ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

63

novembro-dezembro de 2006

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 14 n. 63 novembro-dezembro de 2006

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
Moore Brasil Ltda.
CNPJ 62.004.395/0026-06

Serviço de atendimento ao consumidor:
Tel. 0800-702-2433 (ligação gratuita,
de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)

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

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2005/2006

Diretoria executiva

Presidente
Maurício Zanoide de Moraes

1º Vice-Presidente
Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

1º Secretário
Tatiana Viggiani Bicudo

2º Secretário
Theodomiro Dias Neto

1º Tesoureiro
Roberto Mauricio Genofre

2º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Boletim
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Cursos
Carlos Alberto Pires Mendes

Estudos e Projetos Legislativos
Maria Elizabeth Queijo

Internet
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal

Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Iniciação Científica
Juliana Sinhorini Nahum

Pós-Graduação
Alvino Augusto de Sá

Redes Internacionais
Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas
Renato Sergio de Lima

Comissões Especiais:

Convênios
Mariângela Lopes Neistein

Estudos e Debates
Carmen Silvia de Moraes Barros

História
Rafael Mafei Rabelo Queiroz

Monografias
Angélica de Maria Mello de Almeida

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Coordenadores Estaduais:

Adeildo Nunes (PE), Adelino Marcon (PR), Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), Daniela Carvalho Almeida da Costa (SE), Edmundo Oliveira (PA), Elmir Duclerc (BA), Fabio Roberto D'Avila (RS), Fabio Trad (MS), Fabiola Monteconrado Ghidalevich (AM), Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (PB), Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE), Flavio Augusto F. de Lima (PE), Franciele Silva Cardoso (GO), Francisco Sales Neto (CE), Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Guilherme Costa Câmara (PB). Marta Saad (DF), João Guilherme Lages Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Liliane Cristina de Oliveira (MG), Luiz Antonio Bogo Chies (RS), Marcelo Leonardo (MG), Maria de Salete da Costa Maia (AC), Maria Lúcia Karam (RJ), Maurício Kuehne (PR), Nilzardo Carneiro Leão (PE), Oswaldo Trigueiro Filho (PB), Patrícia de Sá Leitão e Leão (CE), Paulo Vinicius Sporleder de Souza (RS), Pedro Colaneri Abi Eçab (RO), Selma P. de Santana (BA), Themis Maria Pachêco de Carvalho (MA), Vinicius Toledo Piza Peluso (Baixada Santista)-(Regional), Walter B. Bittar (PR).

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

Diretoria da Revista

Coordenadora
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Coordenadores - Adjuntos
Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, Juliana Garcia Belloque, Maurides de Melo Ribeiro e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da revista:
Adauto Alonso S. Suanes, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alejandro Aponte, 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, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Teixeira de Azevedo, Denise Neves Abade, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, 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, Helena Regina Lobo da Costa, Jorge de Figueiredo Dias, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Manuel da Costa Andrade, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria João Antunes, Maria Lucia Karam, Marina Pinhão Coelho, 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 Pierangelli, 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. 64 – janeiro-fevereiro – 2007

Funções e limites da prisão processual

Antonio Scarance Fernandes

Os direitos humanos na zona de contacto entre globalização rivais

Boaventura de Souza Santos

El derecho penal español y la violência de género en la pareja

Luíz Arroyo Zapatero

A efetividade da Lei Maria da Penha

Maria Berenice Dias

Drogas e redução de danos

Maria Lúcia Karam

Sumário

1. Direito Penal

Tolerancia cero: del olvido a las ventanas rotas 9
Alfredo Rene Uribe Manríquez

Direito Penal e proporcionalidade nos delitos sexuais como concretização dos Direitos Constitucionais 25
André Luís Callegari

¿Imputabilidad de las personas jurídicas? 47
Carlos Gómez-Jara Díez

La protección penal del secreto profesional y laboral en Derecho español 76
Carlos María Romeo-Casabona

Terrorism: technology, religion and globalization 116
Emilio C. Viano

La protección de documentos en la era de la informática 156
Ingeborg Puppe

Ciências Criminais e Filosofia Política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar 188
Ricardo de Brito A. P. Freitas

2. Processo Penal

¡Identifíquese! Apuntes para una historia del control de las poblaciones 231
Gabriel Ignacio Anitua

Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva. 10 Teses 268
Ulfrid Neumann

3. Crime e Sociedade

Apontamentos para uma história das práticas de tortura no Brasil 277
Fernando Salla e Marcos César Alvarez

Efeitos da denúncia da mulher na reincidência da violência física do parceiro 309
Lúcia Cavalcanti de Albuquerque Williams e Fernanda Martins França Pinheiro

4. O Direito em Ação

4.1 Jurisprudência Comentada

O resgate do sistema progressivo de execução da pena 333
Martinho Otto Gerlack Neto

4.2 Ementário de Jurisprudência 351

Roberto Delmanto Junior e Fabio Machado de Almeida Delmanto

5. Índice Alfabético-Remissivo 377

Normas de publicação 383

1. Direito Penal

Tolerancia cero: del olvido a las ventanas rotas

Alfredo Rene Uribe Manríquez
Doctorando por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, estudios terminados de especialidad y maestría en Derecho penal por la Universidad Autónoma de Hidalgo, Agente del Ministerio Publico en el Estado de Hidalgo, México.

Sumário: 1. Introduccion – 2. El nacimiento de la tolerancia cero – 3. Algunas observaciones acerca de las ventanas rotas – 4. Asuntos de *polis* (a manera de conclusiones) – 5. Bibliografia.

Resumen: El Estado como garante de paz social ha errado – a nuestro parecer – la manera de responder y resolver los conflictos sociales, la represión a los diferentes a la masa es uno de sus puntos críticos, apoyado por teorías preventivo generales que nos llevan a un Estado totalitario en el cual el aparato represivo es la voz de solución que "todos" esperamos. El presente trabajo pretende poner de manifiesto la peligrosidad de estas tendencias actuales que no hacen sino Mcdonalizar al Derecho penal, es decir, ofrecerlo como una solución rápida y barata ante las exigencias de una sociedad que requiere de "*pharmakos*" o chivos expiatorios a efectos de sentir una seguridad basada en el castigo al diferente. La sociedad vista como una edificación presenta, sin lugar a dudas, desperfectos, de los cuales la solución no es desaparecer un "piso" entero. La crisis social a la que nos lleva la asunción de la llamada tolerancia cero, es objeto de análisis desde la perspectiva critica de la criminología.

Abstract: The responsible State as of social peace has been mistaken – to ours to seem the way to respond and to solve the social conflicts, the repression to the different ones from the mass is one of its tactically important points, supported by general theories preventive that they take us State to a totalitarian in which the repressive apparatus is the solution voice that "all" we hoped. The present work tries to show the danger of these present tendencies that do not make but Mcdonalizar to the penal Right, that is to say, to offer it like a fast and cheap solution before the exigencies of a society that it requires of "pharmakos" or expiatorios chivos with the object of feeling a security based on the punishment to the different one. The Vista society as a construction presents/displays, without doubt, flaws, of which the solution is not to disappear a "whole floor". The social crisis to which it takes to the assumption of the call tolerance to us zero, is analysis object from the perspective criticizes of the criminology.

Palabras clave: Broken Windows – Sociedad – Tolerancia cero – Criminalidad – Prevención general – Policía – Delincuente.

Key-words: Broken Windows – Society – Tolerance zero – Criminality – General prevention – Police – Delinquent.

1. Introduccion

El objetivo de este trabajo esta basado en una posición Criminologíca Critica, es decir, no conforme con las soluciones estatales, y como menciona Tenorio Tagle, que los productos científicos de la Criminología Critica son "reconocidos por elaborar una teoría critica del sistema de justicia penal o una critica de la criminología inspirada en el positivismo y en el funcionalismo sociológico. Y en este sentido, la criminología critica se ha desarrollado como una sociología del derecho penal", criticare desde una perspectiva meramente particular un problema que atañe a todos los habitantes de cualquier ciudad de cualquier País, como

lo es la marginación que sufre una colonia en particular dentro de cierta localidad y sus consecuencias criminologicas.

Para realizar este trabajo tomaremos como base el texto titulado "Broken Windows, the police and neighborhood safety", realizado por James Q.Wilson y George I. Kelling, desde otro punto de vista, adoptando la interpretación de las ventanas rotas a la sociedad, como una "propiedad que a 'nadie le importa' ", lo cual en el desarrollo del trabajo se explicara y entenderá con mas detalle.

Para justificar el por que decidimos hacer un trabajo de este tipo, diremos que recientemente se ha hecho muy frecuente en el léxico jurídico, político y del *vox populi*, el decir palabras como cero tolerancia, broken windows, reforzamiento de la confianza en las leyes por parte de la ciudadanía (función de motivación de la norma) etc., de una lectura de primera mano de este nuevo vocabulario de exigencias a los responsables del "orden social", extraemos ideas y consecuencias que consideramos pertinentes recalcar como una advertencia *in bonnam* ò *in malam partem*, según el cristal con que se miren estas tendencias político criminales que se dejan ver en el horizonte futuro de la realidad político criminal en el mundo.

Podremos decir que a raíz del "éxito" obtenido por Giuliani con su zero tolerance se ha pensado y pagado (pues es de todos sabido el pago que se hizo al ex alcalde de la ciudad de nueva york, en México, de 4 millones de dólares, a cambio de un panfleto en el cual se trato de adaptar el sistema utilizado en nueva york a la realidad mexicana) el uso del sistema COMPSTAT, que permitió disminuir (entre otros factores que ni siquiera eran parte del "plan") el índice de criminalidad en la ciudad de New York por un periodo de tiempo considerable, este se baso haciéndole una adaptación en la teoría denominada "broken windows", creada por los sociólogos Wilson y Kelling, los cuales a su vez retomaron un experimento realizado en los años 70's por el psicólogo Philip Zimbardo, comenzaremos refiriendo que estas teorías y sus aplicaciones a mi entender se derivan de acuerdo a las teoría de los fines de la pena en la llamada Teoría General Preventiva, esta teoría de la cual encontramos antecedentes con Feuberbach, la cual tiene por

objetivo poner como un ejemplo a la sociedad el castigo a quien decide ir en contra del orden jurídico y social establecido y que buenos ejemplos nos da Foucault en su ya clásico Vigilar y Castigar, basta y sobra leer el inicio de la obra para darnos cuenta de lo que primitivamente es la prevención general, conforma en si una manera de desistir de sus intentos "criminales" a la sociedad, ya Freud y Southerland nos han demostrado la necesidad de "chivos expiatorios" con lo cual se da ejemplo a la sociedad y se infunde el miedo hacia las conductas criminogenas, en estricto sentido, pensamos que la prevención general constituye una violación a los derechos fundamentales en materia penal, específicamente del derecho penal de acto, logro del estado social y democrático de derecho (si se esta o no en esa condición estatal es motivo de discusión aparte).

Bien pues, una vez fijados los objetivos de este modesto trabajo, no cabe mas que advertir al amable lector de este, que constituye, el presente texto, un esfuerzo intelectual para que alguien (muy al estilo de Maquiavelo) con mas talento que yo tome esto como guía y logre un mejor resultado que el que en este momento tiene en sus manos.

2. El nacimiento de la tolerancia cero

Los antecedentes inmediatos que podemos encontrar de esta doctrina los encontramos con el nacimiento del tristemente celebre Manhattan Institute, del cual salieron teorías tan dignas de risa como la *bell curve*, la cual quiso constituir una tesis identificativa de la criminalidad con el bajo coeficiente intelectual en los barrios bajos y que el desorden en que se complace la clase pobre es el terreno natural del crimen, difundiendo en el ano de 1982 la teoría de las ventanas rotas de Wilson y Kelling la cual "sostiene que si se lucha paso a paso contra los pequeños desordenes cotidianos, se logra hacer retroceder las grandes patologías criminales" y la cual encontró eco en la reformulación policial planteada por William Bratton, jefe de la policía municipal de nueva york, y con ayuda de un equipo de "expertos

criminólogos" que rodeaban al alcalde Giuliani desde el ano de 1993, dando una sensación ficticia a mi parecer a las clases medias y alta, a costa de los marginados, haciendo su punto de partida "que al ciudadano no le interesa tanto la eficacia preventiva general de las conminaciones penales, en abstracto y desvinculadas de los casos concretos, sino la forma de prevenir la comisión del delito, y de llegar a se victima del mismo" – lo cual desarrollaremos mas adelante en el trabajo –, mediante tres acciones especificas que son:

1. La multiplicación de efectivos y equipamiento de las brigadas.

2. Reasignación de responsabilidades a los comisarios, así como fijar metas cuantitativas a los mismos, y,

3. Sectorización informatizada, la cual era una base de datos que se puede consultar desde la misma patrulla.

Y aunque Wacquant lo considera como accesorio del tercer punto diríamos que constituye uno mas, el cuarto es a nuestro parecer:

4. Aumento de las medidas represivas contra infracciones menores como la ebriedad, el ruido la mendicidad, etc., que cosa aparte constituye la referencia obligada a la violación sistemática a las garantías individuales o derechos fundamentales, al no respetar el principio de *ultima ratio* del derecho penal.

Así Bratton le da la espalda a la política del policía del barrio al que hago referencia mas adelante para tomar las políticas a las que he hecho referencia ya y aumentar en Nueva York un 24% el numero de detenciones mientras que en San Diego al utilizar a los policías de barrio se logro disminuir el índice de detenciones al mismo nivel que en Nueva York y sin tener que realizar el numero de contrataciones estratosférico que se realizo en esa ciudad solo se tuvo un 6% de contrataciones, el numero de quejas contra la policía en San Diego disminuyo un 10% mientras que en la administración Giuliani aumento un 60% para Nueva York.

Waquant afirma que esta teoría "asimila a los delincuentes (reales o imaginarios), los sin techo, los mendigos y otros marginales con *invasores extranjeros*", desde ese entonces ha sido cita obligada en materia política el men-

cionar la tolerancia cero, la doctrina elaborada por Giuliani, tolerancia zero, null toleranz, tolleranza zero, etc., las causas de este éxito político nos dicen Hassemer y Muñoz Conde se debe a que dicha política esta dirigida al ciudadano medio que vota el primero nos conceptualiza a la tolerancia cero desde el aspecto negativo como una:

"masiva ampliación del arbitrio para decidir tanto el 'si' como el 'como' de la intervención, ofreciendo un modelo de reaccion desligado de las leyes o de cualquier otro tipo de normas, para conseguir mayor flexibilidad y eficacia."

3. Algunas observaciones acerca de las ventanas rotas

El articulo al que hemos hecho mención como guía, nos refiere interesantes y oportunas (para este trabajo por lo menos) situaciones sociales que analizaremos a continuación en el orden en el que se presenta en el escrito de referencia.

Primeramente debemos hacer referencia que la investigación principal se llevo a cabo durante la década de los 70's en New Jersey, cuando este estado lanzo un programa llamado "barrios limpios y seguros" y que consistió entre otras cosas en poner policías "a pie" o "patrullas a pie" como fue llamado.

Cinco años después el resultado fue publicado por la fundación policial, y se llego a la conclusión de que este sistema de patrullaje a pie no había reducido el índice de delitos, lo cual no constituye otra cosa sino una predicción que cualquiera podría haber hecho dadas las deficiencias de facto que presentan los patrullajes a pie y algo mas interesante, que los residentes de los barrios que eran patrullados a pie "parecían sentirse mas seguros que las personas de otras áreas", creían que se había reducido el delito, además que la policía tomaba una calificación mas benigna por parte de esa sociedad, que en las áreas en las cuales no se aplicaba este programa y en donde los policías patrullaban en automóviles, es decir se engaña a los ciudadanos para que piensen que están mas seguros, lo cual llamaría Zaffaroni "discursos de legitimación del poder de policía".

En base a esto los autores se hacen la pregunta "Pero como puede un barrio ser 'más seguro' cuando las tasas de delincuencia no bajaron, sino que de hecho subieron", para responder a esto los autores refieren a los temores de la sociedad fijando en primer termino el ser víctimas de delitos que impliquen ataques repentinos y violentos de un extraño y justificando que lo que lograron los policías fue mantener el orden en los barrios siendo parte del ambiente social, es decir siendo identificado por todos en base a la rutina diaria y uniéndose al engranaje social del barrio (que también podría tener como consecuencia la impunidad basado en la venta de privilegios que aquel que se erige como la seguridad del barrio en persona). Al respecto Tenorio nos dice que:

"Esta violencia, experimentada o no por el ciudadano, ha provocado en él la sensación de diversos grados de inseguridad que lo conducen a asumir las mismas actitudes que ha impuesto lo que Lyotard denomina la condición posmoderna."

Los autores hacen una diferenciación de las personas que forman parte de la realidad del barrio en "regulares" y "extraños" y nos dicen:

"los regulares se componían de la gente decente y de algunos borrachos y abandonados que estaban siempre allí paro que sabían cuál era 'su lugar' (y) los extraños eran siempre eso, extraños, que eran vistos sospechosamente y hasta con recelo"

En esto reside mucho del enfoque que queremos tomar en este trabajo es decir "la colonia", vista como extraño "sospechosamente y con recelo", por una localidad y que utilizando términos de un estado totalitarista específicamente el Nacional Socialismo, serian llamados "extraños a la comunidad" (en mi opinión una gran influencia actual de este tipo de definiciones la podemos encontrar en el funcionalismo radical de Jakobs) y como consecuencia serian eliminados basándose en aquella aberración llamada "el sano sentimiento del Pueblo (Alemán)", esta colonia asumirá el rol que le sea impuesto por esos "regulares", quienes además impondrán las reglas.

Y nos dicen los autores:

"En segundo lugar, a nivel de la comunidad, el desorden y el delito están inexorablemente ligados, en una suerte de secuencia de desarrollo. Psicólogos so-

ciales y oficiales de policía tienden a coincidir en que si una ventana de un edificio está rota y se deja sin reparar, el resto de las ventanas serán rotas pronto. Esto es cierto tanto en buenos barrios como en los mas decadentes. La rotura de ventanas no ocurre en mayor escala debido a que algunas zonas están habitadas por decididos "rompedores de ventanas" mientras que otras están pobladas de 'amantes de ventanas', sino por que una ventana sin reparar es señal de que a nadie le preocupa, por lo tanto romper más ventanas no tiene costo alguno. (siempre ha sido una diversión)".

Esto constituye otro de los ejes fundamentales de este trabajo y que le da el fundamento a la interpretación que pretendemos hacer de la teoría del Broken Windows, es decir estas colonias han sido estigmatizada como zonas problemáticas en la que ni siquiera la fuerza publica se atreve hasta el momento a desempeñar funciones comunes (y digo funciones comunes por que la única manera en entran a la colonia es mediante grandes operativos), al relegarlas a formarse como un *ghetto* en el que se crean sus propias leyes y códigos entre "regulares", en nuestra opinión estas colonias son una ventana rota que ha dejado la sociedad a su implacable paso, por lo que el mayor deterioro puede venir después ya que el abandono en el que se encuentra por parte de las autoridades de todo tipo por temor a ese lugar, es según entendemos la primera pedrada para romper las ventanas de esa edificación social tan endeble y abandonada, es un grupo cuyos valores y orientaciones no coinciden con las normas imperantes, las cuales ven considerablemente restringidas o perturbadas sus relaciones sociales por obra de la discriminación que sufren (que llega al etiquetamiento de "ser diferente") por parte de los estratos que ostentan las facultades de decisión.

Philip Zimbardo, psicólogo, en 1969 realizo experimentos para comprobar la teoría de la ventanas rotas arrojando los siguientes resultados según nuestros autores:

"(...) Estaciono un automóvil sin placa de identificación y con el capot levantado en una calle del Bronx, y otro automóvil similar en una calle de Palo Alto, California. El automóvil del Bronx fue atacado por 'vándalos' a menos de

diez minutos de su 'abandono'. Los primeros en llegar fueron una familia – el padre, la madre y el joven hijo –, quienes quitaron el radiador y la batería. En menos de veinticuatro horas, prácticamente todo los elementos de valor habían sido sustraídos. Luego comenzó la destrucción errática: las ventanas fueron destruidas, varias partes rayadas, el tapizado desgarrado. Los niños comenzaron a utilizar el auto como lugar de juego. La mayoría de los 'vándalos' adultos estaban correctamente vestidos y parecían ser blancos y de buena presencia. El automóvil de Palo Alto no fue tocado por mas de una semana. Luego Zimbardo destruyo una parte con un martillo; pronto los transeúntes se unían a la destrucción. En pocas horas, el auto había sido dado vuelta, absolutamente estropeado. Otra vez, los 'vándalos' parecían ser principalmente gente blanca respetable."

Empero, una vez que cierto grupo social tiene y adopta la sensación de que a nadie le importa (al igual que cree y adopta en la sensación de seguridad aunque en realidad no exista, aquí nos encontramos ante el teorema de Thomas (si se define un hecho como real será real en sus consecuencias), es decir una negación (la de la exclusión se define como un hecho real) que de tanto se vuelve realidad), desde ese momento se perderá el sentido del respeto mutuo y las obligaciones civiles que se adquieren dentro de una sociedad que busca su armonía mediante las leyes (de cualquier tipo), al fin y al cabo que a nadie le importa, y una vez perdidos estos llamémosles "valores" es que se ha perdido todo control comunitario, sostenemos que es lo que pasa con estas colonias a las que hacemos referencia en el presente trabajo, consecuencia el barrio (con el que se identifican) deja de existir y solo existe el lugar donde vivo, Jameson, nos dice que el sujeto en esta *condición posmoderna* de la cual ya hemos hablado, "tiende al aislamiento y a asumir las actitudes individualistas e indiferentes en lugar de los antiguos comunales y solidarios", la invasión criminal de este lugar es inminente, e inherentemente la violencia vendrá con ella, el poder perderá legitimación en estos lugares y por tanto el interés por estos se perderá, lo que no me legitima no existe parece decir el Estado.

Como consecuencia vamos a tener el temor público que no es otra cosa que la "psicosis" colectiva que se crea en torno al sentimiento de inseguridad reinante en el lugar, lo que traerá como consecuencia que el peligro se vea como un espejismo, es decir, el delito se vera en cualquier lugar donde queramos verlo, el sentimiento de seguridad se ha perdido y la policía ya no puede hacer nada por evitarlo, a este proceso le llaman los autores proceso de "decadencia urbana".

Como respuesta a este aumento del temor entre los ciudadanos y un lógico aumento de la criminalidad en la colonia, Tenorio en el libro al que hemos hecho referencia, nos dice que los grupos débiles económicamente hablando, en épocas de crisis, son los que resienten las acciones del aparato penal, por lo cual aquí nace la critica y la pregunta, ¿qué no el Estado Democrático de Derecho se jacta de haber desaparecido o eliminado el Derecho penal de autor?, ¿por que en tiempos de crisis la autoridad se esfuerza por reforzar la cadena de seguridad en las colonias económicamente mas débiles?, sabemos que existe la prevención del delito, pero ¿qué la prevención no se podría hacer desde mucho antes, no solo esperar consecuencias de una crisis económica, que obviamente las tendrá?

Wacquant, nos hace referencia a que los hombres encargados de aplicar de facto la cero tolerancia en la administración Giuliani, fueron objeto de varias "investigaciones administrativas y de dos instrucciones judiciales por parte de fiscales federales que los consideraban sospechosos de efectuar arrestos 'por el aspecto físico' (*racial profiling*) y violar sistemáticamente los derechos constitucionales de aquellos que son sus objetivos".

Esta teoría pasa por alto los principios de proporcionalidad y de *ultima ratio*, y la distinción lograda por el derecho penal entre delitos graves y no graves, así como el principio de lesividad material.

Debemos a Robert K. Merton la tesis identificativa de los económicamente débiles con la criminalidad, la cual y es prolijo decirlo cuenta con una gran aceptación.

La policía que antes era miembro de la comunidad, pasa de ser un órgano para mantener el orden, a un miembro de combate contra el crimen, carente de confianza y respeto.

Los autores con nos dicen:

"El mendigo no controlado es, en efecto, la primera ventana rota. Los asaltantes y ladrones, sean oportunistas o profesionales, creen que reducen las posibilidades de ser atrapados o identificados si operan en calles en donde las potenciales víctimas ya están intimidadas por las condiciones predominantes. Si el barrio no puede evitar que un molesto mendigo fastidie a los transeúntes.

Razonará el ladrón –, es mucho menos probable que alguien llame a la policía para identificar a un potencial asaltante o para intervenir cuando el asalto efectivamente ocurra."

La policía ha dejado de ser una formula de orden para pasar a ser objeto de burlas y faltas de respeto, aquí nuestro edificio muestra la mayoría de sus ventanas rotas, el decaimiento de la sociedad es – casi – a nuestro parecer irrecuperable.

No debemos olvidar que el Derecho penal tiene un carácter secundario frente al control social, y por lo menos en estas colonias se esta teniendo la sensación por parte de la autoridad que primero es el derecho penal y se dan como resultado controles ilegales, anticonstitucionales y por demás aberrantes como la "cero tolerancia", otro punto importante es que la mayoría de habitantes de estas colonias no tienen acceso al control social informal, es decir a la televisión o incluso la radio (que son lo mas en el control social informal).

Aquí encontramos desde el punto de vista y enfoque que le estamos dando al presente trabajo a lo que conocemos como chivo expiatorio, explicamos, esta colonia es eje de represión estatal y confinamiento social a la exclusión y al olvido, el estado necesita legitimarse y lo hace ofreciendo el discurso de que " a estos desadaptados yo los controlo" y la sociedad como nos lo muestra Freud necesita tener su contrapartida, para tener un sentimiento de cohesión y decir, "nosotros formamos parte de la mayoría, excluyamos a los diferentes", siento

oportuno hacer mención en este momento al concepto de *fármaco* en su concepción primigenia:

"(...) demuestro cómo el ajusticiamiento de las personas se guía, entre otras de sus funciones latentes, por aquella finalidad terapéutica que inicia el mas antiguo ritual del sacrificio, en donde el sujeto sacrificado era denominado pharmakos. Quizás el caso mas ejemplar sea el ajusticiamiento de Jesús de Nazaret, en el cual él mismo asume el papel de pharmaco destinado a la salvación de la humanidad. En general, la practica del sufrimiento irrogado en contra de los fármacos antiguos o modernos, en los ámbitos *del* sacrificio o de la justicia, tiene la finalidad de prevenir formas posteriores y mas desproporcionadas de dolor en la sociedad."

La sociedad erige un fármaco para expiar sus culpas, necesita un pretexto para deshacerse de sus culpas y miedos y demostrar su "normalidad", ante, para y por los demás.

Al respecto el Doctor Fernando Tenorio nos dice que:

"(...) la fuerte posibilidad de que los agentes del control se vean menos exigidos en acatar los marcos legales en sus actuaciones, para hacer frente a las manifestaciones del crimen. En este sentido, violar los derechos fundamentales de quienes son vistos como sujetos peligrosos no causa tanto asombro en tiempos de crisis, cuando la sensación de inseguridad embarga a amplios márgenes del conglomerado social. En parte importante, los condenados en estos tiempos personifican "chivos expiatorios", cuyo sacrificio ritual mostrado por los medios de comunicación masiva puede reducir las ansiedades sociales, independientemente de que estas hayan sido o no producto de la sensación de inseguridad (...) estas políticas de intimidación, o sea de prevención general negativa, cumplen la misma función de unir a la sociedad en contra de los grupos considerados peligrosos; es decir, son formulas de prevención general positiva. Por esta razón, las doctrinas de prevención general positiva y negativa son codependientes (...) la mayor aflicción de los tiempos de endurecimiento punitivo surge de la ritualización de los "chivos

expiatorios" condenados, que cobran especialmente ese sentido cuando la penuria social, como en las actuales crisis económicas, sintomatiza la sociedad"

Al respecto López Portillo nos dice que:

"Un posible efecto no deseado en el empleo del sistema COMPSTAT es que la cantidad de arrestos sea percibida como el elemento mas significativo en el trabajo de los policías, y el mas importante criterio en su eventual evaluación. Otros elementos hacia un desempeño policial eficaz y legitimo, tales como las relaciones comunitarias, la recolección de información para inteligencia y la cooperación de la sociedad, se pueden ver disminuidos, provocando así que las tácticas resultantes aparten a la comunidad, en lugar de acercarla."

Desde nuestro punto de vista las clases económicamente bajas han venido a formar parte de los excluidos como los locos, y como nos expone Foucault, primero fueron los leprosos, después aquellos que contraían enfermedades venéreas, luego los locos y ahora podemos decir, las clases económicamente bajas, desde el punto de vista meramente de exclusión, podemos decir que la sociedad considerada "normal", cuando ve una sociedad o colonia como a las que hemos hecho mención agacha la cabeza y cambia de acera.

4. Asuntos de *polis* (a manera de conclusiones)

Ahora nos encontramos con cuestiones como que actitud ó criterio tendrá que tomar la policía, ya con la experiencia de formar parte de la colonia ¿aplicar criterios de barrio? o ¿reglas del estado?, esta pregunta nos viene a la mente ya que los objetivos del poder de policía como lo llama Zaffaroni eran antes solamente mantener el orden, y ahora tiene que cuidarse de cumplir con las leyes por exigencia de la comunidad y de los medios, pero en las colonias pueden existir sistemas de composición propios que ante casos de falta de fundamentación legal como en los que cae la policía como arrestar bajo cargos de "persona sospechosa", "vagancia", o "ebriedad", a los que los autores del articulo que nos sirve como eje de este

llaman "cargos con escaso significado legal", seria mas propio o mejor utilizar y acendraríamos la hegemonía de la colonia, por que "ella misma impone algunas sanciones menores", y aquí volvemos al fundamento del chivo expiatorio, otro punto de vista de estos "cargos con escaso significado legal" es que existen "no por que la sociedad quiera juzgar y castigar a los vagos y borrachos sino por que la policía tenga herramientas legales para quitar a las personas indeseables del barrio cuando fallaron los esfuerzos informales por preservar el orden en las calles."

Aquí mismo podemos retomar el punto de que por que permitimos a la policía utilizar conceptos de derecho penal de autor, por que criminalizamos tan fácil, tan rápido, por que dejamos que existan conceptos como "indeseable", "enemigo", etc., por que nos olvidamos que el derecho penal es de *ultima ratio* y solo debe proteger y tutelar las afectaciones mas graves a los bienes jurídicos mas importantes imponiendo los de los individuos a los de la sociedad, estamos de acuerdo que esta teoría de Broken Windows es una de las razones mas fuertes para que se diera la política de la Cero Tolerancia, tan difundida desde su "éxito" en la ciudad de New York, pero no debemos olvidar que el punto de vista que adoptamos en este trabajo es el aplicar solo los conceptos de esta teoría al ámbito social, tampoco podemos cerrar los ojos y decir que estos procesos a los que hemos hecho alusión a lo largo de este trabajo no se dan, mas sin embargo estamos conscientes que aplicar una política criminal de este tipo seria crear un caos carcelario indescifrable, "patear traseros", no es solamente eso, para dar la imagen de estar cumpliendo con el cumplido que tácitamente nos solicita la sociedad, esto no trata de conflicto de poderes entre policía y pandillas o indeseables, sino de lograr demostrar que la autoridad lo es por medios propios e inteligentes, no se trata solo de destruir sino reconstruir, es hacer una reingeniería social, solo así reforzaremos los medios de control social informal, lo único logrado por la cero tolerancia – fuera de los *think tanks* encargados de legitimar lo ilegitimable – nos dice Wacquant – es "haber abierto un abismo de desconfianza (y, en el caso de los

mas jóvenes, de desafió) entre la comunidad afro americana y las fuerzas del orden, lo que no deja de recordar las relaciones que mantenían en la época de la segregación".

Pensamos que la teoría del Broken Windows en su superestructura es valida (quien no desearía barrios limpios y seguros?), pero difiero en sus respuestas y consecuencias, el delincuente es una consecuencia de su micro y de su macro cosmos, de su cultura y de su tiempo, no tratemos a los delincuentes como si fueran dados en masa, como varias galletas de un mismo molde, ya Platón nos enseñaba que si bien podemos ver varios caballos iguales en realidad todos iban a ser realmente diferentes, así mismo es el delincuente y sus causas, los autores mencionan como tradicionales los sistemas de patrullas ciudadanas y del vigilante, estaremos de acuerdo que son medidas que si bien fomentan la hegemonía entre la colonia, sobrepasa el ámbito de legalidad del que deben estar investidos los procesos sociales, además que traería como consecuencia la desaparición de nuestro aparato penal ya que este nació con el objeto de que fuera olvidada la *vindicta privada* y tomando este tipo de medidas estamos retomando ese sistema y del cual esta humanidad conoce y ha sufrido sus consecuencias, además que estos "sistemas tradicionales" de protección de la colonia traen consigo una restricción de la libertad de transito para quienes no son de ese lugar o colonia, insistimos en que existen maneras de imponer algunas composiciones en la misma colonia, en base a las costumbres, pero las cuales deberán tener un sólido fundamento y acogimiento jurídico, eminentemente penal para los efectos de este trabajo, no queremos terminar este trabajo sin hacer alusión al concepto positivo del Maestro Hassemer, de tolerancia cero que es el siguiente:

"las infracciones de carácter policial o jurídico-penal deben ser investigadas y castigadas plenamente y sin contemplaciones: tampoco debe tolerarse el quebrantamiento del Derecho, ni pasar por alto los casos en que se lesione el derecho: en todo caso, hacer siempre que sea posible acto de presencia allí donde nace el peligro para algún bien que este protegido jurídicamente."

