnelle. (...) Dans tous les cas, il apparaît que les chiffres, qui

sont censés apporter une dimension rationnelle et objective au débat, ne livrent au contraire que des informations fantaisistes et instrumentalisées par le discours politique et/ou relayées par les journalistes." (Cartier-Bresson *et alia*, 2000: 142).

Trois raisons majeures seront alors invoquées pour justifier ce verdict pour le moins sévère (idem: 142-143). La première tient à la difficulté inhérente à toute entreprise de quantification d'une activité illégale. Difficulté d'autant plus redoutable, d'ailleurs, que ce que l'on cherche à mesurer se faufile allègrement dans la trame complexe des transactions qui se déroulent, à un rythme effarant, dans un marché financier mondialisé. De toute façon, rappellent-ils en deuxième lieu, la production de ces chiffres "n'a pas été, jusqu'à ce jour, une priorité très haut placée dans l'agenda politique" (idem: 142), au motif sans doute que cela nécessiterait des investissements considérables de fonds publics. Troisième et dernière raison, on ne saurait produire des estimations valables des coûts financiers de ces illégalismes sans une véritable coopération internationale, ce qui est encore bien loin d'être acquis.

2.3.2 La corruption, quel prix?

Il serait sûrement trop fastidieux de faire ici état de la liste imposante des coûts, de tous genres, qu'on associe à la corruption dans la littérature spécialisée, et cela pour au moins trois raisons.

Premièrement, parce que la plupart des coûts allégués sont censés se produire dans des pays où la corruption est, vraisemblablement, largement répandue. Deuxièmement, parce que – même en ce qui concerne ces pays – il n'y a pas de consensus parmi les analystes au sujet des coûts qu'on pourrait imputer à la corruption. La controverse autour du sens de la corrélation entre corruption et développement économique est révélatrice de cette impasse: pour les révisionnistes des années 60/70, cette corrélation était positive dans la mesure où l'on réussissait à accomplir, par la corruption, des échanges économiques pour lesquels les structures

officielles en place étaient un obstacle; pour le courant formé par les analyses économiques et économétriques, dominant à partir des années 90, c'est plutôt le contraire qui se produit, la corruption étant immanquablement vue comme une facteur important de stagnation ou décroissance de la richesse collective. Troisième et dernière raison, tout indique que le débat autour de cette question, depuis plus d'une décennie, soit profondément orienté par les choix et agendas politiques de ceux qui y participent. Dire alors que tel ou tel autre problème est attribuable à la corruption peut, souvent, vouloir dire que le problème en question préoccupe à tel point ceux qui le dénoncent qu'ils trouveraient sûrement moyen de le dénoncer, même en absence de corruption.

C'est avec ces mises en garde à l'esprit qu'il faut à notre avis prendre en considération la liste ci-après des coûts ou conséquences de la corruption les plus fréquemment cités dans la littérature spécialisée.

(i) La corruption provoque des pertes substantielles de productivité, dans la mesure où le temps qui devrait être consacré à l'exercice de la fonction payée par l'État est détourné vers l'établissement d'un réseau de contacts et, surtout, vers les opérations nécessaires à l'opacification des pratiques illégales.

(ii) Lorsque la recherche de "rentes économiques", pour employer le jargon des analystes à la mode, s'avère plus lucrative que l'accomplissement des tâches productives, on court le risque de voir les fonctionnaires les plus talentueux et doués privilégier les premières au détriment des secondes.[35]

(iii) La corruption peut s'avérer un important mécanisme de facilitation de l'évasion fiscale[36] qui, à son tour, a une incidence directe sur la capacité de l'État de générer des revenus.[37]

35. Voir Murphy, Schleifer et Vishny (1991 et 1993).

36. Voir, entre autres, Chander et Wilde (1992).

37. Chossudovsky (1996) ira jusqu'à affirmer, sans toutefois le démontrer avec des preuves recevables, que les différentes formes de criminalité organisée qui accompagnent l'expansion de la globalisation sont responsables des déficits budgétaires chroniques que l'on enregistre dans certains pays.

(iv) Les pratiques de corruption dans le secteur de l'adjudication administrative (c.a.d. de l'octroi de contrats d'achat par l'État de biens ou de services fournis par des entreprises privées) augmentent les prix de marché et ont par conséquent un impact direct sur le budget de dépenses publiques.[38]

(v) La corruption déforme le rôle redistributeur de l'État "car certains contribuables ou consommateurs de services publics bénéficieront d'un traitement de faveur" (Cartier-Bresson, 1998b).

(vi) Selon Rose-Ackerman (1997), l'infiltration par la corruption des institutions de contrôle (la police, le pouvoir judiciaire, l'armée) par des organisations criminelles est une étape que, une fois franchie, leur laisse la voie ouverte à la mainmise sur le secteur privé.[39]

(vii) Comme il fallait s'y attendre, on affirme en toutes lettres ou, au moins on laisse entendre, un peu partout dans la littérature contemporaine spécialisée, que la corruption porte directement atteinte aux principes sur lesquels s'appuie l'État de droit et, par conséquent, à la légitimité des pouvoirs publics et au bon fonctionnement des institutions.

3. L'encadrement juridique de la corruption

3.1 La polysémie juridique de la corruption

Dans cette section, nous proposons un bref aperçu de la question des différentes voies d'encadrement juridique de la corruption politique. Il ne saurait, en effet, qu'être bref parce que, pour être saisie dans toute sa complexité, cette question

38. Dans une étude faite pour le compte du Fonds monétaire international, Tanzi et Davoodi (1997) rapportent que, à Milan, le coût des grands projets de construction a diminué *de plus de moitié* suite aux mises en accusation et à l'accroissement de la surveillance des mécanismes d'adjudication administrative provoquées par un scandale de corruption politique.

39. L'entrée des pays de l'Est dans l'économie de marché, suite à l'effondrement do bloc soviétique, a donné lieu à l'émergence en force d'un ensemble de pratiques bien orchestrées d'extorsion mises en œuvre, entre autres, par des anciens membres des organismes de contrôle de l'ex-Union soviétique, certains d'entre eux en rapport direct avec des fonctionnaires très haut placés.

exigerait à elle seule une étude à part. Les difficultés ici sont nombreuses et tiennent, pour commencer, à la notion même d'*encadrement juridique* de la corruption.

Lorsque nous affirmons qu'une conduite fait l'objet d'un encadrement juridique quelconque, nous supposons: *(i)* qu'une conduite fut *identifiée*[40] par le législateur[41] comme devant ou pouvant faire l'objet d'une forme particulière de prise en charge par des mécanismes étatiques de contrôle; *(ii)* que la responsabilité de l'identification et prise en charge de cette conduite est confiée à un système normatif.[42] Or cet énoncé relativement banal cache en fait des difficultés insoupçonnées. Il est en effet banal lorsque nous concevons – comme le font traditionnellement les juristes – chaque système normatif d'une société comme un compartiment étanche, comme un dispositif spécialisé et autonome capable de circonscrire un ensemble à lui (qui lui "appartiendrait" en quelque sorte) de conduites à gérer. C'est précisément cette conception de la configuration de l'ordre juridique qui nous fait dire, comme nous le faisons habituellement, que "ceci est criminel", "cela est du ressort du droit civil", "ceci est une infraction administrative," comme si chaque conduite prise en charge par le droit possédait une "adresse juridique permanente", une référence juridique automatique, exclusive et immuable. S'il est vrai qu'un grand nombre de conduites ont une destination

40. Une conduite est "identifiée" dès lors qu'elle est nommée dans le cadre d'une norme juridique. En plus d'être identifiée, au sens que nous attribuons à ce terme, elle pourra aussi être décrite, définie, etc, mais rien n'en est moins sûr. Dans la tradition juridique anglo-saxonne, la plupart des conduites que l'on retrouve dans la loi pénale ne sont pas définies dans le texte de cette loi, mais seulement *nommées*. Leur définition (c'est-à-dire, c'est à quoi elles correspondent, effectivement, dans le monde des événements) est le résultat de l'activité d'interprétation des normes par les tribunaux, cristallisée par la suite dans les énoncés jurisprudentiels.

41. Nous entendons par "législateur" toute autorité publique investie de la fonction de création d'une norme juridique, quelle que soit la *sphère* d'exercice du pouvoir public où elle se trouve (fédéral, provincial ou municipal ainsi que divers organismes agissant sous l'autorité d'un cadre normatif établi par un de ses paliers – ex.: une corporation professionnelle) et la *portée* de la norme qu'elle crée (normes générales, s'appliquant à tous les membres d'une société, ou normes particulières, destinées à la régulation des conduites de certains individus ou groupes d'individus).

42. Le droit pénal, le droit civil, le droit administratif, le droit disciplinaire constituent des exemples de systèmes normatifs, parmi bien d'autres, de moindre envergure et portée.

pré-établie (en ce sens qu'elles ne peuvent être identifiées et prises en charge que par un et seulement un système normatif), il n'en demeure pas moins vrai que d'autres conduites peuvent être appréhendées par plus d'un système normatif, en même temps. Contrairement aux premières, que nous appellerions des illégalismes typiques d'un système normatif en raison de leur signification juridique unique, les deuxièmes sont *juridiquement polysémiques*, ce qui ouvre la voie à la pluralité d'identifications et prises en charge juridiques dont elle peuvent faire simultanément l'objet. Nous les appelons des illégalismes atypiques ou *privilégiés*.[43]

Malgré le désintérêt manifeste (et pour cause) des approches économiques pour cette importante question ainsi que le peu d'attention que lui a traditionnellement accordé la sociologie juridique et la criminologie, tout porte à croire que derrière cet ensemble extrêmement diversifié de conduites qui réfèrent, directement ou tangentiellement, à la notion de corruption se cache une ample activité d'identification et prise en charge *différentielle* des illégalismes. Les études de cas qui remplissent un très grand nombre de pages d'ouvrages mi-savants, mi-journalistiques, semblent accréditer cette hypothèse. On y constate souvent – particulièrement lors de gros scandales impliquant de hauts dirigeants politiques – le déploiement d'un large éventail de modes hautement spécialisés de règlement des conflits qui assurent, la plupart du temps, un dénouement contrôlé de l'affaire aboutissant à des classements sans suite (pour ne pas dire "étouffement de l'affaire") ou à l'application de sanctions symboliques.[44] Par exemple: dit en des termes simples

43. Pour un exposé en détail de cette problématique, voir Acosta (2004).

44. Ce que ces modes spécialisés de règlements des conflits assurent, avant tout, c'est en réalité un peu plus complexe. En nommant différemment (par rapport à loi pénale, par exemple) une conduite, ils créent une sorte d'automatisme juridique qui fait en sorte que tout autre appellation possible de cette même conduite est écartée au profit du règlement supposément plus approprié qu'ils proposent. C'est ce qui explique, en bonne partie, et dans un tout autre ordre d'idées, pourquoi il est si improbable que la mort d'un ouvrier dans un chantier de travail fasse l'objet d'une prise en charge pénale au lieu d'un règlement par la voie des assurances collectives d'État, comme c'est la règle: puisque cela se passe, justement, dans un chantier de travail, et puisque ce lieu est déjà placé sous l'autorité de normes juridiques précises (qui règlent les relations de travail, les conditions de travail, la sécurité au travail etc.), l'incident mortel est "automatiquemen"

et directs, les agissements à l'origine de ce que l'on appelle (donc identification normative) "conflit d'intérêt", dans le cadre des règles de fonctionnement d'une institution particulière (comme le Parlement d'un pays, par exemple), ne sont pas nécessairement matériellement distincts de ceux qui, dans un autre contexte institutionnel et impliquant d'autres agents, on aurait pu appeler de *corruption*.[45]

3.2 Les instruments normatifs

3.2.1 Au plan international

Voici de manière schématique les principaux instruments normatifs internationaux forgés dans le sillage de la croisade anticorruption.[46]

(i) La *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*,[47] adoptée par l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) en février 1999. Bien qu'elle ne constitue pas à proprement dire un document officiel de l'OCDE, mais un dispositif de contrôle négocié dans le cadre de cette organisation (Martin, s/date: 2), elle oblige les 35 pays qui l'ont signée à "considérer comme une infraction pénale le fait d'offrir, de promettre ou de donner des pots-de-vin à un agent public étranger dans le but d'obtenir ou de conserver un marché dans le commerce international."[48] Il n'est pas un secret pour personne que

appréhendé (juridiquement) à la lumière de la logique propre au champ normatif dominant du lieu où il se produit.

45. Plusieurs des scandales ou affaires impliquant des atteintes à la moralité publique, rapportés dans Gibbons et Rowat (1976), le récit journaliste de Harrison et Stevens (1988) ainsi que les nombreux cas qui illustrent les écrits portant sur les pratiques de patronage et de lobbying, peuvent sans grande difficulté être examinés dans cette perspective.

46. La source de cette énumération est le document "Le coût de la corruption", Dixième Congrès des Nations Unies pour la Prévention du Crime et le Traitement des délinquants, http://www.un.org/french/events/10thcongress/ 2088bf.htm.

47. Pour le texte en français de la Convention, voir http://www.oecd.org/document/21/0,2340,fr_2649_34859_2649236_1_1_1_1,00.html; pour le texte en anglais, voir http://www.oecd.org/document/21/0,2340,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html.

48. Voir OCDE, http://www.oecd.org/FR/about/0,FR-about-88-3-no-no-no-88,00.html.

c'est sous l'instigation des États-Unis que la discussion qui a abouti à cette convention a pris son envol au sein de l'OCDE. Ayant adopté, depuis 1977, le *Foreign Corrupt Practices Act,*[49] qui incrimine tout acte de corruption d'un officiel étranger, les américains tenaient absolument (pour faire face surtout à la concurrence européenne) à ce que "les grands pays exportateurs (fassent) peser sur leurs entreprises les mêmes contraintes que celles" que la législation américaine fait peser sur les leurs (Lascoumes, 1999: 8). Il ne manque cependant pas des industriels concurrents qui prétendent que les entreprises américaines continuent de corrompre des agents publics étrangers par le biais de leurs filiales – les *Foreign Sales Corporations*, qui bénéficient de subventions gouvernementales – installées dans des paradis fiscaux (Abramovici, 2000: 22-23).

(ii) La *Convention civile sur la corruption,*[50] adoptée en 1999 par le Conseil de l'Europe, est un instrument qui met à la disposition des personnes qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption, même de la part d'un État, des recours civils pour la défense de leurs droits. L'utilisation des recours prévus dans le droit civil contre des actes ciblés par les lois pénales est une stratégie qui remonte au moins au fameux *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)*[51] inclus dans l'*Organized Crime Control Act* américain de 1970. Stratégie, soit dit en passant, qui a connu un certain succès au cours des dernières années par son inclusion, dans plusieurs pays à travers le monde, dans des législations pénales portant sur les produits de la criminalité.

49. Le site officiel de cette loi est http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa.html. On trouvera à http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00345/000225/title/subject/topic/international%20trade%20law_litigation/filename/internationaltradelaw_1_435 et à http://www.bisnis.doc.gov/bisnis/fcp1.htm d'excellents commentaires sur cette importante pièce législative.

50. Voir http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Word/174.doc, pour le texte en français, et http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/174.htm, pour le texte en anglais, de cette Convention.

51. Pour le texte de RICO, voir http://www.ricoact.com/the_act.htm. On trouvera chez Greek (1991 – disponible à http://www.fsu.edu/~crimdo/rico.html) une excellente analyse des moyens d'action pénaux et civils prévus par cette loi.

(iii) Le *Code des bonnes pratiques sur la transparence dans les politiques monétaires et financières: déclaration de principes,*[52] mis de l'avant par le Fonds monétaire international en 1990, est à l'image de cette institution. En se donnant comme mission l'accroissement de la transparence dans les activités financières, publiques et privées, il s'avère un outil de plus dans la campagne mondiale orchestrée par cette institution en faveur de l'adoption des "principes de la bonne gouvernance."

(iv) La *Convention pénale sur la corruption*[53] du Conseil de l'Europe (1998) poursuit deux objectifs majeurs: d'abord, imposer aux pays européens l'obligation de criminaliser une vaste gamme d'actes de corruption, en deuxième lieu, promouvoir la coopération internationale dans les poursuites judiciaires dans ce domaine.

(v) La *Convention sur la corruption,*[54] adoptée en 1997 par l'Union européenne, est de portée plus restreinte et impose aux quinze membres de l'Europe l'adoption de mesures pénales contre les actes de corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États de l'Union européenne.

(vi) Le *Code de conduite pour les responsables de l'application des lois*[55] fut adopté, en 1996, par les Nations Unies avec le double objectif d'inciter les fonctionnaires investis de fonctions reliées à l'application de la loi à chasser la corruption de leur milieu de travail et à la combattre, ailleurs, sur toutes ses formes.

52. Pour le texte en français du Code, voir http://www.imf.org/external/np/mae/mft/code/fre/code2f.pdf; pour la version anglaise, voir http://www.imf.org/external/np/mae/mft/code/index.htm.

53. Voir http://conventions.coe.int/Treaty/FR/WhatYouWant.asp?NT'173 (pour la version française) et http://conventions.coe.int/Treaty/EN/WhatYouWant.asp?NT'173 (pour la version anglaise).

54. Titre abrégé de la "Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point *c)* du traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne." Le texte de la Convention sur la corruption de l'Union Européenne est disponible à http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l33027.htm (pour la version française) et à http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l33027.htm (pour la version anglaise).

55. Voir http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/h_comp42_fr.htm (pour la version française) et http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp42.htm (pour la version anglaise).

(vii) La *Déclaration des Nations Unies sur la corruption et les actes de corruption dans les transactions commerciales internationales,*[56] de 1996, "engage les membres des secteurs public et privé à respecter les lois et règlements des pays où ils exercent leurs activités et à tenir compte des effets de leurs actions sur le développement économique social et l'environnement."

(viii) La *Convention interaméricaine contre la corruption,*[57] adoptée en 1996 par l'Organisation des États américains, est un instrument régional qui cherche, entre autres, à renforcer le caractère démocratique des institutions et à prévenir les actes de corruption dans l'administration publique.

Outres ces instruments, beaucoup d'autres encore, de portée plus réduite ou formulés en termes encore trop généraux (comme la *Convention sur le crime organisé transnational,* adoptée par les Nation Unies en 2000) sont venus s'ajouter à l'arsenal juridique international destiné à la "lutte contre la corruption", au cours des dernières années. Modestes ou ambitieux – mais, quoi qu'il en soit, invariablement présentés comme des réponses de la communauté internationale aux coûts imposés par la corruption – ces instruments devraient plutôt, à notre avis, être interprétés à deux niveaux distincts. Sur un plan plus général, comme des signes palpables, entre bien d'autres, que les ruines du mur de Berlin sont sans doute les assises d'un nouvel ordre qui s'instaure graduellement mais inexorablement sur la scène mondiale; de façon plus spécifique, on devrait y voir le fait que ceux qui sont aujourd'hui en position de dessiner les contours de cet ordre s'accordent sur la nécessité d'imposer un certain nombre de correctifs ou, tout au moins, de mécanismes de ralentissement des effets les plus pervers de l'expansion sans frein des marchés à l'échelle globale. Il serait à notre avis naïf ou, dans la meilleure des hypothèses, fort prématuré de voir dans ces dispositifs juridiques des moyens crédibles capables de changer de manière

56. Voir http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/768/74/PDF/N9776874.pdf?OpenElement (texte français) et http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/768/73/PDF/N9776873.pdf?OpenElement (texte anglais).

57. Pour la version en français de la Convention, voir http://www.oas.org/juridico/fran%C3%A7ais/b-58.htm; pour la version en langue anglaise, voir http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html.

perceptible les données d'une situation qu'on ne cesse de dénoncer.[58] Bâtis sur les assises – combien fragiles de nos jours – qu'offre le droit international, ces instruments n'ont la plupart du temps qu'une simple valeur symbolique (si c'en n'est pas carrément diplomatique) par laquelle un État manifeste son adhésion, à des degrés fort variables d'enthousiasme, à des principes que l'on présente comme étant internationalement reconnus et dignes d'être farouchement protégés. Leur valeur effective, comme moyen de résoudre ou d'amoindrir les problèmes auxquels ils prétendent s'attaquer, est souvent plus que douteuse. Mis à part la *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, de l'OCDE, qui est effectivement à l'origine de lois nationales, dans plusieurs pays, le reste relève plutôt du discours d'intention. Quand on pense que l'Europe, qui ne mesure pas d'efforts pour concrétiser sa puissance politique et économique, bat probablement tous les records de production de protocoles, déclarations communes, conventions et traités, dont la plupart restent plus ou moins lettre morte ou ne sont même pas ratifiés, il y a effectivement lieu de rester songeur quant à la capacité réelle de ces instruments de faire face aux immenses intérêts politiques et aux rapports de force qui sous-tendent la réalité transnationale de la corruption.[59]

3.2.2 Dans l'ordre juridique canadien: une illustration

Jusqu'au 14 février 1999, date de l'entrée en vigueur de la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*,[60] les infractions pénales entrant dans la catégorie générale

58. Soit dit en passant, il est peu probable que les concepteurs de ces instruments croient véritablement à leur efficacité dans la lutte qu'ils disent mener à la corruption. La complaisance dont ils font preuve, en même temps qu'ils mettent en place ces instruments, avec la réalité qui prévaut depuis fort longtemps dans les paradis fiscaux qui abritent des sommes colossales générées par des activités illégales de toutes sortes, laisse plus d'un observateur perplexe (voir, entre autres, Lascoumes, 1999).

59. Voir, à ce sujet le bilan "en demi teinte" de Paul Helminger, Convention sur l'avenir de l'Europe, 6 juin 2002, http://www.eu-konvent.dk/upload/application/305047a5/926.pdf.

60. La version en français de cette loi est à http://lois.justice.gc.ca/fr/C-45.2/29967.html; pour la version anglaise, voir http://laws.justice.gc.ca/en/C-45.2/39293.html

des actes de corruption étaient incluses dans la Partie IV (*Infractions contre l'application de la loi et l'administration de la justice*) du *Code criminel* canadien. Il s'agit des infractions suivantes: corruption de fonctionnaires judiciaires, corruption de fonctionnaires, fraudes envers le gouvernement, souscription à une caisse électorale, abus de confiance par un fonctionnaire public, corruption dans les affaires municipales, achat ou vente d'une charge et le fait d'influencer ou négocier une nomination ou en faire le commerce.[61] Avec l'inclusion de la Partie XII.2 (*Produits de la criminalité*), quatre des infractions prévues à la Partie IV (corruption de fonctionnaires judiciaires, corruption de fonctionnaires, fraudes envers le gouvernement et abus de confiance par un fonctionnaire publique) sont considérées des "infractions de criminalité organisée" pour fins d'application de l'article 462.31 (recyclage des produits de la criminalité).

Comme on le sait, l'adoption de la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* (L.C. 1998, c. 34) est en lien direct avec l'acceptation, par le Canada, des principes et directives contenues dans la *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, de l'OCDE. Elle témoigne, par conséquent, de la volonté de son gouvernement de participer activement aux efforts internationaux de lutte contre la corruption. C'est donc sur cette toile de fond que cette loi ajoute trois nouvelles infractions pénales au droit positif canadien: la corruption d'un agent public étranger,[62] le recyclage des biens et des produits dérivés de cette corruption et la possession de ces biens et produits. Suivant un principe déjà bien ancré dans le droit pénal canadien,

61. L'infraction de "commission secrètes" ne peut pas être considérée, contrairement à ce que l'on peut lire même dans des documents du ministère de la Justice du Canada, comme relevant du domaine de la corruption, au sens classique du terme (c'est-à-dire, où l'une des parties impliquées est un fonctionnaire public). Ce n'est pas par hasard, d'ailleurs, qu'elle ne se trouve pas dans la Partie IV, mais plutôt dans la Partie X (Opérations frauduleuses en matière de contrats et de commerce) du Code criminel canadien.