5. Bibliografia

BARBERO SANTOS, Marino. *Marginación social y derecho represivo.* Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1980.

FREUD, Sigmund. *Tótem y tabú.* España: Alianza editorial, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Historia de la locura en la época clásica I.* México: Fce, 1986.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad bases para una teoría de la imputación en derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

WILSON, James Q.; KELLING, George L. Broken windows. The police and neighborhood safety. Trad. Daniel Fridman. *Revista delito y sociedad*, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo.* España: Tirant lo Blanch, 2002.

_____. *Derecho penal parte general.* España: Tirant lo Blanch, 2003.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Moderna dogmática jurídico penal.* México: Porrua, 2002.

SAGAN Carl. *Cabeza de Broca.* Barcelona: Grijalbo, 2002.

TENORIO TAGLE, Fernando. *El sistema penal en la Ciudad de México.* México. Ciudades Seguras III: Fondo de Cultura Económica, 2002.

WACQUANT, Loic. *Las cárceles de la miseria.* Madrid: Alianza Editorial, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal.* México: Cárdenas, 2000.

_____. *Derecho penal parte general.* México: Porrua, 2002.

Direito Penal e proporcionalidade nos delitos sexuais como concretização dos Direitos Constitucionais

André Luís Callegari
Advogado. Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Professor da graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS. Professor visitante na Universidade de Coimbra – acordo CAPES/GRICES.

Sumário: 1. Introdução. Posição do TJRS e do STJ – 2. Direito penal e eficiência: a falsa idéia da resolução dos conflitos – 3. O princípio da proporcionalidade – 4. Proporcionalidade e direitos fundamentais – 5. O princípio da ofensividade – 6. Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho aborda as dificuldades de interpretação e concretização da jurisprudência em relação aos crimes contra os costumes, principalmente na questão da ofensa ao bem jurídico tutelado e aplicação da pena em face da conduta realizada. Há uma introdução com o marco jurisprudencial atual, passando-se, posteriormente para a suposta eficiência do direito penal como solucionador de conflitos, principalmente nos casos em que o Estado não é eficiente. No núcleo do trabalho aprofunda-se o estudo dos princípios da proporcionalidade e da ofensividade como garantidores dos direitos fundamentais no momento da aplicação da pena.

Abstract: The current matter approaches the difficulties in interpretation and application of the jurisprudence towards crimes against sexual freedom,

mainly regarding the offense against the legal act under control and the penalty application on the approach taken. There has been an introduction to the actual jurisprudential threshold following afterwards the assumed efficiency of the Criminal Law as the solver of conflicts mainly at lawsuits of which the State is not capable enough. At the core of the issue, it deepens the study of the proportionality and the offense principles like maintainers/warranters of the fundamental rights on the penalty application.

Palavras-chave: Direito penal – Política criminal – Bem jurídico – Aplicação de pena – Princípio da ofensividade – Princípio da proporcionalidade – Direito constitucional – garantias penais.

Key-word: Crimes against sexual freedom.

1. Introdução. Posição do TJRS e do STJ

É cediço que cada vez mais se impõe a doutrina de proteção de bens jurídicos, como missão primordial do direito penal,[1] ainda que outros autores não coloquem expressamente esta missão em seus textos, afirmando a proteção ou garantia das expectativas normativas,[2] ou, ainda, os valores de ato da consciência jurídica.[3] Em face da concepção de proteção de bens jurídicos, alguns tipos

1. ROXIN, Claus. *Derecho penal.* Parte general. t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 52; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal.* Parte general. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 6.

2. JAKOBS, Günther. *Derecho penal.* Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 44 e ss., para quem a missão do direito penal consiste na manutenção da vigência das normas.

3. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán.* Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica Comares, 1993, p. 3, onde o autor afirma que mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegura a real vigência (observância) dos valores de ato da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade.

penais agora vêm recebendo um novo tratamento pela jurisprudência, o que, diga-se de passagem, há muito já deveria ter sido feito.

De acordo com isso, recentemente a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a apelação criminal 70011222296, tendo como relator o Des. Nereu José Giacomolli, acabou fundamentando a decisão utilizando-se do princípio da ofensividade.

No caso em comento, centrava-se a discussão nos delitos de estupro (art. 213, CP) e atentado violento ao pudor (art. 214, CP), delitos estes que possuem o mesmo apenamento e, ainda que estejam no mesmo capítulo do Código Penal, protegendo bens jurídicos idênticos, é dizer, a liberdade sexual, não poderiam receber o mesmo tratamento em todas as hipóteses. Assim, ao avaliar corretamente a situação, o órgão colegiado chegou a conclusão de que deve-se fazer distinção entre a conjunção carnal ou outro tipo de relação sexual e, os outros atos libidinosos, por exemplo, um simples "esfregão" ou "apalpadela", ou, ainda, um beijo lascivo. No primeiro caso, independente do ato sexual praticado, é certo que o apenamento pode ser o mesmo, porém, no segundo caso acreditamos que não há proporção no apenamento.

Em sentido contrário, ao apreciar um fato em que se discutia a incidência do art. 214, o Superior Tribunal de Justiça, acabou mantendo a condenação do acusado pela conduta que se traduziu em beijos lascivos no pescoço e alisar com a mão o seio da vítima.[4] O que se verifica neste julgamento é que o tribunal que deveria respaldar a validade e correta aplicação da lei penal sequer faz menção a proporcionalidade das penas, equiparando, assim, as penas do estupro com as de uma conduta lasciva de beijos e toque nos seios da vítima.

4. Nesse sentido, a ementa da decisão: "O crime de atentado violento ao pudor considera-se consumado quando caracterizado o contato físico entre o agressor e a vítima durante a prática de ato lascivo diverso da conjunção carnal. Na espécie, as condutas praticadas pelo recorrido foram beijos lascivos na região do pescoço e o ato de alisar com a mão os seios da vítima. Assim, a Turma deu provimento ao recurso reconhecendo como consumado o crime referido acima". Precedentes citados: REsp 505.940-RS, *DJ* 12.08.2003; REsp 578.169-RS, *DJ* 02.08.2004, e REsp 504.133-RS, *DJ* 11.10.2004. REsp 751.036-RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 07.11.2005.

É de se notar que o Superior Tribunal de Justiça, através de decisão proferida pela 5ª Turma, acaba apenando um fato que não ofende de forma tão grave o bem jurídico com a mesma pena do estupro, sem qualquer consideração com o desvalor do resultado da conduta, em outras palavras, sem a devida proporcionalidade. E, o pior de tudo isso, é que há precedentes no mesmo sentido, citados pelo Ministro relator do processo.

2. Direito penal e eficiência: a falsa idéia da resolução dos conflitos

Antes de entrarmos no tema objeto do estudo, devemos, a título de esclarecimento, mencionar que o direito penal não pode resolver todos os conflitos existentes. Por isso, sempre é importante trazer as considerações de Baratta sobre este tema, que deveria ser nota introdutória de todos os textos de direito penal, quando coloca em jogo a eficiência do direito penal e a eficiência do pacto social, principalmente quando entram em jogo determinadas normas de caráter meramente publicitário, mas, que em contrapartida, trazem, como reflexo, outras que suprimem direitos e garantias individuais.[5]

Isso fica claramente demonstrado em nosso país como as legislações próprias de emergência, que visam "acalmar" a população ou "conter" um determinado tipo de criminalidade, porém, trazem sob um manto cinzento a supressão de direitos e garantias fundamentais preconizados na Carta Política. Veja-se, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, onde o caráter publicitário ganhou força, porém, não se demonstrou uma efetividade com a edição de referida lei.

Assim, segundo Baratta, o pacto social próprio da modernidade, o direito moderno e suas Constituições estão ligados a intenção de conter a guerra, de civilizar e de submeter às regras institucionais os conflitos políticos e sociais.

5. Nesse sentido, HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patrícia Ziffer. Buenos Aires: AD-HOC, 1995, p. 49 e ss.

No interior deste processo, a segurança dos cidadãos constitui a promessa central do Estado.[6]

A condição de validade e de eficácia do pacto é a eliminação da violência graças ao monopólio legítimo da força por parte do Estado imparcial. Baratta ressalva que, ao contrário, sabe-se que o resultado histórico até agora, imediatamente depois da crise da modernidade, frequentemente descrita nos discursos que se auto-qualificam "pós-modernos", é que o direito moderno, na intenção de conter a violência, terminou por ocultá-la, excluindo do pacto os sujeitos mais fracos, fazendo juridicamente invisível a violência estrutural na sociedade.[7]

Quando os conflitos assumem a dimensão da guerra civil, assistimos regularmente ao recíproco condicionamento entre a forma bélica de pensamento e de ação e de aquelas próprias da reação punitiva. O fenômeno se produz não só nos processos de criminalização informal, mas também nos processos institucionais próprios de um sistema penal (paralelo), que acompanha de maneira natural os conflitos armados. A força de ordem e o sistema penal legal assumem a forma da guerra; ao mesmo tempo, o *momento penal* se dilata desproporcionalmente, englobando as atitudes e as práticas das formações militares e paramilitares, dos grupos armados e das organizações terroristas ou criminais.[8]

Este fenômeno aparece quando se verifica um aumento crescente da criminalidade dita organizada pelos órgãos de controle formal, chegando-se a conclusão, errônea, de que a forma de combate deve ser idêntica à utilizada, ou seja, quanto mais força melhor. Podemos constatar isso quando verificamos as alterações legislativas supressoras de direitos fundamentais, ou, ainda, naquelas em que ocorre uma desproporção da pena em relação ao delito praticado.

6. BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social, em *Criminologia y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, pp. 175-176.

7. Id., ibid., p. 176.

8. Id., ibid., p. 176-177.

Na medida em que os conflitos diminuem e se localizam no tempo e no espaço, tende a desaparecer o condicionamento recíproco entre guerra e pena, entre violência armada e violência punitiva; o sistema punitivo legal se impõe então sobre o sistema paralelo. A condição necessária para uma normalização do sistema penal legal é que o Estado possa exercitar um controle efetivo sobre o sistema paralelo, para impedir a continuidade da guerra e permitir que os conflitos sociais e políticos se demonstrem em forma não violenta. A normalidade do sistema penal é uma conseqüência da validez ideal e do respeito efetivo do pacto social e, por conseguinte, da vigência da Constituição.[9]

A paz é, entretanto, condição necessária do pacto social, mas não suficiente; as outras condições necessárias se encontram na eficácia das normas que regulam a organização e a divisão dos poderes do Estado e garantem os direitos fundamentais dos cidadãos.[10]

Ocorre que o eficientismo penal constitui, na visão de Baratta, uma nova forma de *direito penal de emergência*, degeneração que acompanhou sempre a vida do direito penal moderno. O direito penal deixa de ser subsidiário, de constituir a *ultima ratio* de acordo com a concepção liberal clássica e se converte na *prima ratio*, uma panacéia com a qual se deseja enfrentar os mais diversos problemas sociais.[11]

Há uma idéia generalizada que o direito penal pode cumprir determinadas funções que deveriam ser destinadas a outros ramos do ordenamento jurídico,[12] porém, como o Estado é ineficiente para a resolução de determinados problemas sociais, sempre se vale do instrumento ameaçador que constitui o direito penal.

9. Id., Ibid.

10. Id.

11. Id., ibid, p. 179.

12. Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Para uma dogmática do direito penal secundário. *Direito penal econômico e europeu*: textos doutrinários. Problemas gerais. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 44.

Na área fiscal isso fica cristalino com a criação de tipos penais que visam unicamente a cobrança de tributos, claro, mediante a ameaça da pena estatal. Também na regulação do trânsito de veículos cada vez mais se deixa de lado o direito administrativo para que o direito penal resolva o problema, ou seja, não há políticas públicas, mas, há o velho e bom direito penal.

Desse modo, o direito penal se transforma em um instrumento ao mesmo tempo repressivo (com o aumento da população carcerária e a elevação qualitativa e quantitativa do nível da pena) e simbólico (com o recurso a *leis-manifesto*, através do qual a classe política reage à acusação de "afrouxamento" do sistema penal por parte da opinião pública, reação esta que evoca uma sorte de *direito penal mágico*, cuja principal função parece ser o exorcismo).[13]

No interior desse processo, o eficientismo penal tenta fazer mais eficaz e mais rápida a resposta punitiva limitando ou suprimindo garantias substanciais e processuais que foram estabelecidas na tradição do direito penal liberal, nas Constituições e nas Convenções Internacionais.[14]

Assim, cada vez mais se verifica a utilização de tipos penais abertos, com a incriminação vaga e imprecisa de condutas, que chocam com o princípio da legalidade e da taxatividade, ferindo-se frontalmente os preceitos constitucionais, além disso, no que diz respeito a proporcionalidade das penas aplicadas, não há qualquer preocupação em relação ao bem jurídico tutelado. Na esfera processual, garantias são suprimidas e algumas leis invertem o ônus da prova,[15] cabendo ao acusado a prova de que não é culpado.

De acordo com a exposição que se extrai do texto de Baratta, chega-se a conclusão de que o passo seguinte só poderia redundar na expansão do direito penal, com a criminalização de estágios prévios ao início do delito, de criação de

13. Id., ibid., p. 180.

14. Id., ibid, p. 180.

15. Ver a Lei 9.613/98, que trata da lavagem de dinheiro, onde se inverte o ônus da prova sobre a licitude dos bens apreendidos.

novos tipos penais, de supressão de garantias processuais, tudo em nome da eficiência do direito penal como resposta eficaz ao descontrole da sociedade, que, na realidade, traduz-se no descontrole do Estado.

Essas considerações também se refletem na hora da aplicação da pena, pois, em nome da eficiência e resposta aos supostos conflitos sociais existentes, o que importa é o caráter publicitário da pena, desconsiderando-se a sua real necessidade, o que se traduz em proporcionalidade com o fato cometido e com a ofensa ao bem jurídico protegido.

3. O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto de tutela e a conseqüência jurídica. Assim, trata-se de não aplicar um preço excessivo para obter um benefício inferior: se se trata de obter o máximo de liberdade, não poderão prever-se penas que resultem desproporcionais com a gravidade da conduta.[16]

Diante dessa argumentação, a primeira ponderação é se a intervenção do direito penal resulta rentável para obter a tutela do bem jurídico: se a matéria é própria do direito penal e se compensa a utilização do poder punitivo do Estado. É que em relação a dignidade dos bens jurídicos se depreende, de um lado a necessidade de um reconhecimento constitucional e, de outro, uma materialidade suficiente no bem jurídico. Precisamente do princípio da proporcionalidade se depreende a necessidade de que o bem jurídico tenha a suficiente relevância para justificar um ameaça de privação de liberdade em geral, e uma efetiva limitação desta em concreto.[17]

Também se deve levar em consideração a gravidade da conduta, isto é, o grau de lesão ou perigo em que se expõe o bem jurídico, pois este tem que ser

16. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal*: concepto y princípios fundamentales. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 210.

17. Id.

suficientemente importante para justificar a intervenção do direito penal. Assim, por importante que seja o bem jurídico, liberdade individual, no caso, um ataque ínfimo esta não pode justificar a intervenção do direito penal.[18]

De acordo com Mourullo, o princípio da proporcionalidade orienta para o ordenamento jurídico-penal a vigência do valor "liberdade", entendido genericamente como autonomia pessoal. Se tal autonomia se constitui, senão no principal, em um dos principais eixos axiológicos fundamentais do sistema democrático de organização e de convivência social, resultará que as normas penais, enquanto singularmente restritivas da liberdade, só encontraram legitimação em sua funcionalidade para gerar mais liberdade da que sacrificam. Em outro caso, elas serão qualificadas de normas injustificadas por desproporcionadas. Tal desproporção poderá provir da falta de necessidade da pena, no sentido de que uma pena menor ou uma medida não punitiva podem alcançar os mesmos fins de proteção com similar eficácia.[19]

O segundo foco de desproporção não radica no excesso da pena em comparação com medidas de menor intensidade coativa, mas no excesso derivado da comparação direta da pena com a lesividade da conduta. A este segundo tipo de análise interna da proporcionalidade normalmente denomina-se juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Pressuposto, em qualquer caso, de ambos juízos de proporcionalidade é que o bem jurídico-penal seja uma condição de liberdade – que a norma aporte, ademais de inconvenientes, vantagens em termos de liberdade – e que a pena seja qualitativamente idônea – que seja instrumental – para alcançar os fins de proteção perseguidos. Sem estes dois pressupostos não pode haver ganhos em termos de liberdade que compensem as perdas de autonomia pessoal que inexoravelmente acarreta a intervenção penal.[20]

18. Id., p. 211.

19. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Delito y pena em al jurisprudencia constitucional.* Madrid: Civitas, 2002, p. 74.

20. Id., p. 74-75.

Diante desses argumentos, já é possível extrair que as condutas tipificadas nos arts. 213 e 214, CP, não podem ter o mesmo apenamento, ao menos para atos que não reflitam condutas graves de ataque à liberdade sexual. Isso porque um ataque mínimo ou ínfimo a liberdade sexual protegida no art. 214, CP, não pode ter a mesma pena do que se protege no art. 213, CP. Ainda que em tese o bem jurídico protegido seja a liberdade sexual, há uma desproporcionalidade enorme no apenamento de condutas que "atentariam" contra o mesmo bem jurídico.

Nesse sentido, ainda que o legislador tipifique sob o nome de atentado violento ao pudor as condutas que, mediante violência ou grave ameaça façam com que alguém pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, deve-se esclarecer que o tipo penal não pode ter o alcance que se lhe quer emprestar. Não é toda conduta dita como libidinosa que se encaixa no tipo penal em comento (art. 214, CP). Dentre as razões que se encontram para que não se possa enquadrar qualquer conduta neste tipo penal, refere-se, principalmente, a falta de proporcionalidade das penas previstas nos delitos dos arts. 213 e 214, CP. Como já foi dito, não é a mesma coisa manter relações sexuais de qualquer tipo, que, encaixariam nos tipos previstos, e apenas passar a mão ou deitar-se sobre a vítima ainda com roupas, por exemplo.

Roxin, seguindo um critério similar, fala de danosidade social e comenta que uma conduta só pode estar proibida mediante imposição de uma pena quando resulta de todo incompatível com os pressupostos de uma vida em comum pacífica, livre e materialmente segura,[21] e, acrescentamos que esta conduta só pode estar proibida, ainda, mediante uma pena justa em face do que se protege.

É que o moderno direito penal não se vincula hoje a imoralidade da conduta, mas a danosidade social, é dizer, a sua incompatibilidade com as regras de

21. ROXIN, Claus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 21.

uma próspera vida em comum. Disso se segue, ao contrário, que uma conduta imoral deve permanecer impune quando não altera a pacífica convivência.[22]

Sob o argumento da danosidade social, também se extrai do que leciona Roxin que uma conduta só deve estar incriminada quando for incompatível com a vida pacífica e isso significa que não se pode igualar as sanções penais de condutas que, do ponto de vista da danosidade, não atingem, de forma idêntica, o mesmo bem jurídico, ainda que estejam no mesmo capítulo do Código Penal brasileiro ou, que em tese, protejam o mesmo bem jurídico.

Por sua vez, Mir Puig refere que a importância social do bem merecedor de tutela jurídico-penal deve estar em consonância com a gravidade das conseqüências próprias do direito penal. Assim, o uso de uma sanção tão grave como a pena requer o pressuposto de uma infração igualmente grave. E ainda quando se mostra de acordo que os bens jurídicos protegidos devem ser os reconhecidos constitucionalmente, menciona que seria evidentemente contrário ao princípio da proporcionalidade protegê-los de todo ataque, inclusive ínfimo, sem requerer um mínimo de afetação do bem.[23]

Voltamos a insistir que não se defende a descriminalização das condutas ofensivas ao pudor, mas a exata proporcionalidade entre a conduta realizada e a sanção imposta e, dentro dessa linha, não estamos de acordo que isso ocorra em relação aos arts. 213, CP e 214, CP com as respectivas sanções, que, são idênticas, sem qualquer valoração ao que de fato foi ofendido com a conduta realizada, em outras palavras, sem a proporcionalidade devida como forma razoável para estabelecer a pena. É que em algumas hipóteses que, em tese estariam abarcadas pelo art. 214, CP, a pena seria desproporcional à conduta realizada, porque o bem jurídico tutelado não sofre a mesma agressão sexual grave que o legislador buscou coibir com a redação do tipo penal.

22. Id., ibid.

23. MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 162 e ss.

Nesse sentido, assinala Carbonell Mateu que a proporcionalidade também pode ser posta em relação com o princípio da igualdade: assim, resulta contrário a ambos princípios a previsão da mesma pena para condutas de diferente transcendência.[24] E tal fato ocorre em algumas condutas que o art. 214, CP pretendeu abarcar, porque fica claro que determinados atos "sexuais" não podem receber a mesma pena que os atos relativos a conjunção carnal, porque algumas condutas por mais imorais que sejam diferem em muito do que se pretendeu proteger inicialmente, devendo-se apená-las mais levemente. Assim, nos casos em que ocorre o ato sexual, seja de conjunção carnal, seja um ato diverso (sexo oral, por exemplo), estamos de acordo que o apenamento possa ser o mesmo, ou seja, idêntico ao do previsto no art. 213, CP, porque, nestes casos, há proporcionalidade entre as condutas realizadas e o bem jurídico ofendido. Porém, noutros casos em que, em tese, o art. 214, CP abarcaria as condutas realizadas, acreditamos que o apenamento não pode ser o mesmo do que o previsto no art. 213, CP, devendo-se, consequentemente, desclassificar-se a conduta para outro tipo penal que abarque a conduta praticada e tenha uma pena proporcional.

4. Proporcionalidade e direitos fundamentais

A exigência da proporcionalidade (que as Constituições atuais habitualmente não proclamam de modo expresso) deve ser determinada mediante um juízo de ponderação entre a "carga coativa" da pena e o fim perseguido pela cominação penal. A ponderação deve ser efetuada "desde a perspectiva do direito fundamental e do bem jurídico que veio a limitar se exercício", determinando se as medidas adotadas são ou não proporcionais à defesa do bem que dá origem à restrição.[25]

24. CARBONELL MATEU, Juan Carlos, ob. cit., p. 213.

25. COBO DEL ROSAL, Manuel e VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal.* Parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 88.

De acordo com Zulgadía Espinar, ainda que o princípio da proporcionalidade das penas não apareça expressamente na Constituição Espanhola, a doutrina entende que a exigência da proporcionalidade *abstrata* entre a gravidade do delito e a gravidade da pena com a que este se comina e a exigência de proporcionalidade *concreta* entre a pena aplicada ao autor e a gravidade do fato cometido possuem categoria constitucional, de acordo com o art. 15 da Constituição Espanhola.[26-27]

Nesse sentido se afirmou que a proibição constitucional de penas desumanas e degradantes contém implicitamente um princípio de proporcionalidade das penas já que só a pena proporcional à gravidade do fato cometido é humana e respeita a dignidade da pessoa, é dizer, não degradante. A história da humanização das penas é, em grande medida, a de sua progressiva adequação a uma proporcionalidade que não resulte lesiva do sentimento jurídico de cada época.[28]

Assim, ainda que o princípio da proporcionalidade manifeste-se dentro do marco da culpabilidade, também tem transcendência na medida em que o direito penal constitui uma limitação de direitos fundamentais: entre as condições sob as quais é legítima a limitação de um direito fundamental se encontra também a proporcionalidade que deve existir entre a limitação e a importância do direito afetado. Portanto, o princípio da proporcionalidade obriga ao legislador a não ameaçar com imposição de penas de excessiva gravidade em relação ao bem jurídico protegido. Desta forma, o legislador está duplamente limitado com respeito à gravidade das penas: por um lado não pode impor penas desumanas ou degradantes, por império da inviolabilidade da

26. ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1993, p. 263.

27. O art. 15 da Constituição da Espanha diz o seguinte: "Todos tem direito à vida e a integridade física e moral, sem que, em nenhum caso, possam ser submetidos a tortura nem a penas ou tratos desumanos ou degradantes. Fica abolida a pena de morte, salvo o que possam dispor as leis militares para tempos de guerra".

28. ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel, ob. cit., p. 263.

dignidade da pessoa e, por outro, deve estabelecer penas proporcionais à gravidade do delito que se sanciona.[29]

Essa orientação deve ter aplicação na interpretação dos tipos penais, principalmente quando protegem o mesmo bem jurídico e, estabelecem sanções idênticas, porém, desproporcionais à conduta realizada. Isso fica demonstrado nos delitos contra a liberdade sexual, onde o legislador não se utilizou do critério da proporcionalidade para estabelecer as sanções previstas para as condutas descritas nos arts. 213 e 214 do Código Penal. Como veremos em seguida, as orientações dos tribunais constitucionais são no sentido de utilizar o critério da proporcionalidade também na medição da reprimenda penal.

Segundo Mourullo, a doutrina da proporcionalidade da jurisprudência constitucional tem dois pontos de partida. O primeiro no sentido de que não constitui no ordenamento constitucional espanhol um cânon de constitucionalidade autônomo cuja alegação possa produzir-se de forma isolada a respeito de outros preceitos constitucionais, mas, no essencial, uma regra de tratamento dos direitos fundamentais: "é o dos direitos fundamentais o âmbito em que normalmente e de forma particular resulta aplicável o princípio de proporcionalidade" (STC 136/1999). "Assim este Tribunal vem reconhecendo em numerosos acórdãos em que se declarou que a desproporção entre o fim perseguido e os meios empregados para consegui-lo pode dar lugar a um ajuizamento desde a perspectiva constitucional quando essa falta de proporção implica um sacrifício excessivo e desnecessário dos direitos que a Constituição garante" (SSTC 62/1982).[30]

Citando ainda os acórdãos do Tribunal Constitucional espanhol, Mourullo refere que concretamente "em matéria penal, esse sacrifício desnecessário ou excessivo dos direitos pode produzir-se bem por resultar desnecessária uma reação

29. BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales.* Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 96.

30. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, ob. cit., p. 76.

de tipo penal ou por ser excessiva a quantia ou extensão da pena em relação com a entidade do delito (desproporção em sentido estrito). Nesta matéria, em que a previsão e aplicação das normas supõe a proibição de certo tipo de condutas através da ameaça da privação de certos bens – e, singularmente, no que é a pena mais tradicional e paradigmática, através da ameaça de privação da liberdade pessoal –, a desproporção afetará ao tratamento do direito cujo exercício fica privado ou restrito com a sanção" (STC 136/1999)[31]

O segundo ponto de partida, que conduz a um juízo de constitucionalidade extremadamente cauteloso, está construído "pela potestade exclusiva do legislador para configurar os bens penalmente protegidos, os comportamentos penalmente repreensíveis, o tipo e a quantia das sanções penais, e a proteção entre as condutas que pretende evitar e as penas com as quais tenta consegui-lo. No exercício de dita potestade o legislador goza, dentro dos limites estabelecidos na Constituição, de uma ampla margem de liberdade que deriva de sua posição constitucional e, em última instância, de sua específica liberdade democrática. De acordo com isso que, em concreto, a relação de proporção que deva guardar um comportamento penalmente típico com a sanção que lhe corresponde será o fruto de um complexo juízo de oportunidade que não supõe uma mera execução ou aplicação da Constituição, e para o que deve atender não só ao fim essencial e direto de proteção ao que responde a norma, mas também a outros fins legítimos que possa perseguir com a pena e as diversas formas em que a cominação abstrata da pena e sua aplicação influem no comportamento dos destinatários da norma – intimidação, eliminação da vingança privada, consolidação das convicções éticas gerais, reforço do sentimento de fidelidade ao ordenamento, ressocialização, etc. – e que se classificam doutrinariamente sob as denominações de prevenção geral e de prevenção especial. Estes efeitos da pena dependem, por sua vez, de fatores tais como a gravidade do comportamento que se pretende dissuadir, as possibili-

31. Id., ibid.

dades fáticas de sua detecção e sanção e as percepções sociais relativas à adequação ente delito e pena" (STC 136/1999; SSTC 5/1996).[32]

Sintetizando este tópico e de acordo com o Tribunal Constitucional espanhol, o juízo de proporcionalidade tem o seguinte conteúdo: "devemos indagar, em primeiro lugar se o bem jurídico pela norma questionada, ou melhor, se os fins imediatos e mediatos de proteção da mesma, são suficientemente relevantes, posto que a vulneração da proporcionalidade podia declarar-se já num primeiro momento de análise 'se o sacrifício da liberdade que impõe a norma persegue a prevenção de bens ou interesses não só, por suposto, constitucionalmente proscritos, mas já, também, socialmente irrelevantes' ".[33]

Em segundo lugar deverá indagar-se se a medida era idônea e necessária para alcançar os fins de proteção que constituem o objetivo do preceito em questão. E, finalmente, se o preceito é desproporcionado desde a perspectiva da comparação entre a entidade do delito e a entidade da pena. Desde a perspectiva constitucional só caberá qualificar a norma penal ou a sanção penal como desnecessária quando, "a luz da razão lógica, de dados empíricos não controvertidos e do conjunto de sanções que o mesmo legislador estimou necessárias para alcançar fins de proteção análogos, resulta evidente a manifesta suficiência de um meio alternativo menos restritivo de direitos para a consecução igualmente eficaz das finalidades desejadas pelo legislador" (STC 55/1996). E só caberá catalogar a norma penal ou a sanção penal que inclui como estritamente desproporcionada "quando concorra um desequilíbrio patente e excessivo ou não razoável entre a sanção e a finalidade da norma a partir das pautas axiológicas constitucionalmente indiscutíveis e de sua concreção na própria atividade legislativa" (STC 161/1997; STC 55/1996; STC 136/1999).[34]

32. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, ob. cit., p. 77.
33. Id., p. 78.
34. Id., ibid.

De acordo com o exposto e, baseado nas decisões do Tribunal Constitucional espanhol, parece claro que a pena imposta ao delito previsto no art. 214, CP não é, em todos os casos abarcados pelo tipo, necessária para os fins de proteção que ali estão previstos. Fica claro que no tipo penal em comento (art. 214, CP) ocorre um desequilíbrio patente entre a sanção e a finalidade da norma a partir das pautas de valores, posto que a norma, ainda que pretenda abarcar os delitos contra a liberdade sexual, não pode estabelecer a mesma sanção para condutas que não são consideradas tão graves ao ponto de estarem contidas no mesmo tipo penal, ferindo, assim, a proporcionalidade da norma penal.

Assim, o princípio da proporcionalidade das penas deve operar em duplo âmbito: no legislativo (mandato dirigido ao legislador para que as penas abstratamente cominadas sejam proporcionais à gravidade dos delitos) e no judicial (mandato dirigido aos juízes e Tribunais para que as penas concretamente impostas aos autores dos delitos guardem também proporcionalidade com a gravidade do fato em concreto).[35] Neste ponto, fica claro que os juízes e os Tribunais deverão guardar a devida proporção ao aplicar a sanção em relação ao delito sexual cometido, mensurando a gravidade do delito, pois, é evidente que embora os delitos previstos nos arts. 213 e 214 do CP prevejam a mesma pena em abstrato, nem sempre a gravidade da conduta é a mesma, o que deve levar o aplicador da lei a fazer esta ponderação.

5. O princípio da ofensividade

Como trabalhamos com a proteção de bens jurídicos, é correto afirmar que todo delito deve comportar a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, exigindo que no momento de aplicação da lei penal que o comportamento concreto que será julgado tenha lesionado ou colocado em perigo o bem jurídico.

35. ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel, ob. cit., p. 264.

Neste sentido, fala-se de uma "dupla influência" do princípio da lesividade: por uma parte, sobre o legislador, que é o que elege o bem jurídico a tutelar; por outra parte, sobre o juiz, quem não se pode conformar com a subsunção formal do fato no comportamento descrito pela norma, mas que terá que comprovar que dito comportamento lesionou ou colocou em perigo o bem jurídico protegido através de dita norma e, no caso em que isso não ocorra, declarar sua atipicidade.[36]

Segundo Carbonell Mateu, o princípio da ofensividade ou lesividade exige que não exista delito sem lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico: *nullum crimen sine injuria*. No seio de uma concepção imperativa da norma, a exigência do bem jurídico para a tipificação de uma conduta é, certamente, um louvável desejo: desde o princípio da ofensividade limita-se o poder punitivo do Estado, no sentido de que o legislador não deverá proibir a realização de condutas – nem obrigar a realização positiva – senão em virtude de que resultem lesivas para um bem jurídico.[37]

Desde a concepção valorativa da norma, o princípio da ofensividade, entendido como exigência de bem jurídico, não comporta limitação alguma: toda norma penal supõe uma valoração; por conseguinte, de toda norma penal se desprenderá necessariamente a existência de um bem jurídico. Somente se atendemos à dignidade desse bem jurídico, pode recobrar o princípio da ofensividade a sua razão de ser como limitador do poder punitivo do Estado.[38]

Ainda sobre o tema, refere Carbonell Mateu que não só a dignidade formal é necessária para afirmar o princípio da ofensividade, mas, também, a material, ou seja, deve-se tratar de um valor assumido socialmente, suscetível de ataque e destruição; isto é, de ser lesionado ou posto em perigo gravemente e necessitado de tutela penal. Assim, a valoração constitucional de um bem jurídico não

36. AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad em derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 202.

37. CARBONELL MATEU, Juan Carlos, ob. cit., p. 215.

38. Id., p. 215.

implica em absoluto a necessidade de sua tutela penal: nem em aqueles casos onde a Constituição explicitamente encarrega ao legislador democrático a tutela penal do bem jurídico. Neste ponto também vige o princípio de intervenção mínima e o caráter subsidiário do direito penal.[39]

De acordo com o exposto e alinhando-se ao direito penal mínimo, a intervenção punitiva só pode justificar-se a respeito de condutas transcendente para os demais e que afetes as esferas de liberdade alheias, sendo contrário ao princípio da ofensividade o castigo de uma conduta imoral, antiética ou antiestética que, em absoluto invada as liberdades alheias e, especificamente, incida na liberdade de obrar dos demais. Desse modo, pode-se afirmar que a dignidade do bem jurídico tem um duplo requisito: formal – sua relevância constitucional – e material – sua interferência nas esferas de liberdade alheias.

Assim, o princípio da ofensividade descansa na consideração do delito como um ato desvalorado; isto é, contrário à norma de valoração. A antijuridicidade comportará o desvalor próprio do resultado, isto é, da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, e derivado de uma ação desvalorada, ou seja, perigosa para a integridade do objeto ou dos objetos de tutela. A desvaloração vem dada, portanto, pela dupla consideração da ação e do resultado como objetos desta. E o princípio de ofensividade determinará a não tipificação de condutas que não resultam perigosas para os bens jurídicos ou que não possam comportar lesão ou colocação em perigo de valores com relevância constitucional.[40]

Nesse sentido, opera também o caráter material da antijuridicidade, ou seja, não só como reveladora de uma conduta humana voluntária que contraria a ordem jurídica (antijuridicidade formal), mas, como uma conduta humana que, ao contrariar a ordem jurídica lesa ou expõe a perigo de lesão determinados bens jurídicos. E, dentro deste caráter material, onde se verifica o desvalor do resulta-

39. Ib., p. 217.

40. Ibid., pp. 217-218.

do – na lesão ou exposição do bem jurídico – é que também se verifica a correta e justa medição da pena.[41] É que muitas condutas atingem o mesmo bem jurídico, porém, algumas se revelam de maior gravidade, ainda que o objeto de proteção seja o mesmo e a antijuridicidade material permitirá a graduação do injusto.

Nesse sentido, afirma Jescheck que a antijuridicidade material é por de pronto o guia do legislador para estabelecer os tipos penais, assim como a idéia reitora dos órgãos dedicados à persecução penal quando têm que buscarem o preceito aplicável no caso concreto. O ponto de vista da antijuridicidade material permite, ademais, escalonar o injusto segundo a sua gravidade e expressar as diferenças graduais na medição da pena. A contemplação material possibilita também a interpretação dos tipos atendendo aos fins e representações valorativas que lhes servem de base.[42]

A maior ou menor gravidade da lesão do bem jurídico, ou a maior ou menor perigosidade de seu ataque influenciam, decisivamente, na gravidade do fato. Dentro da margem de arbítrio judicial que a lei concede, isso pode servir de base à concreta determinação da pena.[43]

Isso fica latente no caso concreto dos delitos contra a liberdade sexual, onde o objeto de proteção no estupro (art. 213, CP) e atentado violento ao pudor (art. 214, CP) são os mesmos, é dizer, a liberdade sexual. Ocorre que no desvalor do resultado de algumas condutas pode-se, claramente, verificar que o bem jurídico não sofre a mesma lesão, devendo-se graduar corretamente a pena, ou, se for o caso, desclassificar o delito imputado ao acusado.

Embora o art. 214, CP também abarque os delitos contra a liberdade sexual, nem todas as condutas que em tese ali se encaixam podem receber a pena prevista pelo legislador. Isso se deve ao fato de que algumas condutas não ofendem

41. Nesse sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal.* Parte general. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 211.

42. JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., p. 211.

43. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal.* Parte general. 4. ed. Barcelona: PPU, 1999, p. 144.

o bem jurídico de maneira considerável para estarem protegidas por este tipo penal e tal fundamento fica cristalino pela quantidade de pena que lhe é destinada. Já se falou que algumas mais leves receberiam a mesma pena do que as previstas para o estupro, tendo em vista a proteção, em ambos os casos, do mesmo bem jurídico. Ocorre que um beijo, uma apalpadela, ou outra conduta menos atentatória não pode ser desvalorada como as que o legislador pretendia atingir. Veja-se que o desvalor do resultado difere em muito das condutas citadas em relação ao delito de conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Portanto, não podem receber o mesmo apenamento.

De todo o exposto, espera-se que os tribunais apliquem corretamente o direito à espécie, no sentido de dar validade ao critério da proporcionalidade e da ofensa ao bem jurídico, refletindo-se, tudo isso, na correta medição da pena e, também, na correta tipificação da conduta realizada. Assim, estaremos trabalhando corretamente com os critérios constitucionais que devem nortear a aplicação do direito penal.

6. Bibliografia

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad em derecho penal.* Madrid: Edersa, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales.* Madrid: Marcial Pons, 2002.

BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. *Criminologia y sistema penal.* Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal*: concepto y princípios fundamentales. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

COBO DEL ROSAL; Manuel e VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal.* Parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Para uma dogmática do direito penal secundário. *Direito penal econômico e europeu:* textos doutrinários. Problemas gerais. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy.* Trad. Patrícia Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal.* Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal.* Parte general. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal.* Parte general. 4. ed. Barcelona: PPU, 1999.

_____. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho.* Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Delito y pena em al jurisprudencia constitucional.* Madrid: Civitas, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal.* Parte general. t. 1. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal.* Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán.* Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica Comares, 1993.

ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal.* 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1993.

¿Imputabilidad de las personas jurídicas?[1-2]

Carlos Gómez-Jara Díez
Profesor Asociado de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid. Doctor Europeo en Derecho. Abogado.

Sumário: 1. Introducción – 2. Lineamientos generales del concepto constructivista de culpabilidad empresarial – 3. Aplicación de los presupuestos constructivistas a la crítica de partida – 4. Consecuencias teóricas y prácticas de la imputabilidad empresarial – 5. Consideraciones sobre la conveniencia político-criminal de establecer una imputabilidad jurídico-penal empresarial.

Resumo: Partindo de considerações funcionalistas a respeito do ente coletivo como sistema auto-organizado, empenha-se o autor no sentido de explicar e fundamentar a culpabilidade e a imputabilidade penal da pessoa jurídica.

Abstract: Adopting a constructivist view of legal systems and corporations, i.e., self-organized autopoietic systems, this paper discusses the basic foundations of corporate culpability and imputability

Palabras-chave: Pessoa jurídica – Culpabilidade – Imputabilidade – Funcionalismo.

Key words: Corporate responsability – Culpability – Imputability – Organizations – Functionalism.

1. El presente artículo se publicó inicialmente en Bajo Fernández/Jorge Barreiro/Suárez González (eds.), *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005.

2. *A Don Gonzalo Rodríguez Mourullo.*

1. Introducción

En su célebre manual de 1978 el aquí homenajeado escribía que las personas jurídicas "carecen de la voluntad en sentido psicológico", por lo que "en verdad no es que la persona jurídica "concluya" por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos."[3] Los argumentos de Rodríguez Mourullo en este ámbito han sido recepcionados, como en tantos otros, por destacados miembros de la dogmática penal española.[4] Fruto quizá de la coincidencia – o quizá del hecho de llevar razón – otro gran maestro del Derecho penal contemporáneo, Günther Jakobs, escribía recientemente una crítica a la posibilidad de concebir una verdadera culpabilidad de las personas jurídicas basándose en argumentos semejantes, si bien desde una fundamentación diferente. Así, señalaba, por un lado, que, caso de imputarle a la persona jurídica la culpabilidad de su órgano, la necesaria consecuencia pasa por "desimputársela" a éste[5]

3. Rodríguez Mourullo, *Derecho penal.* Parte General. Madrid, 1978, p. 227.

4. Gracia Martín, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. En: Mir Puig/Luzón Peña (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996, p. 42; Pérez Manzano, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *AP* 1995-2, n.m. 20; Suárez González, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo, en: *Estudios del Ministerio Fiscal* 1994, p. 846. Vid. un planteamiento semejante en Roxin, *Derecho penal.* Parte General, (traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), 1997 § 8/55: "les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas" [cfr. no obstante sus reflexiones en Ibíd., § 8/56c; Íd., ¿Tiene futuro el Derecho penal?, *PJ* 49 (1998), p. 391]. Vid. también en este sentido Cerezo Mir, *Derecho penal.* Parte General. v. 2. 6. ed. 1998, p. 70; Mir Puig, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *RECPC* 06 (2004), p. 9.

5. Jakobs, Strafbarkeit juristischer Personen?. En: Prittwitz et al (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 565; siguiéndole, si bien con una formulación más teórico-sistémica, Feijóo Sánchez, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente.* Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas, 2003, p. 66, 121. Para un análisis en profundidad de este argumento y su refutación vid. Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, p. 109 ss., 113 ss; Orce, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Montealegre lynett (Coord.); *El funcionalismo en Derecho penal.* Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Tomo II, 2003, p. 371 ss., 381 ss.

– lo cual sería, según este autor, político-criminalmente inaceptable –; por otro lado, si se construye una culpabilidad *propia* de la persona jurídica – es decir, no imputándole la de su órgano –, entonces, en realidad, no se trata de una verdadera culpabilidad ya que la persona jurídica carece de autoconciencia[6] y, consecuentemente, "no se sabe a sí misma libre."[7] En definitiva, estas argumentaciones conducen irremediablemente a la consecuencia de que las personas jurídicas no son imputables en Derecho penal.

A la vista de la reciente introducción de la responsabilidad penal empresarial en diversas legislaciones europeas,[8] y de la nueva situación que plantea el artículo 31.2 del vigente Código penal, en las líneas que siguen se utilizará el razonamiento del homenajeado para aprender una importante lección que estas críticas enseñan, pero que, probablemente, no estaba en la mente de sus autores: que existen personas jurídicas imputables y personas jurídicas inimputables. Ya sólo la formulación del problema cause, quizá, cierto estupor; sobre todo entre

6. Jakobs. En: Prittwitz et al, (eds.); *Festschrift für Klaus Lüderssen*, p. 568 ss.; Feijóo Sánchez, *Sanciones para empresas*, p. 84 ss.; vid. en esta línea, desde premisas, no obstante, diferentes Silva Sánchez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español. En: García Cavero (Coord.), *La responsabilidad de las personas jurídicas, órganos y representantes*, 2002, p. 171, 176; Íd., *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, p. 83, 86. Cfr. las contrarréplicas contenidas en Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 113 ss.; Orce, en: Montealegre lynett (Coord.); *El funcionalismo en Derecho penal*, p. 371 ss., 376, 378 ss., 383 ss.

7. Jakobs, en: Prittwitz et al (eds.); *Festschrift für Klaus Lüderssen*, p. 571. Dicho argumento es tomado básicamente de v. Freier, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, p. 93, 115, 122.

8. En este sentido deben destacarse la legislación suiza (Arts. 100quarter y 100quinquies del Código penal suizo) – de entrada en vigor el 12.12.2002 – y la polaca (Ley sobre la responsabilidad penal de los sujetos colectivos por hechos castigados con penas) – en vigor desde el 28.11.2003 –. En general sobre la tendencia criminalizadora europea vid. Heine, La responsabilidad penal colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea (traducción de Carlos Gómez-Jara Díez), en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*. Propuestas globales contemporáneas, Madrid, 2006, p. 163 ss.; sobre la regulación suiza vid. Heine, Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100 4.° f). Entwicklung und Grundproblematik, *ZStrR* 121 (2003), p. 24 ss.; respecto de la reciente normativa polaca vid. Weigend/Namyslowska-gabrysiak, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im polnischen Recht, *ZStW* 114 (2004), p. 541 ss.

los *partidarios* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, suficientemente difícil se antojaba ya la tarea de fundamentar que las personas jurídicas podían ser responsables penalmente como para tener que asumir que hay que distinguir entre personas jurídicas a la hora de establecer su culpabilidad jurídico-penal. De hecho, se trata de una cuestión que, hasta el momento y por lo que se alcanza a ver, no se ha planteado explícitamente. Es decir, no se ha planteado entre los defensores de este tipo de responsabilidad el problema de qué personas jurídicas pueden realmente mostrar una culpabilidad jurídico-penal.[9] *Prima facie* parece darse por sentado que las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad jurídico-penal y, en este sentido, todas son imputables.

Ahora bien, si no todos los seres humanos son susceptibles de ser considerados sujetos activos del Derecho penal individual ¿por qué todas las personas jurídicas sí en el Derecho penal empresarial? ¿No respondería más a la *lógica jurídico-penal* que al igual que no todos los seres humanos son capaces de responder *penal*mente, tampoco deben poder hacerlo todas las personas jurídicas? La tesis que aquí se desarrollará consiste precisamente en sostener que, en el seno de un verdadero o genuino Derecho penal empresarial, debe diferenciarse entre personas jurídicas con capacidad de culpabilidad (empresarial) y personas jurídicas inimputables – frente a las que cabe, por ejemplo, imponer cierto tipo de medidas o sanciones –. Para ello, la siguiente contribución partirá – Infra II – con una exposición de los fundamentos básicos del concepto clave de toda esta problemática: la culpabilidad empresarial. En concreto se parte del concepto *constructivista* de culpabilidad empresarial cuya fundamentación pormenorizada no puede, por motivos obvios, desarrollarse en una contribución de este tipo.[10]

9. Esta discusión no debe confundirse con la problemática relativa a si las entidades de Derecho público pueden estar sujetas a un régimen de responsabilidad penal o la referida a los presupuestos de imputación en función de las diversas formas jurídico-societarias [vid. sobre ello por todos, Bacigalupo Saggese, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, p. 368 ss.].

10. Dicha fundamentación puede encontrarse en Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 201 ss., 208 ss., 219 ss. y 247 ss.; íd., El modelo constructivista de autorresponsabilidad

Una vez sentadas dichas premisas, se analizará cómo afecta al contenido de las críticas anteriormente citadas – Infra III – en aras de exponer, a continuación – Infra IV – las consecuencias que de ello se derivan. Por último – Infra V –, se intentará demostrar por qué resulta político-criminalmente más adecuado llevar a cabo un planteamiento de estas características.

2. Lineamientos generales del concepto constructivista de culpabilidad empresarial

1. El concepto *constructivista* de culpabilidad adquiere esta denominación del hecho de estar basado en el *constructivismo* operativo,[11] corriente epistemológica de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos.[12] Esta teoría que, como bien es sabido, no cuenta con excesivos partidarios en el ámbito del Derecho penal tradicional,[13] parece haber encontrado cierto acomodo en el ámbito del Derecho

penal empresarial, en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial.* Propuestas globales contemporánas, 2006, p. 111 ss

11. Sobre el constructivismo operativo vid. ampliamente, Gómez-Jara Díez, Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico-penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del Derecho penal. En: Montealegre Lynett (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal.* Libro Homenaje a Günther Jakobs. Tomo II, 2003, p. 15 ss.; Íd., *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 201 ss.; Íd., Teoría de sistemas y Derecho penal: hacia una ciencia constructivista del Derecho penal, en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal:* Fundamentos y posibilidades de aplicación, 2005, p. 386 ss. con abundantes referencias.

12. Sobre la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos vid. de manera introductoria las obras de Niklas Luhmann: Luhmann, *Einführung in die Systemtheorie* (ed. por Dirk Baecker), 2002, p. 11 ss.; Íd., *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 1984, passim; Íd., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 2 Tomos, 1997, passim. Resultan sumamente didácticos los trabajos de Kneer/Nassehi, *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme.* 4. ed. 2000, p. 33 ss.; Willke, *Systemtheorie I: Grundlagen.* 6. ed. 2000, p. 1 ss. En la Ciencia penal española resulta fundamental la obra de Piña Roquefort, *Rol social y sistema de imputación.* Una aproximación al Derecho penal a la luz de la teoría de sistemas, 2004. Vid. además el estudio y las referencias contenidas en Gómez-Jara Díez, Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal. En: Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal:* Fundamentos y posibilidades de aplicación, 2005, p. 402 ss. En general vid. las contribuciones contenidas en Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal:* Fundamentos y posibilidades de aplicación, 2005.

13. Vid. por todos las críticas contenidas en Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1990,

penal empresarial, de tal manera que son varios los autores que, explícita o implícitamente, se remiten a ella en la fundamentación de sus posiciones.[14] Probablemente, la diferencia entre la mayoría de dichos planteamientos y el aquí defendido es que en éste se pretenden asumir *todas* las consecuencias, tanto epistemológicas como de aplicación a otros sistemas sociales, que dicha teoría social conlleva.[15] Lo relevante a estos efectos es que, desde esta perspectiva, tanto la organización empresarial como el ser humano, como también el Derecho,

p. 168 ss. y el completo estudio de Feijóo Sánchez, La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o intersubjetiva de la comunicación?, en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal.* Fundamentos y posibilidades de aplicación, 2005, p. 435 ss.

14. Vid. Bottke, Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen "strafmündig" werden? Bermerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland, en: *wistra* 1997, p. 251 con nota 94, 253; Íd, *Assoziationsprävention.* Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke, 1995, p. 49, 310 con nota 1002 entre otros lugares; Íd., La actual discusión sobre las finalidades de la pena, en: Silva Sánchez (ed. española), *Política criminal y nuevo Derecho Penal.* Libro Homenaje a Claus Roxin, 1997, p. 42 s.; Heine, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen.* Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen insbesondere bei Großrisiken, 1995, p. 79 s.; Lampe, Systemsunrecht und Unrechtssysteme, *ZStW* 106 (1994), p. 690 s.; Lütolf, *Strafbarkeit der juristischen Person*, 1997, Cap. III; Rogall, en: Boujong (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2.ed., 2000, § 30/10; Rotsch, *Individuelle Haftung in Großunternehmen.* Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts, 1998, p. 81 ss.; Schünemann, Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel, en: Schünemann (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung:* Die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III. Unternehmenskriminalität, 1996, p. 137; Íd., Art. 4. Maßnahmen gengen Unternehmen, en: Schünemann (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung:* Die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III Unternehmenskriminalität, 1996, p. 168, 170 ha tomado "como fundamento legitimador (..) la teoría de los sistemas autopoiéticos limitada", 175; Íd., "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea" (traducción a cargo de Enrique Peñaranda Ramos), en: AA.VV., Hacia un Derecho penal económico europeo. *Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 572, 579 s.; Íd., Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities, en: Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*, 1999, p. 230: el único concepto que queda para justificar un verdadero Derecho penal corporativo es el modelo de la teoría de sistemas; Schwinge, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, p. 206 ss.; Bacigalupo Saggese, *Personas jurídicas*, p. 359 ss.; Íd., La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto de Derecho penal. *CPC* 1999, p. 25 ss.; Íd., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del Derecho penal, en: García Cavero (ed.), *La responsabilidad de las personas jurídicas, órganos y representantes*, 2002, p. 133 ss.; Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, 2. ed. 2003, p. 223 s.

15. Vid. Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 211 ss.

se consideran sistemas auto*poiéticos* – auto*producidos* –, eso sí, con *diferentes modos de reproducción autopoiética.*[16]

2. Centrando la atención en el sistema organizativo empresarial, éste – al igual que el ser humano – comienza a desarrollar con el tiempo una complejidad interna que deviene en una capacidad de autoorganización, autodeterminación y autoconducción tal, que resulta lógico – y necesario – atribuir a la empresa *cierta* competencia sobre su ámbito de organización.[17] Desde una perspectiva tradicional del delito puede afirmarse que la *capacidad de acción* se ve así sustituida por una *capacidad de organización,*[18] de tal manera que si bien resulta complicado afirmar que una empresa actúa por sí misma, dichas dificultades desaparecen considerablemente cuando se sostiene que, llegado un determinado nivel de complejidad interna, la empresa comienza a organizarse a sí misma, a autoorganizarse.[19]

16. Respecto del ser humano como sistema autopoiético vid. Luhmann, Die Autopoiesis des Bewußtseins, en: Íd., *Soziologische Aufklärung.* Bd. VI: Die Soziologie und der Mensch, 1995, p. 55 ss.; en relación con la organización como sistema autopoiético vid. ahora sólo Luhmann, *Organisation und Entscheidung,* 2000, p. 39 ss.; finalmente, sobre el Derecho como sistema autopoiético vid. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft,* 1993, p. 38 ss.; Teubner, *Recht als autopoietisches System,* 1989, p. 36 ss.; Íd., El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructiva del Derecho (traducción de Carlos Gómez-Jara Díez). *DOXA* 25 (2002), p. 533 ss.

17. Vid. con diferentes matices Bottke, *Assoziationsprävention,* p. 48 ss., 63 ss.; Íd., en: Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal,* p. 42; Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen,* p. 287 ss.; Lampe, Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts, en: Weigend/Küpper (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch,* 1999, p. 86 ss., 91 ss., 94.

18. Especialmente ilustrativos en este sentido Heine, Modelle originärer (straf-)rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen, en: Hettinger (ed.), *Reform des Sanktionsrecht.* Bd. III: *Verbandstrafe,* 2002, p. 141; Íd., Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als "zweite Spur" en: Alwart (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft,* 1998, p. 103; Íd., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen, en: *ÖJZ* 51 (1996), p. 218 quien establece una equivalencia funcional entre dominio del hecho [Derecho penal individual] y dominio de la organización (funcionalmente sistémico) [Derecho penal empresarial]; Lampe, en: Weigend/ Küpper (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch,* p. 92, 94 quien establece que las personas físicas tienen capacidad de acción (*Handlungsvermögen*) mientras que las personas jurídicas tienen capacidad de organización (*Organisationsvermögen*), resultando ambas capacidades idénticas a los efectos de producir injustos sociales. Vid. sobre estas cuestiones Gómez-Jara Díez, en: Gómez-Jara Díez (ed.), Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, p. 134 ss.

19. Dicho planteamiento viene avalado, además de por las aportaciones de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos, por numerosas teorías de la organización y del management modernas

3. Como consecuencia de esta situación no resulta extraño que las organizaciones empresariales hayan empezado a participar en la vida social y jurídica de manera significativa. Tanto es así, que bien podría afirmarse que desempeñan un rol absolutamente decisivo en la configuración de la identidad de la sociedad moderna.[20] A partir de dicha constatación se puede construir un concepto de culpabilidad empresarial que, si bien no sea idéntico al concepto de culpabilidad individual, sí que resulte *funcionalmente equivalente.*[21] Es decir, culpabilidad empresarial y culpabilidad individual no son iguales, pero sí funcionalmente equivalentes.[22] En concreto, el concepto constructivista de culpabilidad empresarial se basa en tres equivalentes funcionales que se corresponden con los tres pilares del concepto de culpabilidad individual: la fidelidad al Derecho como

[vid., por ejemplo, Bausor, Enterpreneurial Imagination, Information, and the Evolution of the Firm, en: England (ed.), *Evolutionary Concepts in Contemporary Economics*, 1994, p. 179 ss, 181; Drazin/Sanderlands, Autogenesis: A Perspective on the Process of Organizing, en: *Organization Science* 3 (1992), p. 230 ss.; las contribuciones contenidas en Ulrich/Probst, *Selforganization and Managament of Social Systems:* Insights, Doughts, and Questions. Berlin, 1984 y Probst/Siegwart, *Integriertes Management:* Bausteine der systemorientierten Managements. Festschrift zum 65 Geburstag von Prof. Dr. h.c. Hans Ulrich, 1985].

20. No en vano se ha descrito la sociedad moderna como una sociedad de las organizaciones [vid. Perrow, A Society of Organizations, en: Haller/Hoffmann-Nowotny/Zapf (eds.), *Kultur und Gesellschaft*, 1989, p. 265 ss.; vid. también Ladeur, Zu einer Grundrechtstheorie der Selbstorganisation des Unternehmens, en: Stein/Faber (eds.), *Auf einem dritten Weg. Festschrift für Helmut Ridder*, 1989, p. 180].

21. Sobre el método del equivalente funcional vid. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, 1968, p. 162 ss.; Íd., *Soziale Systeme*, p. 83 ss. con referencias Íd., *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990, p. 368, 417 ss. Dicho concepto ha sido introducido en el ámbito del Derecho penal empresarial por Heine [vid. claramente Íd., New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience – or Viceversa?, en: *Saint Louis – Warsaw Transatlantic Law Review* 1998, p. 187 s.].

22. Desde esta perspectiva resulta fundamental, por tanto, indicar qué función cumple el Derecho penal, puesto que será a partir de dicha función que se pueda considerar la equivalencia entre culpabilidad individual y culpabilidad empresarial. En este sentido, el concepto constructivista de culpabilidad considera que la función del Derecho penal consiste en el mantenimiento de la vigencia normativa [vid. a este respecto Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijóo Sánchez), 1996, p. 16; Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 213 ss.

condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del Derecho penal y, por último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma.[23]

4. El *primer equivalente funcional* se fundamenta en el hecho de que, en la sociedad moderna, la vigencia de determinadas normas depende en gran medida de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. Así, el modelo descentralizado de organización social que surgió en el ámbito individual con motivo de la "desmitificación del mundo,"[24] ha tenido lugar en el ámbito empresarial a lo largo del siglo XX gracias, entre otras cosas, a la "desmitificación del Estado".[25] De esta manera nace el conocido fenómeno de la autorregulación empresarial como un reflejo de la incapacidad estatal para controlar ciertos riesgos característicos de la sociedad post-industrial moderna.[26] Ello ha provocado que dicho control y gestión de riesgos se haya descentralizado hacia unas organizaciones empresariales que, en virtud de su tamaño y complejidad interna, no admiten una regulación – intervención – directa estatal externa,[27] sino que, como mucho, puede aspirarse a un control del contexto

23. Para el desarrollo de dichos pilares en el ámbito de la culpabilidad individual vid. Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 258 ss., 273 ss., 285 ss.

24. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (edición de Winckelmann). 3. ed., 1968, p. 582 ss., 594.

25. Willke, *Entzauberung des Staates*, 1983.

26. Vid. entre muchos otros Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 6 (1997), p. 235 ss.; Ladeur, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer "Logik der Netzwerke". Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft, en: *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*. Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), p. 59 ss.; Esteve Pardo, *Autorregulación*. Génesis y efectos, 2002, p. 35 s. y passim; Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho público*: la autorregulación regulada, 2005, p. 38 ss., 52 ss., 140 ss. y passim.

27. Dicha situación ha sido puesta de relieve principalmente por Heine y constituye en gran medida la base de su planteamiento [vid. ahora sólo sus contribuciones Heine, Technischer Fortschritt im Spannungsverhältnis von Unternehmen, Gesellschaft und Staat – Neue Herausforderungen für das Recht, en: Schulte (ed.), *Technische Innovation und Recht. Antrieb oder Hemmnis?*, 1997, p. 57 ss.; Íd., Strafrecht zwischen staatlicher Risikolenkung und gesellschaftlicher Selbstregulierung, en: Lange (ed.), *Gesamtverantwortung statt Verantwortungsparzellierung im Umweltrecht*, 1997, p. 208 ss.].

(*Kontextsteuerung*) característico del Derecho reflexivo.[28] A la vista de esta situación resulta necesario y adecuado imponer a dichas organizaciones empresariales la obligación primordial que afecta a toda persona jurídico-penal: la obligación de fidelidad al Derecho, lo cual se concreta en la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho.[29] El reconocimiento de una esfera de autonomía a la empresa con la consiguiente obligación de fidelidad al Derecho provoca, al igual que lo hizo en el individuo,[30] el nacimiento del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho. Por tanto, el rol que garantiza el Derecho penal (empresarial) es el del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho y, en consecuencia, la no institucionalización de esa cultura empresarial de fidelidad al Derecho constituye el quebrantamiento del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho; es decir, *la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial.*

5. El nacimiento de rol del ciudadano corporativo fiel al Derecho conlleva el reconocimiento de un mínimo de igualdad a las empresas. Ahí radica el *segundo equivalente funcional* que, de esta manera, consiste en el establecimiento del sinalagma

28. Sobre la idea del Derecho reflexivo y el control del contexto vid. Teubner/Willke, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, *ZfRSoz* 5 (1984), p. 4 ss.; Willke, *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, 1992, p. 185 ss., 341 ss.; Íd., *Supervision des Staates*, 1997, p. 72 ss.; Íd., *Atopia.* Studien zur atopischen Gesellschaft, 2001, p. 131 ss.; Íd., *Dystopia.* Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft, 2002, p. 65 ss.; Íd., *Heterotopia.* Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften, 2003, p. 122 ss. En el ámbito jurídico-penal han sido Heine [Íd., *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, p. 49, 59 ss., 78 ss., 249 s.] y Schünemann [Íd., en: AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo*, p. 572; Íd., en: Schünemann (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung*, p. 138, 170, 175; Íd., en: Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*, p. 232] quienes han adoptado principalmente estos dos conceptos para fundamentar sus modelos, si bien el primero apuesta, como aquí, por un verdadero Derecho penal empresarial, mientras que el segundo por un Derecho penal empresarial de medidas (Cfr. para una crítica de este aspecto de la construcción de Schünemann vid. Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 277 ss., 280).

29. Para una fundamentación de este postulado vid. Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 261 ss.

30. Vid. a este respecto Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft.* Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 2. ed. 1999, p. 83 ss., 86.

fundamental del Derecho penal (empresarial): libertad de autoorganización (empresarial) vs. responsabilidad por las consecuencias (de la actividad empresarial). Expresado con las palabras de Schünemann: "la legitimación de las sanciones económicas a la asociación puede verse en la *autonomía* de la asociación, a la cual *el Derecho le adscribe fundamentalmente una libertad a la organización propia* que, sin embargo, tiene como reverso *tener que ser responsable por los resultados negativos de esa libertad.*"[31] La institución negativa[32] del *nenimen laedere* empresarial encuentra su anclaje constitucional, en de opinión de varios autores, en la libertad de empresa,[33] y lleva aparejado la obligación, al igual que en el individuo,[34] de mantener el ámbito de organización (empresarial) propio dentro de los márgenes del riesgo permitido.[35] De esta manera se acentúa la *autorresponsabilidad empresarial*, que con Heine puede formularse como un imperativo categórico: toda empresa debe comportarse (organizarse) autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado – es decir, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial.[36] La empresa pasa de ser un mero actor económico basado en la lógica racional de los

31. Schünemann, en: Íd., (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung*, p. 170 [sin subrayado en el original].

32. Sobre las instituciones y los deberes negativos vid. Jakobs, *La imputación pneal de la acción y de la omisión* (traducción de Javier Sánchez Vera Gómez-Trelles), 1996, p. 27 ss.; Íd., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 27 ss.; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 83 ss.

33. Bottke, *wistra* 1997, p. 253.; Heine, *St. L. War. Tr. L. Rev.* 1998, p. 179; Íd., Alwart (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, p. 93.

34. Vid., por ejemplo, Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), 2003, p. 108; Íd., Competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en: Íd., *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 350.

35. Bottke, *Assoziationsprävention*, p. 62 ss y las notas que acompañan al texto; Heine, *St. L. War. Tr. L. Rev.* 1998, p. 178 ss.

36. Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, p. 276 s. con referencias a otras posturas semejantes. Vid. también Stratenwerth, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, en: GEPPERT et al (eds.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, 1992, p. 307, derivando de ello, sin embargo, otras consecuencias.

costes/beneficios a convertirse en una persona jurídico-penal orientada por el esquema derechos/deberes;[37] es decir, se constituye como un verdadero ciudadano fiel al Derecho.

6. Precisamente ese *status* de ciudadanía conforma el *tercer equivalente funcional*. Así, resulta fundamental para la dimensión *material* de la culpabilidad jurídico-penal la posibilidad de poder participar en la producción común de sentido; es decir, el principio de culpabilidad garantiza que la persona "es competente para intervenir en asuntos públicos."[38] Sin embargo, ¿cómo participa la empresa en la producción común de sentido? ¿Cómo interviene en los asuntos públicos? El punto de partida viene dado por una determinada interpretación de la libertad de expresión reconocida constitucionalmente a las personas jurídicas.[39] En este sentido, lo relevante a estos efectos no es tanto el reconocimiento en sí, sino el *contenido y significado de dicha libertad*. En este sentido resultan especialmente relevantes las consideraciones de Lawrence Friedman,[40] quien trae a colación la sentencia de la Corte Suprema estadounidense *First National Bank of Boston vs. Belloti*.[41] Así, en relación con la libertad de expresión de expresión reconocida a las corporaciones, dicha Corte declaró expresamente que se trataba de "la expresión o discurso que resulta indispensable para la toma de decisiones en la democracia, y ello no es menos cierto por el hecho de que la expresión

37. Sobre la importancia de este paso vid. Jakobs, La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma (traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gómez-Jara Díez), en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*. Fundamentos y posibilidades de aplicación, 2005, p. 177 ss.

38. Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 50.

39. Vid. ya las reflexiones de Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, (reimpresión de la 2. edición de 1919), 1964, p. 260 ss., 262. Sobre el estado del reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas vid. Bacigalupo Saggese, Los derechos fundamentales de las personas jurídicas, en: *PJ* 53 (1999), p. 49 ss.

40. Friedman, In Defense of Corporate Criminal Liability, en: *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 23 (2000), p. 833 ss.

41. 435 U.S. 765 (1978).

provenga de una corporación en lugar de un individuo."[42] De esta manera se viene entendiendo que, si bien una corporación como tal no puede votar, sí que se le reconoce el derecho a participar en lo que realmente cuenta en democracia: el debate entre los ciudadanos. En definitiva, a las corporaciones, al igual que a los individuos, se les reconoce un *derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales.*[43] Dicho proceso no viene marcado por el derecho de voto

42. 435 U.S. 765 (1978) 777.