62. Au sens de la loi, l'expression "agent public étranger" désigne autant un représentant élu ou un représentant d'un gouvernement d'un État étranger qu'un fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique.

autant les personnes physiques que morales sont pénalement responsables. Les premières s'exposent à des peines maximales de 5 ans (corruption d'un agent public étranger) et de 10 ans (pour les deux autres infractions). Le montant des amendes applicables aux personnes morales est laissé à la discrétion des juges puisque la loi n'y a prévu aucun plafond. Soulignons également que, à son article 13, la loi impose aux ministres des Affaires étrangères, du Commerce international et de la Justice l'obligation de produire conjointement, chaque année, un rapport sur la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE et sur l'application de la loi, qui devra être déposé devant chacune des chambres du Parlement. La troisième édition de ce rapport (2002) fait état de la première application au pays de la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* dans les termes suivants:

"En créant une nouvelle Loi distincte sur la corruption d'agents publics étrangers, le gouvernement fédéral permet une application à la fois fédérale et provinciale. Il existe un certain nombre de raisons pratiques pour entamer des poursuites au niveau fédéral: *la Loi est une réponse du gouvernement fédéral à une initiative internationale et marque l'engagement du Canada envers ses partenaires commerciaux.* Il est également probable que les poursuites ne seront pas fréquentes et exigeront des connaissances spécialisées dans ce domaine qui, pour des raisons pratiques, pourraient être acquises et maintenues par le ministère de la Justice du Canada. Pour l'heure, nous avons appris que le gouvernement de l'Alberta avait intenté une poursuite en vertu de la Loi. Hector Ramirez Garcia, un agent d'immigration des États-Unis qui travaillait à l'aéroport international de Calgary a plaidé coupable en juillet 2002 d'avoir accepté des pots-de-vin de la Hydro Kleen Group Inc., une société située en Alberta, en échange de faveurs accordés à la compagnie. Garcia attend sa sentence.

Hydro Kleen, son président Rober Watts et son employée Paulette Francis Bakke ont été accusés en vertu de la Loi sur la corruption d'agents publics étrangers notamment de deux chefs de corruption de Garcia et ils attendent leur procès devant la Cour du banc de la Reine de l'Alberta." (Rapport au Parlement, 23.10.2002, http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/report_parliament-fr.asp, nos italiques).

4. Conclusions

L'analyse des enjeux théoriques et empiriques contemporains du champ d'étude de la corruption politique, proposée par cet article, autorise un certain nombre de conclusions que nous pouvons énoncer dans les termes suivants.

(i) L'inflation définitionnelle, en matière de corruption, à laquelle s'ajoutent les effets pervers causés par la banalisation (surtout médiatique) du terme contribuent grandement, comme par le passé, à opposer de sérieux obstacles à la tâche d'identification précise des pratiques qui y sont associées. Le champ d'étude qui depuis au moins quarante ans s'efforce de les circonscrire se trouve, du même coup, marqué de ces imprécisions. L'entrée en scène, au cours des dix dernières années, des approches économiques, aujourd'hui largement répandues, a certes contribué à une plus grande stabilisation conceptuelle de la corruption, ce que l'on constate d'ailleurs sans grande difficulté dans la plupart des textes qui la prennent comme objet. Ce progrès, relativement modeste, s'accomplit cependant au prix fort de la domination presque hégémonique d'une conception des rapports sociaux (réduits le plus souvent à leur seule dimension comportementale), à la base de la corruption, empreinte d'une rationalité de coûts et bénéfices. Il est à souhaiter que les spécialistes des analyses sociopolitiques et, surtout, sociojuridiques reprennent du service afin de mettre en lumière toute une série de dimensions importantes de la corruption que les approches économiques ne sont définitivement pas en mesure d'éclairer.

(ii) En dépit des différences substantielles que l'on peut retracer entre les recherches qui ont constitué, au cours des années 60/70, une tradition savante d'études sur la corruption politico-administrative et celles – beaucoup plus nombreuses – qui depuis les années 90 décortiquent avec un rare luxe de détails les multiples facettes de ce champ d'activités illégales, un constat s'impose: la corruption qui dérange, qui inquiète et qui, par ces faits mêmes, doit être maîtrisée et, éventuellement, anéantie, est celle qui prend place dans les pays périphériques. De la corruption qui existe et qui a toujours existé dans les grands pays du centre, on

ne parle pas, ou presque pas. Justice soit faite, les partisans du courant de recherche le plus en vogue aux années 60/70 (celui de la modernisation) avaient au moins une tentative d'explication à cet état des choses: la corruption, affirmaient-ils sans sourciller, était dans la nature même du sous-développement, une maladie en quelque sorte indissociable du retard de l'évolution politique, économique et sociale des pays les moins nantis. Si, d'une part, on aurait des raisons de se rassurer en constatant qu'aucun chercheur sérieux soutiendrait aujourd'hui pareille ineptie, de l'autre, on en a autant de s'inquiéter devant le silence de plomb avec lequel on a apparemment clos ce débat. Malgré les grands scandales de la vie publique qui, régulièrement, secouent les grands pays du centre, malgré le fait incontournable que ce sont précisément ces pays qui font tourner les rouages d'un marché financier sans lois et sans frontières, la corruption des grands pays industrialisés ne soulève de toute évidence aucun intérêt particulier.

(iii) Formulées dans le but déclaré de corriger les effets réputés néfastes de la corruption qui sévit dans les pays les plus démunis, tant au plan économique que social et politique, les analyses qui cherchent à mettre en lumière ses causes ainsi que les coûts qu'elle engendre n'ont de toute évidence pas d'utilité universelle. Il serait d'ailleurs souhaitable que les textes officiels (rapports gouvernementaux, énoncés de politiques criminelles, déclarations d'agences de contrôle, etc.) qui abordent la question de la corruption prennent une certaine distance critique par rapport à ces analyses et s'abstiennent de se référer à ces causes et, particulièrement, à ces coûts[63] comme s'ils étaient des vérités incontestables sur lesquelles on pourrait bâtir et justifier des modes d'intervention. Nous ne voyons par contre aucun inconvénient, bien au contraire, à ce qu'ils soient pris en considération et analysés de manière intelligente et critique dans le but d'amorcer une réflexion en cette matière capable de susciter des idées nouvelles et créatives. Dit autrement,

63. La question est du reste particulièrement grave dans tout ce qui concerne de près ou de loin les tentatives d'estimation des coûts financiers de la corruption. Comme nous l'avons montré, le discours portant sur les "chiffres de la corruption" n'est au demeurant qu'un discours informé par des agendas politiques précis sans aucun fondement scientifique reconnaissable.

les résultats produits par les analyses des coûts et conséquences de la corruption peuvent nous être d'une certaine utilité, pourvu bien entendu qu'on ne le prenne pas au pied de la lettre.

(iv) L'importante question de l'encadrement juridique de la corruption n'a reçu dans cet article qu'un traitement sommaire et expéditif, et pour cause : elle mérite à elle seule une analyse à part qui reste d'ailleurs à faire. Son caractère forcément fragmentaire ne nous a cependant pas empêché d'évaluer, au moins dans ses traits essentiels, la redoutable complexité du problème de sa qualification juridique. Nous avons en effet essayé de montrer que, à la tendance bien ancrée qui ne voit dans la corruption qu'un fait juridique *pénal* – c'est-à-dire, un ensemble d'agissements qui ne sauraient être saisis et signifiés que dans le cadre de la logique et de l'outillage conceptuel du droit pénal –, on pourrait et on devrait opposer une approche qui la conçoit comme un phénomène juridiquement *polysémique*. Tel que d'innombrables scandales de la vie politique, dans plusieurs pays, l'ont montré, la corruption n'est pas davantage un fait pénal qu'elle n'en est un qui relève de plein droit d'univers aussi différents que ceux que forment les règles du droit administratif ou, encore plus probablement, celles qui régissent le fonctionnement de certains secteurs de l'appareil de l'État. Corruption, qu'on se le dise une fois pour toutes, n'est en fait que le nom qu'un système normatif (en l'occurrence celui du droit pénal) donne à certaines pratiques que d'autres systèmes normatifs nomment et traitent *autrement*. À force d'y voir les seules manifestations dont un système normatif aussi réducteur et sélectif que le droit pénal peut rendre compte, on se condamne d'avance à laisser dans l'ombre un nombre considérable d'autres expressions du même phénomène qui ont cours dans des lieux régis par d'autres systèmes de régulation, par ailleurs beaucoup plus sophistiqués. Le rapport au Parlement canadien des autorités ministérielles responsables de l'application de la *Convention* de l'OCDE et de la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, dont nous avons cité un extrait à la section 3.2.2 de ce texte, est à cet égard exemplaire: trois ans après l'entrée en vigueur d'une loi qui, selon les termes mêmes du rapport,

"marque l'engagement du Canada envers ses partenaires commerciaux," le seul résultat à afficher est l'incrimination du patron et d'une employée d'une compagnie albertaine qui auraient soudoyé un agent d'immigration hispano-américain posté à l'aéroport de Calgary!

(v) Toujours au chapitre de l'encadrement juridique, on constate que la prolifération d'instruments internationaux de lutte contre la corruption n'est pas un gage d'efficacité. Leur valeur assurée, tout semble l'indiquer, est avant tout symbolique, et à ce titre ils font état d'une volonté commune et partagée de reconnaître l'existence d'un problème qui afflige de manière par ailleurs fort distincte les membres de ce que l'on appelle la *communauté internationale*. Au-delà de cette fonction, du reste classique dans le domaine de la production du droit international, tout est encore au stade des raisonnements hypothétiques qui appellent des évaluations rigoureuses. À l'état actuel, il est possible, par exemple, d'avancer l'idée que la promotion de plus en plus fréquente des recours civils par ces instruments pourrait éventuellement décloisonner le traitement préférentiellement pénal de la corruption. L'usage des confiscations et saisies de biens, dans des domaines connexes à ceux de la corruption (comme, par exemple, la criminalité des corporations) s'est avéré un outil de contrôle capable de contourner les obstacles qui traditionnellement mettent en échec la loi pénale.

(vi) L'émergence progressive, au cours des 10/15 dernières années, d'un nouvel ordre mondial est à notre avis l'un des plus importants constats à retenir. S'il témoigne, dans son essence même, d'un réaménagement profond et peut-être irréversible des rapports de pouvoir politique et économique entre tous les pays du monde et, plus particulièrement, entre ceux du centre et ceux de la périphérie, ce nouvel ordre ne va pas sans créer des remous considérables dans plusieurs autres sphères d'existence des États nationaux. Pour notre propos, nous retiendrons ceux qui s'opèrent à l'interface des systèmes politique et juridique et, tout particulièrement, ceux qui ont produit un véritable réaménagement de sens au plan de la notion de souveraineté, au cours des dernières années. Car,

en effet, ce ne sont pas seulement les frontières économiques et culturelles qui se sont progressivement effacées tout au long de cette période, dans le sillage de la globalisation économique et de la révolution informatique, mais aussi les *frontières politiques* (avec le renforcement considérable du pouvoir des organismes supranationaux) et, de plus en plus, les *frontières juridiques* (avec la prolifération d'instruments juridiques de portée internationale, de cours internationales et d'organismes internationaux et régionaux chargés d'une véritable opération permanente de "lobbying juridique").[64] Il y a des avantages non négligeables à retirer de cette nouvelle donne tout comme il y a de sérieux inconvénients qui peuvent éventuellement lui être imputés.

Au compte des bénéfices escomptés, on pense intuitivement aux possibilités immenses qu'une plus grande convergence des particularismes juridiques nationaux pourrait ouvrir au plan de la coopération internationale en matière d'administration de la justice et de gestion de la sécurité publique. Car rien, en effet, n'est moins utile à l'implantation et à la bonne marche des réseaux transnationaux de corruption ou de blanchiment d'argent ou de quelque forme que ce soit de criminalité économique et financière que les conflits juridictionnels entre les pays où ces réseaux opèrent. L'idée en soi d'une plus grande intégration, au plan international, des efforts visant à contrer les effets pervers engendrés par un excès de protectionnisme juridique n'est pas mauvaise et, dans la mesure où certains acquis du nouvel ordre mondial

64. C'est sans aucune intention malveillante ou ironique que nous proposons ce terme qui, à notre avis, désigne bien ce que font un grand nombre d'organismes, de création relativement récente (le GAFI et les différentes institutions, de portée régionale, qui gravitent autour de lui en sont de parfaits exemples), dont l'essentiel de la mission se résume à faire pression sur les membres de la communauté internationale pour qu'ils entreprennent des réformes législatives selon un modèle pré-établi et à exercer une surveillance constante (par la voie, entre autres, de la publication périodique de "listes noires") pour que les récalcitrants rentrent dans les rangs. Par ailleurs, on aurait tort de ne pas reconnaître – comme, malheureusement, très peu d'auteurs l'on fait pour l'instant (voir Beare et Martens, 1998) – que le terme de "lobbying juridique" sert également à décrire le genre de rapports que les États-Unis entretiennent régulièrement avec le Canada, en matière de législation pénale et de politiques de sécurité publique. Les événements du 11 septembre n'ont fait qu'ajouter un nouvel élan aux visées normalisatrices des américains comme en témoignent d'ailleurs les pressions fortes et constantes dont le Canada fait l'objet au domaine de la sécurité de ses frontières et de ses politiques d'immigration.

sont là pour rester, elle est sans doute incontournable. Néanmoins, il ne faudrait pas se faire trop d'illusions, du moins à court terme, quant à la mise en œuvre effective d'une collaboration dans ces terrains, au plan international. L'Europe, qui a réussi admirablement à incorporer dans des structures communautaires les économies et les instances politiques des pays qui la forment, rencontre encore toute sorte d'obstacles à intégrer ses organismes de contrôle et à donner une langue commune à ses systèmes juridiques. Et même à l'échelle beaucoup plus réduite d'un même territoire national, la collaboration en cette matière n'est jamais une mince besogne: la lutte fratricide à laquelle se livrent, aux États-Unis, les corps policiers municipaux et même des icônes de l'appareillage de contrôle américain, comme le FBI, la DEA et la puissante CIA, dans la course pour la saisie des drogues (dont les produits reviennent aux corps policiers qui les opèrent), illustre bien le genre de difficultés qui pavent le chemin des grands projets de coopération judiciaire et policière.

En tête de liste des inconvénients il faudrait sans doute placer le risque (qu'on ne saurait pour l'instant évaluer avec précision) qui court tout ordre juridique national qui s'ouvre sans réserve à l'importation de cadre normatifs forgés pour réagir à des situations problématiques qui lui sont partiellement ou totalement étrangères. Entre l'obligation, pour un pays, d'honorer ses engagements internationaux et le devoir de préserver l'identité de ses propres institutions il y a un équilibre de plus en plus difficile à trouver dont les champions des croisades (anti-corruption, drogues, terrorisme, etc.) ne donnent aucune indication d'être le moindrement soucieux. À ce titre, le rôle d'organismes comme la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, l'OCDE, l'OEA ainsi que d'une multitude de commissions et groupes de travail internationaux qui sous prétexte de mener une lutte commune contre un mal qui affligerait également à tous, se font le plus souvent les courroies de transmission des besoins en matière de contrôle de certains pays ou régions en particulier, devrait être examiné d'un œil critique chaque fois qu'on appose sa signature au bas des déclarations communes, traités et conventions qu'ils proposent.

5. Bibliographie

ABRAMOVICI, P. Les jeux dispendieux de la corruption mondiale. *Le Monde Diplomatique*, nov., 2000.

ABUEVA, J. V. The Contribution of Nepotism, Spoils, and Graft to Political Development. *East-West Center Review*, 3, 1966.

_____.What Are We in Power for? The Sociology of Graft and Corruption. *Philippine Sociological Review*, 18, (3-4), 1970.

ACOSTA, F. La corruption politico-administrative: émergence, constitution et éclatement d'un champ d'études. *Déviance et société*, 9 (4), 1985.

_____. De l'événement à l'infraction: le processus de mise en forme pénale. *Déviance et société*, 11 (1), 1987.

_____. Os ilegalismos privilegiados. Antropolìtica. *Revista Contemporânea de Antropologia e Ciência Política*, n. 16, 2004.

ADERINWALE, A. *Corruption, Democracy and Human Rights in East and Central Africa:* Summary Report of a Seminar Organized by the Africa Leadership Forum, Entebbe, *Uganda.* Ibadan: ALF Publications, 1994a.

_____. *Corruption, Democracy and Human Rights in West Africa:* Summary Report of a Seminar Organized by the Africa Leadership Forum in Cotonou, Benin. Ibadan: ALF Publications, 1994b.

ADES, A., di Tella, R. *Competition and Corruption.* Working paper. Oxford University, Institute of Economics and Statistics. Oxford: United Kingdom, 1994.

ALAM, M. Some Economic Costs of Corruption in LDCs. *Journal of Development Studies,* 27, 1991.

_____. A Theory of Limits on Corruption and Some Applications. *Kyklos,* 48 (3), 1995.

ALATAS, S. H. *The Sociology of Corruption:* the nature, fonction, cause and prevention of corruption. Singapore: Donald Moore, 1968.

_____. *Corruption:* its nature, causes and functions. Aldershot, 1990.

ALESINA, A., Perotti, R. The Political Economy of Growth: a critical survey of the recent literature. *World Bank Economic Review,* 8, (3), 1994.

_____. The Political Economy of High and Low Growth. In: B. Pleskovic, Joseph E. Stiglitz (eds.). *Annual World Bank Conference on Development Economics.* Washington, DC: The World Bank, 1997.

AMICK, G. *The American Way of Graft.* Princeton: Center of Analysis of Public Issues, 1976.

ANDVIG, J., Moene, K. How Corruption May Corrupt. *Journal of Economic Behavior and Organization*, 13, 1990.

ANECHIARICO, F., Jacobs, J. B. *The Pursuit of Absolute Integrity.* Chicago: University of Chicago Press, 1996.

AULTMAN, M.G. Social Psychological Approach to Study of Police Corruption. *Journal of Criminal Justice,* 4, (4), 1976.

AUSTERN, D. *et alia.* Maintaining Municipal Integrity. *Trainer's Handbook.* Washington: United State Department of Justice, 1979.

AYITTEY, G. B. N. *Africa Betrayed.* New York: St. Martin's Press, 1992.

BAERWALD, H. H. Lockheed and Japanese Politics. *Asian Studies*, 16, (9), 1976.

BANFIELD, E. Corruption as a Feature of Governmental Organizations. *Journal of Law and Economics*, 3, 1975.

BARDHAN, P. Symposium on Democracy and Development. *Journal of Economic Perspectives*, 7, (3), 1993.

_____. Corruption and Development: a review of issues. *Journal of Economic Literature*, 35, 1997.

BARKER, A. *The Upturned Stone:* political scandals in twenty democracies and their investigation processes. Essex Papers in Politics and Government, 92, University of Essex, 1992.

BARLOW, C. H. M. Ethical Codes for African Administrations: nature, content, limitations and required improvements. S. R. Olowu (ed.). *Ethics and Accountability in African Public Service.* Nairobi: Icipe Science Press, 1993.

BARONE, S., Kim, S. H. International Payoffs. Profits and Morality. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 4, (1), 1980.

BARRO, R. J. Economic Freedom and Political Democracy. *Swiss Review of World Affairs,* Jan., 20-22, 1995.

_____. Democracy and Growth. *Journal of Economic Growth*, (1), 1, 1996.

_____. *Determinants of Economic Growth:* a cross-country empirical study. Cambridge : MIT Press, 1997.

BAYLEY, D. The Effects of Corruption in a Developing Nation», *The Western Political Quarterly*, 19, (4), 1966.

BEARE, M. E., Martens, F. T. Policing Organized Crime. The Comparative Structures, Traditions, and Policies Within the United States and Canada. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 14, (4), 1998.

BECKER, G., Stigler, G. Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers. *Journal of Legal Studies,* 3, 1994.

BERTRAND, J. Growth and Democracy in Southeast Asia. *Comparative Politics*, 30, (3), 1998.

BESLEY, T., MCLAREN, J. Taxes and Bribery: the role of wage incentives. *The Economic Journal,* 103, 1993.

BOIVIN, D. *Le Lobbying ou le pouvoir des groupes de pression.* Montréal: Éditions du Mériedien, 1984.

BRAUTIGAM, D. Governance, Economy, and Foreign Aid. *Studies in Comparative International Development*, 27, (3), 1992.

BRODEUR, J.-P. L'ordre délinquant. Les commissions d'enquête sur la police comme instrument politique. *Déviance et Société*, 3, (1), 1979.

_____. *La délinquance de l'ordre.* Recherches sur les commission d'enquête I. Montréal: Hurtubise HMH, 1984.

CAIDEN, G. E., CAIDEN, N. J. Administrative Corruption. *Public Administrative Review*, 37, (3), 1977.

_____, KIM, J. H. A New Anti-Corruption Strategy for Korea. *Asian Journal of Political Science*, 1, (1), 1993.

CAMPOS, J. E., LIEN, D., PRADHAN, S. The Impact of Corruption on Investment: Predictability Matters. *World Development*, 27, (6), 1999.

CANADIAN Study of Parliament Group. *Interest Groups and Parliament.* Ottawa, 1989.

CARINO, L. V. (ed.). *Bureaucratic Corruption in Asia:* causes, consequences and controls. Berkeley: University of California Press, 1988.

CARTIER-BRESSON, J. Éléments d'analyse pour une économie de la corruption. *Revue Tiers Monde*, 131, 1992.

_____. L'économie de la corruption. De la définition d'un marché de la corruption à ses formes organisationnelles: un premier bilan des analyses économiques de la corruption. In: Porta, D. *et al. La Corruption en Europe.* Paris: La Découverte, 1995a.

_____. Les réseaux de corruption et la stratégie des '3S', Sleep, Silence, Smile. In: Borghi *et al. La Corruption.* Editions universitaires de Fribourg, 1995b.

_____. Quelques propositions pour une analyse comparative de la corruption en Europe de l'Ouest. *Revue Internationale de Politiques Comparées*, 1997a.

_____. *Analyses et Contrôle de la Corruption.* Collection Finance et Société. Association d'Économie Financière. Montchrétien, 1997b.

_____. Corruption Networks, Transaction Security and Illegal Social Exchange. In: Heywood, P. (ed.) *Political Corruption.* Oxford: Blackwell Publishers, 1997c.

_____. Présentation. *Mondes en développement*, 26 (102), 1998a.

_____.Les analyses économiques des causes et des conséquences de la corruption: quelques enseignements pour les pays en développement. *Mondes en développement*, 26 (102), 1998b.

_____.Corruption, libéralisation et démocratisation. *Revue Tiers Monde*, 161, 2000a.

_____. La Banque mondiale, la corruption et la gouvernance. *Revue Tiers Monde*, 161, 2000b.

_____., HORS, H., JOSSELIN, C., MANACORDA, S. *Marché de l'IHESI sur les délinquances économiques et financières transnationales:* manifestations et régulations. Ihesi: Rapport final., 2000.

CHANDER, P., WILDE, L. Corruption in tax administration. *Journal of Public Economics*, 49, 1992.

CHARLICK, R. Corruption and Political Transition: A Governance Perspective. *Corruption and Reform*, 7, (3), 1993.

CHOSSUDOVSKY, M. Comment les mafias gangrènent l'économie mondiale. *Le Monde Diplomatique*, déc., 1996.

CHUBB, J. The Social Bases of an Urban Political Machine: the christian democrat party in palermo. In: S. N. Eisenstadt, R. Lemarchand, (eds.). *Political Clientelism, Patronage and Development.* London: Sage, 1981.

CLARK, M. (ed.). *Corruption:* causes, consequences and control. London: Pinter, 1983.

COLAZINGARI, S., ROSE-ACKERMAN, S. Corruption in a Paternalistic Democracy: Lessons from Italy for Latin America. *Political Science Quarterly*, 113, (3), 1988.

COOTER, R. D. The Rule of State Law Versus the Rule-of-Law State: economic analysis of the legal foundations of development. *Proceedings of the Annual*

World Bank Conference on Development Economics 1996.Washington, D.C.: World Bank, 1997.

CORONEL, G. Curbing Corruption in Venezuela. *Journal of Democracy,* 7, (3), 1966.

CORREA, H. Comparative study of bureaucratic corruption in Latin America and the USA. *Socio-Economic Planning Science,* 19, (1), 1985.

DIA, M. A Governance Approach to Civil Service Reform in Sub-Saharan Africa. World Bank Technical Paper 225. Washington, D.C., 1993.

DOBEL, J. P. The Corruption of a State. *American Political Science Review*, 72, (3), 1978.

DOIG, A. *Corruption and Misconduct in Contemporary British Politics*. Harmondsworth: Penguin, 1984.

EASTERLY, W., LEVINE, R. Africa's Growth Tragedy: policies and ethnic divisions, World Bank, Policy Research Department, Macroeconomics and Growth Division, Washington, D.C.,1996.

ELLIOT, K. (ed.). *Corruption and the Global Economy*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1997.