43. Vid. el desarrollo en Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 288 ss. La relevancia de este reconocimiento depende en gran medida del posicionamiento que se adopte respecto al fundamento material del concepto de culpabilidad. Así, dicho reconocimiento resulta decisivo para una concepción de la culpabilidad en la cual la legitimidad de la pena y del consiguiente reproche de culpabilidad se vinculan a la posibilidad de participar en la conformación de la norma y, de esta manera, poder cuestionar la vigencia de la misma sin tener que recurrir a la comisión de un delito que porte dicho significado [vid. a este respecto partiendo de la perspectiva *comunicativa* Jakobs, en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal.* Fundamentos y posibilidades de aplicación, 2005, p. 179 ss.; Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 295 ss.; desde una perspectiva *intersubjetiva* vid. Günther, Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft, en: Prittwitz/Manoledakis (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jarhtausendwende. Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999*, 2000, p. 27 ss., 39; y Kindhäuser, La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad (traducción de Percy García Cavero), en: Luzón Peña/Mir Puig (Coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, p. 185 ss., 204, planteamiento que se deduce igualmente de las posiciones de Peñaranda Ramos, Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito, en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 223 ss. y Alcácer Guirao, Prevención y garantías: conflicto y síntesis, DOXA 25 (2002), p. 139 ss. Otra cuestión, que pese a su relevancia para esta discusión no se puede tratar aquí, es la relación entre intersubjetividad y comunicación (vid. al respecto Luhmann, Intersubjetividad o comunicación: dos diferentes puntos de partida para la construcción sociológica, Íd., *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia* (edición y traducción a cargo de Josetxo Beriain y José María García Blanco), 1998, p. 31 ss.; Feijóo Sánchez, en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 514 ss.); desde la denominada teoría expresiva de la pena vid. Kahan/Nussbaum, Two Conceptions of Emotion in Criminal Law, en: *Columbia Law Review* 96 (1996), p. 269 ss., 351; Kahan, Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence, en: *Michigan Law Review* 95 (1997), p. 2477 ss.; Íd., The Secret Ambition of Deterrence, en: *Harvard Law Review* 113 (1999), p. 413 ss.; Íd., Social Meaning and Economics Analisis of Crime, en: *Journal of Legal Studies* 27 (1998), p. 609 ss.; Friedmann, *H.J.L. & Pub. Pol.* 23 (2000), 845 s.; en parte también Robinson, Why Does the Criminal Law Care What the Layperson Think is Just? Coercive versus Normative Crime Control, en: *Virginia Law Review* 86 (2000), p. 1839 ss.].

sino principalmente por la libertad de expresar juicios en el discurso público sobre las normas sociales, contribuyendo así a la conformación de las mismas.[44]

7. Una vez explicitados estos fundamentos del concepto constructivista de culpabilidad jurídico-penal empresarial se puede abordar desde una nueva óptica el contenido de las críticas formuladas al comienzo de este trabajo. Como se advertirá claramente a lo largo de las líneas que siguen, la adopción de las premisas sentadas influye decisivamente en la consideración de qué organizaciones empresariales pueden delinquir – estando por ello sujetas a la imposición de una pena – y cuáles no – estando, así, sujetas a otro tipo de sanciones –. Asimismo, se podrá constatar que el modelo de responsabilidad penal empresarial subyacente a este planteamiento es un modelo de *autorresponsabilidad* (*Selbstverantwortung*), que a diferencia de los modelos de heterorresponsabilidad,[45] centran su atención en la conformación de una culpabilidad propia de la empresa y no en la atribución a la empresa de una culpabilidad ajena – sc. la de sus órganos o representantes –.

3. Aplicación de los presupuestos constructivistas a la crítica de partida

1. Como se puede apreciar fácilmente en la exposición de la crítica de Rodríguez Mourullo, la conciencia, ese substrato psíquico, muestra unas cualidades especiales que son imprescindibles para la imputabilidad de la persona en Derecho penal; es decir, para ser sujeto activo de delito o, expresado

44. Esta cuestión se encuentra relacionada con la posibilidad de considerar que las empresas son "miembros de pleno derecho de la comunidad moral" (*full-fledge members of moral community*), [vid. al respecto French, "Integrity, Intentions and Corporations", en: *American Business Law Journal*. 34 (1996), p. 147 ss.; French/Nesteruk/Risser, *Corporations in the Moral Community*, 1992, p. 12 ss.]. Sin embargo, a diferencia de estos autores, el planteamiento aquí sostenido no pretende una equiparación absoluta entre empresas e individuos en este sentido, sino sólo el *reconocimiento de un mínimo de ciudadanía* suficiente para el establecimiento de la responsabilidad penal.

45. Para la distinción entre modelos de autorresponsabilidad y de heterorresponsabilidad vid. Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 74 ss.

de otra manera, para ser persona jurídico-penal activa.[46] La cuestión es, por tanto, qué cualidades son esas que se muestran tan decisivas en el tema aquí tratado. El fundamento último de dichas cualidades reside en la autorreferencialidad de la conciencia, es decir, en la *autoconciencia.*[47] Obvia realizar aquí consideraciones sobre la importancia que la conciencia humana ha tenido no ya para la discusión jurídico-penal,[48] sino para numerosos debates filosóficos, de entre los cuales destaca el relativo a la identidad de la persona.[49] Y es que las características de la autoconciencia (*Selbstbewußtsein*) han sido todo un referente en la identificación de la autodeterminación del hombre, lo cual, desde el punto de vista de la cuestión en torno al libre albedrío y el nacimiento de la consiguiente responsabilidad (penal), posee una importancia cardinal.

2. En este sentido, merece la pena traer a colación la argumentación desarrollada recientemente por Molina Fernández en uno de los últimos y más profusos estudios sobre una cuestión tan debatida como es la libertad como presupuesto de la responsabilidad.[50] Este autor explica detalladamente en su exposición cómo se produce una evolución paulatina en los niveles de complejidad del sistema psíquico, al final de la cual se alcanza una "razón de segundo nivel" o "de segundo orden" caracterizada por la reflexión de la conciencia sobre sí misma:

46. Sobre el concepto de persona jurídico-penal activa vid. Jakobs, en: Prittwitz et al, (eds.); *Festschrift für Klaus Lüderssen*, p. 566; más desarrollado en Íd., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 22 ss.

47. Así, vid. Jakobs, en: Prittwitz et al, (eds.); *Festschrift für Klaus Lüderssen*, p. 568: "Sólo una persona a la que se le atribuye una autoconciencia comunicativamente competente, puede comportarse de manera culpable".

48. Sobre la importancia de la autorreferencialidad de la conciencia para la conformación de la persona jurídico-penal vid. Pawlik, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 8 ss., 18 ss., 31 ss. con abundantes referencias.

49. Vid., sobre el debate actual, las contribuciones contenidas, por ejemplo, en Marquard/Stierle (eds.), *Identität*. 2. ed., 1996; Quante, *Personale Identität*, 1999. Para una visión teórico-sistémica del problema vid. Luhmann, "Identität – was oder wie?", en: Íd., *Soziologische Aufklärung. Bd. V: Konstruktivistische Perspektiven*, 1990, p. 14 ss.

50. Molina Fernández, "Presupuestos de la responsabilidad jurídica. (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)", en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM* 4 (2000), p. 57 ss.

"el sujeto elabora conscientemente su elección con autorreferencia a la propia elección (..)" de tal manera que, "la conciencia introduce un elemento causal de segundo orden – la reflexión sobre el propio proceso de decisión – y, con ello una elección *externamente* necesaria se convierte en *internamente* contingente."[51]

3. Como se advierte en las consideraciones realizadas hasta ahora se ha empleado el término "sistema" para hacer referencia a lo que tradicionalmente se denomina "ser humano." Esto se ha hecho deliberadamente para evitar el prejuicio antropocéntrico que, por lo general, domina todas las discusiones sobre la capacidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas.[52] Y ello fundamentalmente porque dicho prejuicio, o mejor dicho preconocimiento (*Vorverständnis*), imposibilita en gran medida el desarrollo de una teoría jurídica del delito para las personas jurídicas.[53] En efecto, la atribución al ser humano de ciertas cualidades – de cierto "equipamiento"[54] – que no concurren en la persona jurídica ha desembocado, indefectiblemente, en la exclusión de la persona jurídica del Derecho penal.

51. Molina Fernández, *AFDUAM* 4 (4000), p. 128.

52. La expresión de "prejuicio antropocéntrico" (*anthropocentric bias*) en esta discusión ha sido acuñada, por lo que se alcanza a ver, por French, The Corporation as a Moral Person, en: *American Phisophical Quarterly* 16 (1979), p. 214. Vid. también Laufer, Corporate Culpability and the Limits of Law, en: *Business Ethics Journal* 6 (1996), p. 311; Walt/Laufer, Why Personhood doesn't matter. Corporate Criminal Liability and Sanctions, en: *American Journal of Criminal Law and Criminology* 18 (1991), p. 264 s. Por otro lado, se habla de un "modelo antropomórfico de responsabilidad" (*anthropomorphes Verantwortlichkeitsmodell)* [Heine, Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften, en: *ZStrR* 119 (2001), p. 35];

53. Vid. en este sentido Bacigalupo Saggese, *CPC* 1999, p. 16; García Arán, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Cerezo Mir et al (eds.), *El nuevo Código Penal:* presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje a D. Angel Torío López, 1999, p. 327, 331. Con acierto Alwart, Strafrechtliche Haftung des Unternehmens – von Unternehmenstäter zum Täterunternehmen, *ZStW* 105 (1993), p. 756 s., 761, 765 s.; Íd., *Zurechnen und Verurteilen*, 1998, p. 9 ss., 24 ss. relaciona el problema de la responsabilidad penal empresarial con la hermeneútica de la imputación y es que, en realidad, esta problemática tiene relación con la cuestión hermeneútica del círculo del entendimiento (*Zirkel des Verstehens*): vid. Heidegger, *Sein und Zeit*, 1927, § 32; Gadamer, *Wahrheit und Methode.* Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 1960, p. 270 ss.

54. Jakobs, en: Prittwitz et al, (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, p. 571: Ausstattung.

4. Sin embargo, es precisamente esa posición excluyente del ser humano como sujeto cognoscente la que ha venido a cuestionar la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos. En efecto, esta teoría, apoyándose en los avances de las ciencias de la comunicación,[55] parte de la base de que tanto conciencia como comunicación muestran los mismos caracteres de autorreferencialidad, recursividad y reflexión.[56] A los efectos de la discusión aquí tratada, dicha autorreferencialidad comunicativa se da en dos sistemas claves: el sistema jurídico (Derecho) y el sistema organizativo (empresa). Por lo que al primero se refiere, la autorreferencialidad de la comunicación conlleva que el sistema jurídico no tenga acceso directo ni al interior de la conciencia humana (sistema psíquico), ni al interior de la organización empresarial (sistema organizativo).[57] Ambos sistemas, tanto psíquico como organizativo, pueden aspirar, como mucho, a mostrar *indicios* racionales de una autorreferencialidad suficiente,[58] ya que éstos conforman la base sobre la cual el sistema jurídico-penal atribuye la "personalidad."[59] Dicha autorreferencialidad se plasma, en terminología teórico-sistémica, en la constitución de los sistemas

55. Vid. ya Merten, *Kommunikation: Eine Begriffs – und Prozessanalyse*, 1977, p. 43 ss. y passim. Sobre el concepto de comunicación utilizado en la teoría de los sistemas socials autopoiéticos vid., entre otras, las reflexiones de Baecker, Kommunikation im Medium der Information, en: Baecker, *Wozu Systeme?*, 2002, p. 111 ss.; Luhmann, *Soziale Systeme*, p. 191 ss.; Íd., *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990, p. 21 ss.; Íd., Was ist Kommunikation?, en: Luhmann, *Soziologische Aufklärung. Bd. VI: Die Soziologie und der Mensch*, 1995, p. 113 ss.; Nassehi, La diferencia de la comunicación y la comunicación de la diferencia. Sobre los fundamentos de la teoría social de Niklas Luhmann (traducción de Juan Ignacio Piña Rochefort), en: Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal.* Fundamentos y posibilidades de aplicación, 2005, p. 21 ss.

56. Vid. explicativo Luhmann, Die operative Geschlossenheit psychischer und sozialer Systeme, Íd., *Soziologische Aufklärung.* Bd. VI: Die Soziologie und der Mensch, 1995, p. 25 ss.

57. Vid. sobre los fundamentos y consecuencias de este planteamiento Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 39 ss.

58. Vid. fundamentalmente Fuchs, Adressabilität als Grundbegriff der soziologischen Systemtheorie, en: *Zeitschrift für soziale Systeme* 3 (1997), p. 57 ss.

59. Vid. sobre la autorreferencialidad interna como base para la atribución de subjetividad Teubner/Zumbansen, Rechtsverfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, en: Teubner (ed.), *Die Rückgabe des zwölften Kamels.* Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit, 2000, p. 208 ss.

autopoiéticos de orden superior (*High Order Autopoyetic Systems*).[60] Dado que la constitución del sistema psíquico (ser humano) como un sistema autopoiético de orden superior no es cuestionada por la doctrina penal mayoritaria – y es precisamente el proceso que describía anteriormente Molina Fernández –, conviene centrar la atención en el sistema organizativo (la empresa) para responder a la cuestión: ¿puede una organización empresarial convertirse en un sistema autopoiético de orden superior?

5. A lo largo de las últimas décadas, Gunther Teubner ha venido elaborando los presupuestos de cómo se constituye una empresa en un sistema autopoiético de orden superior.[61] Así, tal y como señala expresamente este autor, la organización empresarial sale de su minoría de edad (*Unmündigkeit*) en el momento en el que se produce una vinculación hipercíclica entre los caracteres autorreferenciales del sistema organizativo: es decir, una doble autorreferencialidad.[62] Expresado de otra manera: a lo largo del tiempo se produce una *acumulación* de círculos autorreferenciales en el ámbito empresarial hasta llegar al encadenamiento hipercíclico de los mismos, momento en el cual emerge verdaderamente el actor corporativo (*corporate actor*) como sistema

60. Vid. Maturana, *Erkennen:* Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit, 1982, p. 37, 211 ss.; Maturana/Varela, *El árbol del conocimiento.* Las bases biológicas del entendimiento humano. 15. ed., 2001, p. 121 ss.; Mossakowski/Nettmann, Is There a Linear Hierarchy of Biological Systems?, en: Roth/Schwegler, *Self-Organizing Systems.* An Interdisciplinary Approach, 1981, p. 39 ss.

61. Vid. Teubner, *Law as an Autopoietic System*, 1993, p. 28 ss., 123 ss.; Íd., Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person, en: *American Journal of Comparative Law* 36 (1988), p. 130 ss.; Íd., Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese, en: Haferkamp/Schmid (eds.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung.* Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme, 1987, p. 89 ss., 113 ss.; Íd., The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors, en: McCahery/Piciotto/Scott (eds.); *Corporate Control and Accountability:* Changing Structures and the Dynamics of Regulation, 1993, p. 41 ss.; Íd., Piercing the Contractual Veil? The Social Responsibility of Contractual Networks, en: Wilhelmsson (ed.), *Perspectives of Critical Contract Law*, 1993, p. 211 ss., 226 ss.

62. Teubner en: Haferkamp/Schmid (eds.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, p. 117.

autopoiético de orden superior.[63] Dichos círculos autorreferenciales se dan en cuatro ámbitos diferenciados: el *límite* del sistema, la *estructura* del sistema, los *elementos* del sistema y la *identidad* del sistema.[64] Así, el límite del sistema organizativo viene dado por la condición de miembro (*Mitgliedschaft*);[65] la estructura se materializa en los programas de decisión – tanto finales como condicionales – que rigen en la organización;[66] los elementos del sistema, esto es, las unidades basales u operaciones que constituyen la autopoiesis del sistema organizativo, son las decisiones;[67] finalmente, la identidad del sistema viene determinada por la denominada identidad corporativa.[68] Por lo tanto, cuando la identidad corporativa se vincula hipercíclicamente con la decisión corporativa, por un lado, y las normas del propio sistema son las que determinan quién es miembro de la organización, entonces surge el actor corporativo como una realidad diferente a la de cada uno de los sistemas psíquicos subyacentes y comienza a adquirir una capacidad autoorganizativa que excede con mucho la capacidad organizativa individual de cualquiera de sus miembros.[69]

63. Teubner en: Haferkamp/Schmid (eds.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, p. 112.

64. Vid. el cuadro explicativo en Teubner en: Haferkamp/Schmid (eds.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, p. 115.

65. Sobre la condición de miembro vid. extensamente Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, p. 81 ss., 112 ss.

66. Sobre la programación del sistema vid. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, p. 256 ss.

67. Sobre la decisión como base de los sistemas organizativos vid. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, p. 123 ss.; Íd., Die Paradoxie des Entscheidens, en: *Verw.Arch.* 84 (1993), p. 287 ss. Adicionalmente vid. Baecker, *Die Form des Unternehmens*, 1993, p. 152 ss.; Íd., *Organisation als System*, 1999, p. 136 ss.; Willke, *Systemtheorie II: Interventionstheorie*. 3. ed., 1999, p. 151 ss.

68. Vid. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, p. 224 s., 417 ss., 438; Willke, *Systemtheorie*, p. 174 ss.

69. Vid. entre otros Teubner, *Am.J.Comp.L.* 36 (1988), p. 140. De ahí que no deba resultar extraño que se produzca la denominada "irresponsabilidad organizada" [vid. sobre dicho concepto vid. Bosch, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002, p. 142 ss.; Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, p. 31 ss.; Rotsch, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, 1998, p. 131 ss.; Feijóo Sánchez, *Sanciones para empresas*, p. 36 ss.] puesto que en gran medida ésta surge en el momento en el que la empresa como tal va adquiriendo una capacidad de autoorganización.

6. Por lo tanto, lo decisivo en el marco de esta discusión es que tanto el sistema psíquico como el sistema organizativo deben desarrollar una determinada complejidad interna suficiente para poder ser consideradas personas en Derecho penal. Así, la *complejidad interna suficiente* es un presupuesto para el desarrollo de una *autorreferencialidad bastante* que permita la autodeterminación del propio sistema con respecto al entorno,[70] cuestión decisiva para el nacimiento de la responsabilidad penal. En este sentido se puede establecer, de nuevo, una equivalencia funcional entre el desarrollo de una complejidad interna suficiente en el *niño* y en la *organización empresarial*. Así, al igual que el niño no es imputable en Derecho penal individual hasta que su sistema psíquico no es suficientemente complejo, esto es, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad – autoconciencia –, tampoco la empresa puede considerarse imputable en el Derecho penal empresarial hasta que su sistema organizativo no es suficientemente complejo, esto es, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad – autoorganización –. Por tanto, las empresas deben también superar ese *umbral* de complejidad interna suficiente y de autorreferencialidad bastante para poder ser consideradas personas en Derecho penal. Dicho umbral, por lo demás, se establece, tanto en el ámbito del Derecho penal individual como en el del Derecho penal empresarial, *normativamente*. Cómo debe entenderse esta circunstancia en este segundo ámbito será tratado a continuación en el epígrafe siguiente.

4. Consecuencias teóricas y prácticas de la imputabilidad empresarial

1. Antes que nada, deben realizarse una serie de consideraciones previas que contribuyen a reforzar la coherencia del planteamiento realizado hasta aquí. Es solamente en este contexto de la empresa como sistema autopoiético organizativo

70. Vid. ahora sólo Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, p. 222.

de orden superior que las anteriores reflexiones sobre la culpabilidad empresarial adquieren verdadero sentido. En efecto, sólo en el seno de una organización empresarial con una complejidad suficiente resulta posible institucionalizar una cultura de fidelidad al Derecho, de tal manera que la inexistencia de dicha cultura pueda concebirse como un déficit de fidelidad al Derecho, como un quebrantamiento del rol de ciudadano fiel al Derecho. De igual manera, sólo una empresa con una determina complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa que permite asignarle una competencia por organización a la empresa y, en consecuencia, hacerla responsable por las consecuencias de dicha organización. Por último, únicamente una organización empresarial con una complejidad e importancia determinada puede participar en la conformación de las normas sociales, utilizando dicha posibilidad para cuestionar, en su caso, la vigencia de la norma sin necesidad de tener que recurrir a la comisión de un hecho delictivo. Una vez dicho esto, lo cierto es que pueden diferenciarse tres ámbitos, al menos, en los cuales este planteamiento despliega importantes consecuencias, tanto teóricas como prácticas.

2. El *primer ámbito* versa sobre la *exclusión de las sociedades pantalla del ámbito de las penas del Derecho penal empresarial.*[71] En efecto, este tipo de sociedades no tienen desarrollada una complejidad interna suficiente que las dote de una autorreferencialidad bastante de cara al Derecho penal. De hecho, en el caso de las sociedades pantalla se aprecia claramente que se trata de sociedades plenamente heteroadministradas, carentes de la necesaria autonomía organizativa. Por ello, la adopción de cualquier tipo de medida de intervención frente a dichas sociedades se encuentra perfectamente legitimada, si bien no se pueden considerar verdaderas *penas*. Es decir, por supuesto que aquí *no* se aboga por la exclusión de sanciones o medidas de intervención contra las sociedades pantalla. Más bien todo lo contrario. Así, la utilización de este tipo de sociedades en el ámbito de

71. Así ya se expresó en Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 244 ss.

delincuencia de cuello blanco y de la delincuencia organizada, entre otras, es sumamente habitual, por lo que se precisa de un instrumentario adecuado para tratar de manera eficaz con las mismas. *Lo único que aquí se pretende es evitar que dicho instrumentario sea considerado un elenco de penas cuya imposición debe estar sujeta a la culpabilidad de la persona jurídica.* Ello resulta, además, político-criminalmente adecuado, toda vez que, como se señalará,[72] si se consideraran verdaderas penas, entonces su imposición estaría sujeta a requisitos y cautelas de constatación mucho más difícil – por no decir imposible –.

3. El *segundo ámbito* donde se despliegan importantes consecuencias tanto teóricas como prácticas es el del levantamiento del velo, ámbito estrechamente relacionado con el primero. En efecto, desde que Bajo Fernández constató que la doctrina del levantamiento del velo parecía ir en contra de la tendencia hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas,[73] varios autores se han sumado, con razón, a esta argumentación.[74] Sin embargo, por parte de los defensores de

72. Vid. Infra V.

73. Vid. Bajo Fernández, La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español, en: Mir Puig/Luzón Peña (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996, p. 5102; Íd., La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual, en: La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro, Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados. *Cuadernos de Derecho judicial* 1994, p. 117; Íd., Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas, en: Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Tomo IV. *Derecho civil y Derecho público*, 1996, p. 5102; Íd., Culpabilidad y persona jurídica, en: Martínez-Buján Pérez (Coord.); *Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, 1998, p. 23.

74. Feijóo Sánchez, *Sanciones para empresas*, p. 89; Íd., Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano, en: García Cavero (Coord.), *La responsabilidad de las personas jurídicas, órganos y representantes*, 2002, p. 242; Silva Sánchez, Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, en: Silva Sánchez (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, 1995, p. 365; González González, Consecuencias jurídico-penales aplicables a la persona jurídica en una futura reforma penal, en: La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro, Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados. *Cuadernos de Derecho judicial* 1994, p. 228. En general, sobre la problemática que circunda la doctrina del levantamiento del velo vid. Silva Sánchez, Ingeniería fiscal y Derecho penal, en: Román Puerta (Dir.), *Fenómenos delictivos complejos*, 1999, p. 172 ss.; Íd., Artículo 31, en: Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 406 ss.

esta responsabilidad no parecía proporcionarse una respuesta adecuada a esta crítica, de tal manera que la cuestión estaba claramente pendiente por resolver. Desde el planteamiento aquí expuesto puede ofrecerse una respuesta coherente de cómo compatibilizar la doctrina del levantamiento del velo con una responsabilidad penal de la persona jurídica; más aún, se puede indicar que dicha doctrina es el corolario natural de un sistema de autorresponsabilidad empresarial. Así, por un lado, resulta evidente que la figura del levantamiento del velo "transgrede" la personalidad jurídica de la empresa. Es decir, dicha técnica consiste precisamente en "rasgar" el velo jurídico de la sociedad para introducirse dentro de la misma y alcanzar a quienes la (hetero)administran. Más claramente no puede describirse la intromisión o intervención en una empresa. Por lo tanto, el levantamiento del velo es una técnica consistente en practicar, fundamentalmente en sociedades pantalla o sociedades que no han desarrollado una complejidad propia suficiente (por lo general de muy baja complejidad, aunque no siempre como en el caso de los grupos de empresas), una intervención de las mismas de tal manera que se intenta acceder a los responsables situados tras ellas (sean éstos individuos o empresas).[75] Se trata, por tanto, de técnicas de intervención jurídico-penales.

4. Hasta aquí se han tratado dos ámbitos problemáticos, pero de solución relativamente sencilla. Cosa distinta ocurre en el *tercer ámbito* de estudio. Así, el principal problema en la materia, surge, al igual que en el ámbito del Derecho penal individual, en el *establecimiento del límite normativo* a partir del cual se puede considerar que una organización empresarial es una persona en Derecho penal sujeta a la imposición de una pena. En efecto, de la misma forma que resulta problemático fijar la mayoría de edad penal en el Derecho penal individual, tam-

75. Por ello no resulta extraño que se haya propuesto reconducir esta técnica a la figura del administrador de hecho [vid. por todos Silva Sánchez, en: Román Puerta (Dir.), *Fenómenos delictivos complejos*, p. 174 s.; Íd., en: Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código penal*, p. 412, apuntando que, de esta manera, se salvan los obstáculos derivados de la prohibición de analogía *in malem partem*].

bién representa una importante dificultad fijarla en la empresa. Respecto de esta cuestión debe señalarse, *en primer lugar*, que dicho límite no es un límite ontológico sino normativo, por lo que, consiguientemente, puede variar en cada ordenamiento jurídico a la vista del grado de evolución y desarrollo de una sociedad. En *segundo lugar*, al igual que el *substrato psíquico* resulta determinante con respecto a la imputabilidad de los *sistemas psíquicos* (individuos) – como bien reflejaban las palabras del homenajeado –, el *substrato organizativo* deviene decisivo con respecto a los *sistemas organizativos* (empresas). De ahí que, a estos efectos, constituya un indicio decisivo la constitución de un substrato de organización formal (*formal organization*)[76] para considerar que una empresa ostenta la condición de imputable en el Derecho penal empresarial. Por tanto, el acento no se pone ni en la personalidad jurídica, ni en la configuración económica, sino en el sistema social organizativo que subyace.[77] Una vez planteadas así las cosas resulta posible concretar un poco más estos principios orientadores, anticipando, no obstante, que se trata de una tarea pendiente de desarrollar con mayor precisión.

5. Quizá deba comenzarse por aquellas sociedades sobre las cuales no existe duda respecto a su imputabilidad: las *sociedades cotizadas*. En efecto, este tipo de

76. Con respecto a la organización formal vid. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 4. ed. 1995, passim, con abundantes referencias.

77. Vid. también en este sentido Lessenich, *Unternehmensbegriff und Zurechnung*. Grundlage und Reichweite der Unternehmenspersonifizierung in Art. 15 der europäischen Kartellverordnung Nr. *17/62*, 2000, p. 76 ss., 84 ss. En idéntico sentido se encaminan las "Organizational Sentencing Guidelines" del Derecho estadounidense, las cuales, como su propio nombre indica, giran en torno del concepto de organización. Así, resulta decisivo, el tipo de organización de que se trate a los efectos de determinar la pena de multa que debe imponerse [vid. United States Sentencing Commission, *United States Sentencing Guidelines*, §8C2.5]. Por lo demás, parece que el límite normativo donde se sitúa la obligación de adquirir un programa de cumplimiento efectivo son los 50 empleados, puesto que si la empresa que resulta condenada tiene más de esa cantidad de empleados y no tiene el referido programa, entonces se establece una *Probation* obligatoria en la cual se implementa necesariamente. La tendencia general respecto de la importancia de la organización en este ámbito, se refleja igualmente en la reciente legislación polaca, en la cual se consideran sujetos colectivos a efectos de su responsabilidad penal tanto las personas jurídicas como las *unidades organizativas sin personalidad jurídica* (Art. 2. ap. 1.º de la Ley sobre la responsabilidad de sujetos colectivos por hechos castigados con penas).

empresas han desarrollado ya un mínimo de complejidad interna suficiente y, de hecho, están sometidas a las obligaciones derivadas de la Ley 26/2003, de 18 de julio, sobre Transparencia y Buen Gobierno, que constituyen un reflejo, tal y como se señala expresamente en la propia Ley, del principio de autorregulación empresarial[78] y que institucionalizan los Códigos de Buen Gobierno,[79] íntimamente relacionados con los Códigos de Cumplimiento Efectivo (*Effective Compliance Programs*) del Derecho penal empresarial estadounidense.[80] Sin embargo, más allá de este sector empresarial en el cual no se plantean excesivas dudas respecto de su idoneidad para la cuestión aquí debatida, lo cierto es que se torna más complicado delimitar claramente qué complejidad interna es necesaria para poder considerar que una organización empresarial es imputable en el Derecho penal empresarial.[81]

6. A la hora de establecer un/os criterio/s que guíen el establecimiento de la imputabilidad jurídico-penal empresarial deberían tenerse en cuenta las

78. Vid. la Exposición de motivos del texto legislativo.

79. Sobre el gobierno de las sociedad cotizadas vid., en general, San Sebastián Flechoso, *El gobierno de las sociedades cotizadas y su control*, 1996, p. 651 ss.; sobre los Códigos de Buen Gobierno vid., entre otros, Alonso Ureba, El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal versus Código de Conducta), en: Esteban Velasco (Coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, 1999, p. 95 ss.; Fernández de la Gándara, El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido, en: Esteban Velasco (Coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, 1999, p. 55 ss., 64 ss.; Borrego Rodríguez/Francés, El gobierno de las sociedades cotizadas en España, en: *Papeles de Ética, Economía y Dirección* 5 (2000), p. 1 ss.

80. Sobre la relación entre los Códigos de Buen Gobierno y los Programas de Cumplimiento Efectivo vid. ahora Laufer, Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance, en: *Vanderbilt Law Review* 52 (1999), p. 1397 ss., así como las contribuciones contenidas en Basri et al (eds.), *Corporate Compliance:* Caremark and the Globalization of Good Corporate Conduct, 1997. En la literatura jurídico-penal española vid. por todos Nieto Martín, El programa político-criminal del corporate goverment (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo), en: *RDPP* 11 (2004), p. 259 ss.; Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 249 ss.

81. Ello resulta especialmente relevante, por ejemplo, a la hora de considerar si el grupo de sociedades es una organización empresarial sujeta a un régimen de responsabilidad penal. Vid. sobre las redes policorporativas como sistemas autopoiéticos de orden superior Teubner, en: McCahery/Piciotto/Scott (eds.); *Corporate Control and Accountability*, p. 41 ss.; Íd., en: Wilhelmsson (ed.), *Perspectives of Critical Contract Law*, p. 226 ss.; Íd., *Law as an Autopoietic System*, p. 123 ss. Vid. también Embid Irujo, Grupos y gobierno corporativo, en: Esteban Velasco (Coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, 1999, p. 600 s.

siguientes indicaciones. Así, en *primer lugar*, y como se deriva claramente de lo expuesto, no se puede considerar determinante ostentar la *personalidad jurídica* en sentido tradicional. Desde este punto de vista, el hecho de que una organización empresarial se constituya como persona jurídica en Derecho civil no implica, *per se*, que ostente personalidad jurídico-penal. Es decir, tanto en el Derecho penal individual como en el Derecho penal empresarial *la personalidad jurídico-civil no implica la personalidad jurídico-penal.*[82] De ahí que, como se ha señalado, ciertas personas jurídico-civiles – v.gr. las sociedades pantalla – no sean personas jurídico-penales. En *segundo lugar*, lo determinante a estos efectos es la existencia de una *organización* empresarial con una determinada autorreferencialidad interna, lo cual puede venir indicado en gran medida por la existencia de procedimientos operativos estándar (*Standard Operating Procedures*) en el seno de la empresa.[83] Así, dichos procedimientos fungen como premisas de decisión que dan cuenta de la sinergia y dinámica propias de la organización empresarial como tal. En *tercer lugar*, concurrirán importantes indicios de la constitución de un verdadero actor corporativo cuando la condición de miembro de la organización empresarial venga determinado por las normas de la propia organización *y* la identidad corporativa se institucionalice a través de ciertas decisiones corporativas.

5. Consideraciones sobre la conveniencia político-criminal de establecer una imputabilidad jurídico-penal empresarial

1. Debido a la novedad que puede suponer distinguir entre personas jurídicas imputables e inimputables, podría llegar a concebirse que, de esta forma,

82. Vid. en este sentido Heine, en: Hettinger (ed.), *Reform des Sanktionsrecht*, p. 146.

83. Sobre los procedimientos operativos estándar vid. ahora Willke, *Systemtheorie III. Steuerungstheorie*, 2. ed., 1998, p. 287 ss.; sobre su influencia en el Derecho penal vid. ya Kriesberg, Decision making models and the Control of Corporate Crime, en: *Yale Law Journal* 85 (1976), p. 1091 ss., 1100 ss.

se estarían dejando fuera del Derecho penal ciertas personas jurídicas de interacción habitual con el la normativa jurídico-penal, por lo que, en consecuencia, dicha distinción sería político-criminalmente poco recomendable. Precisamente para evitar dicho tipo de pensamientos en lo que sigue se finalizará esta modesta contribución con una serie de consideraciones respecto a la conveniencia político-criminal de establecer un criterio de imputabilidad en el seno del Derecho penal empresarial.