_____. Corruption as a Global Policy Problem: overview and recommendations. K. Elliott, (ed.). *Corruption and the Global Economy*. Washington, DC: Institute for International Economics, 1977.

ERICSON, R. E. The Russian Economy Since Independence. In: G. Lapidus, (ed.). *The New Russia:* troubled transformation. Boulder: Westview Press, 1995.

ETZIONE, A. The Fight Against Fraud and Abuse. *Journal of Policy Analysis and Management*, 2, 1982.

FELD, W. J. *Multinational Corporations and UN Politics:* The Quest for Codes of Conduct. New York: Pergamon Press, 1980.

FLYNN, P. Collor, Corruption and Crisis: Time for Reflection. *Journal of Latin American Studies*, 24, 1993.

FRIEDRICH, C. J. Political Pathology. *Political Quarterly*, 37, 1966.

_____. *Pathology of Politics*. New York : Harper and Row, 1972.

_____. *Limited Government: a comparison.* Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1974.

GARDINER, J. A., LYMAN, T. R. *Decisions for sale. Corruption and reform in land-use and building regulations*. New York: Holt, Rinehart, Winston, 1978.

GEDDES, B., NETO, A. R. Institutional Sources of Corruption in Brazil. *Third World Quarterly,* 13, (4), 1992.

GIBBONS, K. M. Toward an attitudinal definition of corruption. In: A. J. Heidenheimer, M. Johnston, V. T. LeVine (eds.). *Political Corruption:* a handbook. New Brunswick: Transaction Press, 1988.

_____, ROWAT, D. C. *Political Corruption in Canada*: cases, causes and cures. Toronto: McClelland and Stewart Ltd./Carleton University, 1976.

GOODMAN, T. Political corruption: the payoff diminishes. *American Enterprise*, 5, (9), 1994.

GOULD, D. *Bureaucratic Corruption and Underdevelopment in the Third World:* the case of Zaire. New York: Pergamon Press, 1980.

_____, AMARO-REYES, J.A. The Effects of Corruption on Administrative Performance: Illustrations from Developing Countries. *Staff Working Paper Number 580.* Washington, D.C.: World Bank Management and Development Series Number 7, 1983.

GRABOSKY, P. N. Citizen co-production and corruption control. *Corruption and Reform*, 5, 1990.

GRAY, C. W., KAUFMANN, D. Corruption et développement. *Finances & Développement*, mars, 7-10, 1998.

GRUBER, J. E. *Controlling Bureaucracies:* dilemmas in democratic governance. Berkeley: University of California Press, 1987.

HANDELMAN, S. *Comrade Criminal:* Russia's New Mafiya. New Haven: Yale University Press, 1995.

HAO, Y., JOHNSTON, M. Reform at the Crossroads: An Analysis of Chinese Corruption. *Asian Perspective*, 19, (1), 1995.

HARDY, A. *Patronage et patroneux*. Montréal: Éditions de l'Homme, 1979.

HARRIS-WHITE, B., WHITE, G. Corruption, liberalization and democracy: Editorial Introduction. *IDS Bulletin*, 27 (2), 1996.

HARRISON, R., STEVENS, L. *And Justice for Some.* Power and Patronage in Ottawa. Montréal: Eden Press, 1988.

HARSCH, E. Accumulators and Democrats: Challenging State Corruption in Africa. *Journal of Modern African Studies*, 31, (1), 1993.

HARTLYN, J. Crisis-ridden elections (again) in the Dominican Republic: neopatrimonialism, presidentialism, and weak electoral oversight. *Journal of InterAmerican Studies and World Affairs,* 36, (10), 1994.

HEIDENHEIMER, A. J. *Political corruption:* readings in comparative analysis. New Brunswick: Transaction Books, 1970.

_____. JOHNSTON, M., LEVINE, V. T. (eds.) *Political corruption:* a handbook. New Brunswick: Transaction Press, 1989.

HEIMANN, F. *Should Foreign Bribery Be a Crime?* Berlin: Transparency International, 1995.

HEINTZMAN, R. Politics, Patronage and the State of Quebec. *Journal of Canadian Studies*, 9, 159, 1974.

HELLIWELL, J. F. Empirical Linkages Between Democracy and Economic Growth. *British Journal of Political Science*, 24, 1974.

HENDERSON, K. *Internal Controls.* Berlin: Transparency International, 1995.

_____. *Whistleblowers.* Berlin: Transparency International, 1995.

_____. (ed.) *Political corruption.* Oxford: Blackwell Publishers., 1997.

HUDON, R. Pour une analyse politique du patronage. In: Cloutier, Edouard et Latouche, D. (éds). *Le système politique québécois*. Montréal: Hurtubise, 1979.

HUNTINGTON, S. P. *Political Order in Changing Societies*. New Haven: Yale University Press, 1968.

_____. Modernization and Corruption. In Heidenheimer, A.J. (ed.). *Political corruption*. Readings in comparative analysis. New York: Holt, Rinehart, Winston, 1970.

HURSTFIELD, J. *Freedom, Corruption and Government in Elizabethan England*. London: Jonathan Cape, 1973.

ISHAM, J., KAUFMANN, D., PRITCHETT, L. Governance and Returns on Investment: an empirical investigation. *Policy Research Working Paper 1550*. World Bank, Policy Research Department, Poverty and Human Resources Division, Washington, D.C, 1995.

_____. Civil Liberties, Democracy, and the Performance of Government Projects. World Bank, Policy Research Department, Poverty and Human Resources Division, Washington, D.C., 1996.

JABBRA, J. G. Bureaucratic Corruption in the Third World: Causes and Remedy. *Indian Journal of Public Administration*, 22, 1976.

JAGANNATHAN, N. V. Corruption, Delivery Systems, and Property Rights. *World Development*, 14, (1), 1986.

JOHNSTON, M. 'Micro' and 'Macro' Possibilities for Reform. *Corruption and Reform*, 7, (3), 1993.

_____. Patrons and Clients, Jobs and Machines: A Case Study of the Uses of Patronage. *American Political Science Review*, 73, (2), 385-98, 1979.

_____. The Political Consequences of Corruption: a reassessment. *Comparative Politics*, 18, (4), 1986.

_____. *Political Corruption and Public Policy in America*. Monterey: Brooks-Cole, 1982.

_____. Public Officials, Private Interests, and Sustainable Democracy: Connections between Politics and Corruption. In: K. A. Elliott, (ed.). *Corruption and the Global Economy*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1977.

_____. What Can Be Done About Entrenched Corruption? In: B. Pleskovic (ed.). *Annual World Bank Conference on Development Economics*. Washington, DC: The World Bank, 1997.

_____, HAO, Y. China's Surge of Corruption. *Journal of Democracy*, 6, (4), 1985.

_____. Right and Wrong in British Politics: "Fits of Morality" in Comparative Perspective. *Polity*, 24, (1), 1981.

_____. Political Corruption: historical conflict and the rise of standards. In: L. Diamond, M. F. Plattner (eds.). *The Global Resurgence of Democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1993.

_____. The Search for Definitions: The Vitality of Politics and the Issue of Corruption. *International Social Science Journal*, 149, 1996.

KAUFMAN, D. Diminishing Returns to Administrative Controls and the Emergence of the Unofficial Economy: A Framework of Analysis and Applications to Ukraine. *Economic Policy*, Dec., 1994.

_____, Kaliberda, A. Integrating the Unofficial Economy into the Dynamics of Post-Socialist Economies: a framework of analysis and evidence. In: B. Kaminski (ed.) *Economic Transition in Russia and the New States of Eurasia*. Armonk: M. E. Sharpe, 1996.

KEEFER, Ph. Protection Against a Capricious State: French Investment and Spanish Railroads, 1845–1875. *Journal of Economic History*, 56, (1), 1996.

KEY JR., V. O. *Southern Politics in State and Nation*. New York: Vintage Books, 1949.

KILBY, Ch. *Risk Management:* an econometric investigation of project-level factors. Washington, DC: The World Bank, Operations Evaluation Department, 1995.

KLITGAARD, R. *Adjusting to Reality: Beyond "State vs. Market". Economic Development*. San Francisco: ICS Press, 1991.

_____. *Controlling corruption*. Berkeley: University of California Press, 1998.

_____. *Corruption in Mexico*. Cambridge :Kennedy School of Government, 1984.

_____. Strategies for Reform. *Journal of Democracy*, 2, (4), 1991.

_____. Information and Incentives in Institutional Reform. In: Ch. Clague (ed.). *Institutions and Economic Development*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1997.

KNACK, S., KEEFER, Ph. Institutions and Economic Performance: Cross-Country Tests Using Alternative Institutional Measures. *Economics and Politics*, 7, (3), 1995.

KOTECHA, K. C. *African Politics, the Corruption of Power*. Washington, D.C.: University Press of America, 1981.

KPUNDEH, S.J. (ed.). *Democratization in Africa:* African Views, African Voices. Washington, D.C.: National Academy Press, 1982.

_____. Prospects in Contemporary Sierra Leone. *Corruption and Reform*, 7, 1993.

_____. Limiting Administrative Corruption in Sierra Leone», *Journal of Modern African Studies,* 32, (1), 1994.

_____. *Politics and Corruption in Africa:* A Case Study of Sierra Leone. Lanham. Maryland: University Press of America, 1995.

KRAMER, J. M. Political Corruption in the USSR. *Western Political Quarterly,* 30, (2), 1997.

KRUEGER, A. O. The Political Economy of the Rent Seeking Society. *American Economic Review,* 64, 1974.

LASCOUMES, P. *Corruptions*. Paris: Presses de Sciences Po, 1999.

LEFF, N. Economic Development through Bureaucratic Corruption. *American Behavioral Scientist,* 8, (3), 1964.

_____. Economic Development through Corruption. In: Heidenheimer, A. J. *et alia.* (eds.), *Political Corruption: A Handbook*. New Brunswick: Transaction Press, 1989.

LEIKEN, R. S. Controlling the Global Corruption Epidemic. *Foreign Policy*, 105, Winter, 1966.

LEMIEUX, V. *Le patronage politique. Une étude comparative*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1977.

_____. HUDON, G. *Patronage et politique au Québec: 1944-1972*. Montréal: Boréal Express, 1975.

LEVINE, V. *Political Corruption:* The Ghana Case. Stanford: Hoover Institution, 1975.

LEYS, C. What is the Problem about Corruption? *Journal of Modern African Studies*, 3, (2), 1965.

LINZ, J. J., STEPAN. A. *Problems of Democratic Transition and Consolidation:* Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.

LIPSET, S. M. *Political Man*: the social bases of politics. Garden City: Doubleday, 1963.

LITTLE, W., POSADA-CARBO, E. (eds.). *Political Corruption in Europe and Latin America*. London: University of London Press, Institute of Latin American Studies series, 1996.

LOTSPEICH, R. Crime in Transitional Economies. *Euro-Asia Studies*, 47, (4), 1995.

MACLAREN, A. *Incidence sur le Canada des actes de corruption dans d'autres pays d'agents publics étrangers*. Groupe de travail sur la criminalité transnationale, Ministère du Solliciteur général du Canada, Ottawa, Canada, 2000.

MAKUMBE, J. Bureaucratic Corruption in Zimbabwe: causes and magnitude of the problem. *Africa Development*, 19, (3), 1994.

MALVERN, P. *Persuaders.* Influence Peddling, Lobbying and Political Corruption in Canada. Toronto: Methuen Publications, 1985.

MARTIN, Th. Canadian Law on Corruption of Foreign Public Officials. International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, http://www.icclr.law.ubc.ca/Site%20Map/Publications%20Page/Various_Documents.htm

MAURO, P. Corruption and Growth. *Quarterly Journal of Economics*, 110, (2), 1995.

_____. Why Worry About Corruption. *Economic Issues*, 6, http://www.imf.org/external/pubs/ft/issue6/, 1997a.

_____. The Effects of Corruption on Growth, Investment, and Government Expenditure: A Cross-Country Analysis. In: K. A. Elliott, (ed.) *Corruption and the Global Economy*. Washington, D.C.: Institute for International Economics., 1997b.

MCCUBBINS, M. D., SCHWARTZ, T. Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols vs. Fire Alarms. *American Journal of Political Science*, 28, (1), 1984.

MCKINNEY, J., JOHNSTON, M. (1986). *Fraud, Waste and Abuse in Government:* Causes, Consequences and Cures. Philadelphia: ISHI Press.

MCMULLAN, M. Theory of Corruption. *Sociological Review*, 9, 1961.

MÉDARD, J.-F. Théorie de l'échange et échanges politiques. In: Claeys *et al. L'Échange Politique.* Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1995.

MERTON, R. K. Social Theory and Social Structure. Glencoe, IL: The Free Press, 1957.

MONTIAS, J. M., ROSE-ACKERMAN, S. Corruption in a Soviet-type Economy: Theoretical Considerations. In: S. Rosefielde (ed.). *Economic Welfare and the Economics of Soviet Socialism:* Essays in Honor of Abram Bergson. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

MOODY-STEWART, G. On Political Scandals and Corruption. *Government and Opposition*, 15, (2), 1980.

_____. *Grand Corruption in Third World Development.* Berlin, 1994.

MORRIS, S. *Corruption and Politics in Contemporary Mexico.* Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1991.

MURPHY *et alia.* The Allocation of Tallent: Implication for Growth. *Quarterly Journal of Economics*, 1991.

_____, SCHLEIFER, M., VISHNY, R. W. Why is Rent-Seeking So Costly to Growth?, *American Economic Review*, 83, (2), 1993.

NADELMANN, E. A. The DEA in Latin America: Dealing with Institutionalized Corruption, *The Police Journal*, 62, (1), 1996.

_____. *Cops Across Borders:* the Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement. University Park: Pennsylvania State University Press, 1993.

_____. The Drugs Enforcement Agency in Latin America: The Ins and Outs of Working Around Corruption. Part Two. *The Police Journal*, 62, (2), 1989.

NAIM, M. The Corruption Eruption. *The Brown Journal of World Affairs*, 2, (2), 1995.

NAMIER, L. *England in the Age of the American Revolution.* London: Macmillan, 1961.

NEHER, C. D. Political Corruption in a Thai Province. *The Journal of Developing Areas*, 11, (4), 1977.

NORRIS, P. (ed.). *Critical citizens:* Global Support for Democratic Governance. Oxford: Oxford University Press, 1999.

NYE, J. S. (1967). Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis, *American Political Science Review*, 61, (2), 417-427.

NYE, J. S. Political Corruption: a Cost-Benefit Analysis. Heidenheimer, A. J. *et alia.* (eds.), *Political Corruption:* a handbook. New Brunswick: Transaction Press, 1989.

OLOWU, D. Bureaucratic Morality in Africa. *International Political Science Review*, 9, (1), 1988.

_____. Governmental corruption and Africa's democratization efforts. *Journal of Corruption and Reform*, 7, (3), 1993.

OLDENBURG, Ph. Middlemen in Third-World Corruption: Implications of an Indian Case. *World Politics*, 39, (4), 1987.

O'LEARY, C. *The Elimination of Corrupt Practices in British Elections, 1868-1911*. Oxford: Clarendon Press, 1962.

PADIOLEAU, J-G. De la corruption dans les oligarchies pluralistes. *Revue Française de Sociologie*, 16, 1975.

_____. *L'État au Concret*. Paris: P.U.F., 1982.

PECK, L. L. *Court Patronage and Corruption in Early Stuart England*. Boston: Unwin Hyman, 1990.

PERLMAN, L. Modernizing the Public Service of Latin America: Paradoxes of Latin American Public Administratio., *International Journal of Public Administration*, 12, (4), 1989.

PETERS, J. G., WELCH, S. Political Corruption in America: A Search for Definitions and Theory. *American Political Science Review*, 72 (3), 1978.

PHILP, M. .Defining Political Corruption. In: Heywood, P. (ed.). *Political Corruption*. Oxford : Blackwell Publishers, 1997.

POPE, J. *Source Book 2000*. Transparency International, Berlin, 2000.

PROSS, A. P. *Pressure Group Behaviour in Canadian Politics*. McGraw-Hill, 1975.

PRZEWORSKI, A., LIMONGI, F. Political Regimes and Economic Growth. *Journal of Economic Literature*, 7, (3), 1993.

_____. *Sustainable Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

QUAH, J. S. T. Bureaucratic Corruption in the Asean Countries: a comparative analysis of their anti-corruption strategies., *Journal of Southeast Asian Studies*, 13, (1), 1982.

_____. Singapore's Experience in Curbing Corruption. Heidenheimer, A. J. *et alia.* (eds.). *Political Corruption:* a handbook. Nw Brunswick: Transaction Publishers, 1989.

RAUCH, J. Bureaucracy, Infrastructure, and Economic Growth: Evidence from US Cities During the Progressive Era. *American Economic Review,* 85, (4), 1995.

RILEY, S. P. The land of waving palms: political economy, corruption inquiries and politics in Sierra Leone. In: Clarke, M. (ed.). *Corruption:* causes, consequences, and control. London : Frances Pinter, 1983.

_____. Post-independence Anti-corruption Strategies and the Contemporary Effects of Democratization. *Corruption and Reform,* 7, (3), 1993.

ROBERTS, C. *The Growth of Responsible Government in Stuart England.* Cambridge: Cambridge University Press, 1966.

ROBINSON, D. *Civil Service Pay in Africa.* Geneva: International Labour Office, 1990.

ROGOW, A., LASSWELL, H. *Power, corruption and rectitude.* Englwood Cliffs: Prentice-Hall, 1966.

ROSE ACKERMAN, S. The economics of corruption. *Journal of Public Economics,* 4, (2), 1975.

_____. *Corruption:* a study in political economy. New York: Academic Press., 1978

_____. Reducing Bribery in the Public Sector. In: Trang, D.V. (ed.) *Corruption and Democracy.* Budapest: Institute for Constitutional and Legislative Policy, 1994.

_____. When is Corruption Harmful? . Washington, D.C.: World Bank, 1966..

_____. The Political Economy of Corruption. In: Elliot, K.A. (ed.); *Corruption and the Global Economy.* Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1997.

_____. Une stratégie de réforme anticorruption. *Mondes em développement*, 26, (102), 1998.

_____. *Corruption and Government:* causes, consequences, and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____, Stone, A. The Costs of Corruption for Private Business: Evidence from World Bank Surveys. Washington, D.C.: The World Bank Development, 1996.

RUBIN, S. J. International Aspects of the Control of Illicit Payments. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 9, 1982.

RUZINDANA, A. The Importance of Leadership in Fighting Corruption in Uganda. In: Elliott, K.A. (ed.) *Corruption and the Global Economy*. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1997.

SALAS, L. Crime, corruption, and justice in Latin America. North/South: *The Magazine of The Americas*, 3, (2), 1994.

SANDS, B. N. Decentralizing an Economy: the role of bureaucratic corruption in China's economic reforms. *Public Choice*, 65, (1), 1990.

SCOTT, J. C. *Comparative political corruption*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1972.

SHEFTER, M. The Emergence of the Political Machine: an alternative view. In: Hawley, W.D., (ed.). *Theoretical Perspectives on Urban Politics*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1976.

SHERMAN, L. W. *Police corruption:* a sociological perspective. New York: Doubleday, 1974.

SHLEIFER, A., VISHNY, R.W. Corruption. *Quarterly Journal of Economics*, 108, (3), 1993.

_____. Establishing Property Rights. *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics*, 1994.

SHUMER, S. M. Machiavelli: Republican politics and its corruption. *Political Theory*, 7, (1), 1979.

SIMIS, K. *USSR:* the corrupt society. New York: Simon and Schuster, 1982.

SIMPSON, J. *Spoils of Power:* the politics of patronage. Toronto: Collins, 1988.

SIVES, A. Elite behaviour and corruption in the consolidation of democracy in Brazil. *Parliamentary Affairs,* 46 (4), 1993.

SOLINGER, D. J. Urban entrepreneurs and the state: the merger of state and society., In: Rosenbaum, A. (ed.) *State and Society in China:* the consequences of reform. Boulder: Westview, 1992.

STEFFENS, L. *The Shame of the cities.* New York: Doubleday, 1904.

SUTHERLAND, E. *White collar crime.* New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc.,1965.

SZEFTEL, M. Political Graft and the Spoils System in Zambia – the State as a Resource in Itself. *Review of African Political Economy,* 24, may-aug., 1982.

TANZI, V. Corruption, Governmental Activities and Markets. *IMF Working Paper*, aug., 1994.

_____. Davoodi, H. Corruption, Public Investment, and Growth. *IMF Working Paper*, oct., 1997.

TARDIF, G. *Police et politique au Québec.* Montréal: L'Aurore, 1974.

THEOBALD, R. *Corruption, Development and Underdevelopment.* Durham: Duke University Press, 1990.

_____. On the Survival of Patronage in Developed Societies. *Archives Européennes de Sociologie,* 33, (1), 1992.

_____. Lancing the Swollen African State: will it alleviate the problem of corruption?. *The Journal of Modern African Studies*, 32, (4), 1994.

THOMPSON, D. F. Mediated corruption: the case of the keating five. *American Political Science Review,* 87, (2), 1993.

_____. *Ethics in Congress:* from individual to institutional corruption. Washington, D.C.: Brookings, 1995.

THORBURN, H. G. *Interest Groups in the Canadian Federal System.* Toronto: University of Toronto Press, 1985.

VERNON, R. Freedom and Corruption : Proudhon's federal principle. *Canadian Journal of Political Science*, 14, (4), 1981.

WEBMAN, J. A. Political Institutions and Political Leadership: Black Politics in Philadelphia and Detroit. New Haven: Yale University, 1973.

WILLIAMS, R. *Political corruption in Africa.* Aldershotshire/Brookfield: Gower, 1987.

WORLD BANK *Governance and development.* Washington, D.C., 1992.

_____. *The State in a Changing World:* World Development Report 1997. Oxford: Oxford University Press, 1997.

WRAITH, R., SIMPKINS, E. *Corruption in developing countries.* London: Allen & Unwin, 1963.

A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos:[1] a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil

Maíra Rocha Machado[2]
Bacharel e Doutora em Direito pela USP. Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito-GV). Pesquisadora do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP.

Sumário: 1. A responsabilidade civil e a criminologia positivista – 2. Prevenção e responsabilidade na Escola Criminal Positiva: 2.1 Defesa social e prevenção: a teoria dos "substitutivos penais"; 2.2 Responsabilidade moral e responsabilidade legal – 3. A responsabilidade civil é independente da criminal, em que termos?: 3.1 A independência das esferas civil e penal no direito brasileiro; 3.2 A prevenção como função da responsabilidade civil e penal – 4. Bibliografia.

Resumo: O objetivo deste texto é levantar algumas questões sobre a relação entre a responsabilidade civil e penal nos dias de hoje. Partirei, para tanto, da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil no final do século XIX. Com base nos principais trabalhos do jurista italiano Enrico Ferri, examinarei dois aspectos desta contribuição – a negação do livre-arbítrio

1. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal.* São Paulo: Max Limonad, 1982, p. 654.

2. Agradeço as críticas e sugestões apresentadas às primeiras versões deste texto no Núcleo Direito e Democracia em novembro de 2004 e no Workshop de Pesquisadores da DireitoGV em outubro de 2005. A Marta Rodriguez de Assis Machado, Flávia Portella Püschel e José Rodrigo Rodriguez, interlocutores fundamentais, um agradecimento especial.

como base da responsabilidade e a ênfase na idéia de prevenção de comportamentos anti-sociais como função primordial do direito.

Abstract: The objective of this text is to raise some questions about the relation between penal and civil responsibility nowadays. I will start from the construction of positivist criminology to the transformation of civil responsibility at the end of the 19th century. Based on the main works of the Italian jurist Enrico Ferri, I will examine two aspects of this contribution – the denial of free will based on responsibility and the emphasis on the idea of prevention of anti-social behavior as the main function of the law.

Palavras-chave: Criminologia positivista – Responsabilidade civil e penal – Enrico Ferri – Prevenção – Direito penal brasileiro.

Keywords: Positivist criminology – Criminal and civil responsibility – Enrico Ferri, Prevention – Brazilian criminal law.

Em *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil...*, Flávia Püschel chama a atenção para o papel desempenhado pela criminologia positivista na transformação das funções exercidas pela responsabilidade civil.[3] De acordo com a autora, ao longo dos séculos foram atribuídas à responsabilidade civil as funções de "punição de culpados", "vingança e indenização da vítima", "restabelecimento da ordem social" e "prevenção de comportamentos anti-sociais". Até que, a partir do século XIX, algumas mudanças importantes conduziram à formação da responsabilidade civil tal como hoje a conhecemos. Dentre elas está o desaparecimento dos fundamentos das funções de punir, vingar e restabelecer a ordem social, mudança a que se pode atribuir, entre outros fatores, às pesquisas positivistas do século XIX.[4]

3. PÜSCHEL, Flávia. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927 parágrafo único do Código Civil, *Revista DireitoGV*, v. 1, n. 1, maio de 2005, p. 91-107.