2. El punto de partida, como ya se ha señalado, consiste en afirmar que al igual que no todos los individuos son imputables en el Derecho penal individual, no todas las empresas pueden considerarse imputables en el Derecho penal empresarial. A partir de ahí, la *primera ventaja político-criminal* es que la imputabilidad jurídico-penal se corresponde con un modelo originario de responsabilidad penal empresarial. Este tipo de modelo se caracteriza, como ya han puesto de relieve algunos autores,[84] por la estimulación de la *autorresponsabilidad empresarial*. Dicha estimulación se torna fundamental en el seno de una sociedad de riesgo en la que gran parte de sus riesgos característicos están sometidos al control *quasi* exclusivo de las organizaciones empresariales. En este sentido, el modelo de autorresponsabilidad penal empresarial facilita el control (descentralizado) del riesgo y la guía económica, dando respuesta a las necesidades sociales al mismo tiempo que respetanado la autonomía empresarial.[85]

3. La *segunda ventaja político-criminal* radica en que al estar vinculada la imputabilidad jurídico-penal con la capacidad de culpabilidad, la pena, caso de imponerse a organizaciones empresariales imputables, sigue manteniendo toda

84. Vid. Heine, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, p. 253 s., 279 s.; Íd., en: Alwart (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, p. 105; Íd., en: Schulte (ed.), *Technische Innovation und Recht*, p. 68 s., 74; Íd., en: Hettinger (ed.), *Reform des Sanktionsrecht*, p. 150 s.; Íd., *St. L. War. Tr. L. Rev.* 1998, p. 179; Bottke, *wistra* 1997, p. 249 ss.

85. Vid. extensamente Heine, Strafrecht zwischen staatlicher Risikolenkung und gesellschaftlicher Selbstregulierung: Kollektiv-Verantwortlichkeit als neue Steuerungsform, en: Lange (ed.), *Gesamtverantwortung statt Verantwortungparzellierung im Umweltrecht*, 1997, p. 207 ss.

su significación jurídico-penal. Es decir, a diferencia de lo que ocurriría si se impusieran «penas» a, por ejemplo, sociedades pantallas carentes de cualquier viso culpabilidad propia, el significado comunicativo de la pena – restablecimiento comunicativo de la vigencia normativa – sigue manteniéndose cuando se refieren a organizaciones empresariales que tienen capacidad de generar una determinada cultura corporativa, que tienen una cierta presencia en la sociedad y que participan en el debate público sobre la conformación de las normas. Así, el mantenimiento de dicha significación comunicativa resulta fundamental a los efectos de distinguir, por ejemplo, entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.[86]

4. La *tercera ventaja político-criminal* consiste en la consecuencia lógica que se deriva de la imputabilidad: la existencia de penas – a imponer con base en la culpabilidad jurídico-penal empresarial – y de medidas de seguridad – regidas por el principio de peligrosidad –. Expresado de otra manera; el Derecho penal empresarial puede conformarse como un Derecho penal de doble vía, de manera que se puede contar con un catálogo de sanciones más amplio con el cual afrontar la actividad delictivo-empresarial de forma más adecuada. Así, con independencia de la conocida crisis del sistema dualista en la actualidad,[87] lo cierto es que las peculiares necesidades de adaptación de las sanciones a la compleja naturaleza de las organizaciones empresariales hace que resulte

86. Vid. en este sentido recientemente, si bien expresado de la mano de la significación simbólica, Mir Puig, *RECPC* 6 (2004), p. 9, quien, no obstante, niega dicho carácter a las sanciones impuestas sobre las empresas. Distinta opinión manifiesta Guardiola Lago, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código penal*, 2004, p. 118 s., quien, precisamente por el contenido simbólica de la pena frente a la sanción administrativa, aboga por mantener en carácter penal de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal vigente. Sobre la importancia de la dimensión comunicativa vid. Gómez-Jara Díez, Die Strafe: eine systemtheoretische Beobachtung, en: *Zeitschrift für Rechtstheorie* 36 (2005), p. 321 ss.

87. Vid. por todos con referencias Jorge Barreiro, Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho, en: *Modernas tendencias en el ciencia del Derecho penal y en la criminología*, 2001, p. 143 ss., 149 ss.

aconsejable contar con un amplio elenco de medidas y sanciones regidas por principios distintos.[88]

5. Por lo tanto, del contenido crítico de las reflexiones que el homenajeado realizaba hace ya más de veinte años se ha extraído aquí, ante todo, la necesidad de que el modelo que rija el Derecho penal empresarial sea, al igual que en el Derecho penal individual, un modelo de autorresponsabilidad, de responsabilidad por la culpabilidad propia, y no de atribución de culpabilidad ajena. De ahí se deriva como corolario lógico la necesidad de distinguir entre organizaciones empresariales imputables e inimputables a los efectos de determinar los criterios de imputación y el tipo de sanción a imponer. Ello constituye un fiel reflejo de las matizaciones ya existentes en la sociedad moderna, donde no todas las empresas generan una determinada cultura empresarial o participan en la conformación de las normas. Por lo tanto, el Derecho penal, si pretende garantizar la identidad normativa de una sociedad, debe tener en cuenta esta idiosincrasia de la sociedad empresarial post-industrial en la que las organizaciones empresariales se constituyen como operadores jurídicos, económicos, políticos y sociales de primer orden.

88. Ahora bien, no se puede desconocer que la experiencia estadounidense demuestra la conveniencia político-criminal de combinar penas con medidas de seguridad en el ámbito empresarial. Así, el ejemplo más claro viene dado por la "Organizational Probation", la cual, en principio, se conceptualiza como una medida de seguridad. Sin embargo, en las Directrices para condenar organizaciones se permite su uso para asegurar el pago efectivo de la pena de multa [vid. United States Sentencing Commission, *United States Sentencing Guidelines*, § 8 D.1.1.a)2]

La protección penal del secreto profesional y laboral en el Derecho español

Carlos María Romeo-Casabona
Prof. Dr. iur., Dr. med., Dr. h.c. mult.,
Catedrático de Derecho Penal,
Universidad del País Vasco, Bilbao (España).

Sumário: 1. Antecedentes de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos profesionales y laborales – 2. Sistemática de estos delitos – 3. El bien jurídico protegido – 4. El tipo de lo injusto: 4.1 El tipo objetivo: 4.1.1 La revelación del secreto laboral; 4.1.2 La divulgación de secretos profesionales; 4.2 El tipo subjetivo – 5. Antijuricidad y causas de justificación – 6. Autoría y participación – 7. Concursos – 8. Punibilidad – 9. Bibliografía.

Resumen: En el ámbito de las relaciones profesionales y laborales, así como en ciertos oficios o profesiones, el conocimiento necesario de secretos de naturaleza íntima de otras personas como consecuencia de dichas actividades, hace que se vea necesaria una regulación penal que proteja la dimensión de la intimidad frente la injerencia de terceros. A través del presente trabajo se pretende dar una visión de la problemática relativa a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos profesionales y laborales y su reflejo en el Código penal español.

Abstract: The knowledge of intimate secrets of other persons as the result of the undertaking of activities, such as those in a professional and labour ambit as well in other trades and professions, makes necessary a criminal regulation of this matter in order to protect the area of privacy versus the infringement by third parties. This work aims to provide an overview of the problems related with the

offence of the discovery and disclosure of professional and employees' secrets and its corresponding reflection in the Spanish Criminal Code.

Palabras-clave: Derecho penal español – Intimidad y datos personales – Secretos Profesionales – Revelación de secretos – Delito.

Key-words: Spanish Criminal Law – Privacy and personal Data – Professional secret – Disclosure of secrets – Offences.

1. Antecedentes de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos profesionales y laborales

Apenas pueden encontrarse antecedentes de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos profesionales y laborales, al menos próximos en el tiempo, en el ordenamiento jurídico español.

Los antecedentes más remotos del delito de infracción del deber secreto profesional se encuentran ya en el CP de 1822.

En efecto, la vulneración por parte de un conjunto heterogéneo de profesionales (en un sentido amplio), que se indicaban explícitamente, constituía delito: los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas, matronas y cualesquiera otro profesional a quien se confiara un secreto (art. 424).[1] Esta curiosa regulación mantiene su interés referencial todavía en la actualidad, por dos motivos principales. El primero, porque incluía ya trabajos

1. Según el art. 424: "Los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas, matronas o cualesquiera otros, que habiéndoseles confiado un secreto por razón de su estado, empleo o profesión, lo revelen, fuera de los casos en que la ley lo prescriba, sufrirán un arresto de dos meses a un año, y pagarán una multa de treinta a cien duros. Si la revelación fuere de secreto que pueda causar a la persona que lo confió alguna responsabilidad criminal, alguna deshonra, odiosidad, mala nota o desprecio en la opinión pública, sufrirá el reo, además de la multa expresada, una reclusión de uno a seis años. Si se probare soborno, se impondrá además la pena de infamia al sobornado, y no podrá volver a ejercer aquella profesión u oficio: el sobornador sufrirá un arresto de un mes a un año". En el art. 266 figuraba ya como delito independiente la revelación de secretos por parte de abogado o procurador.

que en la actualidad asimilaríamos a un *oficio*, al que alude el art. 199.1 del CP vigente, por consiguiente, más allá del secreto profesional en sentido estricto. En segundo lugar, porque se optó entonces por una solución legislativa que podríamos denominar como *numerus clausus*, esto es, una enumeración cerrada de los profesionales (repito: *lato sensu*) que podrían incurrir en el delito, cuestión que está siendo debatida en la actualidad, entre otras razones, porque el legislador actual ha optado por una problemática fórmula más abierta, pero al mismo tiempo más imprecisa, al referirse en el art. 199.2 al *profesional* para acotar en el tipo el sujeto activo, sobre cuyo significado va a pivotar fundamentalmente el alcance de este delito. Por otro lado, no menos sugerentes resultan los tipos agravados desde un punto de vista político-criminal, en particular el basado en el soborno, cuyo injusto notablemente más grave parece evidente.

El CP 1848 no recuperará este delito y se limitará a mantener bajo amenaza penal únicamente el deber secreto del abogado y del procurador (art. 371) y del funcionario público (art. 378), así como la divulgación de los secretos del principal (art. 513), según se verá más abajo, y a introducir la incriminación ya conocida del apoderamiento de papeles o cartas de otro (art. 512). Esta situación perduraría en lo esencial hasta la promulgación del CP vigente, a salvo del paréntesis del CP 1928, en el que se incluyó un tipo de muy amplio espectro que acogía la divulgación de los secretos de otro, cualquiera que fuera la forma de haberlos llegado a conocer (art. 683.2).

Los diversos proyectos, anteproyectos y borradores de nuevo CP elaborados a lo largo de los años ochenta y noventa preveían ya la tipificación penal de la vulneración del secreto profesional, con redacciones por lo general deficientes. Así, constituyen antecedentes claros y directos de la regulación actual el PLOCP 1980 (art. 196.3), la PANCP 1983 (art. 187.3) y el PLOCP 1992 (art. 199). Será, por consiguiente, con la aprobación del CP de 1995 cuando finalmente se incorporarán estos delitos al Derecho penal español, en el Capítulo I (Del descubrimiento y revelación de secretos) del Título X

(Delitos contra la intimidad, el derecho a la propias imagen y la inviolabilidad del domicilio) de su Libro II.[2]

En relación con el primer delito –el secreto laboral – encontramos claros antecedentes inmediatos en el antiguo delito de infracción del secreto del principal por parte del administrador, dependiente o criado (art. 498, CP73). Sin embargo, la ambigüedad de la regulación anterior impedía limitar con rotundidad la obligación de secreto conminada penalmente a los secretos de naturaleza íntima, puesto que no cerraba taxativamente las puertas a cualesquiera otros, incluidos los de contenido o trascendencia económicos.[3] Como se verá más abajo, la estructura que presenta el art. 199.1 le libera de algunas interpretaciones y criterios sostenidos sin embargo todavía por algunos autores, que arrastran reminiscencias injustificadas del antiguo delito. El otro aspecto que marca distancias con la regulación anterior es, según se verá, la delimitación del sujeto activo.

La incorporación al CP del delito de infracción del deber de secreto por parte del profesional era una demanda ya antigua y reiterada por parte de la mayor parte de la doctrina, pues se consideraba que el secreto profesional debía de gozar de protección penal.[4] En efecto, la prestación de servicios por parte de algunos

2. Según el art. 199 del CP vigente: "1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años."

3. Contra esta interpretación, frente a la sostenida por algún sector de la doctrina, conforme a la cual el art. 498 sólo protegería secretos sobre aspectos íntimos, no podría alegarse la existencia del art. 499 del CP73, que sí regulaba el entonces llamado secreto industrial (hoy denominado secreto de empresa), puesto que ambos presentaban contornos diversos en cuanto a los sujetos del delito. En sentido similar al que se expone aquí, véanse, p. ej., Rodríguez Devesa; Serrano Gómez. *Derecho penal español.* Parte especial. 18. ed. Madrid: Dykinson, 1995, p. 336.

4. Véanse Bajo Fernández. El secreto profesional en el Proyecto del CP. *ADPCP*, 1980, p. 595 y ss.; Al. Jorge Barreiro. El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales). *LL*, 1996, p. 249 y ss.; Landrove Díaz. Descubrimiento y revelación de secretos. *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, 1976, p. 173 y ss.; Luzón Peña. Tratamiento del secreto profesional en el Derecho español. *PJ*, n. Especial XIII, 1990, p. 133; Octavio de Toledo y Ubieto.

profesionales comporta la necesidad de que el cliente le haga partícipe de algunos aspectos de su vida íntima o de la de sus más próximos allegados, lo que convierte a los primeros en confidentes necesarios, pero con la compensación del paralelo deber de secreto por su parte. En el CP 1973 sólo constituía delito la infracción del deber de secreto de sus clientes que compete a abogados y procuradores, "habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión" (art. 360),[5] quedando al margen de toda cobertura penal el deber de secreto de los demás profesionales, a salvo de que dichos profesionales estuvieran investidos al mismo tiempo de la condición de funcionario publico o autoridad y revelaran los secretos de un particular de los que hubieran tenido conocimiento por razón de su oficio o cargo (art. 367.3), dada la amplia definición que sobre aquellos incluía el CP73 – al igual que el CP vigente –: forenses, abogados, arquitectos, notarios, médicos al servicio de centros sanitarios públicos etc.[6]

Por consiguiente, al ampliarse el círculo de los posibles sujetos pasivos, según se expondrá más abajo, el deber de lealtad para con su principal o de no abuso de confianza respecto al mismo ya no podrá ser el único fundamento del deber de secreto. Ante todo lo será la mayor facilidad de acceso a hechos o informaciones confidenciales que propicia la actividad laboral no sólo en relación

Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional. *LL*, 1983, p. 1.133; Rodríguez Devesa; Serrano Gómez PE, p. 329 y s. Por lo dicho poco más arriba, el art. 498 del CP73 no admitía la inclusión del secreto profesional, salvo que se incurriera en una burda analogía prohibida. Véase en el mismo sentido, Mayordomo Rodrigo. Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional. *AP*, 2002, p. 841.

5. Precepto que, por lo demás, no parece que fuera aplicado nunca a estos profesionales en lo que a la infracción del deber de secreto se refiere (sí en relación con los comportamientos de prevaricación cometidos por los referidos profesionales). Véanse Manzanares Samaniego; Albácar López. *Código Penal* (Comentarios y Jurisprudencia). Granada: Comares, 1990, p. 888 y ss.

6. Así lo apuntaba correctamente Luzón Peña. Tratamiento del secreto profesional en el Derecho español, 134, si bien no era plausible la hipótesis de la que se hacía eco según la cual tal situación pudiera encontrar su explicación en favorecer el desarrollo de los códigos deontológicos, dado que este fenómeno se potencia con posterioridad al CP1848, donde se encuentra el origen, según ha quedado dicho, de la regulación penal tan dilatada de esta materia. Tampoco hay constancia de que este delito haya sido aplicado durante su extenso período de tiempo en vigor. Véanse Manzanares Samaniego; Albácar López, *Código Penal* (comentarios y jurisprudencia), p. 900.

con el empleador, sino también con otros trabajadores, los clientes y otras personas relacionadas con la actividad.

2. Sistemática de estos delitos

En cuanto a la sistemática, recordemos que el art. 199 recoge dos tipos delictivos diferentes, pero guardan un indiscutible parentesco entre si. A través de ambos se trata de proteger los secretos de naturaleza íntima de los que ha tenido conocimiento una persona como consecuencia de su actividad laboral o profesional, infringiendo así sus deberes de reserva, razón por la cual son conocidos también como delitos de indiscreción. La diferencia entre ambos tipos delictivos descansa precisamente en la divergente naturaleza de la actividad ejercida por los sujetos activos del respectivo delito,[7] en todo caso relacionada con el trabajo: en el primer caso (art. 199.1) el sujeto activo realiza prestaciones laborales (no obstante, más abajo se verá que el tipo abarca en realidad otras situaciones diferentes), normalmente por cuenta ajena, sin el respaldo de un título académico u oficial, lo que sí ocurre en el segundo (art. 199.2), con independencia de que preste sus servicios de forma autónoma o por cuenta ajena y de que desempeñe en sentido estricto una actividad laboral.

A su vez, ambos son tipos autónomos de los demás delitos agrupados en el mismo Capítulo del CP, que protegen la intimidad y los datos personales en otras situaciones, fundamentalmente relacionados con accesos ilícitos a los mismos. En efecto, no parecen guardar en realidad relación con el delito del art. 197.3,[8] al que hemos calificado en otro lugar a su vez autónomo o independiente de los demás tipos ubicados en el art. 197,[9] ni por razón del origen del acceso de

7. Así lo entiende también Muñoz Conde. *Derecho Penal.* Parte especial. 14. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 257.

8. De otra opinión, Orts Berenguer; Roig Torres. *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 50.

9. Véase Romeo Casabona. *Comentarios al Código Penal.* Parte especial, II. Díez Ripollés y Romeo Casabona (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 729 y ss.

la información – lícito o ilícito, según se dirá más adelante –, ni por las características de los sujetos del delito, ni por el deber previo de secreto que tienen los sujetos activos del delito del art. 199.

3. El bien jurídico protegido

El bien jurídico específicamente protegido por este delito gira en torno al deber de secreto de quien por su trabajo tiene acceso legítimo a información secreta o reservada de otras personas de naturaleza íntima. Quiere decirse con esto que la dimensión de la intimidad aquí protegida es únicamente la que viene arropada como secreto (lo que no ocurre necesariamente en relación con el art. 197.1, pues alude alternativamente a los secretos y a la intimidad, siendo en realidad ésta última el bien jurídico protegido)[10] y, por otro lado, el secreto lo es en la medida en que se proyecte sobre la intimidad de terceras personas y no sobre cualquier otro interés, sea cual fuere la naturaleza o entidad de éste. Por consiguiente, la protección del deber de secreto es instrumental para el logro de la efectiva protección de la intimidad ajena a la que se ha accedido legítimamente por circunstancias vinculadas con el trabajo, y constituye, como es lógico, el bien jurídico realmente protegido,[11] al igual que ocurre en los demás delitos que se integran en el Capítulo I, con la salvedad del que figura en el art. 197.2 (sobre la protección de datos de carácter personal) y sus respectivos tipos agravados. Estas matizaciones

10. Véase más ampliamente Romeo Casabona ComPE II.

11. Criterio unánime en la doctrina: Carbonell Mateu; González Cussac. In: Vives, Boix, Carbonell, González Cussac. *Derecho penal.* Parte especial. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 296; Ag. Jorge Barreiro. *Comentarios al código penal* (dir.) Rodríguez Mourullo, (coord.) Ag. Jorge Barreiro, Madrid: Civitas, 1997, p. 579; Lozano Miralles. In: en Bajo Fernández (coord.). *Compendio de derecho penal* (parte especial). Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1998. v. 2, p. 232; Mayordomo Rodrigo. Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional, p. 843; Morales Prats. In: (dir.) Quintero Olivares, (coord.) Morales Prats. *Comentarios a la parte especial del derecho penal.* 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2002, p. 460 y s.; Orts Berenguer; Roig Torres. Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, p. 48; Ruiz Marco, *Los delitos contra la intimidad.* Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática. Madrid: Ed. Colex, 2001, p. 99; Serrano Gómez PE, p. 271.

son de la máxima importancia, pues será necesario acreditar el deber de secreto para a continuación determinar si su vulneración ha comportado a su vez la de la intimidad que aquél – el deber de secreto – estaba llamado a proteger.

En consecuencia, cualquier revelación de un secreto por parte de un profesional obligado a guardarlo fuera del ámbito de la intimidad está excluida de estos delitos, sin perjuicio de que sean aplicables otros, en función del bien jurídico afectado por tal comportamiento y de su adecuación al tipo correspondiente en el caso concreto.[12]

Así, la difusión, revelación o cesión del llamado de secreto de empresa por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva (art. 279 del CP), la revelación de secretos o informaciones por parte de autoridad o funcionario público conocidos en el ejercicio de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados (art. 417), el abuso de secreto o de información privilegiada con el ánimo de obtener un beneficio económico por parte de autoridad o funcionario público (art. 442), la revelación de información clasificada como reservada o secreta que atente a los intereses de la seguridad o de la defensa nacional (art. 584 y 598 a 603), son delitos de diversa naturaleza en los que pueden verse involucradas personas en el ejercicio de su oficio, actividad laboral o profesional. Mención especial merece el delito de revelación por parte de abogado o procurador de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial (art. 466.1), puesto que apenas guarda actualmente parentesco con su predecesor del CP73 (art. 360), y por ello no puede sostenerse ahora que la intimidad sea el bien jurídico protegido, o al menos uno de ellos.[13] De todos modos, más adelante volveremos sobre esta cuestión, en relación con los concursos.

12. Higuera Guimerá. El descubrimiento y la revelación de secretos. *AP*, n. 31, 2002, p. 795; Lozano Miralles. Compendio de derecho penal PE, p. 230; Mayordomo Rodrigo. Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional, p. 843; Morales Prats, ComPE, p. 462; Serrano Gómez PE, p. 271.

13. Véase sobre el particular Benítez Ortúzar. *La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional.* Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 167 y ss.

4. El tipo de lo injusto

El tipo de lo injusto presenta algunas diferencias en la parte objetiva de cada uno de los delitos que integran el art. 199. Por su parte, el tipo subjetivo ofrece semejantes aspectos y puntos de análisis, por lo que será tratado de forma conjunta.

4.1 El tipo objetivo

En el estudio del tipo objetivo las diferencias más significativas de ambas figuras delictivas se centran en el sujeto activo y en el alcance del respectivo deber de secreto, mientras que el objeto material y el sujeto pasivo son prácticamente coincidentes y las divergencias relativas a la acción son puramente terminológicas.

4.1.1 La revelación del secreto laboral

El primero de estos delitos se halla tipificado en el art. 199.1: revelación del secreto laboral.

1. *Sujeto activo* del delito ha de serlo, en primer lugar, la *persona que ejerce un oficio o mantiene relaciones de trabajo* (laborales),[14] que le dan acceso legítimo a los secretos "ajenos", de otro, sea éste su empleador (empresario), algún otro compañero de trabajo o un tercero (clientes, proveedores).

No cabe duda de que la relación laboral podrá ser por cuenta ajena.[15] Sin embargo, se abre otro interrogante, consistente en si pueden entenderse abarca-

14. Hace notar Ag. Jorge Barreiro ComCP, 581, la imprecisión y confusión a que se prestan estos términos legales, que propician la inseguridad jurídica y deberán ser aclarados por los tribunales de justicia.

15. Según el párr. 1.º del art. 1.º del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RDL 1/1995, de 24 de marzo): "1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario". El subrayado ha sido añadido. Véase en este mismo artículo (párr. 3.º) los supuestos que están excluidos de la relación laboral, pues son relevantes aquí: los funcionarios públicos, las prestaciones personales

dos por el tipo asimismo quienes realizan su prestación laboral por cuenta propia, es decir, los trabajadores autónomos.

Por eliminación debería entenderse incluida esta última actividad laboral en el término *oficio,* pero la acotación legal de esta palabra no es sencilla, pues no parece excluir las relaciones laborales por cuenta ajena, lo que genera problemas de delimitación con esta expresión típica. Esta expresión la encontramos en otros preceptos del CP, sin que tenga un significado unívoco. Así, figura en los n. 5 y 7 del art. 20, dentro de las eximentes completas de la responsabilidad penal ("que el necesitado no tenga, por su *oficio* o cargo, obligación de sacrificarse"; "el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, *oficio* o cargo", respectivamente). En estos preceptos, al contraponerse el término oficio al de cargo y no mencionar ninguna otra actividad, se alude, sin duda, a cualquier actividad relacionada con el trabajo, con independencia de cuál sea la cualificación del trabajador y su relación laboral con terceros.[16] En otros casos, la palabra oficio viene contrapuesta con la de profesión (en general todos los preceptos que tratan o imponen la pena de inhabilitación especial: arts. 39.b, 45, 107, 142, etc.) o, mejor incluso, con la de facultativo (así, art. 303 y 369-8.º).

Por consiguiente, si la palabra *facultativo* se refiere a los profesionales, es decir, a quienes poseen un título que les habilita para el ejercicio de la profesión, y la expresión *relaciones laborales* al trabajo por cuenta ajena, el término *oficio* incluirá necesaria, aunque no exclusivamente, a quienes trabajen como independientes por cuenta propia (trabajadores autónomos),[17] sin que para ello sea exigible le-

obligatorias, los trabajos a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, etc. Por otro lado, también forman parte las relaciones laborales calificadas como especiales: servicio del hogar familiar, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, etc. (art. 2).

16. Véase en este sentido, p. ej., en relación con el n. 7 del art. 20, Mir Puig. *Derecho Penal.* Parte general. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 482.

17. Coincidentes en la conclusión. Ag. Jorge Barreiro ComCP, p. 581; Lozano Miralles. *Compendio de Derecho penal PE*, p. 229 y s. De opinión contraria, Carbonell Mateu; González Cussac PE, 297. Ruiz Marco. *Los delitos contra la intimidad.* Especial referencia a los ataques cometidos a tra-

gal o reglamentariamente un título habilitador.[18] Debe valorarse como correcta esta conclusión, puesto que también el trabajador por cuenta propia puede acceder a los secretos de sus clientes o de otras personas como consecuencia de su actividad productiva.

Consecuentemente con lo acabado de exponer, no ha de terminar aquí la acotación del sujeto activo en relación con este tipo delictivo, pues a la vista del bien jurídico protegido, el sujeto activo no puede reducirse al trabajador. En efecto, el empleador o el empresario[19] pueden asimismo tener acceso a información íntima de los trabajadores o de terceros y verse por ello compelidos a salvaguardarla mediante la obligación de secreto.[20] Se comprueba también de esta forma cómo son mayores las diferencias que presenta este delito en relación con su lejano antecedente del CP anterior (art. 498 CP1973), al partir también de una concepción diferente sobre la obligación de secreto.

Por consiguiente, la relación de dependencia no puede constituir el eje sobre el que ha de girar la vinculación a un tipo de lo injusto u otro, como podría

vés de la informática, p. 100, considera que oficio es el trabajo que se realiza para otro y que no constituye jurídicamente una relación laboral.

18. Por tal razón, la palabra "oficio" dispone de un campo propio de acotación del sujeto activo del delito, sin que se reduzca a un espacio residual y negativo en relación con los demás sujetos activos que se incluyen en los delitos del art. 199. Cfr. sin embargo, Morales Prats ComPE, p. 462.

19. De acuerdo con el art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores: "A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas". Nótese que de ser el empleador o empresario una persona jurídica entrará en juego el art. 31 del CP, relativo a la actuación en lugar de otro.

20. A favor de admitir esta mayor extensión del sujeto activo, Anarte Borrallo. Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del CP. *Jueces para la Democracia*, n. 43, 2002, 58 (quien cita a favor de este criterio el AAP de Barcelona 24.01.2000); Higuera Guimerá. El descubrimiento y la revelación de secretos, p. 795; Ag. Jorge Barreiro ComCP, p. 590; Lozano Miralles. Compendio de derecho penal PE, p. 230; Morales Prats ComPE, p. 460 y 462; Orts Berenguer y Roig Torres, Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, p. 48; Serrano Gómez PE, p. 271. Lo considera dudoso pero admisible, Paredes Castañón. *Descubrimiento y revelación de secretos*. In: Luzón Peña (Dir.) *Enciclopedia penal básica*. Granada: Comares, 2002, p. 584.

entenderse en relación con el art. 498 del CP1973, al aludir explícitamente a "los secretos de su principal", expresión que, acertadamente, ha sido suprimida en el texto legal vigente.[21] En efecto, en el primer párrafo del art. 199 la referencia a una relación de dependencia ciertamente se halla implícita en la expresión "relaciones laborales" (aunque no olvidemos que es perfectamente compatible con la interpretación de que alude también a la otra parte de la relación laboral, esto es, al empresario), pero no es menos cierto que con el término "oficio" se incluye asimismo a los trabajadores autónomos. Pero, por otro lado, y como se expone más abajo, aquella relación de dependencia puede concurrir también en el profesional, y no por ello su conducta delictiva podrá ubicarse en el art. 199.1, sino en el párrafo siguiente.[22]

En resumen, cualquier actividad relacionada con el trabajo que de lugar al acceso legítimo de un secreto ajeno identificará al sujeto activo correspondiente, lo que significa que de hecho el abanico de hipotéticos sujetos activos es amplísimo, siempre que se desenvuelvan en el ámbito laboral. Pero conviene advertir que, no obstante esta afirmación, se trata un delito especial propio,[23] pues aunque el círculo de autores sea indefinido o indeterminado, se halla no obstante teóricamente delimitado por aquellos que reúnan las características materiales que para serlo exige el tipo: ejercer un oficio o mantener relaciones laborales.

2. En cuanto al *sujeto pasivo*, lo es el titular de la información o de los datos íntimos. Consecuentemente, puede serlo cualquiera, en primer lugar quienes

21. Sin embargo, consideran que sólo puede ser sujeto activo el empleado unido por una relación de dependencia con su principal, Carbonell Mateu/González Cussac PE, 297. Crítico con este planteamiento, Ag. Jorge Barreiro ComCP, 580 y s.

22. Véase sobre la relevancia de la relación de dependencia en el tipo la SAP de Pontevedra de 26.10.1998.

23. Así también, Anarte Borrallo. *Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I).* En especial, el artículo 197.1 del CP, p. 58; Ag. Jorge Barreiro ComCP, p. 579; Lozano Miralles. Compendio de Derecho Penal PE, p. 229; Mayordomo Rodrigo. *Un supuesto de colisión de deberes:* la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional, p. 845; Morales Prats ComPE, p. 462; Muñoz Conde PE, p. 257; Paredes Castañón. *Descubrimiento y revelación de secretos*, p. 584; Ruiz Marco. *Los delitos contra la intimidad.* Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, p. 100.

guardan correlato con el círculo de sujetos activos delineados más arriba: el empresario o empleador, el trabajador, el compañero de trabajo. Si bien normalmente el sujeto pasivo guardará una relación directa con el sujeto activo en virtud del oficio o de la actividad laboral de éste, como ocurre con los sujetos pasivos acabados de enumerar y con los clientes del sujeto activo, los cuales, evidentemente, también componen el círculo de tales sujetos pasivos, no debe olvidarse que dicha relación no es una exigencia del tipo y, en consecuencia, es muy amplia.[24] En efecto, ella puede ser asimismo indirecta, al bastar conforme a él desde la perspectiva del sujeto pasivo que los secretos sean *ajenos*, sin ulteriores exigencias. Es evidente que una tercera persona ha podido verse involucrada por los comportamientos de otra, que guarda relación directa con el sujeto activo y probablemente también con el sujeto pasivo, haya sido o no con su conocimiento o consentimiento (así, el dependiente de un establecimiento de farmacia que despacha los medicamentos para tratar una enfermedad infecto-contagiosa –p. ej., el vih- que padece un familiar del cliente que los adquiere habitualmente; en este caso el sujeto pasivo lo será el paciente, puesto que aunque éste no guarda ninguna relación directa con el dependiente, éste último a su vez ha tenido acceso a la información como consecuencia de su trabajo; o el trabajador que aporta a su empresa datos relativos a sus hijos menores con el fin de obtener algún subsidio o ayuda específica –p. ej., si uno de ellos es deficiente psíquico).

3. Por lo que se refiere al *objeto material de la acción* han de tratarse en primer lugar de secretos. La palabra secreto no sólo nos enfrenta a su significado, sino también a ciertos aspectos de su contenido.

3.1. La *definición* de esta palabra la encontramos en el Diccionario de la RAE como "lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto", o como "reserva, sigilo", "conocimiento que exclusivamente alguno posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio".

24. En sentido semejante Lozano Miralles. *Compendio de Derecho Penal PE*, p. 230. Sin embargo, como se desprende del fundamento que se otorga a este delito en el texto, no comparto su criterio de que deba haber una mínima dependencia entre sujeto activo y sujeto pasivo.

En la doctrina penal también se han aportado algunas definiciones del secreto: "aquello que está reservado a un círculo cierto y determinado de personas y que está oculto a otras",[25] o "es el conocimiento reservado a un círculo limitado de personas y oculto a otras".[26]

Atendiendo al bien jurídico protegido, podemos concretar el concepto de secreto como aquellos hechos o datos sobre los que la persona a la que conciernen tiene la voluntad de mantenerlos ocultos al conocimiento de determinadas personas y compartirlos con reserva o confidencialidad con otras. Teniendo en cuenta la estructura que presentan los tipos en los que aparece este término (así, el art. 197.1), el secreto requiere, además, bien que el sujeto activo no tenga conocimiento de esos hechos o datos, bien que, teniéndolo, sea confidente necesario y obligado por ello a la reserva o sigilo,[27] como es el caso de los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos profesionales y laborales.

A este respecto, conviene precisar que la RAE define la palabra confidencia como "revelación secreta, noticia reservada", o como "confianza estrecha e íntima". Los hechos o datos constituyen el objeto del secreto, y a éstos ha de reducirse, de acuerdo con el CP (cfr. art. 197.3.1). Por otro lado, lo decisivo del secreto es la voluntad del titular de que esos hechos o datos permanezcan fuera del conocimiento ajeno o que éste se halle limitado a ciertas personas,[28] pues no sería secreto lo que permanece oculto por cualquier circunstancia accidental o fortuita, ajena a la voluntad del interesado;[29]

25. Higuera Guimerá. *El descubrimiento y la revelación de secretos*, p. 770.

26. Bajo Fernández. *Comentarios a la legislación penal*. In: Cobo del Rosal (dir.). Bajo Fernández (coord.). Madrid: Edersa, I, 1983, p. 110, asumida también por Ag. Jorge Barreiro ComCP, p. 569, y Lozano Miralles. Compendio de Derecho Penal PE, p. 198.

27. La STS de 11.07.2001, apunta en similar dirección, al declarar que "secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca, o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca".

28. Acertadamente, Muñoz Conde PE, p. 248 y Ruiz Marco. Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, p. 99, ponen también el acento en la voluntad de la persona respecto al secreto protegido.

29. Por ello, no parece asumible la afirmación de que "el secreto es el conocimiento reservado, pero no el objeto sobre el que incide. Las cosas no son 'secreto'...", Lozano Miralles. *Compendio de*

pero tampoco lo será lo que por circunstancias ajenas a la voluntad del titular haya perdido su carácter íntimo y reservado (p. ej., el mero transcurso del tiempo ha podido hacer perder al hecho su carácter; o cuando una tercera persona es cotitular del secreto y ha optado por revelarlo abiertamente). Esta voluntad puede consistir tanto en excluir a terceras personas de su conocimiento, o aceptar éste bajo la observancia de sigilo por parte de quien ha adquirido ese conocimiento (secreto profesional o laboral), bien porque el titular del secreto lo haya facilitado al confidente (RAE: "persona a la que otro fía sus secretos o le encarga la ejecución de las cosas reservadas"), bien porque éste lo haya adquirido por otros medios legítimos.

En conclusión, de entre los diversos matices que presenta el secreto, en el ámbito laboral – y profesional – que nos interesa aquí, habrá de referirse a los hechos y datos de los que alguien participa a otro de forma reservada o confidencial en virtud de la condición laboral o profesional de quien los recibe, el cual se convierte así en confidente necesario, estando obligado por ello a mantener el secreto en tanto no le libere de dicha obligación el titular del mismo, salvo que el aspecto íntimo decaiga por el transcurso del tiempo o por otras circunstancias.

3.2. Por lo que se refiere al *objeto del secreto*, se ha discutido si éste ha de versar necesariamente sobre hechos o acontecimientos lícitos o si, por el contrario, puede extenderse también a otros ilícitos.[30] No cabe duda de que es indiferente para la existencia del secreto y para su protección jurídica cuál sea el contenido del mismo. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que cada persona puede "reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio".[31] Por otro lado, llegar a otra conclusión conduciría

Derecho Penal PE, p. 198, pues el conocimiento oculto a unas personas (como parte de la definición citada más arriba) no existe, no llega a ser secreto. Es la voluntad de que un acontecimiento (p. ej., haber contraído matrimonio) no llegue a ser conocido; si desaparece esa voluntad, el acontecimiento ya no será secreto.

30. Sobre esta discusión, véase Bajo Fernández. *Comentarios, I*, p. 113; Lozano Miralles. *Compendio de Derecho Penal PE*, p. 198 y ss.

31. STC 134/1999, de 15 de julio, f.j. n. 5.

a varios absurdos, totalmente contrapuestos al fin de protección de la norma: en los casos de apoderamiento de determinados soportes para descubrir los secretos de otro, quedaría al albur de que el sujeto activo se hubiera apoderado de un documento depositario de un hecho o dato ilícito o lícito para que el hecho fuera o no punible (o para que a lo sumo se moviera la punición en el ámbito de la tentativa), mientras que el profesional no podría ser a su vez depositario de una información reservada de carácter ilícito (p. ej., el abogado al que se consulta sobre una operación fraudulenta; el médico al que se le informa de haberse producido una mujer por si misma un aborto).[32] La jurisprudencia ha venido entendiéndolo de forma similar.[33]

Aclarado lo anterior, no es menos cierto que en ocasiones podrá producirse una colisión de deberes (deber de guardar el secreto frente al deber de proteger un interés superior, sea un bien jurídico o un derecho fundamental) o una situación de necesidad (infringir el deber de secreto con el fin de evitar un mal para si o para tercero), lo que habrá de resolverse de acuerdo con los requisitos que, respectivamente, exigen estas causas de justificación.[34]

Los secretos han de referirse a cualesquiera terceras personas relacionadas directa o indirectamente con el oficio o relación laboral del sujeto activo.

El contenido del secreto ha de tener una dimensión íntima, como viene exigido por la naturaleza del bien jurídico protegido. Por consiguiente, no comporta ninguna relevancia a efectos de este delito su posible valor económico o de empresa, según quedó dicho con anterioridad. En el CP73 ambos aspectos aparecían indebidamente confundidos.

Por otro lado, es necesario que el sujeto activo haya accedido al contenido del secreto, esto es, que haya tenido conocimiento del mismo. Es lógica esta

32. De semejante opinión Bajo Fernández, en Cobo del Rosal, Bajo Fernández. *Comentarios I*, p. 113; Lozano Miralles. *Compendio de Derecho Penal PE*, p. 199 y s.

33. Véanse las SsTS de 05.12.1958 y 08.03.1974.

34. El TC también ha señalado unos límites al derecho a la intimidad: los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC 134/1999, de 15 de julio).

condición, puesto que marca un presupuesto fáctico imprescindible para poder realizar con posterioridad la acción típica de revelar. Consecuencia de ello es que el acceso al secreto no tiene que ser necesariamente por medio de papeles u otros documentos, es indiferente el procedimiento a través del cual se llegue a conocer.

El secreto ha de haber sido conocido por razón del oficio o las relaciones laborales del sujeto activo. Esta exigencia típica comporta varias reflexiones. La primera consiste en que el tipo incluye cualquier clase de información íntima de la que se ha tenido conocimiento *motivada por la práctica laboral o del oficio* (o de la profesión, se repetirá más abajo), con independencia de que tal conocimiento guarde relación directa o no con esa práctica en cuanto tal (podría haberse conocido, p. ej., de forma accidental o casual), o de que sea estrictamente necesario o no para realizar dicha actividad.[35]

Es necesario que estas apreciaciones queden bien definidas, pues pueden dar lugar a confusión y malentendidos. En efecto, es teóricamente admisible que pueda adquirirse información sobre un secreto íntimo de forma casual o accidental pero *en* razón de la actividad laboral. Así ocurre cuando el superior jerárquico entrega a un empleado por confusión una documentación junto con una carta abierta acabada de recibir por el superior de su propia amante, que aquél – el empleado – empieza a leer en la creencia de que formaba parte del expediente que le ha sido entregado. No cabe duda de que ese secreto ha sido conocido en razón de la relación laboral del empleado y por ello dicho secreto se halla en el ámbito de protección penal de este delito.[36]

Como consecuencia de esto y de lo señalado más arriba en relación con el sujeto pasivo, no es precisa una relación contractual directa con el sujeto pasivo del delito.[37]

35. Paredes Castañón. *Descubrimiento y revelación de secretos*, p. 584.

36. Sin embargo, no lo estiman así Orts Berenguer, Roig Torres. *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, p. 53.

37. De opinión contraria, Carbonell Mateu, González Cussac PE, p. 297; Lozano Miralles. *Compendio de Derecho Penal PE*, p. 229.

Ahora bien, si el acceso a la información íntima no se ha adquirido con ocasión del trabajo, su revelación no será punible por este delito. Estas observaciones no excluyen que el trabajador en ocasiones también pueda convertirse en un confidente necesario, lo que, sin embargo, sólo suele aceptarse por parte de la doctrina, sin suficiente explicación, respecto al profesional.[38]

Por otro lado, la ley está aceptando implícitamente – como no podía ser de otro modo – que el sujeto ha tenido *acceso legítimo* o lícito a la información que constituye el objeto del secreto,[39] de ahí su mencionada condición de confidente necesario, aunque no es preciso que la información le haya sido transmitida por el titular de la misma o por una tercera persona: ha podido tener acceso a ella de forma casual, accidental o fortuita, o por inferencia a partir de la suma de una serie de datos o acontecimientos adquiridos en el curso del tiempo de manera parcial o incompleta. Precisamente el oficio o la relación laboral han podido propiciar el acceso a dicha información íntima, sin que ello en si mismo sea susceptible de reproche jurídico. Como se verá más abajo, es la infracción del deber de secreto que dimana de su acceso lo que constituye el fundamento de este delito.

Ahora bien, si un empleado (el secretario o empleado doméstico) o un empresario acceden a los secretos de su principal o de su subordinado por los procedimientos y con las finalidades previstos en el art. 197, incurrirán en el tipo que corresponda de este último precepto. Quiere decirse con esto que estas personas no gozan del privilegio de poder acceder lícitamente a cualquier tipo de información secreta o íntima en relación con las personas de su entorno laboral, aunque

38. Parecen entenderlo así Morales Prats ComPE, p. 462; Muñoz Conde PE, p. 258.

39. Aluden a ello también Lozano Miralles. *Compendio de Derecho Penal PE*, p. 230; Mayordomo Rodrigo. *Un supuesto de colisión de deberes:* la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional, p. 842; Morales Prats ComPE; Paredes Castañón. *Descubrimiento y revelación de secretos*, p. 584; Ruiz Marco. *Los delitos contra la intimidad.* Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, p. 99. Por su parte, Polaino Navarrete. *Curso de Derecho Penal español. PE, I.* Manuel Cobo del Rosal (dir.). Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 429 y s., apunta contrariamente que el conocimiento ha de ser ilícito, al igual que en el art. 197.

no se pretenda revelarla, sino sólo descubrirla o "vulnerar la intimidad" de aquellas, según reza dicho precepto.

El deber de secreto se encuentra reconocido de forma sectorial en algunas leyes o disposiciones sobre materias laborales o administrativas. Así, p. ej., la Ley 12, de 09.05.1989, de la Función Estadística Pública, art. 50. 2. a, que contempla como infracción muy grave el incumplimiento del deber del secreto estadístico. La LO 15/99, de protección de datos de carácter personal, art. 44.3, g, considera infracción grave su vulneración, una vez que el art. 10 establece el deber de secreto correspondiente ("El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo"). Nótese que alude únicamente al secreto profesional, pero de forma impropia, pues ello dependerá de la cualidad que posea cada una de las personas a las que se refiere dicho precepto de conformidad con lo que se defiende en este estudio sobre el sujeto activo en cada uno de los delitos; esto es, podrá tratarse de secreto profesional pero en su caso podrá serlo alternativamente de carácter laboral, observación que reviste la máxima importancia a la hora de determinar cuál es el delito aplicable, pues no considero que quede excluido de forma absoluta el art. 199.1 ni respecto al responsable del fichero ni con mayor motivo respecto a "quienes intervengan en cualquier fase..." En resumen, la expresión "secreto profesional" no prejuzga su alcance en cuanto al deber de secreto. Finalmente debe citarse el Estatuto de los Trabajadores, arts. 5.2.e y 96.10, sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores y la infracción del mismo por parte del empresario. Téngase en cuenta que en algunos de estos supuestos puede resultar aplicable el principio de *ne bis in idem*, a favor de la infracción penal en detrimento de la administrativa.

Cabe preguntarse entonces qué función desempeñan estas disposiciones extrapenales en relación con la constitución de la obligación jurídica de secreto.

En mi opinión no pueden interpretarse como indicadores de la existencia del deber de secreto, sino como instrumentos de ayuda para la identificación del sentido o contenido de aquél en sus aspectos más específicos de la actividad de que se trate, es decir, qué aspectos, informaciones, datos o hechos constituyen secreto específico en la actividad laboral que se esté desarrollando. Quiere decirse con esto que el marco normativo del deber lo establece el propio CP, a salvo de que puedan fundamentar una causa de justificación: si se accede a algo que constituye un secreto sobre la intimidad ajena, su vulneración (revelándolo a terceros) da lugar al tipo. De todos modos, sobre este asunto volveremos más abajo, cuando lo retomemos en relación con el secreto profesional.

Finalmente, se ha planteado en alguna ocasión si la obligación de mantener el secreto perdura más allá de la relación laboral o de la prestación realizada directamente al cliente.[40] De nuevo debe insistirse en que la dimensión económica del secreto no es objeto de protección a través de este delito, pues es cierto que dicha dimensión sí puede marcar un límite temporal al deber de secreto, con el fin de no perjudicar gravemente las futuras expectativas laborales del trabajador frente a los riesgos de una concurrencia desleal con su antigua empresa. Siéndolo únicamente la intimidad, el deber penalmente respaldado no está sujeto a límite temporal alguno,[41] pues la obligación de reserva persiste en el tiempo mientras la revelación del secreto pueda comportar un riesgo para la intimidad; de otro modo la tutela de la intimidad perdería su efectividad y consistencia ante tales situaciones.

40. Sobre esta cuestión véanse Higuera Guimerá. *El descubrimiento y la revelación de secretos*, p. 795, para quien la ruptura de la relación laboral podría impedir la aplicación del delito, con fraude de ley; situación que considero que no se produce, como se indicará más abajo; Morales Prats ComPE, p. 461.

41. En la misma línea se manifiestan Lozano Miralles. *Compendio de Derecho Penal PE*, p. 230 y s.; Mayordomo Rodrigo. *Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional*, p. 843, sin que el fundamento consista en la posición de garante que se atribuye a la persona que desempeña determinados trabajos para otra en una relación de confianza, como sostiene la autora, apoyándose en López Barja de Quiroga / Pérez del Valle, pues tal concepción llevaría muy lejos –en todo caso más de lo que el precepto pretende- los deberes penalmente conminados de esa persona.

En consecuencia, sólo cuando el aspecto íntimo deje de estar amparado por su condición de secreto (explícita o implícitamente deducido) o aquél pierda tal carácter – íntimo – desaparecerá el deber correspondiente: si ya no hay secreto el objeto de protección deja de existir. En suma, serán indiferentes las cláusulas restrictivas que sobre la intimidad se hayan podido fijar en el contrato laboral[42] (léase: de terceros ajenos al mismo) o que el sujeto activo haya abandonado maliciosamente su puesto de trabajo con el fin de revelar los secretos íntimos a los que tuvo acceso lícitamente en el curso de su relación laboral: el tipo existe, mientras persista la condición del secreto o el carácter íntimo del contenido del que trae causa.[43]

Reconociendo la dificultad que entraña determinar si el secreto ha decaído –para lo que me remito a lo referido en otro lugar–,[44] me parecen menos practicables –por su excesiva ambigüedad– los criterios que propone Morales Prats, consistentes en tomar en consideración el concepto y el momento del acceso lícito a los datos íntimos, de ponderar con criterios de adecuación social su límite temporal, así como atender a la calidad de los datos personales y a otras circunstancias ambientales concurrentes de relevancia.[45]

4. La *acción típica* consiste en revelar secretos ajenos. Sobre el significado de la palabra *revelar,* ya me he ocupado en otro lugar.[46] Baste ahora con insistir aquí en que implica la transmisión a terceros del contenido del secreto respecto del cual son ajenos, de la información (hechos, datos) secreta de cuyo contenido se ha tenido conocimiento. Como se ha indicado más arriba, este conocimiento –

42. Así también Lozano Miralles. *Compendio de Derecho Penal PE,* p. 230; Mayordomo Rodrigo. *Un supuesto de colisión de deberes:* la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional, p. 843.

43. En esta línea, Serrano Gómez PE, p. 271, señala acertadamente que tampoco es necesario que exista una ruptura laboral previa.

44. Véase Romeo Casabona. *Comentarios II.*

45. Morales Prats ComPE, 461, con el que parece coincidir Higuera Guimerá. *El descubrimiento y la revelación de secretos,* p. 795. Cfr. asimismo Anarte Borrallo. *Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I).* En especial, el artículo 197.1 del CP, p. 59.

46. Romeo Casabona. *Comentarios II.*

que no significa necesariamente la exigencia de su comprensión – es condición previa (pero no suficiente: es preciso revelar el secreto) para poder realizar la acción típica, a diferencia de otros tipos delictivos que comparten el mismo Capítulo, en los que dicha transmisión puede realizarse, dentro del marco del tipo respectivo, sin haber llegado a captar intelectualmente su contenido.

Para que el acto de revelar pueda entenderse típicamente satisfecho basta con que se haya transmitido el contenido a una sola persona, pues aquél es ya de por si idóneo para lesionar el bien jurídico. Si se transmite a varias personas el mismo secreto, bien de forma simultánea, bien sucesiva, habrá un solo delito.

Dada la relevancia que tiene la voluntad del titular del bien jurídico en relación con la existencia y alcance del secreto, su consentimiento en la transmisión del secreto a terceros, sea trabajador o empresario, excluirá el tipo, al igual que ocurre con los demás delitos de descubrimiento y revelación de secretos que se hallan agrupados en el mismo Capítulo.[47]

4.1.2 La divulgación de secretos profesionales

El otro delito se encuentra tipificado en el art. 199.2: divulgación de secretos profesionales. Ya quedó indicado que no figuraba como delito en el CP anterior y que su incriminación había sido reclamada insistentemente por la doctrina. Téngase en cuenta que no pocos de los aspectos tratados en el estudio del delito de revelación del secreto laboral son aplicables a éste, sin perjuicio de las adaptaciones oportunas.

1. En este delito *sujeto activo* es el *profesional*. Por profesional ha de entenderse la persona que[48] *a)* ejerce actos propios de su profesión *b)* acreditada

47. Igual criterio sostiene Mayordomo Rodrigo. *Un supuesto de colisión de deberes:* la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional, p. 845.

48. Entienden exigibles estos requisitos, si bien no de forma conjunta, Carbonell Mateu/González Cussac PE, 297; Morales Prats ComPE, 465; Muñoz Conde PE, p. 258; Orts Berenguer/Roig Torres. *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, p. 48; Ruiz Marco. *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, p. 101.

por un título académico u oficial, *c)* ya realice la prestación de sus servicios por cuenta propia o ajena (en este caso, p. ej., el médico que trabaja en un centro sanitario público o privado; el abogado contratado laboralmente en un bufete constituido en sociedad), *d)* por lo general requiere darse de alta como colegiado en la organización profesional correspondiente y e) el ejercicio de su profesión le convierte en confidente necesario en relación con terceros, particularmente sus clientes, que se ven compelidos a compartir con aquellos aspectos relativos a su propia intimidad, con el fin de obtener de ellos sus servicios prestaciones. Por consiguiente, esta situación es la que fundamenta jurídicamente el deber de secreto y, como se ha apuntado acertadamente, más allá e independientemente del deber ético-profesional.[49]

En relación con estos rasgos o caracteres del profesional es útil recordar algunos elementos del tipo del delito de intrusismo: "El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses" (art. 403). La pertinencia del recordatorio de este precepto radica en que si el incumplimiento de determinados requisitos para poder ser profesional – la posesión de un título académico u oficial – ha sido incorporado al tipo de este delito, significa al mismo tiempo que dichos requisitos constituyen al menos algunos de los rasgos *esenciales*, aunque no los únicos, de la condición de profesional. Quien incurre en el delito de intrusismo no puede ser sujeto activo de este delito, aunque se apunta que pudiera serlo de la figura del art. 199.1 del CP.[50]

Es, en suma, la cualificación de la actividad la que le va a permitir al sujeto activo (el profesional) conocer los secretos de otro, los cuales normalmente –

49. Morales Prats ComPE, p. 464.

50. Véase Muñoz Conde PE, p. 258.

aunque no siempre – le serán transmitidos por su propio cliente, pues son imprescindibles para poder realizar de forma adecuada y eficaz la prestación de sus servicios profesionales.

Al igual que el delito precedente, éste se estructura como delito especial propio,[51] pues sólo pueden ser sujetos activos del mismo quienes reúnan las condiciones formales (poseer la condición de profesional) que el tipo exige para poder serlo.

2. El *objeto material* del delito. Lo es sin duda el secreto ajeno, respecto a cuyo alcance, la forma de acceder al mismo, etc. vale lo ya expuesto sobre él en relación con el art. 199.1.

Una cuestión de particular interés y relevancia consiste en despejar si la obligación de sigilo o reserva se deriva del propio CP (es decir, supone admitir que éste establecería la obligación), o bien se deriva de otras leyes civiles o administrativas. De aceptar esta segunda interpretación habría que dilucidar si la obligación de sigilo se puede entender cimentada entonces con carácter general de la LO 1, de 05.05.1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pues no se olvide que considera intromisiones ilegítimas la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela (art. 7, 4.º); o, por el contrario hay que acudir a la normativa sectorial (jurídica y ¿deontológica?).

En cuanto a la primera hipótesis, debe ser descartada, puesto que la ley penal – el CP – no es constitutiva en cuanto tal y por si misma de un deber general de sigilo o reserva. Lo que indica en realidad – en este caso el art. 199.2 – es que si se infringe un deber de sigilo o reserva preexistente se podrá entrar en la esfera

51. Del mismo parecer, Anarte Borrallo. *Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I).* En especial, el artículo 197.1 del CP, p. 58; Ag. Jorge Barreiro ComCP, p. 579; Lozano Miralles, *Compendio de Derecho Penal PE*, p. 229; Mayordomo Rodrigo. *Un supuesto de colisión de deberes:* la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional, p. 845; Morales Prats ComCP, p. 470; Muñoz Conde PE, p. 257; Paredes Castañón. *Descubrimiento y revelación de secretos*, p. 584; Ruiz Marco. *Los delitos contra la intimidad.* Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, p. 101.

del tipo penal. Es decir, el Derecho Penal ha seleccionado los ilícitos relativos al deber de sigilo y los ha convertido en delito, al haber valorado previamente la especial gravedad que reviste socialmente su infracción.

No debe entenderse esta reflexión como un reconocimiento implícito de la validez de la teoría que otorga al Derecho Penal una mera naturaleza secundaria o sancionadora, pues si en relación con este delito establece un sistema valorativo al seleccionar las formas más graves de lo ilícito civil, administrativo, etc., conminándolos con una pena, en relación con el art. 199.1 encontramos un claro ejemplo de cómo contribuye incluso a crear el orden jurídico, puesto que se trata de elevar a lo ilícito – penal – comportamientos que no siempre lo son ya en otros sectores de dicho ordenamiento.[52]

En consecuencia, la segunda interpretación posible y más plausible parte de que en este punto nos hallamos ante una norma penal en blanco necesitada en consecuencia de ser completada por la normativa sectorial correspondiente en la que se establezca la obligación de sigilo.[53] Este criterio comporta dos efectos: el primero, ya señalado, la dependencia de este tipo de lo injusto de la norma extrapenal para determinar el ámbito profesional (qué profesionales están obligados a la reserva) y material (sobre qué aspectos o contenidos, si es que dicha normativa se refiere a tal extremo) del deber de secreto. Supone, además, la renuncia por parte de la ley penal a establecer un *numerus clausus* de profesiones ligadas penalmente al deber de secreto, pero al mismo tiempo esta fórmula abierta no significa, como se ha visto, que sea indeterminada, esto es, que se extienda a todas las profesiones en general y sin excepciones.

Esta última conclusión nos permite despejar al mismo tiempo otro interrogante avanzado más arriba: el ilícito civil constituido por la intromisión

52. Véase sobre esta discusión en torno a la naturaleza del Derecho Penal, en Cerezo Mir PG I, p. 59 y s.

53. Cortés Bechiarelli. Delitos contra la intimidad, control de las comunicaciones y secreto profesional del Abogado. *RP*, n. 11, 2003, p. 4; Muñoz Conde PE, p. 258, Paredes Castañón. Descubrimiento y revelación de secretos, p. 584.

ilegítima de revelar los datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela, aunque permite deducir ya por si mismo la existencia de un deber general de sigilo o reserva por parte de los profesionales en la situación indicada, sólo sirve para demarcar el ámbito de lo ilícito civil, mientras que para el penal es necesario un *plus*, radicado en el deber específico marcado por la normativa sectorial y para las materias, contenidos y comportamientos que en ella se indiquen. A través de este criterio de demarcación se logra tanto reservar para lo ilícito penal los actos más graves como que el ilícito civil conserve un espacio propio autónomo, que no será necesariamente absorbido por lo ilícito penal.

Finalmente, las normas puramente deontológicas no son fuente suficiente constitutiva de la obligación *jurídica* de secreto,[54] salvo que por algún procedimiento directo o indirecto hayan adquirido el rango de norma jurídica en sentido estricto. Por tal motivo, sería falaz intentar conferirle relevancia jurídica indirectamente, como ya ha ocurrido en otro contexto a través de la *lex artis* y el llamado consentimiento informado, el cual es, en principio, ajeno – aunque no siempre – a la misma.[55]

No parece oportuno, por ser innecesario y probablemente difícil de acotar exhaustivamente, señalar la relación de profesiones que cuentan con una normativa específica a este respecto. Sin embargo, sí pueden citarse algunos ejemplos: *Abogados* ("los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos", art. 437.2 LOPJ; coincidente el art. 32 del RD 658/2001, Estatuto General de la Abogacía);[56]

54. Parece sugerir lo contrario, Paredes Castañón. *Descubrimiento y revelación de secretos*, p. 584.

55. Véase más ampliamente sobre este particular, Romeo Casabona. *El consentimiento informado en la relación entre médico y paciente:* aspectos jurídicos, en Problemas prácticos del consentimiento informado. Barcelona: Fundació Víctor Grífols i Lucas, 1999, p. 63 y ss.

56. Figura reglamentado con mayor minuciosidad asimismo en su Código Deontológico, art. 5.º, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía el 30 de junio de 2000. La STS de 14 de septiembre de 2000 señala que "las agendas profesionales, expedientes y documentos de un

Detectives privados (están obligados a guardar secreto de las investigaciones que realicen, art. 103, RD 2.364/94, de 09.12.1994, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada; en el art. 32.1 de la Ley 23/92, de Seguridad Privada, la vulneración de aquella obligación constituye falta muy grave); *Médicos y personal sanitario* ("Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley", art. 7.1 de la Ley 41, de 14.11.2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; "El personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto", art. 16.6 de la misma Ley);[57] *Procuradores* (art. 14.15 del Estatuto de los Procuradores, aprobado por RD 2.046, de 30.07.1982).

Téngase en cuenta que la revelación de secretos en contra de alguna de las normativas citadas – y no citadas – puede constituir tanto un delito de infracción del deber de secreto profesional como laboral (sin perjuicio del carácter constitutivo del tipo en estos casos, según se indicó), cuya delimitación deberá llevarse a cabo en atención a la condición que posea el sujeto activo del delito, pues los citados preceptos alcanzan a unos y a otros, esto es, a profesionales, trabajadores y empresarios, y, lógicamente, cada uno de ellos responderá en atención a su propia condición personal, de acuerdo con las exigencias del tipo respectivo.

despacho profesional de abogados son documentos secretos, pues tales profesiones deben guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional".

57. Por consiguiente, la cuestión del deber de secreto en relación con la historia clínica, del derecho de acceso a la misma y la cuestión de su propiedad (material e intelectual) son asuntos heterogéneos no necesariamente vinculados entre si, frente a la confusión generalizada en la doctrina, y que la Ley 41/2002 ha tratado de delimitar. Véase ya Romeo Casabona/Castellano Arroyo. La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica. *DS*, 1993, p. 5 y ss. Véase STS de 04.04.2001, en la que se condena a los profesionales sanitarios por un atentado a la intimidad de una paciente respecto de la que se divulgaron los antecedentes quirúrgicos, por abortos legales, que constaban en su historia clínica.

3. La *acción típica* consiste aquí en *divulgar* los secretos de otra persona, incumpliendo las obligaciones profesionales de sigilo o reserva. Extrañamente, la ley utiliza para acotar la acción típica en este delito un término diferente al que figura en el delito sobre el secreto laboral: divulgar, frente a revelar. La doctrina se ha inclinado por ignorar esta diferencia terminológica y considerar ambos términos como penalmente equivalentes, pues es cierto que aquélla no encuentra ningún fundamento en lo injusto de ambas acciones ni justificación desde un punto de vista político criminal.[58] Esta conclusión, con la que hay que estar de acuerdo, implica como efecto práctico que será suficiente asimismo en este delito con que se transmita la información a una sola persona ajena al secreto, sin que deba dotarse de una mayor exigencia a la acción típica de este delito, p. ej., que se interprete que es necesario cometer la indiscreción típica con varias personas, como sugiere en puridad el significado semántico de la palabra divulgar.[59]

El consentimiento del titular o portador del bien jurídico protegido excluye también aquí el tipo.[60]

4.2 El tipo subjetivo

Respecto al tipo subjetivo, es necesario el dolo en ambos tipos delictivos, en cualquiera de las formas con las que aquél – el dolo – puede presentarse.[61] Al

58. A favor de equiparar el significado de ambas acciones típicas se ha manifestado un amplio sector de la doctrina: Anarte Borrallo. *Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I)*. En especial, el artículo 197.1 del CP, p. 58; Carbonell Mateu/González Cussac PE, p. 296; Ag. Jorge Barreiro ComCP, p. 582; Lozano Miralles. *Compendio de Derecho Penal PE*, p. 224; Mayordomo Rodrigo. *Un supuesto de colisión de deberes:* la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional, p. 844 y s.; Morales Prats ComPE, p. 473 y s.; Orts Berenguer/Roig Torres. *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, p. 49 y s.; Paredes Castañón, *Descubrimiento y revelación de secretos*, p. 584; Soto Nieto. El secreto profesional del abogado. LL, 1997, p. 4.

59. Higuera Guimerá. *El descubrimiento y la revelación de secretos*, p. 796, entiende, sin embargo, que en la divulgación son precisas dos o más personas. En este sentido, la SAP de Huesca de 15.03.1999.

60. Mantiene que constituye una causa de justificación, Lozano Miralles. *Compendio de Derecho Penal PE*, p. 236.

61. En términos generales coincidentes: Anarte Borrallo. *Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I)*. En especial, el artículo 197.1 del CP, p. 59.

tener que abarcar el dolo los diversos elementos del tipo objetivo, el sujeto activo ha de ser consciente de la naturaleza del secreto, es decir, de su carácter reservado y de su contenido íntimo. También se extiende a la obligación de reserva o sigilo.

Al no mencionarse expresamente, no cabe tampoco aquí la comisión por imprudencia en ninguna de las dos modalidades típicas del delito de infracción del deber de secreto,[62] dado que es aplicable la regla general del art. 12, del que se deriva la exigencia de una lista cerrada de comportamientos imprudentes típicos.

5. Antijuricidad y causas de justificación

En relación con estas actividades laborales es lógico que los aspectos vinculados con la antijuricidad puedan presentar especial complejidad y una notable variedad casuística. En efecto, con frecuencia se podrá llegar a plantear frente al deber de secreto la posible concurrencia de alguna causa de justificación, en concreto el ejercicio legítimo de un derecho u oficio o, incluso, la concurrencia de otro deber (n. 7.º del art. 20 del CP).

El problema puede radicar en los límites que la ley marque a ciertos profesionales respecto a la intromisión en la intimidad ajena y que luego pueda revelar. Así los detectives privados tienen encomendada por ley la función de obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados, considerándose como tales los que afecten al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social (art. 19.1, a de la Ley de Seguridad Privada, ya citada), con el límite previsto respecto a su investigaciones en relación con la intimidad, etc. (art. 19.4).[63]

La legitimidad puede venir determinada por la declaración ante un juez en un proceso civil, habiendo considerado aquél pertinentes las preguntas.[64]

62. Sobre ello, v. SAP de Valencia de 14.03.1999.

63. Véase SAP de Toledo de 20.10.1998 (se trataba en realidad de un problema de tipicidad en relación con el art. 197).

64. Cfr. SAP de Huesca de 15.03.1999 (aunque también sostiene que no había dolo por parte del sujeto).

Tampoco debe descartarse la posibilidad de que se presente un estado de necesidad (n. 5.º del art. 20), si bien su campo de acción en torno a este delito estará fuertemente restringido – pero no excluido por completo–, en virtud de la exigencia de esta eximente de que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Puede existir una colisión con otros deberes, como es la colaboración con la justicia en la persecución de los delitos.[65] Supone, por consiguiente, la posible aplicación de una causa de justificación, para lo que habrá que ponderar en cada caso los intereses en conflicto, de acuerdo con las características de esta causa de justificación (art. 20.7 CP, cumplimiento de un deber).