4. Textualmente: "... como resultado das pesquisas desenvolvidas no campo da criminologia, a partir dos positivistas do século XIX, desaparecem os fundamentos de três dessas funções tradicionais da responsabilidade: a punição, a vingança e o restabelecimento da ordem social" (PÜSCHEL, 2005:92).

Esta passagem – talvez marginal para os objetivos da autora – apresenta-se duplamente interessante. Por um lado, atribui aos criminólogos positivistas – normalmente associados apenas ao estudo biológico e psicológico das causas da criminalidade – reflexões jurídicas que tiveram impacto para além das fronteiras do direito penal. E, por outro, oferece um bom pretexto para examinar a relação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal nos dias de hoje.

O objetivo deste texto é explorar livremente esses temas. Em primeiro lugar, busco localizar, nos autores de direito civil indicados em Püschel, quais aspectos da criminologia positivista haveriam contribuído à transformação da responsabilidade civil no final do século XIX (I.). Essa primeira aproximação sugere dois temas que serão reconstruídos a partir dos trabalhos do jurista italiano Enrico Ferri: a *proteção da sociedade pela prevenção de comportamentos anti-sociais* e a *negação da responsabilidade moral.* (II.). Em seguida, e apenas para introduzir o debate sobre *em que termos a responsabilidade civil é independente da criminal*, limito-me a apresentar um breve quadro desta relação no ordenamento jurídico brasileiro atual e a especular sobre o significado da idéia de "prevenção" nas esferas civil e penal (III.).

1. A responsabilidade civil e a criminologia positivista[5]

Nos trechos que relacionam a responsabilidade civil e a criminologia positivista, Püschel faz referência ao livro *La responsabilité civile* de André

5. A relação entre criminologia positivista e esfera civil recebe escassa menção na doutrina penal brasileira. Basileu GARCIA, ao tratar da "reparação do dano proveniente do delito", no capítulo dedicado aos "efeitos civis da sentença penal", indica a proeminência da "Escola Positivista" no debate do problema. Refere-se a Ferri e Garofalo como membros destacados de uma campanha por um sistema de ressarcimento a ser garantido pelo Estado que deveria indenizar os prejuízos oriundos do crime, independentemente da vítima. A obra-chave à compreensão deste sistema parece ser a monografia *Riparazione alle vittime del delitto* de Garofalo (GARCIA: 1982, 645). Um outro exemplo é o trabalho de Raul MACHADO, São Paulo, 1943, citado na nota 27. Para uma abordagem da criminologia positivista diferente do que vem sendo reproduzido nos manuais de direito penal, ver DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Epoque* (trad. Regina Agostino). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. Para uma primeira aproximação à recepção da criminologia positivista no Brasil, MACHADO, Maíra Rocha. A pessoa-objeto da

Tunc.[6] A passagem mais interessante para os objetivos deste texto diz respeito à descrição dos fatores que, segundo Tunc, levaram ao "abalo da pirâmide" formada pelas cinco funções tradicionais da responsabilidade civil mencionadas anteriormente – "punição de culpados", "vingança e indenização da vítima", "restabelecimento da ordem social" e "prevenção de comportamentos anti-sociais". Os três fatores de transformação indicados pelo autor são o crescimento dos casos de danos acidentais, o desenvolvimento dos seguros e as pesquisas dos criminólogos positivistas do século XIX (Tunc, 1989: 133).

A este último fator, abordado muito brevemente, Tunc atribui o desaparecimento de duas das funções tradicionais da responsabilidade civil – o "castigo do autor do dano" e o "restabelecimento da ordem social" – e a perda de justificação de uma terceira – a "vingança da vítima". Em uma única frase, indica a forma como a criminologia positivista contribuiu a este resultado referindo-se ao *reconhecimento*, que a partir dela se forma, *da incapacidade do homem de julgar e impor um castigo ao próprio homem.*

O autor explica esta "incapacidade humana de julgar" em outro trecho, em que discute a função do juiz. Contrariando expressamente "o sentimento amplamente difundido", Tunc enfatiza a ausência de qualquer valor moral inerente à responsabilidade. A enorme distância existente entre o conceito jurídico e o conceito moral de culpa (*faute*) é, portanto, o que justifica a "impossibilidade de julgar o próximo". Podemos condenar atos, mas somos incapazes de pronunciar uma sentença moral ao homem que os cometeu (Tunc, 1989: 108). Não sendo julgar o homem a função do juiz, seu dever consiste em contribuir *à proteção da sociedade contra os atos anti-sociais*. Este é, de acordo com Tunc, um dos objetivos da responsabilidade civil *e* da responsabilidade penal.

Ainda que aprofunde em outros trechos, como veremos adiante, alguns aspectos da relação entre as responsabilidades civil e penal, Tunc não oferece

intervenção penal, *Revista DireitoGV*, v. 1, n. 1, maio de 2005, p. 79-90. Uma análise sistemática dos autores brasileiros que receberam estas teorias pode ser encontrada em ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas* – saber jurídico e nova escola penal no Brasil. Coleção Monografias IBCCRIM. São Paulo, n. 25, 2003.

6. TUNC, André. *La responsabilité civile.* 2. ed. Paris : Economica, 1989, p. 133 e 142.

outras pistas sobre a contribuição da criminologia positivista às transformações da responsabilidade civil. G. Viney (1995), por sua vez, em capítulo dedicado à relação entre as responsabilidades penal e civil, aborda, também brevemente, o papel dos criminólogos positivistas.

Nesse capítulo, Viney descreve a evolução da relação entre as duas responsabilidades desde o direito romano, passando pelo direito francês pré-revolucionário, até a codificação napoleônica.[7] De acordo com a autora, apenas em 1795 aparece no direito francês uma verdadeira distinção entre a "ação pública" e a "ação civil". O Código de Delitos e Penas promulgado naquele ano atribuía à primeira o objetivo de "punir os atentados à ordem social" e à segunda "reparar o dano que o delito causou". É a partir deste momento que Viney considera consagrada a autonomia da responsabilidade civil em relação à responsabilidade penal.

De acordo com a reconstrução por ela proposta, a consagração da autonomia da responsabilidade civil em relação à penal, traduz-se na distinção entre "punir" e "reparar" e nos remete a um século antes dos estudos da criminologia positivista. Dentre os possíveis sentidos do conceito de autonomia, a referência da autora parece ser simplesmente ao fato de que naquele momento histórico estas formas de responsabilidade separaram-se, isto é, tornaram-se *independentes* uma da outra.[8]

A transformação que Viney ilustra com o advento do Código de Delitos e Penas é representativa do movimento iluminista na esfera penal que tem como carro-chefe a obra *Dos delitos e das penas* de Beccaria, publicada trinta e um anos antes do Código francês. Nessa obra, marco inicial de formação do direito penal moderno, Beccaria concebe o penal como um domínio de regulação jurídica "regido por uma filosofia, por objetivos, princípios, leis e sanções próprios e no qual a coerência interna deve ser mantida a qualquer preço sob a forma de uma diferen-

7. VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil.* Introduction à la responsabilité. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 1995.

8. Sobre os possíveis sentidos do conceito de autonomia a propósito da relação entre o direito penal e o sistema político, ver PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos, *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, março de 2004, p. 50.

ciação, quiçá de um contraste, com a justiça civil e os demais ramos do direito".[9] A teoria da pena por ele proposta se caracteriza, entre outros fatores, pela oposição à "negociação entre as partes na resolução do litígio, pela atribuição de um papel secundário à vítima, que perde seu papel de transigir e de decidir", e ainda, por relegar as sanções civis (indenização, advertência e etc.) e o perdão, inclusive da vítima, "ao rol de soluções incompletas, insatisfatórias, privadas ou arriscadas, até mesmo no que concerne aos delitos mais insignificantes" (Pires, 1998:130).

A cisão entre "punição dos culpados" e "reparação do dano causado" aparece, portanto, tanto do lado civil quanto penal, como elemento central para descrever, no século XVIIII, o nascimento da separação entre as esferas. Do ponto de vista teórico, esta distinção tem implicações profundas no conceito de punição que será selecionado e estabilizado no sistema penal a partir de então. Por um lado, a oposição entre punição e reparação impede que esta última seja percebida como sanção suficiente em matéria penal, ou seja, a reparação deve ser sempre um acréscimo à pena de prisão ou de multa. E, por outro, vincula a idéia de punição à produção de um sofrimento ou de uma privação.[10]

Mesmo considerando que esta independência não foi jamais colocada em questão, em suas características essenciais, até o presente, Viney (1995:113) identifica manifestações de distanciamento e aproximação entre as responsabilidades civil e penal no decorrer dos séculos XIX e XX. É nesse contexto que a criminologia positivista aparece, como reflexão reveladora de notáveis semelhanças entre as duas formas de responsabilidade.

9. PIRES, Álvaro. (1998), La formation de la rationalite penale moderne au XVIII siècle. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. v. 2. Perspectives criminologiques. Ottawa: Les Presses de L'Université d'Ottawa, p. 94. Ver também Cesare BECCARIA (1764). *Dos delitos e das penas* (trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

10. Ver, nesse sentido, a reflexão de Pires (2005) sobre o conceito de punição em *Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito*. Maria Lúcia Karam (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 191-220. Utilizando outras distinções – repreensível/não repreensível e punição/recompensa – o autor busca observar o conceito de punição sem naturalizar seu conteúdo. O que lhe permite sustentar que a "simples reparação (total ou parcial) de um dano pode contar (ser comunicada) como punição".

Nesse sentido, a autora refere-se a alguns criminólogos e penalistas inspirados na doutrina positivista italiana nos anos 1880 que colocaram em questão o postulado do "livre-arbítrio", fundamento essencial do direito penal clássico.[11] A proposta consistia em colocar em segundo plano a apreciação da "culpabilidade pessoal" e aplicar a pena levando em consideração "a defesa eficaz da sociedade" e, eventualmente, "a reinserção social do condenado". Estes elementos permitem a Viney concluir que estes autores, ao admitirem que a repressão persegue sobretudo um objetivo de *prevenção de comportamentos anti-sociais*, distanciam-na da responsabilidade moral, mas a aproximam singularmente da responsabilidade civil (Viney, 1995:118).

Estas breves considerações de Tunc e Viney revelam uma diferença quanto à ênfase dada pelos autores à repercussão da criminologia positivista na responsabilidade civil. Viney refere-se a uma aproximação de objetivos, enquanto Tunc enfatiza a perturbação na estrutura de funções e, inclusive, a eliminação de algumas delas. Diferem sobre a intensidade da repercussão, mas coincidem, em certa medida, sobre seus principais elementos: *proteção da sociedade pela prevenção de comportamentos anti-sociais* e *negação da responsabilidade moral.* Ao significado destes elementos no marco da criminologia positivista dedico o próximo item.

2. Prevenção e responsabilidade na Escola Criminal Positiva

Pelo que se pode extrair de Tunc e Viney, ao menos dois fatores que contribuíram à transformação da responsabilidade civil podem ser atribuídos

11. VINEY não indica nomes ou obras que representem a "criminologia positivista", tampouco o faz TUNC. A única referência bibliográfica, realizada por VINEY, é ao trabalho de Paul Fauconnet – *La responsabilité (étude sociologique)* – publicado em 1920 e considerado o "eco da doutrina italiana dos anos 1880 na França". O autor foi um dos mais fiéis discípulos de E. Durkheim e para a redação do trabalho citado, Fauconnet utilizou o manuscrito do curso de Durheim sobre a "teoria das sanções". De qualquer forma, de acordo com Digneffe (1998:394), neste trabalho, Fauconnet problematiza a noção de responsabilidade individual e distancia-se tanto da escola clássica quanto da escola positivista DIGNEFFE, Françoise. Durkheim et les débats sur le crime et la peine. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine.* v. 2. Perspectives Criminologiques. Ottawa: Les Presses de L'Université d'Ottawa, 1998.

às pesquisas realizadas pela criminologia positivista no final do século XIX. Em primeiro lugar, a negação do livre-arbítrio como base da responsabilidade. Em segundo, a ênfase nas idéias de proteção social e prevenção de comportamentos anti-sociais como funções primordiais do direito. O significado e a extensão desses dois fatores no âmbito da criminologia positivista serão recuperados a partir dos dois principais trabalhos de FERRI – *Sociologia Criminale* de 1900 e *Principii di diritto criminale* de 1928.[12] Discípulo, crítico e principal sistematizador das idéias de Cesare Lombroso, Enrico Ferri foi advogado, deputado e ativo membro do Partido Socialista Italiano. Sua intensa produção intelectual alcança tanto a tradução ao mundo jurídico das idéias positivistas quanto a realização de pesquisas empíricas sobre a criminalidade.[13]

A descrição que Ferri realiza da passagem do Antigo Regime ao Iluminismo Penal, especificamente sobre o movimento reformador por ele denominado *Escola Clássica Criminal*, permite entrever algumas das mudanças propostas

12. Utilizo aqui a edição portuguesa de *Princípios de direito criminal.* O criminoso e o crime (1928), editada pela Saraiva em 1931 e, para as citações, a adaptação para o português do Brasil preparada pela editora Russell e lançada em 2003. Na referência autor/data, mantenho a data da edição original, 1928. E a segunda edição francesa, publicada pela Félix Alcan em 1905 de *Sociologie Criminelle* (1880). O prefácio dessa edição foi redigido pelo próprio autor, razão pela qual mantenho o ano 1905 na referência autor/data. Não foi encontrada tradução ao português ou ao espanhol nos acervos da USP, UnB, Biblioteca Nacional, STF e TJSP. As citações dessa obra foram, portanto, traduzidas livremente.

13. A importância das pesquisas desenvolvidas por FERRI pode ser evidenciada pela menção que recebe ao final de *Punishment and Social Structure* de Georg Rusche e Otto Kirchheimer de 1939. A relação entre as variações na taxa de criminalidade e a intensificação da punição constitui um dos principais fios condutores da extensa pesquisa realizada nessa obra. Na contramão do senso comum penal da época e dos nossos dias, os autores concluem que as variações na política penal não têm qualquer influência efetiva sobre a taxa de criminalidade. A esse resultado, insistem RUSCHE e KIRCHHEIMER, já havia chegado FERRI no final do século XIX, o que fizeram foi confirmá-lo em escala mais ampla... Literalmente: "Our investigation has thus substantiated on a still broader basis the conclusions which Ferri has reached at the end oh the nineteen century on the basis of Italian experiences, that the politics of punishment and its variations have no effective influence on the rate of crime. Changes in penal praxis cannot seriously interfere with the operation of the social causes of delinquency". RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto (1939). *Punishment and social structure.* London: Transaction Publishers, 2003, p. 204. Há tradução ao português: *Punição e estrutura social* (tradução e revisão técnica de Gizlene Neder). Coleção Pensamento Criminológico, n. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

pela *Escola Criminal Positiva.*[14] Ferri indica expressamente que o objetivo da escola positiva é reformar tão profundamente o sistema de justiça quanto o fez, em sua época, Cesare Beccaria.[15] Em vários pontos de *Princípios...*, Ferri refere-se ao exagero dos reformadores clássicos – que instauraram "quase a *magna carta* dos delinqüentes em face da sociedade" (Ferri, 1928: 39) – frisando que o movimento constitui-se como "reação generosa" aos abusos medievais (1928:46, 128). Seguindo esta orientação político-social, Ferri atribui à Escola Clássica o estabelecimento da "razão e dos limites do direito de punir por parte do Estado", a oposição à "ferocidade das penas, invocando e obtendo a abolição das penas capitais, corporais e infamantes" e uma mitigação geral das penas (carcerárias, pecuniárias) e, enfim, a reivindicação de todas as garantias para o indivíduo, quer durante o processo, quer na aplicação da lei punitiva (Ferri, 1928: 46-47).

No tocante à orientação filosófica-jurídica, de acordo com Ferri, a Escola Criminal Clássica concentrou toda a sua atenção na construção de um simétrico sistema de normas repressivas baseado no crime e na pena como *entidades jurídicas abstratas*. A crítica recai sobre o fato de que esta construção realiza-se de maneira "isolada tanto do homem que delinqüe e que é condenado, como do ambiente de que ele provém e a que deve voltar depois da pena" (Ferri, 1928:47).

14. Esta "grande corrente científica, que em toda a parte se chamou e se chama 'a Escola Clássica Criminal', desde que eu a denominei, e com sentimento de admiração...", reúne Cesare Beccaria, Francesco Carrara, e Enrico Pessina (Ferri, 1928:39, 45). Sobre esse ponto, Roberto Lyra registra que a Escola Clássica "nunca existiu": "A denominação e a organização dela partiram do adversário, abrangendo todo o passado, desdenhosa na pejoração e maliciosa no intuito de incompatibilizar com o novo pensamento tudo quanto ficou atrás das fronteiras positivistas fixadas no terreno movediço da doutrina criminal". Roberto LYRA. *Novas escolas penaes.* Rio de Janeiro: Canton e Reile, 1936, p. 40. No mesmo sentido, Zaffaroni e Batista referem-se à Escola Clássica como uma invenção de Ferri para abranger todos os autores não-positivistas. "Essa invenção não passou de uma atitude autoritária de quem considerava ser o único dono da verdade científica (...). Embora hoje se continue fazendo referência a uma escola clássica como antagônica à escola positiva, o certo é que a primeira só existiu na cômoda rotulação autoritária de Ferri". Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro I.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 576.

15. Referindo-se às leis e códigos penais que incorporaram os ideais positivistas, FERRI considera-os o "prelúdio, pela lei natural e histórica da gradualidade, a uma não longínqua reforma fundamental, que corresponda àquela, da mesma forma utilíssima nos seus propósitos e nobilíssima nos seus intentos, que na ciência e nas leis se realizou depois de Beccaria" (Ferri, 1928:42).

Depois de cumprida sua missão histórica, o contínuo aumento da criminalidade e da reincidência sinaliza, para Ferri, o declínio da Escola Clássica. Contribuem de modo determinante ao declínio dois fatores. O primeiro é a diminuição dos direitos legítimos da sociedade em face do delinqüente, até então percebido como "uma vítima da tirania do Estado". E o segundo, a desatenção ao conhecimento científico da realidade humana e das causas da delinqüência, uma vez que a ênfase na entidade jurídica do crime e da pena impediu aos clássicos a "formulação de remédios adequados" (Ferri, 1928:49).

A reestruturação da "defesa social", a partir de estudos científicos sobre a pessoa do criminoso, é o eixo ao redor do qual se organizam os preceitos da escola. A idéia de "defesa social" aparece, então, como forma de restabelecer o equilíbrio entre os direitos do indivíduo e os do Estado. Isto é, entre os "direitos insuprimíveis" do "homem delinqüente" e a "insuprimível necessidade de defesa social contra o delinqüente" (Ferri, 1928:53).[16] O restabelecimento deste equilíbrio traduz-se em uma série de propostas que incluem a forma de perceber e tratar o criminoso, os meios de defesa preventiva e repressiva e a organização jurídica da repressão, estabelecida nos códigos penais e processuais penais.[17] Dessa extensa reforma,

16. Ferri adiciona, em nota de rodapé, ser esta "a razão fundamental do acordo prático entre o fascismo e a *Scuola Positiva* na defesa social contra a criminalidade" (Ferri, 1928). Essa é a única menção explícita ao fascismo encontrada por hora nos trabalhos de Ferri analisados aqui. No entanto, Digneffe (1998:240) indica que, no final da década de 20, Ferri "não hesita em registrar sua simpatia pelo novo regime de Mussolini". O trecho citado por Digneffe está na última edição de *Sociologie Criminelle*, de 1929, em que Ferri revela haver desaparecido a influência do partido socialista, uma vez que "ele nunca soube como fazer uma revolução nem assumir a responsabilidade pelo poder... a tarefa de prevenção social da criminalidade começou a ser realizada pelo governo fascista". No Brasil, este aspecto da biografia de Ferri é registrado por Zaffaroni e Batista, (2003:577).

17. Há várias teses sustentadas por Ferri em *Princípios...* que seriam dignas de nota. Limito-me a indicar brevemente algumas delas. Ferri defende, em primeiro lugar, a obrigatoriedade estatal de impor a indenização do dano a cada condenado, como impõe a execução da pena. Neste ponto, a escola positiva contraria o entendimento da escola clássica, segundo o qual a indenização do dano decorrente do delito constitui uma relação de direito privado (entre o delinqüente e a vítima) que não diz respeito, portanto, à justiça penal. Considerando o isolamento celular contínuo uma das aberrações do século XIX, propõe a substituição do seqüestro carcerário pelas colônias agrícolas com trabalho ao ar livre. E, por fim, sustenta que a pena deve ser proporcional não apenas à gra-

esse texto limita-se a abordar duas propostas de Ferri: a reformulação da idéia de "prevenção" pautada na crítica radical à eficácia da punição e a supressão da "responsabilidade moral" e sua substituição pela noção de "responsabilidade legal".

2.1 Defesa social e prevenção: a teoria dos "substitutivos penais"

Para a Escola Criminal Positiva, "a *defesa social* contra a delinqüência (...) é a razão de ser da justiça penal" (Ferri, 1928:49). Esta forma de proteção, ou de defesa interna, por parte do Estado realiza-se tanto de forma repressiva quanto preventiva. A defesa preventiva pertence às autoridades de polícia e abrange "funções *positivas* (de assistência e beneficência) e funções *negativas* (de disciplina e eliminação de todas as formas de atividade anti-social e antijurídica)". A atuação preventiva distingue-se ainda em "*remota* ou *indireta* (eliminação e atenuação das causas da criminalidade, de desordem social, etc.) e *próxima* ou *direta* (vigilância das classes perigosas)" (Ferri, 1928:19).

A defesa eficaz está na eliminação ou atenuação das causas da delinqüência o que se realiza por meio de "um conjunto de providências (...) que fogem todas à alçada do Código Penal e que consistem em reformas práticas de ordem educativa, familiar, econômica, administrativa, política e também jurídica (de direito privado e público)" (Ferri, 1928:53 e 209). A este conjunto de providências exteriores ao direito penal, Ferri denomina *substitutivos penais*.[18] De acordo com a proposta, o uso da repressão (direito penal administrativo e direito penal comum) constitui

vidade objetiva e jurídica do crime, "mas sobretudo à personalidade, mais ou menos perigosa, do delinqüente". E para tanto o seqüestro carcerário deve perdurar por tempo indeterminado, "quer dizer, enquanto o condenado não estiver readaptado à vida livre e honesta, da mesma maneira que o delinqüente entra no hospital não por um lapso prefixo de tempo, o que seria absurdo, mas durante o tempo necessário para readaptar-se à vida ordinária" (Ferri, 1928:55).

18. Na edição francesa de *Sociologie...* a expressão "sostitutivi penale" foi traduzida como "équivalents de la peine". No presente texto, seguimos a edição portuguesa de *Princípios...* que, traduzida diretamente do italiano, utiliza o termo "substitutivo" e, com isso, preserva a idéia central da teoria.

a quarta e última etapa no exercício da defesa social. A ela antecedem as sanções de direito civil e administrativo e a prevenção direta, de forma que a prevenção social indireta, na forma de substitutivos penais, constitui o primeiro e principal mecanismo de defesa social contra a criminalidade.

A teoria dos substitutivos penais é apresentada em *Sociologia Criminale* (1880), no capítulo dedicado aos "dados fornecidos pela estatística criminal". Ferri concebe a teoria dos substitutivos penais como uma forma de orientação do pensamento e da prática cotidiana, na esfera legislativa e administrativa, por meio da qual rejeita-se o "velho fetichismo da pena" em que se "afronta qualquer fenômeno de patologia social decretando punições novas ou agravando as existentes". Diferentemente, a proposta de Ferri "ocupa-se em buscar as causas destes fenômenos, eliminá-las, canalizá-las ou atenuá-las, agindo eficazmente sobre seus efeitos" (1905:271).

No decorrer de pouco mais de trinta páginas, Ferri percorre inúmeras situações em que o objetivo de defesa social se alcançaria mais eficazmente sem a intervenção da pena. Os exemplos são dos mais variados tipos e vão das vantagens da lei de sucessões em relação ao Código Penal para prevenir os homicídios causados pelo desejo de receber herança, até a defesa da plena liberdade de opinião como forma de eliminar os crimes de imprensa (1905:267 e 291). De forma geral, Ferri enuncia o problema, apresenta suas possíveis causas atentando aos mais diferentes âmbitos – econômico, político, fiscal, familiar, religioso – e então propõe o "substitutivo penal" que considera muito mais adequado do que a pena para satisfazer à necessidade social de ordem.

Em várias situações, o diagnóstico do problema é bastante semelhante ao que faríamos hoje e, conseqüentemente, o substitutivo penal não choca. Mas nem sempre. É o que ocorre na proposta de interdição do casamento para determinadas pessoas como forma de diminuir o número de delinqüentes, impedindo a transmissão hereditária do delito (1905:299); a abolição de muitas das festas populares e sua substituição por divertimentos saudáveis que ajudem a desenvolver o vigor físico (1905:300); ou ainda a criação de banhos públicos, tendo em vista que os

atentados contra as pessoas são mais freqüentes nos meses mais quentes (1905:301). Ao lado desses exemplos estão propostas relacionadas à gratuidade da justiça civil, à expansão do sistema de reparação das vítimas do delito, à institucionalização do "advogado dos pobres", ao desenvolvimento das instituições de juiz de paz, à simplificação da legislação e ao estabelecimento do processo público e acusatório, como forma de prevenir os atentados contra a ordem pública, as pessoas e a propriedade, além da vingança, da calúnia, dos vexames e dos abusos (1905:295-296).

Ferri desenvolve alguns temas com elevado grau de detalhe, pautando a formulação do problema e a identificação das causas em pesquisas empíricas. É o caso da relação entre o alcoolismo e a criminalidade. Relacionando o número de processos sobre homicídios e lesões corporais dolosas e a produção anual de vinho, entre 1849 e 1880 na França, Ferri considera haver demonstrado a dependência mútua entre estes dois fenômenos – o vinho e o delito – que já havia identificado na experiência cotidiana. Atribuindo ao alcoolismo o caráter de patologia individual e social, Ferri identifica causas psicológicas – necessidade de excitação, natural ao homem, mas crônica em situações de extrema fatiga – causas telúricas – relacionadas ao clima e causas sociais – que se resumem em miséria e fatiga para as classes baixas e ócio para os ricos. Em face desse quadro, Ferri passa a avaliar a adequação de vários remédios possíveis, servindo-se de experiências de países europeus. Os *remédios repressivos* – "os mais comuns, os mais fáceis, mas também os menos eficazes e mais estúpidos" (1905:281) – punem os efeitos e não suprimem as causas. Os *remédios fiscais*, isto é, o aumento dos impostos sobre a fabricação e a venda do álcool, têm conduzido à diminuição da qualidade dos produtos, que passam a ser mesclados com líquidos mais baratos e duplamente tóxicos. Os remédios de polícia, voltados à proibição ou restrição da venda e do consumo, como os remédios psicológicos, baseados em propaganda pela abstinência, tampouco são eficazes. Enfim, os remédios terapêuticos, como a criação de estabelecimentos para tratamento do alcoolismo, são de eficácia muito limitada, tendo em vista que atendem a um número reduzido de pessoas, se comparado aos milhões que necessitam.

Para Ferri, todos estes remédios têm atuação transitória e eficácia limitada porque para o alcoolismo – como para o abandono na infância, a vagabundagem e a própria criminalidade – há apenas um remédio: "o remédio social", isto é, a elevação do nível de vida da população com a diminuição das horas de trabalho, o aumento dos salários, a transformação da vida familiar em algo mais agradável, etc. (1905:284). Em mais de um momento Ferri atribui à "transformação das condições econômicas e, conseqüentemente, políticas e morais" o desaparecimento de causas da criminalidade.[19] Para o "período de transição", o que resta é "aplicar um conjunto bem organizado dos remédios menos ilusórios" dentre aqueles apresentados acima (Ferri, 1905:284).

Para os objetivos deste texto, três aspectos da teoria dos substitutivos penais proposta por Ferri merecem destaque. Em primeiro lugar, chama a atenção o caminho que percorre o autor: apresenta o problema, investiga suas causas e busca justificá-las com dados e experiências, e propõe remédios adequados à atenuação ou eliminação das causas. A premissa fundamental nesse percurso é dispor do mais amplo conjunto de recursos extrapenais, como um "marido inteligente que, para conservar a fidelidade de sua esposa, conta com outras coisas além dos artigos do código penal sobre adultério" (Ferri, 1905:267).

Em segundo lugar, na proposta de Ferri, os mecanismos de prevenção indireta (substitutivos penais) não têm como objeto o indivíduo, mas um arsenal de regras e práticas sociais, políticas e jurídicas. Estas são o alvo das reformas. A intervenção sobre o homem – delinqüente, perigoso – ocorre por meio dos instrumentos de prevenção direta, como o policiamento e a vigilância, e, em última instância, pela repressão. Essa distinção é relevante e curiosa, tendo em vista o protagonismo da figura do criminoso para o pensamento positivista e o papel central que ocupa a teoria dos substitutivos penais na organização da defesa social proposta por Ferri.

19. Em outro trecho: "Quando a socialização do trabalho (com a socialização dos meios de produção) der ao homem não apenas o direito mas o dever de trabalhar, a vagabundagem, sob a forma epidêmica atual, não será mais possível" (Ferri, 1905:290).

O terceiro aspecto diz respeito à utilização do direito como mecanismo de prevenção de certos comportamentos. Há, em Ferri, um forte rechaço à utilização da pena como meio de prevenção geral (1905:313 e 1928:221).[20] Ademais, ao separar os "substitutivos penais" da prevenção (direta) que se realiza pela atuação das instituições penais, a proposta de Ferri ilumina a distinção entre duas dimensões atribuídas normalmente à idéia de *prevenção.* Uma é evitar que ocorram certos fatos por meio de instrumentos anteriores a e independentes de qualquer atuação jurídica ou jurisdicional. Outra é evitar que ocorram certos fatos ameaçando os indivíduos com a intervenção jurídica ou a imposição de uma sanção qualquer. Para diferenciá-las, na falta de designação melhor, reservo a idéia de *prevenção* para os mecanismos externos ao direito e a idéia de *dissuasão* para o efeito que a ameaça de intervenção jurídica ou de sanção pode causar. Essa distinção parece ser útil à compreensão do que denominamos prevenção na tanto esfera civil quanto na penal, razão pela qual voltarei a este ponto na terceira parte.

2.2 Responsabilidade moral e responsabilidade legal

No embate entre o pensamento clássico e positivista, a responsabilidade é o problema fundamental. Constitui, aliás, o principal elemento que Ferri utiliza para verificar a influência da "escola criminal positivista" nas reformas legislativas do período (Ferri, 1928:63, 216).[21] A centralidade do tema parece derivar de sua estreita relação com a forma de justificar o direito de punir e com o estabelecimento das funções e finalidades da punição.[22] A disputa traduz-se na definição

20. "...admitindo também que a ameaça legal de uma pena tenha toda a eficácia de prevenção geral como se diz (enquanto a observação dos fatos demonstra o contrário), há o fato de que, se alguém comete um crime, isso acontece porque a norma penal – nas precisas circunstâncias não o deteve" (Ferri, 1928:221).

21. Os únicos que acompanharam plenamente as propostas da "escola positiva" foram o novo Código Penal para a Rússia (1927), o Projeto de Código Penal para Cuba (1926), além do "Projeto Ferri" de 1921 que não chegou a ser promulgado. (Ferri, 1928:208).

22. A relação entre responsabilidade e função da pena não é enfatizada por Ferri. Em um trecho refere-se às "justificativas do direito de punir" para explicar a posição da filosofia tradicional e da

do critério que deve guiar o direito na responsabilização dos indivíduos. De um lado estão os clássicos e responsabilidade moral. De outro estão os positivistas e a responsabilidade legal.

Entre os juristas clássicos, o livre arbítrio, a liberdade moral do homem, constitui a base da responsabilidade. Parte-se, portanto, de que o homem é livre para querer o bem ou o mal e, escolhendo o mal, é responsável por sua escolha e deve ser punido. E será mais ou menos responsável e punível de acordo com sua maior ou menor liberdade ao escolher pelo mal (Ferri, 1905:319).

Os positivistas, por sua vez, consideram inaceitável a utilização do livre arbítrio como critério para julgar os atos humanos por três razões principais. A primeira arrima-se na ausência de unanimidade sobre a existência do "livre arbítrio" que, além da impossibilidade de demonstração científica, é objeto de contestação por parte de teólogos e filósofos. Para Ferri, estes elementos, por si mesmos, deveriam impedir que o legislador fundamente a função cotidiana da justiça penal no livre-arbítrio (Ferri, 1928:57 e 199). A segunda deriva da principal conclusão dos estudos da antropologia criminal: o delinqüente é um anormal, de forma permanente ou transitória, mas sempre um anormal. Esta conclusão científica impediria qualquer tentativa de distinguir as condições da vontade e da inteligência no cometimento do crime (Ferri, 1928:212). E a terceira, de ordem eminentemente prática, assenta-se na paralisia da justiça penal que a responsabilidade moral impõe. E isto porque, ao lado da incapacidade do legislador e do juiz avaliarem a culpa moral, as observações científicas alargam cada vez mais o círculo de anomalias e enfermidades psíquicas (Ferri, 1928:210 e 218).[23]

escola clássica sobre o livre arbítrio (1905:318). Em outro trecho, insere uma frase explicativa à palavra "responsabilidade" em que se lê "...isto é, das condições nas quais o indivíduo é passível de medidas de conservação e de defesa que, em face dos delitos por ele cometidos, podem e devem ser utilizadas pelo Estado" (1905:342).

23. "*...em todo delinqüente* a observação fisiopsíquica, feita pelos entendidos, denotará *sempre* qualquer anomalia mais ou menos evidente (anatômica, fisiológica, endocrinológica, psíquica) ou permanente ou transitória. E a responsabilidade como efeito moral de imputabilidade por normalidade de consciência e vontade, nunca se teria" (Ferri, 1928:210).

No exame da "ação psíquica do criminoso", Ferri distingue quatro tipos psicológicos de delinqüentes: "os voluntários ou dolosos (com vontade mais ou menos anormal), os involuntários ou culposos (por defeito de atenção e previdência), os conscientes mas de vontade imatura (idade menor) ou doente (por loucura ou psicopatia lúcida, loucura moral, psiconeuropatia etc.); inconscientes (por infância, idiotia, automatismo psíquico, delírio com doença mental ou comum)" (1928:208). Uma avaliação ética reflete a escala de reprovação – máxima no tipo voluntário e mínima no tipo inconsciente – de origens medievais que foi trasladada pela escola clássica à justiça penal. De acordo com Ferri, a escola clássica, ao repetir esta avaliação ética como avaliação jurídica de determinados indivíduos, permitiu que nos Códigos Penais de todo o mundo se estabelecesse que apenas os "delinqüentes voluntários" e, excepcionalmente, os "involuntários" estivessem sujeitos às normas penais.[24]

Para os positivistas, a "responsabilidade moral" pressupõe que a justiça humana disponha da onisciência de Deus e seja, portanto, capaz de medir a culpa moral dos indivíduos. A impossibilidade do desempenho de tal tarefa aliada à imperativa necessidade de prover a defesa social, justificaria, para Ferri, a proposta de que *todos* os autores de crimes estejam subordinados às mesmas normas jurídicas, sofram as conseqüências e respondam, perante a sociedade, qualquer que seja sua condição fisiopsíquica de menoridade, loucura, anomalia, etc. (Ferri, 1928:57, 209 e 215).

A proposta da escola positiva, ao estabelecer a "defesa social contra o criminoso" como fim último da justiça penal, elimina a escala de imputabilidade moral para substituí-la pela escala de periculosidade dos delinqüentes. À "potência ofensiva" dos indivíduos deveria adaptar-se a organização das sanções repressivas na lei penal. Dessa forma, independentemente da figura jurídica do crime cometido – da simples injúria ao homicídio – a definição da sanção realiza-se, na lei, de acordo com o grau de periculosidade que apresenta cada categoria de criminoso e, no judiciário,

24. Os dois últimos tipos não pertenciam à justiça penal até que criminalistas clássicos contemporâneos a Ferri admitiram que a autoridade judiciária, ou mesmo a autoridade administrativa, se ocupasse deles por meio das *medidas de segurança* (Ferri, 1928:208).

de acordo com as características particulares do indivíduo. No primeiro momento, a atribuição de periculosidade corresponde às cinco categorias antropológicas de delinqüentes – o delinqüente nato, delinqüente louco, delinqüente habitual, delinqüente ocasional e delinqüente passional.[25] No segundo momento, o juiz deve avaliar a "potência ofensiva" em cada indivíduo o que permite à sanção variar do perdão ao seqüestro perpétuo. Dessa forma, "se o criminoso (...) se demonstra muito pouco *perigoso* para o futuro, a lei deve admitir o perdão, que é (...) uma forma jurídica de condenação, em razão de atribuir ao acusado a consumação do crime, em virtude de o poder obrigar à reparação do dano" (Ferri, 1928:300). No outro extremo, para os delinqüentes muito perigosos, a lei deve autorizar e o juiz determinar o seqüestro por tempo absolutamente indeterminado, "que para os incorrigíveis e incuráveis pode equivaler ao seqüestro perpétuo" (Ferri, 1928:300).

A eliminação da responsabilidade moral e sua substituição pela responsabilidade legal não foi incorporada plenamente à legislação italiana, tampouco à

25. A classificação antropológica dos criminosos foi proposta por Ferri a partir do estudo das anomalias somáticas e psíquicas que Lombroso atribuiu ao "tipo criminal" na primeira edição do *Uomo delinqüente* (1876). Muito sucintamente, de acordo com Ferri, o *delinqüente nato* ou instintivo ou, ainda, por tendência congênita apresenta o mais alto grau de periculosidade. Sua tendência criminal é efeito quase exclusivo de suas condições de anormalidade fisiopsíquica, considerando que o ambiente físico e social concedem-lhe apenas o incentivo e não qualquer causa determinante. O *delinqüente louco* é levado ao crime pela conjunção de dois fatores: a enfermidade mental, que pode assumir a forma de alienação mental ou psicopatia, e a atrofia do senso moral, que se caracteriza pela não repugnância à idéia e à execução criminosa. O *delinqüente habitual* "em seu tipo mais freqüente, é um indivíduo que (...) começa, de rapaz, com leves faltas (mendicidade, vagabundagem, furto simples etc.); depois – pela deletéria influência das prisões (...) e a dificuldade de encontrar um trabalho regular (...) recai obstinadamente no crime..." (Ferri, 1928:243-244). Ferri divide esta categoria em quatro outras, em que variam o grau de periculosidade e incorrigibilidade. O *delinqüente ocasional*, como qualquer outro delinqüente, tem anomalias biopsíquicas congênitas ou adquiridas. No entanto, deve sua atividade criminosa, dificilmente repetida, às circunstâncias do ambiente em que se encontra, isto é, à injusta provocação, às necessidades familiares ou pessoais, entre outras. São, portanto, menos perigosos e mais propensos à readaptação social. O *delinqüente passional*, por fim, apresenta o menor grau de periculosidade e o maior grau de readaptabilidade. Estes delinqüentes não reincidem, pois não é possível que se repitam as "extraordinárias circunstâncias a que foram arrastados pela tempestade psicológica" (Ferri, 1928:249). Dentre os passionais estão os delinqüentes políticos que cometem delitos para realizar seu ideal, sem motivos de utilidade ou de vantagens egoística (Ferri, 1928:243-249). O termo "periculosidade", inicialmente "temibilidade", foi criado por Garofalo em 1880 e passou a constituir conceito fundamental na escola positiva.

brasileira. Lá, o *Projeto preliminar do Código Penal italiano* (1921), formulado por comissão presidida por Ferri, foi substituído em 1925 pelo projeto apresentado pelo Ministro da Justiça Professor Alfredo Rocco. Promulgado em 1930, o Código Rocco conservou o princípio tradicional da responsabilidade moral como condição da responsabilidade penal e acrescentou "inovações práticas positivistas", como as medidas de segurança para os mais perigosos e moralmente irresponsáveis (Ferri, 1928:63). Aqui, a posição intermediária também prevaleceu. De acordo com Basileu Garcia, o Código penal de 40 mostrou-se indiferente à "interminável e insolúvel controvérsia metafísica entre o determinismo e o livre-arbítrio" e optou pela "liberdade da vontade como base insubstituível da responsabilidade, mas de modo empírico isento de preocupações filosóficas" (respectivamente, Exposição de Motivos, Código Penal, 1940, n. 04 e Garcia, 1982:356).[26]

3. A responsabilidade civil é independente da criminal, em que termos?

Desde o final do século XVIII, a responsabilidade civil é percebida como independente da criminal. De lá para cá, os termos desta independência variaram, como relatam Tunc e Viney e, ao que parece, como revelam os trabalhos de Ferri. As teses e os argumentos da criminologia positivista recuperados aqui não acentuam a cisão entre as esferas civil e penal, ao contrário. Na formulação de suas propostas, Ferri não identifica condutas, sanções e formas de tratamento *próprios*, *característicos* ou, ainda, *da essência* do direito penal ou do direito civil. Em diferentes passagens, entrelaça instrumentos de uma e outra esfera na organização da defesa social, insiste na reparação do dano

26. "3. Coincidindo com a quase totalidade das codificações modernas, o projeto não reza em cartilhas ortodoxas, (...). Ao invés de adotar uma política extremada em matéria penal, inclina-se para uma política de transação ou de conciliação. Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva. 4. Do ponto de vista ético-social, a autonomia da vontade humana é um *a priori* em relação à experiência moral, como o princípio da causalidade em relação à experiência física. Sem o postulado da responsabilidade moral, o direito penal deixaria de ser uma disciplina de caráter ético para tornar-se mero instrumento de utilitarismo social ou de prepotência do Estado. Rejeitado o pressuposto da vontade livre, o código penal seria uma congérie de ilogismos. (...)" (Exposição de Motivos, Código Penal, 1940, n. 03 e 04).

proveniente do delito, no rechaço à idéia de punição e na aceitação do perdão como resposta juridicamente válida e adequada em determinados casos.[27]

Atualmente, o tema ganha novos contornos. Do lado civil, começa-se a identificar caráter punitivo em decisões judiciais sobre indenização por danos extrapatrimoniais.[28] Do lado penal, temas como conciliação e transação, reparação do dano e indenização da vítima ganham destaque na formulação de políticas criminais.[29] Ademais, no âmbito dos estudos criminológicos, conhecer as novas feições do direito civil e os temas situados em sua fronteira com direito penal assume especial relevância. Pois há uma forte tendência em considerar algumas características direito civil adequadas e, sobretudo, muito bem-vindas, à esfera penal. Apenas para que se tenha uma idéia de como esta questão se coloca do lado penal, reproduzo uma síntese do "interesse da esfera civil" no pensamento de Louk Hulsman:[30] "(...) o civil deixa às partes o controle de seu conflito: elas

27. Esta nova forma de posicionar-se face à distinção entre o direito penal e civil é formulada de maneira explícita por Ferri nos seguintes termos. "Este é precisamente o primeiro serviço prestado pela escola positivista que insiste (...) sobre a necessidade prática, apoiada pela lógica e pela teoria, de reunir em um sistema todos os diferentes meios de defesa que a sociedade pode dispor contra os atos antijurídicos: assim, longe de separar de forma quase irrevogável os meios preventivos dos repressivos, os meios defensivos dos punitivos, ela os coordena em um todo orgânico e os faz concorrer à defesa da sociedade contra o delito" (1905:457). Na doutrina penal brasileira, este posicionamento foi registrado por Raul Machado: "E se Ferri e outros autores da Escola Positiva sustentam não haver separação absoluta entre direito civil e direito penal, querem com isso significar que os meios preventivos e repressivos, civis e penais, constituem um só sistema de meios adequados à função social da ordem". MACHADO, Raul *A culpa no direito penal*, São Paulo, 1943, p. 03.

28. PÜSCHEL, 2005:102, nota 18.

29. Nesse sentido, SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?* Granada: 1999. Nesse trabalho, a autora analisa as possibilidades de integração da reparação e dos procedimentos de resolução autônoma do conflito gerado pelo delito pelas pessoas diretamente envolvidas no marco do sistema penal. Como a própria autora enfatiza, trata-se de encontrar "alternativas dentro do sistema penal". E também SUMALLA, Josep Tamarit. *La reparació a la víctima en el dret penal.* Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals. Generalitat de Catalunya, 1993. Vale lembrar que ambos os trabalhos destacam a contribuição da "escola positivista italiana" na inserção da reparação do dano proveniente do delito no sistema penal.

30. No início da década de 70 alguns autores realizaram o primeiro diagnóstico do sistema penal a indicar uma diferença considerável entre os objetivos a ele atribuídos, o funcionamento da doutrina penal e a realidade social deste funcionamento. Uma das vertentes dessa nova ciência penal tem em Louk Hulsman seu principal expoente.

guardam, nesse sistema, a possibilidade de definir o problema, elas permanecem em contato, não são forçadas a aceitar o modo de ver do juiz, podem a qualquer momento interromper o processo; elas permanecem, mesmo após o julgamento, em uma posição de negociação. Ademais, o juiz civil deve levar em conta os interesses *dos dois* adversários. Não se deve idealizar o sistema civil, que também é alienante. Mas em relação ao penal, constitui um mal menor".[31]

Para dar início ao debate sobre os termos da independência entre o direito civil e penal, seleciono dois temas abordados por Tunc e Viney e mencionados ao longo deste texto. O primeiro diz respeito "ao que cabe a cada uma", isto é, à possibilidade de uma mesma ação gerar responsabilidade civil e penal (Tunc, 1989: 48) ou, nos termos de Viney, à associação de ambas as instituições na "luta contra os mesmos comportamentos" (1995:120). Focalizando os objetivos que se propõem a alcançar – ou as funções que consideram desempenhar – o segundo tema aborda, de forma muito especulativa, o significado da idéia de "prevenção" em cada uma das esferas.

3.1 A independência das esferas civil e penal no direito brasileiro[32]

No Brasil, a independência de procedimentos e a cumulatividade de sanções constituem a regra geral que disciplina a relação entre as esferas civil e penal (administrativa também, mas essa seria uma outra história). Isto significa que um mesmo fato pode dar ensejo a ambas responsabilidades, que os procedimentos podem realizar-se simultaneamente e que a sanção penal pode cumular-se à obrigação de indenizar determinada pela esfera cível. Ao lado desta regra geral, os art. 63 a 68 do CPP regulam, de maneira específica, as condições desta relação.

31. BERNAT de CELIS, Jacqueline. Les grandes options de la politique criminelle. La perspective de Louk Hulsman, *Archives de politique criminelle*, n. 05, 1982, p. 39. Jacqueline CELIS escreveu com HULSMAN o livro clássico do movimento abolicionista *Penas perdidas*. O sistema penal em questão (1985).

32. Este breve estudo foi preparado no âmbito do projeto de pesquisa Política Criminal e Integración Regional en el Mercosur: Tortura y Corrupción (Buenos Aires: INECIP, 2004) desenvolvido por mim e por Carolina Haber, a quem agradeço a possibilidade de discutir este e outros temas.

O primeiro artigo estabelece que a sentença penal condenatória transitada em julgado servirá como título executivo na esfera cível. Isto é, terminando o processo penal em condenação, a sentença proferida pelo juiz penal pode ser levada ao juízo cível para que defina o valor da reparação do dano, sem nova discussão sobre os fatos ou sobre a existência de obrigação de reparar (art. 63 do CPP).[33] No entanto, não é necessário esperar a condenação criminal para pleitear a reparação do dano no juízo cível. A ação civil poderá se proposta no juízo cível, independentemente da esfera penal. Neste caso, estabelece o art. 64 do CPP a possibilidade de suspensão da ação civil de reparação até o julgamento definitivo da ação penal. Isto é, o juiz da ação civil, ao tomar conhecimento da ação penal, pode suspender o procedimento até o término da ação penal.[34]

Os demais artigos disciplinam os efeitos da esfera penal face à esfera civil em caso de absolvição. No sistema jurídico-penal brasileiro, distinguem-se seis diferentes fundamentos para a absolvição.[35] E, de acordo com esse fundamento, a sentença penal poderá fazer ou não coisa julgada no cível, isto é, o que for decidido na esfera penal não poderá voltar a ser discutido na esfera civil. Há apenas duas hipóteses em que isto ocorre.