En el ámbito de la Medicina se ha planteado algún supuesto problemático al que voy a dedicar cierta atención: cuando el médico descubre que su paciente ha desarrollado anticuerpos del virus asociado al sida, o bien acude a su consulta precisamente por encontrarse sometido a tratamiento por este motivo, se le plantea el deber de mantener el secreto de ese conocimiento que ha adquirido como consecuencia del ejercicio de su profesión.[66] Este deber es una de las manifestaciones de la protección reconocida al derecho a la intimidad individual, necesidad de protección que se intensifica en relación con los enfermos del sida, dado el carácter estigmatizante y discriminatorio que se ha creado en torno a esta enfermedad. Por tanto, junto con la obligación de informar al paciente de su situación tiene además el deber paralelo de guardar el secreto respecto de ella en relación con terceros, como ya se indicó, para así salvaguardar la intimidad del interesado. Ahora sí, la conminación penal sería aplicable sin duda alguna a través

65. Véase ampliamente sobre ello, en particular sobre el conocimiento por parte del médico del aborto clandestino de su paciente, Urruela Mora. Sobre la solución al conflicto de intereses entre la persecución del delito de aborto doloso y el deber de secreto profesional. *Ethica*, n. 36, 1999, p. 12 y ss. (15 y ss.).

66. Véase sobre la cuestión Romeo Casabona. Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles. *Información y Documentación Clínica*, v. 1. Romeo Casabona (Dir.), CGPJ y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997, p. 305 y ss.

de este delito del art. 199. No obstante, debe admitirse la salvedad razonable en relación con los demás profesionales y empleados que se encuentren implicados en el tratamiento y en la realización de las pruebas diagnósticas oportunas, respecto a los cuales el médico responsable o encargado del paciente está legitimado a transmitir la información de que disponga que sea pertinente con el fin de que aquéllos a su vez puedan prestar adecuadamente sus servicios al paciente y al mismo tiempo puedan adoptar medidas para la prevención de infecciones para sí mismos y para otros pacientes. Pero ellos estarán a su vez vinculados por el deber de sigilo.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe preguntarse si en estas situaciones el médico tiene la posibilidad o incluso el deber de vulnerar este deber de secreto, en favor de terceras personas o de otros intereses ajenos o colectivos. El médico puede preguntarse, en consecuencia, si deben primar o no estos intereses de terceros frente al derecho a la intimidad del paciente, en particular cuando se halla en juego la salud o la vida de las personas o la salud pública. En concreto en la casuística más frecuente suele plantearse la cuestión ante un enfermo de sida o seropositivo que comunica al personal sanitario o parasanitario (médicos, personal de enfermería, asistentes sociales) que realiza prácticas de riesgo con su pareja o de forma promiscua con otras personas, sin que aquélla o éstas sean conocedoras de la situación.

En estas hipótesis el profesional puede llegar a encontrarse ante un conflicto de deberes y habrá que acudir al ordenamiento jurídico en su conjunto para comprobar si efectivamente se ha producido y cómo ha de resolverse en tal caso. Sólo en el caso en que se compruebe que priman los otros deberes o intereses frente al derecho a la intimidad del paciente y correspondiente deber de secreto del profesional, el no respeto del mismo dejará de acarrearle cualquier tipo de responsabilidad penal (art. 20. 7.º del CP) en los términos descritos más arriba.

La LO 1, de 14.04.1986, de medidas especiales en materia de salud pública, faculta a las autoridades sanitarias competentes para adoptar determinadas medidas cuando lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad, entre otras las destinadas a controlar las enfermedades transmisibles, pudiendo afectar a gru-

pos de población, a los enfermos y a las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos (arts. 1.º a 3.º). Pues bien, una de esas medidas podría consistir en el deber de comunicar los casos de sida detectados (aunque, según parece imponerse en los foros científicos internacionales, no se estima conveniente la adopción de medidas drásticas a partir de esta información, por ineficaces o contraproducentes). Obsérvese que esta Ley puede afectar también al derecho fundamental de la intimidad individual. Por consiguiente, el médico tendrá, en primer lugar, el deber de dar a conocer a las autoridades sanitarias la existencia de un caso de enfermedad infecto-contagiosa que haya sido calificada de declaración obligatoria. Para comprobar cuáles son éstas habrá que estar a lo dispuesto en la normativa correspondiente.[67] Algunas Comunidades Autónomas han dictado disposiciones en las que se declara la obligatoriedad de dar a conocer los casos de sida detectados.[68] No obstante, se establece también la obligación de garantizar la seguridad y la confidencialidad de los datos que se generen en aplicación de esta normativa.[69]

En ninguna otra situación el médico y los demás profesionales afectados tienen el deber de revelar la condición de su paciente, es decir, no están obligados a realizar acción alguna,[70] ni en favor de personas concretas más o menos próxi-

67. Así, el RD 2.210, de 28.12.1995, por el que se crea la red nacional de vigilancia epidemiológica. Los arts. 31 a 36 están específicamente destinados a la regulación de la vigilancia epidemiológica del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) y de la infección por virus de la inmunodeficiencia adquirida (VIH). El art. 34 señala que se recogerán los datos individualizados de cada uno de los enfermos diagnosticados mediante el protocolo específico aprobado por la estructura competente de la Comisión nacional de coordinación y seguimiento de Programas de Prevención del SIDA.

68. Las Comunidades Autónomas que han dictado disposiciones semejantes: Aragón (D 86, de 17.07.1987), Cataluña (O 16.12.1987), Madrid (D 21.04.1988), Islas Baleares (D 07.07.1988), Galicia (O 7 noviembre 1989), Murcia (O 28.11.1989).

69. V. al respecto el art. 8.2 y 3 del RD 2210/95.

70. En términos muy diferentes se ha planteado y resuelto la cuestión en la jurisprudencia y la literatura norteamericanas, quienes probablemente han llevado demasiado lejos el deber del médico de romper el secreto profesional relativo a su paciente con el fin de evitar o prevenir de peligros a terceros en relación con otras enfermedades (sobre todo mentales) y lo pretenden trasladar a ésta. Véase Romeo Casabona, *Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles.*

mas al paciente, ni en relación con las actividades laborales, contratos de seguros, licencias administrativas, etc., de aquél. Ahora bien, en el caso excepcional –pero no infrecuente en los servicios de asistencia de seropositivos– de que tengan la evidencia comprobada de que existe un peligro real de contagio para un tercero (p. ej., el cónyuge), y con ello un peligro, también real, para su vida o grave para la salud, y en el caso de que el afectado no esté dispuesto a comunicar su situación a ese tercero y/o a tomar medidas preventivas adecuadas (a pesar, incluso, de habérselo recomendado seria e insistentemente), el profesional sanitario puede encontrarse ante una colisión de deberes. Por un lado, como ya se ha reiterado en varias ocasiones, el deber de secreto profesional, ahora garantizado penalmente; por otro lado, en el supuesto de que en tales hipótesis pudiera deducirse de forma excepcional un comportamiento delictivo por parte de su paciente, al realizar deliberadamente prácticas de riesgo con otras personas desconocedoras de la situación de aquél, que pudieron dar origen ya a la transmisión de anticuerpos del VIH, el deber de impedir delitos o de promover su comisión (art. 450 del CP). Aunque estimo que tal colisión es muy poco probable que se le pueda presentar al profesional (sobre todo por la mediatez en diversos sentidos del conocimiento que adquiere de la presunta actuación delictiva),[71] con el actual CP, y teniendo presentes todos los intereses en juego en tal colisión, parece que debería resolverse a favor de la primacía de dar cumplimiento al deber de secreto (entre otros argumentos,[72] compárense, p. ej., las penas previstas para los delitos correspondientes).[73]

71. V. diversos argumentos en Sola Reche. Algunos problemas relativos a la intimidad del paciente VIH+. DS, v. 3, n. 1, 1995, p. 334 y s., sin descartar la posibilidad como hipótesis discursiva.

72. V. las interesantes ponderaciones que introduce Sola Reche. Algunos problemas relativos a la intimidad del paciente VIH+, p. 335 y s., incluidas las nada desdeñables razones de salud pública que indica.

73. No creo, por otro lado, que se den los presupuestos de un delito de omisión del deber de socorro, y con ello, el conflicto con el deber de auxiliar a quien se encuentra en una situación de desamparo y en peligro manifiesto y grave (art. 195.1 del CP), como tampoco ostenta por lo general el profesional posiciones de garante en relación con la vida a la salud de las terceras personas en hipotética situación de riesgo en relación con las prácticas de su paciente, las cuales pudieran hacer

No obstante, el médico podrá revelar la información conocida, pero no como deber jurídico, amparado por un estado de necesidad justificante de su conducta (art. 20.º, n. 5.º del CP), siempre que se den todos sus requisitos, de entre los que podemos destacar ahora el que exige que el mal causado (el atentado contra la intimidad del paciente) sea menor – excepcionalmente: igual– que el mal que trata de evitar (la pérdida de la vida o menoscabo para la salud del tercero).[74]

No existen pronunciamientos por parte de los Tribunales de Justicia sobre algún caso similar que nos sirviera de referencia, como tampoco se ha acudido al Juez para que autorice revelar un secreto por razones imperiosas.

En resumen, mientras no lo imponga la Ley o la autoridad sanitaria de acuerdo con lo expuesto, o lo autorice o exija el Juez amparado en el ordenamiento jurídico (en supuestos ciertamente muy excepcionales, p. ej., un proceso penal en el que esté implicado el paciente) el médico no tiene la obligación ni puede vulnerar ese deber de confidencialidad o de secreto al que está sometido, aunque en algunos casos de necesidad podría hacerlo.

6. Autoría y participación

Los problemas de autoría y participación se plantean principalmente como consecuencia de la condición de especiales de estos delitos y, por consiguiente, de la intervención de un *extraneus* en la comisión delictiva. Lo más usual es que se trate de personas que prestan sus servicios en torno al sujeto activo del delito (*intraneus*). Así, el caso del empleado de un profesional (secretario, auxiliar administrativo o de otro tipo) responderá a título de (co)autor o partícipe de su propio

emerger nuevas situaciones de colisión de deberes, y así trasladarnos a los delitos contra la vida o la integridad de las personas.

74. La Recomendación del Consejo de Europa N. R (97) 5, on Medical Data, admite la comunicación de datos médicos a terceros cuando está prevista por la ley y constituye una medida necesaria en una sociedad democrática con fines relativos a la salud pública y a la protección de los derechos y libertades de un tercero, entre otros (principio 7.3, a), sin precisar si constituye o no un deber, pero vincula la revelación a reserva de ley.

delito, es decir, en virtud del art. 199.1 y no del 199.2 del CP, en la medida en que está jurídicamente obligado de forma autónoma por reserva como consecuencia de su propia actividad laboral.

De modo semejante deberá resolverse en el caso de despachos colectivos o prestaciones profesionales colectivas (p. ej., en el medio hospitalario): cada profesional estará obligado por su propia y respectiva obligación de secreto, y los demás empleados que accedan al mismo lo estarán en tal condición, siendo aplicable en concepto de coautor o de partícipe el delito que corresponda a cada uno de ellos (art. 199.2 y 1 el CP, respectivamente).[75]

Dada la distinta fuente que anuda penalmente la obligación de secreto en los dos tipos del art. 199, no me parece necesario ni legalmente posible proyectar la obligación de secreto profesional *ex* art. 199.2 a todos los confidentes necesarios. El único problema que se plantea es que el *extraneus* (esto es, el que no es profesional o no ejerce su oficio o no mantiene una relación laboral) que por cualquier motivo lícito (condición que en la práctica estrecha hasta convertir en anecdótica la vía de escape en estos casos) acceda a esa información secreta no estará jurídicamente obligado ni penalmente conminado a mantener el secreto y a no revelarlo, salvo que de la fundamentación de esa licitud se derive al mismo tiempo el deber de secreto.

7. Concursos

Si el sujeto activo del delito de infracción del deber de secreto laboral, esto es, el empleado o el empresario, descubren el secreto de otro con abuso de tal condición (es decir, ilícitamente) y lo revelan, el delito aplicable lo será el del art. 197.3 párr. 1.º en relación con el art. 197.1 o 2 (pena: de dos a cinco años de prisión),

75. Véanse sobre estos aspectos Mayordomo Rodrigo. *Un supuesto de colisión de deberes:* la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional, p. 856; Morales Prats ComPE, p. 473 y s.; Soto Nieto. *El secreto profesional del abogado*, p. 3.

y no el art. 199.1.[76] En realidad la aparente disyuntiva concursal no llega a producirse, puesto que faltará la concurrencia de un elemento del tipo del art. 199.1: que haya tenido conocimiento del secreto por razón de su oficio o de sus relaciones laborales, de conformidad con el significado que hemos atribuido más arriba a esta expresión ha de limitarse al ejercicio legítimo de aquellos. De modo semejante entrarán en juego los preceptos indicados si el empleado, empresario o profesional no estuvieran sometidos en el caso concreto a un deber de secreto.[77]

Como concurso de normas habrá que tratar la posible concurrencia entre el delito del art. 199.2 (en su caso, también el art. 199.1) y el de violación de secretos de un particular por parte de autoridad o funcionario público (art. 417.2), si estos últimos reúnen a su vez la condición de profesionales. Este concurso se resolverá de acuerdo con el principio de la especialidad (en concreto, conforme a la regla 3.ª del art. 8.º del CP), constituyendo ley especial preferentemente aplicable el último precepto mencionado (pena: prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años).

En virtud de lo señalado más arriba, el delito de revelación por parte de abogado o procurador de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial (art. 466.1) no puede dar lugar a un concurso aparente de normas, pues en este delito no se protege la intimidad de las personas partes en el proceso. Por consiguiente, si se vieran afectados al mismo tiempo la Administración de Justicia y la intimidad de las personas, estaríamos ante un concurso ideal de delitos (art. 77.1 del CP).[78]

76. Expresamente en este sentido, Mayordomo Rodrigo. *Un supuesto de colisión de deberes:* la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional, p. 842; Paredes Castañón. *Descubrimiento y revelación de secretos,* p. 584.

77. De este parecer, Paredes Castañón. *Descubrimiento y revelación de secretos,* p. 584.

78. Como concurso de delitos parece resolverlo también Muñoz Conde PE, 258. De concurso de normas lo califica, sin embargo, si bien, por otra parte, admite simultáneamente la hipótesis de un concurso de delitos, real (¿), Ruiz Marco. *Los delitos contra la intimidad.* Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, p. 102.

8. Punibilidad

Las penas de ambos delitos son diferentes: pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, para el primer delito, y prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años, para el segundo. La razón de que sea sustancialmente superior la pena establecida para el delito de revelación del secreto profesional debe encontrarse en que han de hacer frente con mayor frecuencia a secretos relativos a la intimidad de las personas de especial relieve, pero sobre todo en que casi siempre el acceso a tales secretos se produce como consecuencia de la necesidad en la que se encuentra la persona que se los transmite para poder recibir la prestación de los servicios profesionales oportunos, dada la elevada cualificación social de la que están revestidos estos profesionales (confidentes necesarios), por lo que la vulneración del deber secreto revelándolo a terceros denota un injusto específico más grave.[79]

De todos modos, resultan excesivas las penas previstas para ambos delitos,[80] tanto la privativa de libertad como en particular la de inhabilitación especial del art. 199.2 (ésta en mi opinión debería reservarse para los delincuentes reincidentes). Deben tenerse en cuenta a este respecto los graves efectos desocializadores que pueden comportar (particularmente la inhabilitación para la profesión), la todavía escasa conciencia social que existe sobre la necesidad de respetar el deber de secreto, incluso – aunque tal sensibilidad se va incrementando paulatinamente – en ciertos ámbitos laborales o profesionales, y, finalmente, porque una vez asentada la reacción penal, la responsabilidad civil puede modular adecuadamente no sólo sus fines inmediatos de resarcimiento de los daños y perjuicios materiales

79. Reflexiones similares apunta Ruiz Marco. *Los delitos contra la intimidad.* Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, p. 102.

80. En opinión de Serrano Gómez PE, p. 271, se puede llegar en algún caso a violar incluso el principio de culpabilidad.

y morales (de especial relieve estos últimos en relación con estos delitos), sino asimismo otros preventivos (tanto de prevención general como especial) que comparte – bien que con menor intensidad – con la pena.

9. Bibliografía

Anarte Borrallo. Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del CP. *JD*, n. 43, 2002.

Bajo Fernández. El secreto profesional en el Proyecto del CP. *ADPCP*, 1980.

Bajo Fernández. *Comentarios a la legislación penal*, I. Cobo del Rosal (dir.), Bajo Fernández (coord.). Madrid: Edersa, 1983.

Benítez Ortúzar. *La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesiona*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

Carbonell Mateu/González Cussac. In: Vives/Boix/Carbonell/González Cussac, *Derecho penal*. Parte especial. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

Cortés Bechiarelli. Delitos contra la intimidad, control de las comunicaciones y secreto profesional del Abogado. *RP*, n. 11, 2003.

Higuera Guimerá. El descubrimiento y la revelación de secretos. *AP*, n. 31, 2002.

Jorge Barreiro. El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales). *LL*, 1996.

Jorge Barreiro. *Comentarios al Código Penal* (dir.) Rodríguez Mourullo, (coord.) Ag. Jorge Barreiro. Madrid: Civitas, 1997.

Landrove Díaz. Descubrimiento y revelación de secretos. *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*. Santiago de Compostela, 1976. *PJ*, n. especial XIII, 1990.

Mayordomo Rodrigo. Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional. *AP*, 2002.

Manzanares Samaniego/Albácar López. *Código Penal* (comentarios y jurisprudencia), Granada: Comares, 1990.

Mir Puig. *Derecho penal.* Parte general. 6. ed. Barcelona: Ed. Reppertor, 2002.

Miralles. In: Bajo Fernández (coord.). *Compendio de derecho penal* (parte especial). Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1998. v. II.

Morales Prats/Quintero Olivares (coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.* 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2002.

Muñoz Conde. *Derecho penal.* Parte especial. 14. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

Octavio de Toledo y Ubieto. Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional. *LL*, 1983.

Orts Berenguer/Roig Torres. *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

Paredes Castañón. Descubrimiento y revelación de secretos. In: Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica.* Granada: Comares, 2002.

Rodríguez Devesa/Serrano Gómez. *Derecho penal español.* Parte especial. 18. ed. Madrid: Dykinson, 1995.

Romeo Casabona/Castellano Arroyo. La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica. *DS*, 1993.

_____. Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles. *Información y Documentación Clínica,* v. I. Romeo Casabona (dir.). CGPJ y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997.

_____. El consentimiento informado en la relación entre médico y paciente: aspectos jurídicos. *Problemas prácticos del consentimiento informado.* Barcelona: Fundació Víctor Grífols i Lucas, 1999.

_____. *Comentarios al Código Penal.* Parte especial, II. Díez Ripollés y Romeo Casabona (coords.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

_____. *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Ruiz Marco. *Los delitos contra la intimidad.* Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática. Madrid: Ed. Colex, 2001.

Sola Reche. Algunos problemas relativos a la intimidad del paciente VIH+. *DS*, v. 3, n. 1, 1995.

Soto Nieto. El secreto profesional del abogado. *LL*, 1997.

Urruela Mora. Sobre la solución al conflicto de intereses entre la persecución del delito de aborto doloso y el deber de secreto profesional. *Ethica*, n. 36, 1999.

Terrorism: technology, religion and globalization

Emilio C. Viano
Department of Justice, Law and Society.
School of Public Affairs.

Summary: 1. Interdisciplinarity of the topic – 2. The history of terrorism – 3. The new terrorism – 4. Terrorism and new technologies – 5. Terrorism in the contemporary world scene – 6. Terrorism and globalization – 7. Secular, religious and fundamentalist terrorism – 8. Terrorism, guerrilla and crime – 9. The definition of terrorism – 10. New areas of inquiry – 11. The role of and the opportunities for social scientists and criminologists – 12. References.

Abstract: This article provides a comprehensive overview of the history and development of terrorism as it is understood at this time. It also strives to address why one can speak of a "new" terrorism today. In particular, it analyzes the impact that new technologies, globalization, worldwide newsmedia, and religious fundamentalism have on new forms and expressions of terrorism. It also identifies new areas for research and work and in particular it covers the role that social scientists and criminologists can play in the analysis, investigation and prevention of terrorism.

Key-Words: Terrorism – Criminological investigation – Globalization – Religion.

Resumo: Este artigo propõe panorama da história e do desenvolvimento do terrorismo, como é compreendido atualmente. O texto também procura saber por

que se pode falar de um novo terrorismo, hoje. Analisa-se o impacto que novas tecnologias, globalização, mídia e fundamentalismo religioso têm sobre novas formas e expressões do terrorismo. O artigo também identifica novas áreas de pesquisa e trabalho e particularmente reflete sobre o papel de cientistas sociais e criminólogos na análise, investigação e prevenção do terrorismo.

Palavras-chave: Terrorismo – Investigação criminológica – Globalização – Religião.

1. Interdisciplinarity of the topic

Terrorism is definitely an interdisciplinary topic. To understand, address, combat and prevent it, it requires the insights and contributions of history, political science, social science, philosophy, religion, psychology, sociology, finance, strategic studies, international relations, criminal justice, crime prevention and control, public safety, warfare, counterterrorism theory and practice, anthropology, languages and cultural studies. History, the social sciences, political science, and psychology are especially useful in understanding the origins, reasons, justifications, motivations, and changes in the meaning and definition of terrorism. For example, recent times have seen the emergence of terrorism which is not ideological in a political sense. It is instead inspired by religious fundamentalism and ethnic-separatist elements. Terrorists may be loners like the Unabomber in the United States or people working in cells, small groups or bigger coalitions. They do not answer to and are not dependent on any government; they function across national borders; and they use advanced technology and receive funding practically anywhere in the world. Contemporary terrorists are not worried about limiting casualties. On the contrary, religious terrorists like Al-Qaeda prefer large numbers of casualties.

Current terrorism takes great advantage of ease and speed of travel, advanced communications, constantly improving technology, fast, silent and

anonymous financial transactions, and scientific and technological breakthroughs that greatly facilitate its mission. Most of all, the "new" terrorism has a global dimension that would not have been possible just 30-40 years ago. There is no question that globalization has greatly facilitated the activities of terrorism while it is also one of its root causes along with religious extremism. Theories to explain the appearance, growth and expansion of terrorism need the input of diverse scholarly and scientific approaches to help us understand the complex matrix of social, cultural, economic, religious, psychological, political and strategic variables behind the phenomenon (Sharif, 1995; Ross, 1996).

The interest of the social sciences in terrorism dates back to the analysis by political sociologists of anarchism, revolutionary movements, and insurgencies. Sociologists focusing on social change have also dedicated considerable space to the topic. Marxist and leftist sociologists did address issues related to terrorism too but in the context of liberation movements. The analysis and development of the area expanded particularly in the 1970s spurred by the growth of the phenomenon in the Middle East, related especially to the Palestinian-Israeli conflict; in Europe, particularly in Germany, Spain, the United Kingdom (Northern Ireland), and Italy; and in various Latin American countries. In South America especially, theologians and other reformers involved in the liberation theology movement and the struggle for social and political change in the hemisphere also contributed to the field. Work on the phenomenon was no doubt influenced and colored by political currents like Marxism and other left-leaning approaches, which stressed themes related to the struggle of the oppressed against subjugation and exploitation by colonialism and capitalism. On the opposite side of the spectrum, the center and center-right perspectives emphasized instead the darker, criminal or anti-democratic side of terrorist activities. Sociology has provided the conceptual approaches, theories and tools to analyze, understand, and explain terrorism as a social phenomenon and to formulate remedial and preventative interventions.

The rich literature on crime, deviance and the administration of justice that expanded progressively in quantity, quality and insightfulness from the 1970s on, first in the United States and then in Europe and elsewhere, helped to stimulate interest in the phenomenon and provided the analytical tools and conceptual framework needed to approach the phenomenon. For instance, one can easily understand how differently terrorism is seen by conflict theory versus functionalism. Conflict theory sees it as an expression and manifestation of the struggle for power, control, and access to resources that universally characterize social life and as a reaction to exploitation and oppression by the subjugated in society who must resort to this type of stealthy and covert violence to compensate for the inequality in military and political power monopolized by the oppressors in control. Functionalism will instead underline how terrorism represents an aberration and a dysfunction in social life, a manifestation of a disease-like condition that can and must be cured or eliminated by a well planned intervention meant to eradicate it as a dysfunction and to restore order and a healthy condition.

2. The history of terrorism

Terrorism, in the most generally accepted use of the word, is basically and fundamentally political. It is also very much about power: pursuing power, acquiring power, and using power to cause political change. Consequently, terrorism is also violence or, just as importantly, the threat of violence utilized and aimed in the pursuit of or in the service of a political objective.

The word "terrorism" initially became popular during the French Revolution when it did have a pro-governmental, "positive" connotation. The "regime de la terreur" of 1793-94, from which the English word originates, was established as a means to impose and consolidate power during the transient anarchical time of disorder and unrest that followed the revolution of 1789, as it often happens after revolutions. Thus, instead of meaning an anti-government operation, like it does

today, the regime de la terreur was actually a government tool used by the recently established revolutionary state. It was meant to consolidate and firm up the power of the new government by intimidating, terrifying and eliminating counter-revolutionaries, political opponents and any other dissidents that the new regime judged to be "enemies of the people."

The liberal use of the guillotine in a very public spectacle at Place de la Concorde in Paris and elsewhere throughout France sent a very powerful message to everyone who might even just think of opposing the revolution or wanted the return of the previous regime. At that time and quite ironically, terror was connected with the ideals of virtue and democracy. Robespierre, the main figure of this period of terror in France, asserted that virtue is the result of a popular government at peace but that at a time of revolution or unrest virtue must ally itself with terror in order for democracy to survive and overcome any threat. He expressed his approach in his famous statement: "Virtue, without which terror is evil; terror, without which virtue is helpless; terror is nothing but justice: prompt, severe and inflexible. Therefore it emanates from virtue."

Like modern terrorism, the French regime of terror was neither random nor indiscriminate. It was organized, deliberate and systematic. Secondly, its goal and main justification was the creation of a new and better society instead of the previous corrupt and undemocratic political system. The indiscriminate use of the guillotine by Robespierre and the perception that anyone was fair game finally moved the National Assembly's diverse currents to unify in rejecting him and his close collaborators and send them to the same fate: execution by beheading. At this point, terrorism became equated with abuse of office and power with "criminal" implications. Less than a year after the execution of Robespierre, the word "terrorism" was popularized in English by Edmund Burke in his polemic tract against the French revolution where he wrote about "thousands of those Hell hounds called Terrorists (...) let loose on the people."

One of the major outcomes of the French revolution was the growing rejection of absolute monarchical systems that claimed to derive their authority directly from God and therefore to be entitled to a divine right to rule without constraints or limits. It did also inspire the overall political awakening of Europe. Independence and nationalist movements flourished and succeeded in creating modern nation states in some parts of Europe, like in the case of Germany and Italy. At the same time dramatic socio-economic changes were taking place as a consequence of massive industrialization, particularly in England and Germany. The alienation and exploitation of workers by 19th century capitalism provided the fertile ground for the sprouting and growing of new "universalist" ideologies. The most important ones are socialism and eventually communism.

During this period of intense change in Europe the concept of terrorism was expanded and elaborated on. For example, an Italian revolutionary, Carlo Pisacane, who forsook his nobility status to lead an ill-fated rebellion against the Bourbon monarchy in Southern Italy, developed the idea of "propaganda by deed" which has exerted considerable influence on revolutionaries, insurgents and terrorists ever since. Pisacane wrote that "The propaganda of the idea is an illusion. Ideas result from deeds, not the latter from the former. The people will not be free when they are educated. They will be educated when they are free." Pisacane argued that violence is needed not only to attract attention to the cause or to generate publicity but to inform, educate, and in the end get the masses behind the revolution. Pamphlets, wall posters or gatherings will never effectively substitute for the didactic value of violence.

One of the most notable groups to put Pisacane's theory into practice was probably the Narodnaya Volya (People's Will or, also, People's Freedom), a small group of Russian proponents of constitutional government in Russia started in 1878 to limit the unconstrained power of the tsar. Because the Russian impoverished and illiterate masses were apathetic, fearful and alienated, the group resorted to spectacular violent acts to attract attention to its cause and to demonstrate that the

tsarist government was not invulnerable and omnipotent. Narodnaya Volya refined the "propaganda by deed" approach by avoiding mass casualties and focusing instead on specific targets selected for their special association and support of the tyrannical and corrupt tsarist regime and for their symbolic value like the tsar himself, principal members of the royal family, and senior government officials. At times, well prepared attacks on the royals were on purpose not carried out in order to adhere to the principle that "not one drop of superfluous blood" should be spilled. Ironically, the success of the group in assassinating tsar Alexander II on March 1, 1881 led to its complete suppression. One of the conspirators who failed in his attempt and was captured gave the government ample information on the leadership, plotters and safe houses of Narodnaya Volya. Arrests, quick convictions, and sentences of death or imprisonment in Siberia, promptly carried out, eliminated the organization.

The message of Pisacane and of Narodnaya Volya deeply impacted the growing anarchist movement. An anarchist conference in London in 1881 endorsed the killing of the tsar and supported the idea of tyrannicide as a means for achieving revolutionary change. At that conference, an "Anarchist International" or "Black International" was also established, at least on paper. This, real or not, spurred the growth of the mythology of a global revolution in the offing and of related fears and suspicions. Following the assassination of President McKinley in 1901 by a young Hungarian refugee, the U.S. Congress quickly approved legislation barring anyone who did not believe in or rejected organized government from entering the country. From 1887 until the end of the 1920s anarchists succeeded in a series of political assassinations and several well-publicized bombings but had little impact on the domestic or international politics of the countries involved. Well ahead of today's "information revolution," the anarchists made widely available manuals of "how to" or "do it yourself" bombs and other violent acts.

During the last two decades of the 1800s, increasing unrest and liberation movements troubled the decaying Ottoman (Istanbul) and Hapsburg (Vienna) empires. Notably, the Armenians undertook a violent campaign against the Ottoman empire in eastern Turkey. Their goal was to eliminate Ottoman rule on their nation, publicize their cause, and attract sympathy and support. Unfortunately, their quest for freedom and autonomy brought upon them the first recognized holocaust of the 20th century. An estimated one million Armenians were slaughtered by Turkey. At the same time, in what are today Greece, Bulgaria and Serbia, the Inner Macedonian Revolutionary Organization also tried to win independence from the Ottomans. The Macedonians did not succeed in obtaining their independence at that time and their revolutionary organization eventually degenerated into an organized crime group composed of thugs and political assassins.

A similar movement in Bosnia made up mostly of young Bosnian Serbs, "Mlada Bosnia" or "Young Bosnia," was very committed to the establishment of a Southern Slav political entity and approved of assassination as a tool to achieve its objective. This eventually led to the assassination of Archduke Franz Ferdinand on June 28, 1914 and eventually to the outbreak of World War I. The Young Bosnians' activities and assassination plots were supported by other underground Serbian nationalist organizations. Among them was the pan-Serbian nationalist "Narodna Obrana" ("People's Defense or National Defense"), eventually also called the "Black Hand," with close ties to the Serbian military and government. There is still debate and controversy over the exact role of the Serbian military and government in manipulating, training and supplying the Young Bosnians, including the Archduke's killer, and then over their belated attempt to stop the Archduke's assassination. Regardless, one can consider this an early and prime example of "state sponsored" terrorism.

By the 1930s "terrorism" did not mean so much revolutionary movements and violence against governments or empires but rather the politics and practices of mass oppression and repression utilized by dictatorships and their leaders against

their own citizenry. In other words, it meant again, like at the end of the terror regime in France, governmental abuse of power as it was taking place especially in Nazi Germany, Fascist Italy and the Stalinist Soviet Union. Mussolini in Italy and Hitler in Germany did reach power depending in great part on "the street," that is on gangs of black or brown-shirted supporters, often thugs, that were free to harass, beat and discourage any opponent or dissident and expose them and other scapegoats to public condemnation and victimization. This type of "terror" became an integral part of Fascist and Nazi governance, carried out at the whim of and in total obedience to the ruling party which claimed for itself absolute control and domination of the country and its people. Total compliance was guaranteed through various violent measures including fear, coercion, political violence, street attacks, and the widespread persecution of Jews, Gypsies, homosexuals, and religious figures and others who protested.

At the head of the Soviet Union, Stalin learned from Hitler how to transform a political party, the Communist Party, into an instrument totally submitted to his will and the state's law enforcement, military and intelligence agencies into servile tools of repression, coercion and oppression. Unlike Germany, Italy and other countries (e.g., Spain), Stalin did not have to brawl his way to the top. In the 1930s the Communist Party was firmly in control in the Soviet Union. Thus, Stalin's repressive purges, mass exiles, mass forced labor, mass transportation to Siberia and gulags were planned and viciously carried out as a progressive conspiracy to seize total power and completely silence any dissent through state terrorism.

There is no question that similar forms of state-planned, imposed or directed violence have taken place and are still taking place in various parts of the world. It has been a well known aspect of right of center military dictatorships in Latin America, Europe, Asia and Africa, especially in Chile, Argentina (Buchanan, 1987; Cox, 1983), Brasil in South America; Greece, Spain and Portugal in Europe; various African countries; and The Philippines, Indonesia, Burma and Pakistan

in Asia. It has even affected elected governments in the 1980s in, for instance, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Colombia and Peru and today, Zimbabwe, Uzbekistan, Egypt and others in the Middle East. The Cultural Revolution in the People's Republic of China in the 1960s under Chairman Mao is an example of state terrorism on the left. The use of violence and intimidation by those already in power against their own people is generally called "terror" to distinguish it from "terrorism" which is violence carried out by non-state entities (Moxon-Browne, 1994).