A primeira delas está prevista expressamente no Código de Civil: "a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a

33. O Código Penal estabelece quais os efeitos da condenação penal que repercutem na esfera civil. Dessa forma, no art. 91, determina que "são efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime" (...). Trata-se do surgimento do título executivo mencionado, que possibilita o ingresso da ação cível sem que se discuta o fato, mas tão-somente o valor devido.

34. Vale ressaltar que, em ambos os casos – execução da sentença penal condenatória (art. 63 do CPP) ou propositura da ação civil (art. 64 do CPP) – sendo pobre o titular do direito à reparação dano, ao Ministério Público caberá promovê-las, a requerimento do titular (art. 68 do CPP). De acordo com o art. 32, §§ 1.º e 2.º do CPP, será considerada pobre a pessoa que "não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família". E acrescenta que será prova suficiente da pobreza "o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido".

35. Os fundamentos da absolvição, listados no art. 386 do CPP, são os seguintes: I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena; VI – não existir prova suficiente para a condenação.

existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal" (art. 935, CC/2002 e art. 1.525, CC/1916). No que diz respeito à existência do fato e à autoria, portanto, o que foi decidido na esfera penal não poderá ser rediscutido na esfera cível.[36] A segunda hipótese diz respeito à sentença penal absolutória que reconhece a exclusão de ilicitude, ou seja, nas hipóteses em que o agente pratica o fato em estado de necessidade,[37] em legítima defesa,[38] em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (art. 23 do CP). Nesses casos, de acordo com o art. 65 do CPP, a sentença penal faz coisa julgada no cível.

Dessa forma, havendo absolvição na esfera penal fundamentada na inexistência do fato ou da autoria ou nas causas de exclusão ilicitude, a questão não poderá ser rediscutida na esfera cível pois a decisão penal fez coisa julgada. Nas demais situações, a ação civil poderá ser proposta, não obstante a sentença absolutória no juízo criminal.[39]

O Código de Processo Penal de 1941 regulamenta, portanto, as situações em que a esfera penal prevalece sobre a civil e as situações em que é possível recorrer à esfera cível, em busca de reparação do dano, ainda que a decisão penal tenha sido absolutória. No primeiro caso, à esfera civil não é facultado analisar ou discutir sobre o fato, mas apenas determinar o valor da reparação (caso de condenação

36. No mesmo sentido, o art. 66 do CPP estabelece que a "inexistência material do fato" reconhecida em sentença penal absolutória constitui obstáculo à propositura da ação civil.

37. Embora esteja obrigado a aceitar a sentença penal que reconheceu ter o réu agido em estado de necessidade, o juiz cível poderá obrigá-lo a ressarcir o dano, com direito a ação regressiva contra o terceiro que provocou a situação de perigo. Assim, ainda que o Código Civil reconheça que o ato praticado em estado de necessidade não é ato ilícito, prevê, nos arts. 929 e 930, a reparação do prejuízo por quem o causou, cabendo ação regressiva contra terceiro.

38. No caso de haver *aberratio ictus* (erro na execução), o agressor é obrigado a indenizar os danos causados a terceiro eventualmente prejudicado. O mesmo ocorre em relação à legítima defesa putativa, caracterizada pela agressão cometida pelo agente porque acredita estar sendo agredido, ou seja, o agente se defende de uma agressão que, na verdade, não estava sofrendo.

39. O art. 67 do CPP enumera expressamente outras três possibilidades em que a decisão na esfera penal *não impede* a propositura da ação civil: I – o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II – a decisão que julgar extinta a punibilidade; III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime. A extinção da punibilidade ocorre, nos termos do art. 107 do Código Penal, na hipótese de morte do agente; anistia, graça ou indulto; prescrição, decadência ou perempção; dentre vários outros.

penal). No segundo, a esfera penal decide não punir mas deixa aberta na esfera civil a possibilidade de nova análise e discussão do fato e, logo, de reparação (casos de absolvição penal em que não há coisa julgada). Antes do advento deste Código, a prevalência da esfera penal sobre a civil era absoluta. Miguel Reale, em parecer de 1952, explica que nesse período tinha-se "como verdade o que decidiu a justiça repressiva" pois predominava o "interesse público".[40]

O Código de Processo Penal brasileiro, também inspirado na reforma legislativa italiana do Ministro Rocco, quis "evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano" mas manteve a separação entre ação penal e ação civil *ex delicto*. Explica a Exposição de Motivos que "a invocada conveniência prática da economia de juízo não compensa o desfavor que acarretaria ao interesse da repressão a interferência de questões de caráter patrimonial no curso do processo penal" (Exposição de Motivos, CPP, 1941: item VI). No pano de fundo parece estar a cisão ontológica entre a intervenção jurídica de caráter público que pune um atentado à ordem social e a intervenção jurídica de caráter privado que determina a reparação de um dano: a bicentenária distinção entre "punição" e "reparação".

3.2 A prevenção como função da responsabilidade civil e penal

Tunc (1989: 49), ao abordar o tema da "convergência de objetivos entre as responsabilidades civil e penal", enfatiza ser a punição de uma pessoa culpável objetivo clássico atribuído à responsabilidade penal. A mudança vem com o progresso da "psicologia e da sociologia" e com o "espírito da defesa social". A partir desse momento, volta-se para as medidas que impedem e desencorajam o cometimento de crimes: a autorização para punir é, enfim, substituída pela reeducação e pela reinserção social. A responsabilidade civil, por sua vez, visa essencialmente indenizar uma vítima de dano e, secundariamente, dissuadir os comportamentos anti-sociais pela ameaça

40. REALE, Miguel. Sentença criminal. Efeitos civis em matéria de fato ou de autoria. Da inversão do "ônus da prova" no juízo cível quando ela é absolutória. Inteligência do art. 66 do CPP Parecer. *RT* 201/62, 1952.

de uma ação de indenização. De acordo com o prognóstico de Tunc, o avanço dos seguros cobriria cada vez mais os casos de indenização por danos corporais, de forma que a prevenção restaria, nesse domínio, a única função da responsabilidade civil. É nesse ponto que a responsabilidade civil reúne-se ou confunde-se com a penal.[41]

Se prevenir é um objetivo comum, um bom começo de investigação seria identificar se nos referimos aos mesmos mecanismos e efeitos quando atribuímos essa função às esferas civil e penal. Retomo aqui a distinção entre prevenção e dissuasão esboçada anteriormente a propósito dos substitutivos penais de Ferri. Vale a pena notar, nesse sentido, que tanto Tunc quanto Püschel, utilizam o termo 'dissuasão' para caracterizar a prevenção que se realiza pela responsabilidade civil (Püschel, 2005:94 e Tunc, 1989:133). A política de prevenção pela dissuasão englobaria, de acordo com Tunc, tanto a prevenção denominada específica – que resulta da ameaça de uma sanção – quanto a prevenção geral – baseada no cálculo do custo de diferentes atividades que, em uma economia de mercado, eliminaria certas atividades perigosas (Tunc, 1989:135). Em ambos os casos, Tunc enfatiza que os mecanismos dissuasivos constituem *uma das técnicas* que pode ser utilizada em uma política de prevenção.

Na seqüência, e este é o ponto de extremo interesse se comparado à esfera penal, Tunc passa a analisar a pertinência, a adequação e os efeitos desta função em diferentes conjuntos de problemas: infrações violentas, questões financeiras, difamações, violações da vida privada, erro e danos acidentais. A dissuasão via ameaça de reparação teria, portanto, efeitos distintos de acordo com a natureza do problema. Nessa linha, seria necessário admitir que a possibilidade de intervenção jurídica não gera efeitos preventivos em todos os tipos de problemas. E quando gera, não o faz do mesmo modo ou com a mesma intensidade.

Na esfera penal, a "prevenção" é objeto de inúmeras teorias, classificações e mal-entendidos. Para os autores mais ou menos distanciados do senso comum penal, o papel fundamental das teorias da prevenção é de legitimação do sistema

41. E em VINEY (1995:118), como mencionado anteriormente, o objetivo de prevenção de comportamentos é o fator de aproximação entre as duas esferas a partir do final do século XIX.

punitivo. No início da década de 90, o criminólogo Alessandro Baratta, a propósito do debate entre as funções instrumentais e simbólicas do direito penal, anunciou a crise irreversível em que se encontrariam as três teorias de legitimação instrumental do sistema punitivo: prevenção especial positiva (ressocialização), prevenção geral negativa (intimidação geral pela ameaça da pena) e prevenção especial negativa (neutralização, incapacitação, intimidação específica). Limito-me às considerações de Baratta sobre a "prevenção geral negativa" por ser a base do consenso que se forma ao redor do sistema penal atual e, principalmente, por ser a mais próxima à noção de prevenção a que se refere Tunc.

De acordo com a teoria da intimidação geral, ou da prevenção geral negativa, "a defesa social se realizaria pela ameaça da pena e/ou pelo espetáculo de sua aplicação que criaria uma contra-motivação aos potenciais infratores, ou seja, a todos aqueles sujeitos que, ainda não sendo autores de infrações, pode-se imaginar que não tenham uma atitude de lealdade em relação ao ordenamento" (Baratta, 1991:50). Para Baratta, esta função consiste em uma hipótese empírica não verificada e, ademais, inverificável. Não há, segundo ele, como fornecer evidências empíricas de que a realização desta função contribua a alcançar sua finalidade imediata: a defesa social.[42]

Esta mesma dificuldade de demonstração empírica parece atingir a responsabilidade civil. É o que parece indicar a forma como Tunc descreve a intensidade dos efeitos dissuasivos naqueles grupos de problemas, referindo-se a exemplos da vida cotidiana e experiências de países europeus como regras gerais de funcionamento da dissuasão (Tunc, 1989:135 e 137).

Enfim, as diferentes "teorias da prevenção" elaboradas como forma de legitimar o sistema punitivo realizam-se exclusivamente pela "ameaça da pena", ignorando a prevenção que se realiza antes e fora da intervenção penal. As limitações da dissuasão pela sanção, como forma de prevenção de

42. A impossibilidade de verificação empírica é também o motivo da crise da função de ressocialização (prevenção especial positiva), em que apenas a finalidade imediata, a "transformação do infrator", pode ser objeto de controle empírico, mas não sua contribuição à defesa social e à proteção de bens jurídicos (Baratta, 1991:50).

comportamentos anti-sociais, não passaram desapercebidas por Tunc, nem por Ferri, mas não atingiram, ainda, o consenso que em torno dela se forma na justiça penal atual.

4. Bibliografia

ALVAREZ, Marcos César. Bacharéis, criminologistas e juristas – saber jurídico e nova escola penal no Brasil. *Coleção Monografias IBCcrim*. São Paulo, n. 25, 2003.

BECCARIA, Cesare (1764). *Dos delitos e das penas* (trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BERNAT de CELIS, Jacqueline. Les grandes options de la politique criminelle. La perspective de Louk Hulsman. *Archives de Politique Criminelle*, n. 05, 1982, p. 39.

DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Epoque* (trad. Regina Agostino). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

DIGNEFFE, Françoise. Durkheim et les débats sur le crime et la peine. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. v. 2. Perspectives Criminologiques. Ottawa: Les Presses de L'Université d'Ottawa, 1998.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1982.

KARAM, Maria Lúcia (org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Maíra Rocha. A pessoa-objeto da intervenção penal. *Revista DireitoGV*, v. 1, n. 1, maio de 2005

MACHADO, Raul. *A culpa no direito penal*. São Paulo, 1943.

PIRES, Álvaro. (1998), La Formation de la Rationalité Pénale Moderne au XVIII siècle. *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine*. v. 2. Perspectives criminologiques. Ottawa: Les Presses de L'Université d'Ottawa, p. 94.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, março de 2004.

PÜSCHEL, Flávia. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927 parágrafo único do Código Civil. *Revista DireitoGV*, v. 1, n. 1, maio de 2005.

REALE, Miguel. Sentença criminal. Efeitos civis em matéria de fato ou de autoria. Da inversão do "ônus da prova" no juízo cível quando ela é absolutória. Inteligência do artigo 66 do Código de Processo Penal. Parecer. *RT* 201/62. São Paulo: RT, 1952.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. (1939). *Punishment and Social Structure*. London: Transaction Publishers, 2003, p. 204. Há tradução ao português: *Punição e estrutura social* (tradução e revisão técnica de Gizlene Neder). Coleção Pensamento Criminológico, n. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y Conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?* Granada: Comares, 1999.

SUMALLA, Josep Tamarit i. *La reparació a la víctima en el dret penal. Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1993.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil*. Introduction à la responsabilité. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

4. O Direito em Ação

Suspensão condicional do processo: críticas à Súmula 696 do STF

Vinicius de Toledo Piza Peluso
Juiz de Direito/SP. Coordenador Estadual do IBCCrim. Membro da Associação dos Juízes para a Democracia. Membro da Associação Internacional de Direito Penal.

Sumário: 1. Introdução – 2. O Estado democrático de direito e os direitos fundamentais: 2.1 O Estado democrático de direito; 2.2 Os direitos fundamentais – 3. O direito penal e o processo penal – 4. A Súmula 696 do STF – 5. A natureza jurídica da suspensão condicional do processo – 6. Outras críticas – 7. Considerações finais – 8. Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho visa a demonstrar, através da desconstrução dos fundamentos utilizados para a edição da Súmula 696 do STF, que a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) possui a natureza jurídica de um verdadeiro direito público subjetivo dos acusados, por se tratar de uma norma processual penal material, proporcionando-lhes uma posição jurídica mais privilegiada que visa à proteção, garantia e efetivação da liberdade individual, através da vinculação e limitação do *ius puniendi* estatal, razão pela qual não cabe ao Ministério Público optar entre o oferecimento da proposta ou o prosseguimento da ação penal, quando presentes todos os requisitos legais exigidos, cabendo, pois, ao Poder Judiciário, em caso de negativa da proposta, formulá-la *ex officio* aos acusados.

Abstract: The present paper aims at demonstrating, through the deconstruction of the fundamentals used for the edition of the Abridgement 696 of the Federal Supreme Court, which the conditional suspension of the process (art. 89 of Act 9.099/95) has the legal nature of a true subjective public law of the accused, as it has to due with a material criminal procedural law, giving them a more privileged legal position which aims at the protection, guarantee, and effectiveness of natural liberty, through the relationship and limitation of the state *ius puniendi*, that is why it is not up to the Department of Justice to opt between the offer of the proposal or the continuance of the criminal action, when all the demanding legal requirements are present, falling to the Judicial Department, in case the proposition is negative, formulate it *ex officio* for the accused.

Palavras-chave: Estado democrático de direito – Direitos fundamentais – Direto de liberdade (*ius libertatis*) – Direito penal – Direito processual penal – Relações – Súmula 696 do STF – Suspensão condicional do processo – Art. 89 da Lei 9.099/95 – Natureza jurídica – Normas processuais penais materiais – Causas de extinção da punibilidade – Direito público subjetivo – Princípio da oportunidade regrada ou mitigada – Princípio da obrigatoriedade – Acordo – Consentimento – Impulso processual oficial – Princípio da indeclinabilidade da jurisdição penal.

Key words: Democratic state of law – Fundamental laws – Right of liberty (*ius libertatis*) – Criminal law – Criminal procedural law – Relations – Abridgement 696 of the Federal Supreme Court – Conditional Suspension of the Process – Art. 89 of Act 9.099/95 – Legal nature – Material criminal procedural laws – Punibility extinction causes – Subjective public law – Principle of regulation and mitigation opportunity – Principle of obligatoriness – Agreement – Consent – Official procedural impulse – Principle of indeclinability of the criminal jurisdiction.

"O hábito de concordar com tudo pode ser causa de muitos erros e de muitos perigos" (Cícero).

1. Introdução

A Lei 9.099/95, em seu art. 89, criou o benefício da suspensão condicional do processo, inovando o sistema jurídico penal com salutar efeito despenalizador, entretanto, como adverte João José Leal,[1] o fez de maneira lacônica em comparação à forma como disciplinou as infrações de menor potencial ofensivo e os Juizados Especiais Criminais, e, em conseqüência, relevantes questões de natureza procedimental e material foram negligenciadas, gerando inúmeros problemas e lacunas a serem resolvidos pela doutrina e pela *praxis* jurídica.

Dentre os problemas a serem resolvidos,[2] surgiu a questão sobre a natureza jurídica do instituto e a faculdade conferida ao Ministério Público para propor o benefício e a eventual recusa ou omissão em fazê-lo, ainda que presentes todos os requisitos legais, e, após inúmeras indas e vindas, o Eg. Supremo Tribunal Federal acabou por editar a Súmula 696, que dispõe: "Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal".

Entretanto, acredito que a questão não teve a solução mais adequada, inclusive porque formulada sobre falsas premissas, sendo imperioso rediscuti-la com base em outros referenciais e pontos-de-vista, especialmente diante da importância que as súmulas dos Tribunais Superiores sempre tiveram como fonte de informação hermenêutica e, portanto, como formadoras de tendências a serem seguidas pelos demais Tribunais e Juízes, bem como após o advento da EC 45/2004

1. A Súmula 696 do STF e a proposta de suspensão condicional do processo criminal. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo: v. 12, n. 139, jun. 2004, p. 08-10.

2. Sobre a questão: BATISTA, Weber Martins. Suspensão condicional do processo: natureza jurídica; iniciativa da proposta. Disponível em www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo7.htm.

que, nefastamente, as dotou de efeito vinculante em relação, dentre outros, aos demais órgãos do Poder Judiciário (art. 103-A da CF/88).

2. O Estado democrático de direito e os direitos fundamentais

2.1 O Estado democrático de direito

O art. 1.º, *caput*, da CF/88 é categórico e explícito ao afirmar que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, se caracteriza por reunir "os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*",[3] onde os valores da democracia são irradiados sobre todos os elementos constitutivos do Estado, inclusive a ordem jurídica, visando a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais.

Tal forma de Estado assenta-se, dentre outras características, em uma base antropológica constitucionalmente estruturante de respeito e garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (sistema de direitos fundamentais), realçando a autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos,[4] proibindo fundamentalmente, no plano jurídico-objetivo, as ingerências do Estado na esfera jurídica individual.

Assim, o Estado Democrático de Direito é "um Estado de direitos fundamentais. A Constituição garante a efectivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem (...) Nesse sentido, o Estado de direito é um 'Estado de distância', porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos. Por outro lado, o Estado de direito é um estado 'antropolo-

3. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116.

4. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, p. 248 e 288.

gicamente amigo', ao respeitar a 'dignidade da pessoa humana' e ao empenhar-se na defesa e garantia da *liberdade*, da *justiça* e da *solidariedade*".[5]

E sabendo-se que os direitos fundamentais são parte integrante e integrada da ordem constitucional global, pode-se afirmar, com Canotilho e Vital Moreira, que o Estado Democrático de Direito exige os direitos fundamentais e os direitos fundamentais exigem o Estado Democrático de Direito,[6] não significando tais direitos apenas e simplesmente um limite ao Estado, mas, também, uma tarefa a ser cumprida, incumbindo a este defendê-los e garanti-los e não meramente respeitá-los.

Os direitos fundamentais, por sua vez, não são um compartimento isolado no interior da Constituição Federal, mas representam uma parte integrante do conjunto da ordem constitucional, estando, pois, organicamente ligados aos demais domínios constitucionais, constituindo um dos componentes essenciais da decisão política constituinte e, pois, necessariamente ligados à Constituição política e ao princípio democrático que a informa.[7]

Encarnam, pois, os princípios informadores de toda a política estatal, cumprindo uma missão de fundamento e limite de todas as normas que organizam o funcionamento dos poderes públicos e de todas as experiências concretas de juridicidade surgidas no ordenamento jurídico em que se formulam.[8]

2.2 Os direitos fundamentais

Como se viu, os direitos fundamentais, por constituírem parte integrante e integrada da Constituição Federal, cumprindo uma missão de fundamento e limite de todas as normas organizatórias de funcionamento do Estado e de todas as experiências concretas de juridicidade surgidas no ordenamento jurídico, gerando aos

5. CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra Editores, 1991, p. 83.

6. CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 99.

7. Op. cit., p. 99.

8. PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución.* 6. ed. Madrid: Tecnos, p. 213.

poderes públicos a obrigação de respeitá-los, defendê-los e garanti-los, realçando a autonomia individual dos cidadãos através da vinculação estatal a conteúdos, formas e procedimentos, tais direitos são a parte da Constituição que mais profunda e diretamente incide sobre as posições jurídicas dos cidadãos e que mais conforma a ordem jurídica infraconstitucional,[9] pois, enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes em uma determinada ordem constitucional, configuram-se como normas colocadas no grau superior da ordem jurídica e seu conteúdo é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade.[10]

Hoje, os direitos fundamentais apresentam uma complexa concepção filosófico-jurídica, diante da existência de uma grande variedade de concepções,[11] que, de modo extremamente simplificado, podem ser divididas em concepções liberais e concepções sociais;[12] entretanto, mesmo diante de tanta complexidade conceitual, afirma-se que o sistema constitucional dos direitos fundamentais forma uma concepção coerente e integrada diante da conjunção e harmonização dos elementos pertencentes a todas concepções.

No presente trabalho, será levada em maior consideração a visão liberal, ainda que matizada, por melhor se adequar à fundamentação a ser desenvolvida e aos objetivos a serem alcançados, sem que, com isso, as demais concepções não estejam, ainda que implicitamente, sendo consideradas.

De maneira geral, na concepção liberal dos direitos fundamentais,[13] que está intrinsecamente ligada à teoria liberal do Estado, estes são direitos individuais

9. Op. cit., p. 93.

10. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 373.

11. Sobre a questão: PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. Op. cit. CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital. Op. cit.

12. Para os constitucionalistas portugueses Canotilho e Vital Moreira, tais teorias são "as mais estruturadas (inclusivamente sob o ponto de vista filosófico e ideológico) e que mais se aproximam de uma teoria global dos direitos fundamentais, sendo a elas que se reconduzem em última análise quase todas as outras (as quais em geral são parcelares, limitando-se a explicar determinados aspectos dos direitos fundamentais); são também aquelas duas teorias, nas diversas variantes de cada uma, que protagonizam a maior parte da discussão teórica dos direitos fundamentais" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 101).

13. Quanto às críticas sobre a visão estritamente liberal, Canotilho e Vital Moreira deixaram corretamente assentado que "a teoria liberal não consegue só por si dar conta do regime cons-

de defesa frente ao *Leviathan* estatal, ora gerando obrigações negativas – dever de omissão dos entes públicos ante a esfera individual – ora obrigações positivas – dever de prestação estatal de criar ou propiciar as condições materiais ao exercício da liberdade –, revestindo o caráter de normas constitucionais favoráveis à ampliação, proteção, garantia e efetivação da liberdade individual, através da vinculação e limitação estatal a conteúdos, formas e procedimentos.

Os direitos fundamentais constitucionais, por outro lado, não teriam valor efetivo, caso pudessem ser objeto de restrição ou compressão por parte do legislador, exigindo, pois, para sua garantia constitucional, "uma clara disciplina limitadora da respectiva restrição"[14] de tais direitos.

Assim, as limitações dos direitos fundamentais constitucionais somente encontram justificação e legitimidade diante da indispensável necessidade de salvaguarda de outros direitos, interesses ou bens constitucionalmente protegidos, a gerar, pois, um conflito positivo de normas constitucionais.

Finalmente, como os direitos fundamentais representam uma das decisões fundamentais do constituinte através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica, exige que seu significado seja interpretado como um sistema cujos os elementos não apresentem contradições de orientação e sentido internos, conformando com a ordem constitucional global um conjunto organicamente harmônico e coeso, correspondendo aos direitos fundamentais a função "de garantizar la unidad del ordenamiento en el que, a su vez, se integran, y de orientar su desarollo hacia los fines y valores que informan tales derechos",[15] determinando que o sistema de direitos fundamentais "opere como cânon para disciplinar jurídicamente las diversas manifestaciones de la vida del Estado y de la sociedad. De ahí que existan supuestos peculiares que connotan la interpretación de los derechos

titucional dos direitos fundamentais" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 102).

14. CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 133.
15. PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. Op. cit., p. 310.

fundamentales con rasgos distintivos",[16] que, inegavelmente, vão causar importantes reflexos na interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Dentre os *topoi* para a interpretação constitucional[17] que venha a gerar imediata repercussão na esfera dos direitos fundamentais, é de vital importância o princípio do *in dubio pro libertate*, que concretiza a presunção geral, própria do Estado Democrático de Direito, em favor da liberdade dos cidadãos,[18] ou seja, trata-se de uma opção constitucional em favor da liberdade (*favor libertatis*), onde em casos duvidosos deve-se optar pela interpretação que melhor proteja os direitos fundamentais, concebendo o processo hermenêutico constitucional como um trabalho tendente a maximizar e otimizar a força expansiva e a máxima eficácia dos direitos fundamentais, entendidos como um dos elementos de um sistema unitário que expressa uma estrutura coerente e hierarquizada em função dos valores que o informam.[19]

3. O direito penal e o processo penal

Dentre os direitos fundamentais constitucionais mais importantes encontra-se o direito individual de liberdade, que constitui a primeira forma de liberdade que o homem teve de conquistar ao opor-se ao estado de escravidão e de prisão, caracterizando-se como "a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhora de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente dentro do território nacional".[20]

Entretanto, como se sabe, não existem direitos fundamentais absolutos e ilimitados, pois há situações em que o exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos encontram limites e restrições, podendo entrar em conflito ou colisão: a) com os mesmos

16. Op. cit.

17. Sobre a interpretação das normas constitucionais e seus métodos: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit.; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

18. Op. cit., p. 315.

19. Op. cit., p. 315-316.

20. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 240.

e/ou outros direitos fundamentais por parte de outro titular (conflito de direitos); b) com a defesa e/ou proteção de bens da coletividade e do Estado também constitucionalmente protegidos (conflito entre direitos e outros bens constitucionais).[21]

No segundo caso – que é o que nos interessa –, a colisão entre os direitos fundamentais, especificamente o direito individual de liberdade, e os bens e interesses da coletividade e do Estado ocorrem nas situações em que a Constituição protege determinados bens jurídicos vitais que a ordem constitucional elegeu como particularmente valiosos, considerando-os dignos de especial reconhecimento e proteção, ocorrendo que sua salvaguarda pode justificar restrições aos direitos fundamentais com eles colidentes.[22]

Nesse contexto, dispõe o Estado, em seu arsenal de múltiplos instrumentos, de meios que, preventiva ou repressivamente, salvaguardem situações perigosas ou lesivas de diretos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos causadas por terceiros, mediante a penalização de comportamentos violadores de tais direitos, interesses ou bens jurídicos a eles conexos, submetendo os agentes violadores a penas que podem traduzir-se em sacrifício de certos direitos fundamentais de que titulares – no caso, o direito individual de liberdade –, e, por isso mesmo, tais meios estatais encontram-se sujeitos às regras constitucionais que regem e limitam a restrição dos direitos fundamentais.[23]

Aparece, então, o *ius puniendi* do Estado que é o direito estatal a criar e estabelecer normas penais e aplicá-las aos seus infratores, através de um conjunto de condições que determinam a legitimidade da ameaça e a aplicação das penas, materializadas através do Direito Penal[24] (*ius poenali*), situação que encontra-se, como acima visto, vinculada à ordem constitucional e a seus valores,[25] sempre

21. CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 135.

22. Op. cit., p. 136.

23. CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 140.

24. GARCIA-PABLOS, Antonio. *Derecho penal* – Introducción. Madrid: Universidad Complutense, 1995, p. 213 e ss.

25. BACIGALUPO, Enrique. *Princípios de derecho penal* – Parte general, 5. ed. Madrid: Ediciones Akal, 1998, p. 16-17.

respeitando escrupulosamente os limites próprios de uma concepção garantista do Estado Democrático de Direito.[26]

Como o Direito Penal, através das penas que se caracterizam como o instrumento mais importante, mais severo e mais violento de que dispõe o Estado, inegavelmente importa em um acréscimo do poder que este tem de ordenar e coagir os cidadãos que se vêem submetidos contra sua vontade à coação, poder e violência estatal,[27] diminuindo-lhes, portanto, a esfera do direito fundamental individual de liberdade (*status libertatis*), e, diante de um Estado Democrático de Direito, respeitador e garantidor do sistema de direitos fundamentais, surge-lhe o limite de, antes de tornar efetiva sua pretensão punitiva, colocá-la em confronto com o direito fundamental daquele contra quem pretende exercê-lo, inclusive diante do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CF/88).

Tal confronto é exercido através do processo penal, que se caracteriza como um instrumento de efetivação do *ius puniendi* estatal (caráter instrumental do processo penal)[28] e, também e principalmente, como um verdadeiro instrumento de satisfação e proteção dos diretos e liberdades fundamentais do homem, protegendo os cidadãos contra a ingerência e o arbítrio estatal,[29] estando, dessa forma, também inserido no sistema constitucional de garantias dos direitos fundamentais.

O processo penal desempenha importante função instrumental,[30] onde "o Estado exerce a atividade jurisdicional para aplicar o Direito objetivo a uma situação

26. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de *f*, 2002, p. 122.

27. HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2. ed. Trad. Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 77.

28. Sobre a questão: LOPES Júnior, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. Disponível em www.aurylopes.com.br.

29. No mesmo sentido: MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: v. 5, f. 17, jan.-mar. 2005, p. 63-74.

30. Conforme observado por Mauro Capelletti, ainda que esquecido por muitos, "el derecho processual no es en verdad um fin en si mismo, sino instrumento para el fin de la tutela del derecho substancial; está, en suma por decirlo aí, al servicio del derecho substancial, del cual tiende a garantizar la efectividad, o sea la observancia, y, para el caso de inobservancia, la reintegración" (*Proceso, ideologia, sociedad*. Trad. Santiago Sentis de Melendo y Tomás A. Bazhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 5)

concreta delimitada e traçada em pretensão regularmente deduzida. Sendo assim, jurisdição e processo se apresentam como funções destinadas, no campo penal, a aplicar, de maneira justa, as normas penais. Donde dizer Ernst Belling que o objeto do processo é a tutela da lei penal. O Estado, no processo, torna efetiva, por meio dos poderes jurisdicionais de que estão investidos os órgãos judiciários, a ordem normativa do Direito Penal, com o que assegura a aplicação de suas regras e seus preceitos".[31] Assim, não existe crime e aplicação da pena, ou seja, o exercício do *ius puniendi*, sem o processo penal (*nullum crimen, nulla poena sine iudicio*).

Cabe, portanto, ao Direito Penal submeter ao processo penal as questões que devem ser discutidas – a imputação e a conseqüência jurídica –, determinando as metas a serem buscadas no processo, sob pena daquele se transformar em um simples objeto decorativo sem eficácia prática alguma.

Por outro lado, o processo penal, sem o direito material penal, atuaria às cegas e desorientado e os sujeitos processuais não saberiam o que é que deveria ser buscado no mesmo.[32] Daí afirma-se que "el Derecho processual penal constituye, pues, un puente entre el Derecho penal material y la realidad, y va desde la sospecha hasta la condena, uma vez constatada la existência del delito".[33]

Por sua vez, o processo penal também é um meio garantidor da fruição, pelos acusados, dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, que não podem ser atropelados pelo Estado, conseguindo-se uma relação equilibrada entre os interesses estatais (*ius puniendi*) – que não podem ser realizados a qualquer preço –, e a dignidade dos acusados constitucionalmente consagrada.[34]

Já se afirmou, inclusive, que é através da análise do processo penal que se estabelece o maior ou menor caráter democrático de um determinado Estado, pois

31. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997, p. 68.

32. HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminologia y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 123.

33. Op. cit.

34. Segundo Cândido Rangel Dinamarco: "Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado procura manter" (*A instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 1987, p. 234).

em "su realización práctica se encuentran los signos que califican la calidad de un Estado con sus ciudadanos con particular precisión y colorido. Este es el motivo por el cual el procedimiento penal y el derecho procesual penal constituyen un objeto irrenunciable",[35] já que o processo penal tem relação direta com as funções próprias do Estado de Direito moderno, pois, através dele, mais do que em qualquer outro, o acusado se vê submetido contra sua vontade à coação, poder e violência estatal.[36]

Entretanto, as relações entre Direito Penal e Direito Processual Penal caracterizam-se, há muitos anos, pela mútua ignorância, como se estas duas disciplinas se ocupassem de setores do ordenamento jurídico sem nenhum tipo de relação entre si,[37] mas, ainda que não haja uma clara intenção que o Direito Processual Penal seja mera parte integrante do Direito Penal, o fato é que aquele deve guardar uma vinculação estreita e um certo grau de dependência em relação a este, em uma relação integrativa, orgânica e substancial, pois o processo é sempre um meio e não um fim em si mesmo, mediando entre ambos uma estreita relação e dependência teórica e/ou ideológica, onde os princípios de ambos são estreitamente paralelos, já que as duas disciplinas têm como normas primárias a Constituição, incumbindo-lhes a preservação do Estado Democrático de Direito, onde cada princípio limitador tem sua correspondente versão penal e processual penal,[38] inclusive porque, tal como o Direito Penal, também o Direito Processual Penal é o espelho da forma do Estado, pois, como já dito, no processo penal também se jogam os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.[39]

Ademais, a rígida cisão entre os referidos ramos jurídicos implica o perigo de perda de importantes e essenciais vínculos materiais, gerando a disfuncionalidade do sistema penal, como um todo, em termos político-criminais e dogmáticos, onde

35. HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy.* 2. ed. Trad. Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 73.

36. Op. cit., p. 77.

37. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Derecho penal substantivo y derecho procesual penal: hacia uma visión integrada. *Anuario de Derecho Penal*, 2004, p. 130-163.

38. ZAFARONI, Eugenio Raul/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal* – Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 165.

39. TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais.* Coimbra: Coimbra Editores, 1990, p. 212.

aspectos importantíssimos do sistema alcancem apenas desenvolvimento teórico e certos avanços materiais careçam de incidência prática por não haver encontrado um adequado tratamento processual.[40]

4. A Súmula 696 do STF

O Eg. Supremo Tribunal Federal baseou-se em diversos julgados para, ao fim, consolidar seu entendimento sobre a questão e editar a referida Súmula, e, após a análise destes, pode-se fazer uma breve suma das fundamentações utilizadas.

Talvez o julgamento mais importante para a questão ocorreu no HC 75.343-4/MG,[41] que teve como relator para o acórdão o Min. Sepúlveda Pertence.

O Min. Octávio Gallotti deixou assentado em seu voto, e na explicação de voto, que a iniciativa da propositura da suspensão condicional do processo é exclusiva do Ministério Público, segundo a letra e a lógica do dispositivo (art. 89 da Lei 9.099/95) e por ser corolário da privatividade da promoção da ação penal pública (art. 129 da CF/88), ocorrendo que a hipótese de omissão ou recusa de oferecimento do benefício não transmuda em direito subjetivo do réu a faculdade que a lei, em simetria com a Constituição, erigiu em prerrogativa do Ministério Público, pois, se a suspensão é sucedâneo da titularidade constitucional da ação penal, estando a ela entrelaçada, não há como dela cogitar, independentemente da participação do Ministério Público.

Afastou a possibilidade de que o benefício fosse concedido *ex officio* pelo Juiz da causa, eis que este não pode ser constituído em parte e substituir a atuação do órgão acusador ou avocar-lhe a competência, "porquanto não mais compete ao julgador do que o controle da legalidade da suspensão que haja sido por quem de direito promovida. Não, de ofício, a sua concessão".

Entretanto, afastou a aplicação analógica do art. 28 do CPP (remessa dos autos ao Procurador-Geral) ante a ausência de similitude de situações capazes de autorizar o emprego da analogia, pois "basta apontar a inversão em que ocorreria a

40. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 133.
41. Ementário STF 2.035-2.

finalidade da norma processual em questão, que é a de suprir ou estimular a vocação acusatória do representante do Ministério Público, jamais a de obstar os efeitos da denúncia, como seria o caso de sua aplicação em benefício do réu".

Em sua declaração de voto, o Min. Nelson Jobim asseverou que a proposta de suspensão é uma prerrogativa do Ministério Público e não um direito subjetivo do réu, ante a natureza do instituto que corresponde ao *probation*, ou seja, a possibilidade da suspensão do processo mediante condições. Ademais, referiu que o texto do art. 89 da Lei 9.099/95 estabelece claramente que o órgão acusador "poderá propor", o que, evidentemente, caracteriza uma faculdade onde é permitido pedir ou não pedir, utilizando-se da analogia ao art. 76 da referida lei que também se utiliza da expressão "poderá propor aplicação imediata".

Por fim, sustentou que a introdução de tais institutos no sistema penal brasileiro não se consubstancia um direito subjetivo de natureza penal e processual do réu, mas, sim, um início da introdução da liberdade individual dentro do processo penal, onde há a possibilidade de ser afastada a aplicação da pena pelo Estado por acordo entre acusadores e réus, onde "não cabe ao Poder Judiciário, no caso específico, impor ao Ministério Público a apresentação de uma proposta, até porque a lei diz claramente 'poderá propor', e não deverá propor".

Em voto vencido, o Min. Marco Aurélio expressou que o emprego do verbo "poder" pelo legislador, especialmente no campo penal, não é incomum e, nem por isso, é possível, através de interpretação literal, concluir-se pela existência de faculdade, de campo propício ao subjetivismo, apropriada à decisão por simples conveniência, inclusive porque em jogo a liberdade, devendo-se, pois, afastar a possibilidade de predominar a concepção pessoal, de critérios particularizados, alfim, de óptica calcada em um verdadeiro direito alternativo vindo a repercutir na liberdade do cidadão, onde o verbo "poder" não deve ser tomado como revelador de discricionariedade.

Explicitou que o art. 89 da Lei 9.099/95 revela os requisitos, e somente eles, que devem ser observados pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade, especialmente quando em jogo o *status libertatis* do cidadão, e que este não obstaculiza a oferta da denúncia, mas apenas, através de uma política de

persecução criminal cuja fixação cabe ao legislador e não ao Ministério Público, a formalização da proposta visando a suspender o processo, e que o poder de que cogita o artigo mencionado é vinculado e transforma-se em dever quando presentes todos os requisitos legais e a margem da recusa em se formular a proposta também está dada e estritamente atrelada à lei. Uma vez preenchidos todos os requisitos legais exigidos surge um direito subjetivo do réu ao benefício legal.

Finalmente, anotou que a suspensão condicional do processo é submetida "a uma vontade, a uma manifestação unilateral, mas essa é a daquele que, titular do direito ao devido processo legal, abre mão das garantias próprias e aceita, sem o julgamento da ação penal, do processo a que responde como acusado de prática de ato configurador de tipo penal, as condições estipuladas pelo juiz, devendo cumpri-las tal como fixadas. Isso decorre do teor do § 1.º do art. 89".

Já o Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto, afastou a polêmica semântica sobre o verbo "poder", aduzindo que, em linguagem normativa, tal verbo nem sempre expressa uma faculdade, menos ainda uma faculdade livre e jamais o arbítrio do agente público, sendo freqüentemente utilizado como expressão de uma competência, sobretudo competência alternativa à comum, que é o que ocorre no caso do art. 89 da Lei 9.099/95, pois a regra é a obrigatoriedade da ação penal pública e a suspensão condicional do processo é um mecanismo de flexibilização de tal obrigatoriedade, gerando, pois, um regime de discricionariedade regrada ou mitigada.

Aduziu que em um instituto definido como mecanismo de Justiça Criminal transacional ou pactuada não se pode dispensar ou subtrair, na formação de tal acordo, uma das partes do processo – a parte acusatória –, a qual a lei teria reservado a iniciativa da proposta. Assim, a aplicação analógica da hipótese do art. 28 do CPP, pensada para funcionar no quadro do princípio da obrigatoriedade da ação penal e do princípio da unidade da Instituição, seria a que melhor se compatibilizaria com o papel insubstituível do Ministério Público e se aproximaria à hipótese da recusa no oferecimento da proposta da suspensão condicional do processo, onde a manifestação isolada do Promotor de Justiça seria submetida ao crivo dos órgãos de manifestação da unidade do Ministério Público.

O Min. Carlos Velloso, acompanhando o voto do Min. Sepúlveda Pertence, destacou que "a lei quer o pronunciamento não do Promotor, mas do Ministério Público. Assim, parece-me razoável a interpretação no sentido de que, existindo as condições objetivas para que o Órgão do Ministério Público, incumbido da denúncia, proponha a suspensão do processo, e não a fazendo, deve o juiz ouvir o Chefe do Ministério Público, porque este fala em nome da Instituição, e a lei, conforme vimos, não se refere ao Promotor, nem ao Procurador, mas, sim, ao Ministério Público".

Por fim, o Min. Néri da Silveira, ao acompanhar do voto do Min. Octávio Gallotti, discordou do posicionamento que entendia, no caso de recusa ou omissão no oferecimento da proposta de suspensão, a aplicação analógica do art. 28 do CPP, já que o sistema da lei não autoriza ao Supremo Tribunal Federal fazer tal tipo de construção que já existe no CPP, art. 28, por letra expressa da lei, pois "não cabe acrescentar o que na Lei não se contém, criando procedimento de índole processual que não está previsto em matéria de transação".

Na oportunidade, aventou que ou se entende que há um direito do réu à transação e o MP deve propô-la ou se compreende que se trata de uma questão de política criminal e que o MP há de ser juiz dessa proposta, acrescentando que: "fora daí, não vejo outra alternativa, com a devida vênia. Não tenho como admissível no procedimento do art. 89 da Lei 9.099, adotar a solução do art. 28 do CPP, sempre que se omitir ou silenciar o membro do Ministério Público, ou tiver por não aplicável o art. 89, o juiz encaminhar para a Capital o processo e, lá, o Procurador-Geral da Justiça reexaminar o assunto e determinar que outro promotor seja designado para propor a transação. (...) Entendo que seria de *lege ferenda* outra solução para esse caso, mas, *de lege lata*, não tenho como possível, sem lei".

Em suma, tais argumentos são os que vêm sendo repetidos nas ulteriores decisões do Eg. Supremo Tribunal Federal[42] e que, inegavelmente, vêm influenciando as instâncias inferiores.

42. P. ex, o posterior voto do Min. Joaquim Barbosa: "Essa questão já foi muito debatida, resultando, inclusive, na Súmula 696 (...) Ora, o art. 89 da Lei 9.099/95 consagra verdadeira transação processual acerca da obrigatoriedade da ação penal, na medida em que o *parquet* oferece a suspensão

5. A natureza jurídica da suspensão condicional do processo

Diante da mencionada cisão entre os ramos do Direito Penal e do Direito Processual Penal, há verdadeira dificuldade em se determinar e identificar, do ponto-de-vista prático-jurídico, a natureza jurídica de determinadas normas e institutos jurídicos em cada um dos respectivos ramos, estabelecendo-se limites lógico-conceituais, porque muitas destas normas e institutos possuem uma dupla natureza, ou seja, parte material e parte processual, que configuram a expressão paradigmática da relação de mútua complementariedade funcional entre tais ramos.[43]

Entretanto, apesar das dificuldades existentes, a classificação jurídica é relevantíssima para muitos efeitos práticos[44] e não tão-somente por mero interesse acadêmico, não devendo ser escamoteada,[45] pois, dependendo do local onde tais normas e instituições sejam ubicadas, distinto será o tratamento que lhes serão destinados.

Essa, exatamente, a questão a que submetido o art. 89 da Lei 9.099/95.

Trata-se de instituto penal, instituto processual penal ou instituto de natureza mista?[46]

do processo mediante o cumprimento de certas condições. Em outras palavras, temos um poder-dever do titular da ação penal e não direito público subjetivo do acusado (precedentes HC 75.343, red. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, e HC 77.723, rel. Min. Néri da Silveira)" (STF, 1ª T., *HC* 83.458-2/BA, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18.11.2003, *DOU* 06.02.2004).

43. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/COSTA ANDRADE, Manuel da. *Direito penal* – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime, apostila do 3º Ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 11.

44. Veja-se, p.ex., a questão sobre a natureza jurídica da prescrição penal nas situações onde um determinado ordenamento jurídico venha a prolongar ou eliminar determinado prazo prescricional. Há ou não aplicação retroativa? Se a prescrição for considerada uma norma penal material não poderá retroagir, mas se considerada uma norma processual penal deverá retroagir.

45. Op. cit.

46. Para Georges Levasseur é abusiva a classificação tradicional em "leis de fundo" (leis materiais) e "leis formais" (leis processuais), reservando a primeira designação para o direito penal e incluindo na segunda todas as restantes leis, eis que tal classificação esquece que a categoria de "leis formais" é complexa e heterogênea e que o direito repressivo, em cada um dos seus aspectos, limita e ameaça a liberdade dos cidadãos (Opinions heterodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps. *Em Hommage A Jean Constant.* Liège: Faculté De Droit, 1971, p. 198.

A resposta parece pronta e evidente; trata-se de instituto jurídico de natureza mista, pois contém elementos processuais, qual seja, a suspensão do andamento do processo penal mediante o cumprimento de determinadas condições pelo réu, e elementos materiais já que o correto cumprimento das condições leva à extinção da punibilidade do acusado.

Entretanto, apesar da rápida resposta, continuamos em situação não mais vantajosa, pois a questão sobre seus efeitos práticos e o tratamento que lhe será destinado ante sua natureza continua em aberto. Prevalecem os elementos processuais ou os elementos materiais?

Para alcançarmos a resposta em tormentosa questão, podemos utilizar o conceito de *normas processuais penais materiais*, cunhado por Taipa de Carvalho,[47] para quem, paulatinamente, a consciência jurídico-política e político-criminal vem se apercebendo da idéia de que processo penal é autônomo em relação ao processo civil[48] e que as leis processuais penais não se reduzem a meras normas formularias, já que algumas normas condicionam, positiva ou negativamente, a responsabilidade penal; algumas normas dizem diretamente respeito aos direitos e garantias de defesa do acusado e, ainda, algumas normas afetam direta, incisiva e gravemente o direito fundamental da liberdade.

Assim, há normas processuais penais materiais e normas processuais penais formais. As primeiras condicionam a efetivação da responsabilidade penal ou contendem diretamente com os direitos e garantias fundamentais do acusado, enquanto as segundas regulamentam o desenvolvimento do processo, não produzindo os efeitos jurídico-materiais derivados das primeiras.[49]

Por outro lado, para se caracterizar quais elementos – processuais ou materiais – devem prevalecer e o conseqüente tratamento que lhe será destinado de

47. TAIPA DE CARVALHO, Américo A. Op. cit., p. 209 e ss.

48. Segundo Jorge de Figueiredo Dias: "Há extensas divergências entre cada um dos principais tipos processuais, respeitantes ou à sua estrutura ou, sobretudo, aos seus fundamentos e princípios e às suas formas concretas de realização" e, portanto, é reconhecida a "necessária autonomia funcional e teleológica de cada tipo de processo (...) Ao processo civil cabe uma natureza privatística e ao processo penal, pelo contrário, uma natureza e uma estrutura publicística" apud Op. cit., p. 211-211.

49. Op. cit., p. 213.

acordo com sua natureza, tal caracterização não pode ocorrer com base em um critério "puramente lógico-formal e conceitualista, mas por apelo a considerações teleológicas, axiológico-normativas e político criminais decisivas no contexto de um sistema funcional e racional".[50]

Ora, no caso, o art. 89 da Lei 9.099/95 visa ao fim último da extinção da punibilidade do acusado. Essa é sua *ultima ratio*, qual seja, que o processo venha a ser encerrado sem o julgamento do mérito, mediante a declaração da extinção da punibilidade do acusado, impedindo-se eventual condenação e a aplicação da pena privativa de liberdade.

Trata-se de medida cuja finalidade político-criminal é a despenalização de determinadas condutas penalmente ilícitas consideradas de menor gravidade, diante do notório fracasso da pena de prisão, impedindo-se a estigmatização derivada do processo penal, o encarceramento por penas de curta duração, o danoso contágio carcerário e seu fator criminógeno causado pelo cumprimento de penas desnecessárias e a reincidência dele decorrente, dentre inúmeras outras vantagens,[51] mediante a aceitação pelo acusado do cumprimento de determinadas condições, onde, após o correto cumprimento, será extinta sua punibilidade sem o julgamento do mérito do processo penal.

Já em relação à sua natureza jurídica e sua localização no sistema é imperioso reconhecer que a suspensão condicional do processo possui um conteúdo jurídico-material *preponderante* que a liga ao Direito Penal substantivo, ainda que não com a doutrina do fato ilícito, mas, inegavelmente, com a doutrina das conseqüências jurídicas do crime, pois a extinção do processo-crime, sem o julgamento do mérito, e sua vertente puramente processual não esgotam a natureza do referido instituto jurídico, devendo a esta juntar-se a vertente substantiva caracterizada a medida como uma causa de extinção da punibilidade, já que o Direito Penal não se esgota no fato ilícito, abrangendo também as conseqüências jurídicas do crime, localização sistematicamente exata para as causas de extinção da punibilidade como o é a suspensão

50. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. cit., p. 12.

51. Sobre as demais vantagens: GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*. São Paulo: RT, 1995, p. 130 e ss.

condicional do processo, onde, após o cumprimento pelo acusado das condições impostas, este não mais poderá ser penalmente punido pelo fato ilícito cometido, eis que as causas de extinção da punibilidade são circunstâncias legais que impedem a aplicação ou a execução da pena, findando-se o *ius puniendi* estatal com a renúncia do Estado ao direito de punir em razão de determinadas contingências ou por motivos de conveniência e oportunidade política,[52] como acima visto.

Portanto, ante tais características e através de "considerações teleológicas, axiológico-normativas e político criminais decisivas no contexto de um sistema funcional e racional",[53] patente que a suspensão condicional do processo possui uma natureza jurídico-penal material *preponderante e decisiva* sobre a vertente processual, devendo, pois, receber o tratamento jurídico destinado às normas de tal natureza e, conseqüentemente, gerar os efeitos práticos delas decorrentes, já que condiciona negativamente a punibilidade dos fatos ilícitos, afetando direta e incisivamente o direito fundamental da liberdade (*ius libertatis*).

Assim, diante da preponderância da natureza jurídico-material, o art. 89 da Lei 9.099/95 não está a conferir uma discricionariedade, ainda que mitigada ou regrada, ao Ministério Público em relação à proposta da suspensão do processo, conforme pretendem alguns em uma visão meramente processual,[54] mas,

52. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte geral. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 663-664.

53. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. cit., p. 12.

54. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes sustentam que: "o *fundamento da proposta de suspensão do processo, como sabemos, está no princípio da discricionariedade regulada*, que confere ao órgão acusador o poder de optar pela via alternativa despenalizadora em tela, em detrimento da forma clássica. No instante do oferecimento da denúncia, destarte, abrem-se-lhe, dentro do novo modelo de Justiça criminal, dois caminhos: perseguir a resposta estatal clássica (pena de prisão, em geral) ou, de outro lado, abrir mão dessa penosa atividade persecutória (que tem o escopo de quebrar a presunção de inocência), enveredando para a via conciliatória da suspensão. De qualquer modo, o certo é que o Ministério Público não optará por um caminho ou outro arbitrariamente, consoante seu modo de ver o mundo, suas idiossincrasias. Cada uma das duas vias reativas possui seus pressupostos, taxativamente delineados. Ele tem uma alternativa, é verdade. Mas não é dono isolado e soberano da escolha. Terá que pautar sua atuação, se deseja adequá-la ao Estado Constitucional e Democrático de Direito,

sim, um verdadeiro direito público subjetivo ao acusado, pois referida norma proporciona aos réus uma posição jurídica mais privilegiada que visa à proteção, garantia e efetivação da liberdade individual, através da vinculação e limitação do *ius puniendi* estatal, o que, inegavelmente, nos remete à teoria de Georg Jellinek, de que os direitos públicos subjetivos existem e caracterizam-se na medida em que o Estado não pode deixar de traçar limites a si próprio, enquanto Estado de Direito, incorporando aos cidadãos pretensões ativas ou negativas frente ao Estado para o respeito de titularidades jurídicas e de esferas de liberdade formal e legalmente definidas, assistindo aos cidadãos um direito subjetivo dirigido à eliminação, confirmação ou restabelecimento da integridade de seus interesses.[55-56]

Dessa forma, a análise da natureza jurídica da suspensão condicional do processo deve abandonar os critérios e valorações sob a ótica meramente processual e observar a preponderante natureza material penal do instituo jurídico, o que trará uma nova e importante visão da questão com a identificação de um verdadeiro direito público subjetivo de que titulares os cidadãos acusados de determinados delitos em gozar de uma posição jurídica mais benéfica, que visa a uma maior garantia do direito fundamental de liberdade, ao lhes propiciar mais uma causa de extinção da punibilidade, decorrente da renúncia estatal ao direito de punir por motivos de conveniência e oportunidade político-criminal.

Daí, não cabe ao Ministério Público optar entre o oferecimento da proposta ou o prosseguimento da ação penal, quando presentes todos os requisitos

de acordo com as regras legais fixadas (...). *É nisso que consiste uma das faces do denominado princípio da discricionariedade regrada.* A outra parcela está em que tudo passa por controle judicial" (grifo meu) (*Juizados especiais criminais.* São Paulo: RT, 1996, p. 210, item 6.2).

55. Sobre a questão: JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado.* Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954; JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi.* Milano, 1910.

56. Ainda que existam diversas críticas quanto à teoria de Jellinek, como a feita por Pérez Luño, de que a categoria dos direitos públicos subjetivos, entendidos como auto-limitação estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado, tenha perdido sentido por estar superada pela dinâmica econômico-social de nosso tempo que demandaria uma política jurídica ativa (*v.* PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. Op. cit., p. 33-34), o fato é que tal conceituação é plenamente válida para o desenvolvimento do presente trabalho, eis que, como dito, a análise da questão centra-se na concepção dos direitos fundamentais intrinsecamente ligada à teoria liberal do Estado, não aplicando-se as críticas, pois, ao presente caso.

legais exigidos pelo art. 89 da Lei 9.099/95, por tratar-se de uma norma que institui um verdadeiro direito público subjetivo do acusado,[57] cabendo, pois, ao Poder Judiciário, em caso de negativa da proposta, formulá-la *ex officio* ao acusado, que a aceitará ou não de acordo com suas conveniências pessoais, pois "a suspensão condicional do processo não constitui mera faculdade do Ministério Público, uma vez que, se o Estado, titular do direito de punir e da pretensão punitiva, concede determinado benefício ao infrator, não pode o Órgão Ministerial, a quem aquele delegou apenas o direito de ação, opor-se a tal solução favorável, estabelecendo requisitos não previstos pelo poder delegante ou negando-se a formular a proposta de suspensão",[58] inclusive porque "sendo certo que o citado dispositivo do novel Diploma tem caráter nitidamente despenalizador, cujo escopo mais profundo é o de concretizar um novo modelo de política criminal; assim, preenchendo o réu os requisitos exigidos, tem direito ao benefício, em decorrência do fato de ser direito de caráter penal, objeto, pois, de obrigatória apreciação pelo Poder Judiciário".[59]

6. Outras críticas

Apesar de entender que as críticas e considerações supra mencionadas seriam já suficientes para afastar o teor da Súmula 696 do STF, o fato é que outras críticas ainda podem ser apresentadas quanto às fundamentações utilizadas no julgamento em questão.

Como visto, um dos primeiros fundamentos para o entendimento de que a proposta de suspensão condicional do processo é uma prerrogativa do Ministério Público, e não um direito subjetivo do réu, é que o art. 89 da Lei 9.099/95 diz expressamente que "o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor

57. Confirmando que a suspensão condicional do processo trata-se de um verdadeiro direito público subjetivo: *RJTACRIM* 31/194, 31/173, 31/316, 32/218, 32/232, 32/409, 33/168, 33/179, 34/240, 34/246, 34/246, 34/254, 35/235, 35/338, 35/341, 36/94, 36/133, 36/265, 37/234.

58. TACrimSP, Ap 993.681/6, 5ª Câmara, rel. Walter Swensson, j. 05.06.1996.

59. TACrimSP, Ap 1.017.969/1, 10ª Câmara, rel. Breno Guimarães, j. 29.01.1997.

a suspensão do processo", o que caracterizaria uma faculdade discricionária, onde seria permitido ao órgão acusador propor ou não o benefício.

Tal fundamentação é resultado de pobre e preguiçosa atividade hermenêutica, baseada exclusivamente na interpretação literal do texto legal,[60] que, diga-se, foi pronta e corretamente afastada no próprio julgamento pelos demais Ministros.

Há muito se pacificou o entendimento, como bem manifestado pelo Min. Marco Aurélio,[61] que o emprego do verbo "poder" pelo legislador, especialmente no campo penal e processual penal, não permite, através da interpretação literal, concluir pela existência de faculdade ou arbítrio ao agente público – de campo propício ao subjetivismo e apropriada à decisão por simples conveniência –, em questões concernentes a benefícios penais onde se encontra em jogo o *ius libertatis* do cidadão, portanto, em tais casos, o verbo "poder" tem um sentido condicionante de poder-dever,[62] ficando, pois, afastada e superada tal fundamentação.

Quanto às demais fundamentações, verifica-se do r. julgado analisado que todas giram em torno de uma visão estritamente processual, não levando em consideração o preponderante caráter material penal do instituto jurídico, o que, como já visto, vem a gerar sérias distorções dogmáticas e práticas, mas, mesmo assim, também entendo, s.m.j., que as referidas fundamentações processuais não convencem.

De maneira sumária, pode-se sustentar que o julgado – e a Súmula dele decorrente – entende que a proposta de suspensão condicional do processo não trata de direito público subjetivo do acusado, já que a norma vem a estabelecer uma flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, criando uma discricionariedade ou oportunidade regrada ou mitigada ao órgão acusador, pois

60. Criticando a mera interpretação literal, o jus-filósofo Recasen Siches deixou anotado que a mesma é impossível "porque interpretación literal es un absurdo, tanto como el intento de pensar en un cuadrado redondo, ya que si es interpretación no puede ser literal, y si es literal, no es interpretación" (*Introducción al estudio del derecho*. 13. ed. México: Editorial Porrúa, 2000, p. 215).

61. STF, Plenária, *HC* 75.343-4/MG, rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.11.1997.

62. LEAL, João José. Op. cit., p. 08.

a proposta da medida está diretamente atrelada ao – constitucionalmente eleito – titular da ação penal, que não pode ser afastado do processo no momento da concretização de um acordo ou transação processual e, muito menos, pode ser substituído pelo Poder Judiciário, que, no processo, não é parte e não pode, assim, substituir ou avocar a competência do Ministério Público.

Inicialmente, não custa ressaltar que o Ministério Público não é o titular do *ius puniendi* e, muito menos, como alguns gostam de enfatizar, o dono do processo penal, pois a Constituição Federal, em seu art. 129, I, explicita que cabe ao Ministério Público "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei", estando, pois, simplesmente a legitimá-lo ativamente, através de delegação constitucional, para o ajuizamento das ações penais públicas, não estando, pois, a conferir-lhe o *ius puniendi* e nem o poder de dispor da referida ação, já que submetido ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública, porque "dispor da ação penal acarretaria dispor da punição, o que não é dado ao Ministério Público"[63] por não ser seu titular.

E assim o fez, pois, ante a evolução histórica, cultural, política e dogmática, "era preciso chegar-se a um processo que fosse a síntese da estrutura acusatória individualista e do brutal procedimento inquisitório. Impunha-se o afastamento do juiz daquelas atribuições persecutórias, mas, por outro lado, não podia o Estado cruzar os braços no que tange à persecução penal. O Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de maneira justa, independentemente da vontade ou interesse das partes privadas. Mas o juiz tinha de ser preservado, em prol de sua neutralidade e imparcialidade. (...) Através do Ministério Público, o Estado assumiu, a titularidade da *persecutio criminis in judicio*, sem precisar comprometer a neutralidade judicial. Assim, as três funções processuais são entregues a sujeitos diversos, sem retorno à acusação privada. (...) O Estado de Direito, vedando a justiça privada e a aplicação administrativa da

63. TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. v. 1, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 45.

pena, passou a ser devedor das atividades jurisdicional e persecutória, atividades estas desempenhadas por órgãos absolutamente independentes".[64]

Como visto, o Ministério Público não pode dispor da ação penal pública por não ser o titular do *ius puniendi* estatal, daí surge o princípio da obrigatoriedade que é decorrência lógica do princípio constitucional da legalidade[65] que, dentre outros, informa a autuação dos órgãos públicos em um Estado Democrático de Direito.

O processo penal é o único instrumento admitido para que a pena seja aplicada, conforme já explicitado, por ter o Estado assumido o monopólio do *ius puniendi*, onde a processualização do poder punitivo estatal, pelo princípio constitucional do *nulla poena sine iudicio*, dá à ação penal um caráter de função necessária e obrigatória para os órgãos públicos,[66] pois se a aplicação do Direito Penal depende da atuação dos órgãos estatais, devem eles agir inarredavelmente,[67] já que "el deber del Estado de perseguir el delito, con sus limitaciones y sus medidas, se funda em el deber jurídico público de garantizar la justicia. De aqui deriva, por lo común, el deber de persecución que incumbe a las autoridades establecidas para esse fin",[68] pois, como dito por Canuto Mendes de Almeida, "os interesses tutelados pelas normas penais são, sempre, eminentemente públicos, sociais, motivo pelo qual a sua atuação é imposta pelo Estado não como simples faculdade, mas como obrigação funcional de realizar um dos fins essenciais de sua própria constituição, qual seja a manutenção e reintegração da ordem jurídica".[69]

Dessa forma, o Ministério Público tem um poder-dever de exercitar a ação penal, posto que exercita um direito alheio dirigido a tutelar um interesse social e estatal.

64. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 86-87.

65. Op. cit., p. 105.

66. SABATINI, Giuseppe. *Principii constituzionali del processo penale*, 1976, p. 30, apud op. cit., p. 107.

67. JARDIM, Afrânio Silva. Op. cit., p. 106.

68. SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesual penal.* Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957, p. 221.

69. JARDIM, Afrânio Silva. Op. cit., p. 108.

Portanto, como o próprio nome já indica, o princípio da obrigatoriedade determina que o Ministério Público é obrigado a ajuizar a ação penal pública, quando presentes todos os seus requisitos e condições, não possuindo a discricionariedade de não ajuizá-la por motivos de oportunidade e conveniência.

Por sua vez, tal princípio tem como consectário lógico, *embora não absolutamente necessário,*[70] o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, consagrado normativamente pelo art. 42 do CPP, que estabelece que "o Ministério Público não poderá desistir da ação penal".

Com relação à proposta de suspensão condicional do processo não há que se falar em flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, pois, ao contrário do disposto no art. 76 da Lei 9.099/95 que prevê a transação penal, para que haja a proposta de suspensão é *indispensável* que a ação penal pública tenha sido ajuizada, observando-se, portanto, o referido princípio, enquanto que no caso da transação penal o processo não foi regularmente instaurado, inclusive porque sequer há ainda a denúncia.

Observa-se que há verdadeira confusão entre os dois institutos – a transação penal e a suspensão condicional do processo –, tratando-os como se possuíssem a mesma natureza jurídica, pelo fato de que ambos encontram-se disciplinados no mesmo corpo legal, qual seja, a Lei 9.099/95, entretanto não há similaridade entre ambos, pois um é aplicado apenas aos crimes de menor potencial ofensivo, através do Juizado Especial Criminal, antes da instauração da *persecutio in criminis*, enquanto o outro é aplicado a todos os demais crimes, que estejam abarcados pela hipótese legal, nas Varas Criminais comuns, após a instauração da ação penal pública.

Portanto, o princípio da oportunidade encontra-se vigente em sua totalidade e abrangência nas hipóteses de suspensão condicional do processo, eis que a ação penal foi devidamente ajuizada pelo Ministério Público.

Por outro lado, também não há que se falar em infringência ao princípio da indisponibilidade da ação penal, que, como visto, não é um consectário lógico absolutamente necessário do princípio da obrigatoriedade, pois, no caso, o Minis-

70. Nesse sentido: Op. cit., p. 117.

tério Público não desiste de ação penal, pedindo sua extinção, mas, unicamente, há a suspensão do andamento do processo por um determinado período, onde, após o cumprimento das obrigações pelo acusado, há a prolação de uma sentença declaratória de extinção da punibilidade.

Ademais, tanto não se trata de desistência da ação penal que a suspensão do processo sequer é homologada por sentença pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente extinta, como ocorre na transação penal onde há homologação do acordo, e, portanto, caso o réu não cumpra as obrigações que lhe foram estipuladas, o processo retomará seu curso normal e, se se tratasse de verdadeira desistência, o processo não mais poderia ter andamento, pois a parte ativa teria desistido da ação e de seu prosseguimento, o que não é o caso.

A suspensão condicional do processo também não é mero acordo ou transação entre as partes processuais, como pretendem alguns, pois, como se sabe, o acordo somente pode ser realizado quando ambas as partes abrem mão de direitos disponíveis de que titulares, o que não ocorre na situação em questão, pois o Ministério Público não é titular do *ius puniendi* que eventualmente será extinto e não exercido e, em relação à ação penal, seu direito é indisponível e já foi devidamente exercido no momento da apresentação da denúncia, inclusive porque, após a instauração da instância, o processo penal passa a ter impulso oficial.

Ademais, como bem observado pelo Min. Marco Aurélio, no julgamento supra citado, a suspensão condicional do processo é submetida "a uma vontade, a uma manifestação unilateral, mas essa é a daquele que, titular do direito ao devido processo legal, abre mão das garantias próprias e aceita, sem o julgamento da ação penal, do processo a que responde como acusado de prática de ato configurador de tipo penal, as condições estipuladas pelo juiz, devendo cumpri-las tal como fixadas. Isso decorre do teor do § 1.º do art. 89".

Trata-se, portanto não de acordo judicial bilateral, onde ambas as partes disponibilizam direitos de que titulares, mas, sim, de um verdadeiro consentimento unilateral do acusado que abre mão das garantias constitucionais processuais e materiais de que titular, coisa, portanto, diversa da natureza jurídica do acordo.

Quanto à alegação de que não pode ser afastada uma das partes do processo – no caso o órgão acusador – e que a mesma não pode ser substituída pelo Poder Judiciário, como já visto, não se trata de acordo e sim de mero consentimento unilateral, sendo, assim, hipoteticamente desnecessária a presença da outra parte que não a que deve manifestar seu consentimento.

Ressalte-se, ainda, que o processo penal, após sua instauração, passa a ter impulso oficial que, por sua vez, conjuga-se com o princípio da indeclinabilidade da jurisdição penal,[71] onde, após o início da *persecutio criminis*, o movimento processual não se paralisa antes que se resolva o conflito, pois o contraste entre a pretensão punitiva do Estado e o *jus libertatis* do acusado tem de ser solucionado de maneira definitiva, cabendo ao Juiz do processo – figura principal e central do procedimento – utilizar-se de todos os seus poderes para fazer atuar o impulso processual e/ou para proferir decisões que ponham termo à litispendência, podendo este atuar *ex officio* e suprir omissões do Ministério Público, o que inegavelmente deve ocorrer com a proposta de suspensão condicional do processo, onde o Juiz irá prover a regularidade do processo (art. 251 do CPP), promovendo medida que assegure a justa aplicação da lei processual penal material, já que o Magistrado não pode ficar "inerte durante o processo e limitar-se ao passivo papel de espectador de uma luta onde apenas intervém quando solicitado por alguns dos contendores",[72] pois "interessa ao Estado que a aplicação do direito não seja conturbada pela habilidade das partes, devendo assim o processo revestir-se do caráter proeminente de instrumento de (...) distribuição da justiça".[73]

E a confirmar tal fato, veja-se, por exemplo, que ao Juiz é lícito, em qualquer fase do processo, se reconhecer extinta a punibilidade do acusado, declará-la de ofício (art. 61 do CPP), a demonstrar que em situações onde se encontra em jogo a extinção da punibilidade da parte, como é o caso da suspensão condicional do processo com sua vertente predominantemente penal material, cabe ao Poder Judiciário agir *ex officio*.

71. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 198.
72. Op. cit, p. 26.
73. Op. cit.

A Constituição Federal, por sua vez, no art. 129, I, deixou claro que o Ministério Público promoverá, privativamente, a ação penal pública, *na forma da lei*, e, assim, determinou que as normas infraconstitucionais regulassem sua atividade persecutória, exatamente o que fez o art. 89 da Lei 9.099/95, ao conceder um direito público subjetivo aos cidadãos, através de uma opção legislativa, não concedendo um poder discricionário ao órgão acusador, mas, sim, uma verdadeira norma pública cogente vinculante, pois, a decisão político-criminal de criar mais uma situação de extinção de punibilidade cabe aos legisladores e não ao Ministério Público, por não ser, repita-se, titular do *ius puniendi*, devendo tal órgão, portanto, simplesmente dar aplicabilidade a tal opção e o respectivo comando normativo e, em caso de negativa ou omissão, é função do Poder Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, por em prática tal opção político-crimial e legislativa, inclusive por se tratar, como mencionado, de uma norma que vem a condicionar negativamente a punibilidade dos fatos ilícitos, afetando direta e incisivamente o direito fundamental da liberdade (*ius libertatis*) dos cidadãos.

Ademais, tanto o Poder Judiciário não foi afastado de tal mister que o próprio art. 89 da Lei 9.099/95, em seu § 2.º, deixou assentado que o Juiz poderá especificar *outras* condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, afastando, dessa forma, a tese da exclusividade da proposta pelo Ministério Público, pois, se tal fosse exclusivamente de sua competência, não poderia o Poder Judiciário especificar e impor outras condições à proposta, inclusive condições não especificadas na norma.

Finalmente, a aplicação analógica do art. 28 do CPP em caso de recusa pelo Ministério Público em oferecer a proposta de suspensão condicional do processo também não encontra fundamentação convincente, pois, como afirmado de maneira certa e fulminante pelo Min. Octávio Gallotti no julgamento analisado, há ausência de similitude de situações capazes de autorizar o emprego da analogia, pois "basta apontar a inversão em que ocorreria a finalidade da norma processual em questão, que é a de suprir ou estimular a vocação acusatória do representante do Ministério Público, jamais a de obstar os efeitos da denúncia, como seria o caso de sua aplicação em benefício do réu".

7. Considerações finais

Ante a fundamentação exposta, entendo que a referida Súmula 696 do STF deve ser urgentemente revista, já que editada com base em análises estritamente processuais, esquecendo-se da vertente predominantemente penal material do art. 89 da Lei 9.099/95, assentando-se, assim, em premissas que não atentam à real natureza jurídica do instituto da suspensão condicional do processo, o que, inegavelmente, vem a suprimir um verdadeiro direito público subjetivo dos acusados, que lhes concede uma situação jurídica favorável à ampliação, proteção, garantia e efetivação da liberdade individual (*ius libertatis*), que deveria receber um tratamento hermenêutico tendente a maximizar e otimizar a força expansiva e a máxima eficácia do direito fundamental em questão, bem como receber tal norma o tratamento jurídico destinado às normas de tal natureza e, conseqüentemente, gerar os efeitos práticos delas decorrentes, já que condiciona negativamente a punibilidade dos fatos ilícitos, afetando direta e incisivamente o direito fundamental da liberdade (*ius libertatis*).

8. Bibliografia

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal* – Parte general. 5. ed. Madrid: Ediciones Akal, 1998.

BATISTA, Weber Martins. Suspensão condicional do processo: natureza jurídica; iniciativa da proposta. Disponível em www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo7.htm.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editores, 1991.

CAPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologia, sociedad.* Trad. Santiago Sentis de Melendo y Tomás A. Bazhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo: RT, 1987.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/COSTA ANDRADE, Manuel da. *Direito penal* – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime, apostila do 3.º Ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.

GARCIA-PABLOS, Antonio. *Derecho penal* – Introducción. Madrid: Universidad Complutense, 19995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Juizados especiais criminais.* São Paulo: RT, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo.* São Paulo: RT, 1995.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy.* 2. ed. Trad. Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi.* Milano, 1910.

_____. *Teoría general del estado.* Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAVASSEUR, Georges. Opinions heterodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps. *Em Hommage A Jean Constant.* Liège: Faculté De Droit, 1971.

LEAL, João José. A Súmula 696 do STF e a proposta de suspensão condicional do processo criminal. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo: v. 12, n. 139, jun. 2004, p. 08-10.

LOPES JÚNIOR, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal.* Disponível em: www.aurylopes.com.br.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Campinas: Bookseller, 1997.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de *f*, 2002.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 5, f. 17, jan.-mar. 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución.* 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

RECANSENS SICHES, Luis. *Introducción al estúdio del derecho.* 13. ed. México: Editorial Porrúa, 2000.

RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio. Direito penal, estado e Constituição. *IBCCrim*, n. 3, São Paulo, 1997.

SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesual penal.* Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais.* Coimbra: Coimbra Editores, 1990.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1956.

ZAFARONI, Eugenio Raul/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal* – Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.