The meaning of terrorism changed once more after World War II. It reclaimed the revolutionary reputation with which it is associated today. At that time, in the late 1940s, 1950s and even 1960s, it was connected with the uprisings by indigenous populations in various parts of the world – Africa, Asia, the Middle East – to expel European colonial powers from their countries. At times they involved long guerrilla wars or terrorism. Well known examples are Algeria, Cyprus, Israel, Kenya and Vietnam. Many nationalistic rebellions took the form of guerrilla war. The Cuban revolution of 1956 became a model for left-wing ideologues as a struggle against capitalist powers. Thus, while it did not create guerrilla warfare, it popularized it throughout the world. What the ideologues did was to move beyond the structure of the guerrilla war and create an underpinning theory. While guerrilla war became and still is the preferred method of fighting for revolution in Latin America, only the Sandinistas, among guerrilla movements, succeeded in overthrowing the established government in Nicaragua in 1979.

Because these movements were perceived internationally as a struggle for liberation, de-colonization and self-determination, thanks in part to adroit public relations campaigns by the insurgents and their supporters in the First World, the term "freedom fighter" became increasingly used to describe them. This was also part of the Cold War's psychological and political warfare between the Soviet Union and its supporters, which praised the insurgents fighting against capitalism, and the United States and Western European countries which resisted them, for instance in The Philippines and Puerto Rico in the case of the United States. Thus,

for example, the United States in the 1980s called the guerrillas in El Salvador, Guatemala and Honduras "terrorists" because of their leftwing leanings and invested considerable military and counter-insurgency resources to defeat them. At the same time, it considered the mujahedins fighting the Soviet occupation in Afghanistan "freedom fighters" and provided them with ample assistance, training and arms. Several Third World and communist-block countries used this way of describing insurgency and rebellion, stating that any armed struggle against Western colonialism was not terrorism but fighting for freedom. This view was possibly most famously expounded by the chairman of the Palestine Liberation Organization (PLO), Yasser Arafat, when he spoke before the United Nations General Assembly in 1974. He stated that the main difference between the revolutionary and the terrorist is to be found in the reason why each fights. "For whoever stands by a just cause and fights for the freedom and liberation of his land from the invaders, the settlers, and the colonists, cannot possibly be called terrorist."

At the end of the 1960s and in the 1970s, terrorism was still viewed within a revolutionary framework even though it expanded to encompass nationalist and ethnic separatist groups beyond a colonial or neo-colonial context and also radical and ideologically driven organizations. In particular, ethnic minorities seeking independence or autonomy used terrorism, and still do in some cases, not only to inflict casualties and serious damage to the dominant group but also to attract international attention, sympathy and aid. Among them were, and still are in some cases, the Palestinian Liberation Organization (PLO), the Quebec, Canada's separatist group Front de Libération du Québec (Front for the Liberation of Quebec, FLQ), the Basque ETA (Euskadi ta Askatasuna or Freedom for the Basque Homeland), a South Moluccan group seeking independence from Indonesia and striking out in The Netherlands, the PKK (Kurdistan Workers' Party) (Criss, 1995), the Irish Republican Army (IRA) which renounced the armed struggle in 2005 (Bell, 1996) and others. The American intervention in Vietnam and the perception that there were congenital social and economic

disparities in the modern, capitalistic, and liberal state justified the evolution of several left-wing political extremist groups, like radical student organizations and various Marxist, Leninist or Maoist movements in Europe, the United States and Latin America, into terrorist entities. The late 1960s saw major student's upheavals in Western Europe and the United States that had in some case terrorist overtones and rhetoric (Wilkinson, 1994).

Recently, the term "terrorism" has been utilized to describe broader, less narrow phenomena. In the early 1980s, terrorism was considered a planned and calculated strategy to destabilize the Western world as part of a vast global conspiracy. Claire Sterling (1986) in her book *The Terror Network* described apparently isolated terrorist events committed by different groups around the globe as in reality connected elements of a massive secret plan, supervised by the Soviet Union and implemented by its Warsaw Pact client countries, to annihilate the free world. The attempt on the life of Pope John Paul II that severely wounded him was seen as part of this master plan. It was committed by a Turk as the reported proxy of the Bulgarian secret service acting on instructions by Moscow. The Cold War atmosphere at the time made this theory very appealing, particularly to receptive American and some European governments.

The communist conspiracy was eventually overshadowed in the mid-1980s when a series of suicide bombings aimed mostly at American diplomatic and military targets in the Middle East abruptly called attention to the growing menace of state-sponsored terrorism. Several renegade foreign governments like Iran, Iraq, Libya and Syria were suspected and accused of being actively involved in sponsoring or commissioning terrorist acts. The major episodes of this state-sponsored or supported terror during the 1980s were the bombings of the Marines barracks in Lebanon in 1983 attributed to Hizbollah ("The Party of God", also "Islamic Jihad") supported by Iran and Syria and of the Pan American flight 103 over Scotland on December 21, 1988 in which 250 passengers and crew, mostly Americans, were killed. In 1991 two Libyan agents were charged with the killing and the

government of Colonel al-Qaddafi was widely believed to have been involved. Sanctions were imposed by the United Nations on Libya in 1992. The sanctions were suspended in 1999 when Libya handed over the suspects for trial. A Scottish court that actually met in The Netherlands convicted one of the accused and acquitted the other. The sanctions were lifted in 2003 after Libya took responsibility for the bombing and agreed to a $2.7 billion settlement that also included compensation for the bombing of a French UTA airplane over Niger in 1989.

In the early 1990s, the meaning and use of the term "terrorism" were once more twisted by the appearance of two new expressions: narco-terrorism and the "gray area phenomenon." Narco-terrorism was initially linked to an overall communist and Soviet plot to sabotage Western society. It presumably involved the use of drug trafficking to support and implement the objectives of certain governments and terrorist organizations like the Soviet Union, Cuba, Bulgaria, and Nicaragua, among others. The emphasis on this supposed type of narco-terrorism diverted attention from a truly emerging trend: the alliance of completely criminal, violent and economically driven organizations with terrorist and guerrilla entities using violence not only for the advancement of their business activities but also for specifically political ends. One of the best known examples of this was the growing power and influence of the Colombian cocaine cartels with their close alliance with left-wing terrorist groups in Colombia and Peru and their repeated efforts to undermine Colombia's elections and the governments of that country. The CIA was also alleged to have engaged in some form of drug trafficking mostly directed at minority communities in Southern California to finance arms deals for the "freedom fighters" it supported against the Sandinista regime in Nicaragua (Brown and Merrill, 1995).

In the 1990s terrorism was also placed by some analysts into the "gray area phenomenon," possibly stressing the difficulty to clearly pinpoint where terrorism is and what it is. Basically, this approach reflects the growing fluidity and chameleon-like changeability of sub-national conflict in the post-Cold War era.

Terrorism in this sense represents threats to the stability of nation states by non-state actors and violence impacting large regions of the world or major urban areas where the central government has lost its influence and control to new half-political, half-criminal groups. It also covers different types of conflicts that do not fit well into traditionally recognized concepts of war as the fighting between clearly marked armed forces of two or more recognized countries. It involves instead irregular forces as one or more of the combatants. The shift here is clearly towards non-state conflict. Consequently, one could say that terrorism is simply a manifestation of violence in a particular time period and thus it evolves and manifests itself in different ways. In a sense, terrorism is always changing and new (Yonah and Latter, 1990). It must be kept in mind that terrorism also existed and thrived in Europe and in North America. In the United States in particular, the most notorious example is the Oklahoma City bombing carried out in 1995 by people following a strong rightwing ideology (Baumel, 1999; Smith, 1994; Stern, 1996; Walter, 1995; Corcoran, 1995; Coates, 1987).

3. The new terrorism

The United States and the world, particularly the Western world, were awakened to the existence of a new form of terrorism based in the Middle East by a series of events that ultimately culminated in the September 11, 2001 catastrophic attacks in New York and Washington D.C. Since then the names of Osama Bin-Laden and Al-Qaeda have become universally known and immediately connected with a violent struggle against the United States and Western interests based in the Middle East but with an international reach and a strong religious dimension (Stern, 2002).

The "new" terrorism has greater potential to cause damage to the United States, the West, and many other countries, including some in the Muslim world. The dangerousness of the new terrorism stems in particular from its being

built around loosely linked cells that do not depend on a single leader or state sponsor. It is transnational, borderless, and carried out by non-state actors. If one were to compare the "new" and the "old" terrorism, one would emphasize the following differences:

1. The new terrorism is more violent. In the old model, terrorists wanted mostly attention, not mass casualties. Presently, the want both.

2. The most dangerous terrorists today are transnational non-state actors who operate at the global level and want to inflict damage and even destroy not just the West but all secular state systems, including the Islamic ones.

Previous terrorist organizations had mostly local agendas and aspirations. Today's terrorism is global in reach and has strategic objectives. Its members are transnational, non-state actors whose allegiance goes to a cause, not a particular state or political entity. This presents considerable challenges to governments attempting to respond and combat terrorism. In the diplomatic, economic and military areas they operate on state to state level and have difficulty effectively addressing a challenge posed by a non-state actor. A state reacting to a real or perceived threat wants to know whom to threaten with force, whom to negotiate with, and whom to sanction. The new terrorism makes this practically impossible.

3. The new terrorism is much better financed than its predecessors who depended mostly on the respective state sponsor to fund their activities. Contemporary terrorists can access income generated from legal and illegal sources and are not accountable to state sponsors or others. Al-Qaeda for example is often mentioned as a rich, multinational organization with many sources of income. Reportedly, it has investments and secret accounts worldwide, several in Western countries. This wealth can be used to buy entry and safe haven in certain countries; to subcontract certain missions to local organizations that know best the terrain; and to compensate the families of terrorists killed in action.

4. Contemporary terrorists are much better trained in the conduct of war than those in the past who often were amateurs using home-made explosives and

old weapons. Many terrorist operatives are reputed to be well trained in military, special operations and intelligence functions.

5. Current terrorists are more impenetrable than previous groups. The loose, but networked, cellular structure of Al-Qaeda and similar terrorist organizations of today are especially hard to penetrate, particularly for bureaucratic and hierarchical security organizations like those of the United States and other Western countries. In particular, Western intelligence's reliance on technical means of intelligence collection and relative neglect of intelligence gathering by on-the-ground human agents make it quite difficult to identify, locate, and infiltrate this type of cell-like decentralized organization. It is normally composed by many cells whose members are unknown to one another, have never met in one place together, and utilize strict communication discipline. Religious and highly motivated extremists are also difficult to entrap using money, entertainment and sex. They cannot be so easily bought, bribed or blackmailed. The large reward offered by the United States for the capture of Osama Bin Laden is to date still uncollected. This demonstrates the special challenges that Western intelligence is faced with in trying to address the threat posed by contemporary terrorist organizations with a religious component.

6. The reputed availability of weapons of mass destruction greatly raised the bar on the threat posed by today's terrorists and the potential damage that they can inflict. In the past the major concern was about small arms; explosives, particularly Semtex or plastique; rocket-propelled grenades; and once in a while, the shoulder-fired anti-aircraft missile. While these weapons continue to be used, these days a major concern is about nuclear, radiological, chemical and biological weapons, all potentially catastrophic. Reportedly, covert suppliers of these weapons of mass destruction (WMD) are numerous, originating mostly from Russia and Eastern European countries once under the control of the Soviet Union (Gavel, 2002).

4. Terrorism and new technologies

Significant changes in the terrorists' methods include the utilization of new technologies, the deployment of terrorists across international frontiers, and changes in the origins of support. Information technologies used by terrorists include the internet, cellular phones, instant messaging and real time photographic and filming capabilities. This has amplified the global reach of several terrorist organizations. To date, however, there has not yet been a major cyber-terrorist attack. However, hacking has been utilized. Internet sites have been under attack; websites have been hijacked or defaced; there have been cases of denial of service, automated email bombings, and also web sit-ins. Management and administrative functions of terrorist organizations; coordinating operations; recruiting possible members; improving communications between members; attracting people sympathetic to the cause; collecting, managing and transferring funds; and spreading the group's message and philosophy have been greatly facilitated by the impressive technological advances in global information. There is no doubt that this has facilitated the tasks of the terrorists and allowed them to greatly expand the range and speed of their activities. In particular the synchronization of terrorist attacks, like those of September 11, 2001 and those on various U.S. embassies in East Africa in 1998, was made possible by contemporary information technology.

Different groups like Aum Shinrikyo, the Popular Front for the Liberation of Palestine, Israel's Kahane Chai, Peru's Shining Path, the Kurdistan's Workers Party and others all operate and maintain user-friendly website, often also in English or with English sections. The internet is very beneficial to terrorist groups just like it is to legitimate groups, trade, and commerce. Methods utilized through the internet are sending encrypted messages, embedding invisible graphic codes using steganography (Denning, 2001), sending death threats through the internet, and hiring hackers to gather intelligence and penetrate websites and servers.

Globalization and the establishment of regional trading zones like the European Union, Mercosur, NAFTA and others have made it easier for terrorists to expand their activities internationally across borders that often today do not exist any more in an operational sense. Thus, it is not only legitimate commerce and trade that gain from the abolition of border controls. Criminals, organized crime, drug trafficking and terrorists also see their work made easier and their movements less easily detected. This has facilitated the territorial expansion of terrorist groups, the establishment of cells abroad, free movement across vast regions of the world in the planning and execution of terrorist activities. It has also been easier for terrorists to avoid detection, being stopped or captured. If they are arrested, the international nature of their activities also complicates their prosecution because of the complexities of extradition treaties and procedures.

Thanks to technological innovations and easing of financial operations worldwide, terrorists are also expanding their net in assembling financial resources to fund their operations. While Al-Qaeda is reputed to be one of the best financed terrorist networks, the number of groups supported by global financing networks is large. It is reported that Aum Shinrikyo, Hamas, Hezbollah, the IRA (O'Day, 1994), the Tamil Tigers and others benefit from a vast network of funding sources. These sources may include legal enterprises like non-profit and charitable organizations whose illegal activities may constitute only a small percentage of overall fund-raising activities and which may be unknown to donors; legal companies, like Bin Laden's group of construction companies, diverting legal funds to illegal activities; and illegal enterprises like drug production, trafficking, and smuggling; bank robberies, fraud, kidnappings, extortion. Websites have also been used to raise funds (CSIS, 1998).

The smooth movement of terrorists' financial resources is illustrated, for example, by the reported movement of gold and U.S. currency across the border between Afghanistan and Pakistan as U.S. and allied military forces were rooting out the Taliban. Once the gold and currency arrived in Pakistan, they were swiftly

transferred to the informal *hawala* or *hundi* banking system to other Middle Eastern countries. There it was converted into gold bullion and dispersed around the world. Additionally, terrorist funds have been converted into other prized commodities like diamonds in Sierra Leone and the Congo, and tanzanite in Tanzania. In general terrorist groups, whose assets may be a small fraction of the total amount of funds moved daily by organized transnational crime groups, use a variety of vehicles for the transfer of money, from couriers transporting money to using traditional banks, Islamic banks, money changing enterprises, and informal exchanges like the *hawala* or *hundi* systems.

In conclusion, terrorist groups are able to use the same ways of communication, coordination, and cooperation as other international organizations like states, multinationals, non-governmental organizations, and individuals. There is no question that what is good for international commerce and communications is also good for international terrorism (White, 2002).

5. Terrorism in the contemporary world scene

Samuel Huntington (1996) outlined a theory of conflict for the 21st century. He states that different historical periods have been dominated by particular types of conflict. After the collapse of the Soviet Union in 1991, the United States is the world's only superpower. The struggles that may threaten world peace will no longer focus on nationalism or ideology. Most conflicts will be the result of volatile regions where cultural confrontations threaten to spread violence and one of the major factors defining culture is religion. In Huntington's opinion, international peace will be especially threatened in "torn countries," where more than one civilization exists within a single area. The Balkans, where violent ethnic and religious strife and ethnic cleansing took place in the 1990s, is a classic example of Huntington's thesis which stresses the links between religion and terrorism. Each culture or civilization has its religious zealots that try to impose their values

and views on everyone else. Each religion has its literal believers who have deeply absorbed its symbols and myths and linked them to ethnic and nationalistic aims.

According to Huntington's thesis, terrorism is emerging and will probably continue to find supporters among violent, true believers in areas of conflict. The implications for the United States are clear: first, it will be targeted by religious zealots from different cultural backgrounds because they believe that the United States has wrongly intervened in their societies and has violated their religious norms. Western Europe and Japan will be targeted as well. Second, since the United States routinely welcomes immigrants from all types of civilizations, there is within it a growing potential for religious strife. While the United States is not a "torn" country, it does provide a battleground for zealots of different religions who want to change or punish America with violence and for right wing extremists who violently object to the increasing diversity of the country and forcefully oppose those who tolerate it and the government that makes it possible. The 1995 Oklahoma City bombing is a clear example of the latter. Religious terrorism and violent extremism will persist as problems for America and Western-style countries both at home and abroad.

Experts like Bruce Hoffman (1998) and Walter Laqueur (1996, 1997, 1998) state that we are not only witnessing a strong resurgence and expansion of terrorist groups motivated by religion but that the situation is made much more dangerous by the fact that religious terrorists behave differently than ethnic and nationalistic terrorists. The reason is that they are not constrained by the same factors that may inhibit other types of terrorists. In Hoffman's view, religious terrorists differ from political terrorists in many ways. "Holy terror" represents a value system that is opposite to "secular terror." Secular terrorists function within the dominant political and cultural reality. After all, they want to win, to defeat the political system that is oppressing them. While they may want to destroy a certain political structure, they also want to replace it with their own. Religious or "holy" terrorists are under no such constraint. For them the world is a battlefield

between the forces of good and evil, light and darkness. Winning is not understood in political terms. The enemy must be completely destroyed. For political terrorists, killing is the outcome of an operation. For holy terrorists, killing is a sacramental act. Killing is the goal of their operation. For Islamic terrorism, for example, the purpose of terrorism is to kill the enemies of God or to convert them to Islam (Rapoport, 1989).

No doubt, most Islamic theologians and believers would strongly disagree with such statements and be offended by the use of the expression "Islamic terror." However, what it is being referred to here are fundamentalist and violent extremists that can exist in any religion. They change a religion based on peace and justice into one of intolerance and hatred. Violent extremism can be Islamic, Jewish, Christian or other religions' terrorism (Sargent, 1994). The last three decades of the XX century saw for example the formation of the Sikh Dal Khalsa and the Dashmesh organizations in the Punjab region of India, in 1978 and 1982 respectively; the emergence of the Shiite Hezbollah in Lebanon with Iranian patronage; the beginnings of militant Sunni organizations like Hamas and Islamic Jihad linked to the start of the Palestinian intifada in 1987; and of Aum Shinrikyo in Japan the same year.

6. Terrorism and globalization

The root causes of the appearance and growth of religious terrorism can be found in the accelerated disappearance of traditional forms of social and cultural cohesion within and between societies under the apparently unstoppable impact of globalization, along with the historical legacy and current reality of political repression, economic disparities and social change in today's world. This has heightened and deepened the sense of fragility, instability and unpredictability that many feel for different reasons in various parts of the world. Presently, the scale, amount and intensity of religious terrorism, rather

unprecedented in militancy and activity, indicate the depth of perception that those particular faiths and the communities linked to them stand at a critical survival juncture and that extreme measures must be taken to ensure that they continue existing.

The perceived corruption of indigenous customs, religions, languages, economies, entertainment and so on are blamed on an international system that is frequently associated with American culture and values. The resulting distortions in local communities that result from being exposed to the global marketplace of ideas, goods and values are more frequently blamed on the U.S. led modernization. Christopher Coker (2002) aptly observes that while globalization is reducing the propensity for instrumental violence, that is violence between states and communities, it is increasing the incentives for expressive violence, that is violence that is ritualistic, symbolic and communicative. The current international terrorism is more and more frequently rooted in a deeply felt need to assert identity or meaning against the advancing forces of homogeneity, particularly on the part of those cultures that are threatened by or are left behind by the secular atmosphere created by Western-led globalization.

According to a report published by the United Nations Development Program, one of the regions with the biggest deficit in terms of human development – the Arab world – is also the epicenter of the world's most menacing religiously driven terrorism. There is substantial political discontent in the disenfranchised areas of the region of the world that feel bypassed by the promises of globalization, particularly greater freedom, economic prosperity, and access to education, training and knowledge. As a result there are dashed expectations, increasing resentment of the hegemonic and often corrupt governments often supported by the United States, and a desire to strike at the overpowering forces of modernization and globalization. There is also a desire to change the course of U.S. policy in the Middle East and Persian Gulf, particularly as it impacts the Israel-Palestinian conflict. Given the enormous military power of the United States, the preferred

course of action is not direct confrontation but rather the asymmetrical response that is terrorism.

The United States is a preferred target first of all because of its involvement in the politics and conflicts of various regions of the world and secondly because it is perceived to be the primary moving force behind globalization. Thus, today it is not possible to analyze terrorism without taking into consideration globalization. Both are tightly interwoven forces that impact and characterize global security in the 21st century. The main concern is whether or not terrorism will be able to disrupt the promise of a better life for millions of people. Globalization is not an inevitable, linear development that cannot be stopped. Terrorism could severely disrupt it. At the same time terrorism derives substantial benefits and its operations are greatly facilitated by the very globalization against which it fights.

Thus one could say that terrorism is a by-product of larger historical shifts in the worldwide distribution of all types of power, economic, military, political, ideological and cultural. At the same time, this power in all its different forms is also the leading force behind globalization. It is understandable that during times of major upheaval and change, those in particular who are not benefiting from the various changes and find them alien and threatening will look for alternative ways to understand and control their environments. Assuming that current trends will continue, global disparities and inequalities will continue to grow and so will the availability of information and capability to quickly connect through the world. Thus we can anticipate that the reasons for and the sources of terrorism will not only continue to exist but will grow and expand. At the same time terrorists will have continued access to more powerful technologies, more territory, more targets, more ways to recruit members, and more exploitable sources of discontent and rage than before. Thus, the current threat posed by terrorism is the product of the collision of different elements: maximum Western power, particularly that of the United States; globalization, driven mostly by Western interests; and the

fundamentalist reaction to these trends impacting centuries-old ways of life in different parts of the world (Barber, 1991).

A serious problem is that the response of the West to terrorism is inadequate, superficial, and unlikely to dampen or mitigate any of the long term trends already mentioned above. The benign intentions of the mostly and increasingly secular West do not necessarily appear benign at all to those who are marginalized by globalization. To frustrated people in the Arab and Muslim world, and elsewhere as well, the strict following of fundamentalist religious doctrines and practices may appear to be a rational response to the perceived when their own governments are offering no alternative solution or approach. This is not meant to justify the terrorists' actions. However, it underlines the reality that small groups of dedicated terrorists could not survive and operate for a long time without the widespread support of the larger population or at least its threat posed by Western secular forces through globalization, particularly passive acceptance. It is at this level of operation that possibly effective interventions by the West should begin and focus. It is the broader, enabling environment that must be studied and addressed and not just the specific terrorist movement and its cells (Kupperman, 1979, 1984).

Terrorism is a complicated phenomenon. While at times short-term military action may be necessary and useful, it is also necessary to study it through an in-depth, long-term, high-level analysis. Moreover a panoply of long-term policy instruments should be used to change the international environment that makes it possible for terrorist networks to be born and rapidly grow into formidable organizations (Howard, 2002). There is no question that the more effective policy tools are probably the non-military ones like intelligence, public diplomacy, strengthened cooperation with allies, up-to-date international conventions and treaties, political reform leading to genuine democratization and the uprooting of corrupt and uncaring regimes, and economic assistance (Burton, 1976; Campbell, 1997, Cobban, 1984).

7. Secular, religious and fundamentalist terrorism

Religious terrorism takes theological issues out of context and twists them to justify the violence and the terror. Precisely because they take actions out of context, religious terrorists are not subject to social limitations on violence. Therefore, they kill indiscriminately, feeling justified because they are killing the enemies of their deity. Religious beliefs are a very useful, powerful and ready-made source for justifying terrorism because it can sanctify the terrorist and deify the terrorism. To be "deified" means that the act of terrorism itself is made sacred and holy. The religious terrorists are no longer working only for mortals. They are on a mission from God (Kibble, 1996).

There is another difference between secular and religious terrorists. Political terrorism is also theater aimed at influencing a wider audience to spread a message and obtain support. Thus, targets must be carefully chosen and there are some limits to what one can do. On the other hand, religious terrorists are working only for their god. Thus, they need no wider audience or social approval and have no reason to constrain themselves. Juergensmeyer (1992, 1999) describes the conditions that must exist for terrorists to reach these conclusions. Believers must identify with a god and believe that they are participating in a struggle to change the course of history and achieve a new relationship between good and evil. They demonize the enemy linking it to ultimate evil. When they think that the struggle has reached a critical stage, violence may be approved and terrorism may result. The right combination of these elements and beliefs can produce a fanatical terrorist.

In general a "normal" religious person will feel justified and righteous when acting in the name of the deity. This is so whether the cause is love or war and it is not limited to socially illegitimate forms of violence. True-believing terrorists actually mimic and exaggerate mainstream social patterns and beliefs. They use the established, social paths and models of religion and ideology to justify their actions (Pearlestein, 1992; Oliverio, 2001).

Fundamentalist terrorism in the 21st century is perceived as being based mostly in the Middle East and/or in Islamic countries. The roots of Middle Eastern terrorism are complex but can be reduced to four major areas: questions on the political control of Palestine or the Israeli-Palestinian conflict (Nusse, 2000); on who should rule the Arab world or intra-Arab rivalries and struggles; on the relations between the two main branches of Islam, Sunnis and Shiites; and on how to eliminate and expel Western colonialism and imperialism and create again a pan-Arab "Caliphate" or realm of Islam. Terrorism originating in this area is especially driven by anti-Western feelings because of the historical colonial domination and exploitation of the region. France and especially Great Britain dominated the region or attempted to for centuries. The Soviet Union also made forays attempting to gain a warm water port and counteract the other two colonial countries' influence. The United States has also played an increasingly dominant role in the region linked to the exploitation of its energy resources and at times in direct or indirect confrontation with the other Western colonial powers and the Soviets. The rejection of Western presence and influence is connected with the colonial experience and also with the deeply held feeling that this entire region should be an exclusive Islamic realm. The presence of American troops in Saudi Arabia or elsewhere in the region has been perceived as not only an indication of colonial ambitions but also as sacrilegious, a modern version of the medieval crusades. The ideology of Al Qaeda and of other groups inspired or associated with it stresses both themes – anti-colonialism or "anti-crusaders" and the reestablishment of the "Caliphate" – as a justification for their terrorist activities (Gurr, 1993; Hoffman, 1998; Howard, 2001, 2002; Johnson, 1997).

8. Terrorism, guerrilla and crime

Terrorism is commonly confused or equated with guerrilla activities. This is because guerrilla frequently employ the same techniques – assassinations,

kidnapping, bombing of public places, hostage taking – for the same reasons as the terrorists would, to intimidate or coerce, thus impacting behavior through fear. Additionally, both are frequently undistinguishable from non-combatants. However, there are considerable differences between the two groups. Firstly, guerrilla generally refers to a numerically larger group of individuals who act as a military unit, attack military forces or the police, seize and hold territory, if only for a few hours, and at the same time control a defined geographical area and its population.

Terrorists are also frequently confused or equated with common violent criminals. While it is true that criminals, like terrorists, utilize violence to achieve a specific goal and while the violent acts themselves may be similar (e.g., kidnapping, shooting, arson), the purpose or motive are not. The criminal is driven first and foremost by personal greed and the desire for personal gain and does not necessarily intend for his act to have long lasting consequences or to cause psychological repercussions beyond the act itself. While the use of violence by the criminal does often terrorize the victim, it is meant to force and ensure quick compliance with his demands, rather than to make a political statement. Most importantly, the criminal is not attempting to influence or impact public opinion; s/he just wants to get the money or the goods and escape detection and arrest (Turvey et al., 1999).

On the contrary, the terrorist's basic aim is to ultimately subvert and change the system, something that the violent criminal is not interested in. The terrorist is fundamentally an altruist and believes that he is serving a good cause with the goal of achieving a greater good for a larger number of people that he and his group claim to represent. It is important here to note that identifying with a cause is not sufficient to make someone a terrorist. One can be an extremist but not a terrorist, unless and until he acts violently. The terrorist is basically a violent intellectual ready and committed to use force in the realization of his goals (Perdue, 1988).

The terrorist is also different from the lone assassin whose goal is often quite personal and egocentric. John Hinckley who tried to kill and did wound President Ronald Reagan, was trying to impress the actress Jodie Foster. There was no political motivation or ideology behind his actions. His was purely a personal quest. Also, one person cannot claim to constitute a terrorist group. Thus, while Sirhan Sirhan did assassinate Senator Robert Kennedy to protest the United States' Middle East policy favoring Israel against the Palestinians, he acted on his own and did not belong to any organized group.

Terrorism is definitely political in its objectives and motives; violent or threatening violence; meant to have wide and deep psychological repercussions beyond the particular victim or target; committed by an organization with a command hierarchy that can be identified or a cell configuration that permits conspiratorial activities; and carried out by a sub-national group or non-state body. Thus, terrorism can be defined as the deliberate generation, instillation and exploitation of fear into a competing group, or party or government or public opinion through violence or the threat of violence with the goal of introducing political change (Noble, 1999).

9. The definition of terrorism

The statutory definition that the United States government uses to track and keep statistics on terrorism is: "premeditated, politically motivated violence perpetrated against non-combatant targets by subnational groups or clandestine agents, usually intended to influence an audience" [22 U.S.C. 2656f (d)].

By this definition, terrorism has several elements:

1. Premeditation. There must be an intent and a prior decision to commit an act that entails this type of violence.

2. Political motivation, thus eliminating criminal violence for monetary gain or personal revenge. Of course criminal violence can have political repercussions

as it generates more and more fear of crime. And, on the other hand, terror is often connected with criminal activities but its goal is serving a greater good.

3. Attacking people who cannot defend themselves or respond in kind.

4. Planned and carried out by a group. There is debate whether or not there can be a case of "individual" terrorism. The place and the role of clandestine agents and subnational groups is a delicate issue because at times governments, including the United States, have utilized both. This has sometimes meant the use of force which has generated civilian casualties.

Another area of criticism of the definition is that it does not include the threat of violence which some consider terrorism as well. The blurriness of the definitional lines reminds us that terrorism is only one form of behavior along a continuum of possible political behaviors of people who strongly oppose their political situation and conditions and want to change them.

When debating definitions, it is essential to remember that terrorism is first and foremost a method rather than a group of enemies or the objectives they want to realize; and that it is centered on what people do rather than who they are and what they are attempting to achieve. Thus, counterterrorism could be considered not so much a war against evildoers, but rather an attempt to civilize the way in which a heated political contest is waged.

10. New areas of inquiry

There is no question that, after September 11, 2001 in the United States, March 11, 2004 in Spain and July, 2005 in England, interest and research in the topic has grown exponentially and in countless areas. One of them is the mindset of the terrorists and the tactics they use in their quest for power and, ultimately, political and social change. Although terrorists bank on the efficacy of violence in achieving change, their actions are not random, crazed or capricious acts, killing or maiming for the sake of it, as politicians attempting to justify their policies and

huge expenses in the "war against terrorism" maintain they are. On the contrary their actions are carefully planned and conservatively executed. Innocent and harmless people get caught in the middle just as they are in acts of war by various armed forces. Both the military and the terrorists claim that they are performing carefully targeted acts, "precision bombing" in U.S. military parlance, to gain an advantage, and for the terrorists in particular, recognition and publicity. Recently there have been increases in the utilization of violence. Possibly due to the "CNN effect," that is the need to attract worldwide media coverage for maximum impact, terrorists have been engaging in more dramatic and destructively lethal deeds to garner the same amount of attention that a less violent and bloody action would have obtained in the past. In a world saturated with violence and aggression by the media, entertainment, movies, video games and sports like football, hockey, boxing, etc., terrorists seem to have understood that to get and hold a jaded public's attention, they must increase the level and drama of their actions (Miller, 1982).

Another element that is impacting terrorism's organizational and operational dynamics is the internet and information age. The rise and expansion of network forms of organization is a central outcome of the continuing information revolution. The speed of communications, the facility of sharing and diffusing information, the ease and instantaneity of transferring funds worldwide have changed many aspects of contemporary life, including terrorism's conduct and modes of operation. This permits the creation of organizations with multiple, dispersed leaders and private sources of funding. The reasons, motives and rationales of the terrorists may not have changed but their modus operandi certainly has. What the information and internet age have made possible are flatter, less hierarchical, very flexible and localized structures and networks of power with centripetal dynamics fueled by intense and easy communications and exchanges (Picard, 1993).

Terrorism is evolving. Terrorists' shift toward looser, less hierarchical organizational structures and their growing use of advanced communications technologies for command, control and coordination, will further empower small

terrorist groups and individuals. While most of the governmental efforts and public concern, anxiety and attention are focused on preventing and foiling traditional violent terrorist acts, the next 9.11 might very well be an act of cyber-terrorism or massive *netwar*, disabling regional, national or even international computer driven systems that control practically every aspect of our lives, private, public, security, military and commercial (Pollit, 2001; Whine, 1999). The content of information and the conduits of information infrastructures very likely will become the new targets. In this area, the destructive power of terrorism will be exponentially greater than it has been in the past, even if it had been able to use "weapons of mass destruction." The crushing preponderance of U.S. conventional and atomic power may motivate some state and non-state adversaries to preferentially choose this type of terror as an asymmetric response. The implications are clearly significant. For instance, there could be a move away from episodic, dramatic and bloody acts of violence towards a more prolonged and sustained warfare. New planning and "what if" scenarios are needed to prepare for this potentially devastating form of attack. It is also true of course that the frequency and extent to which terrorist organizations use information infrastructures to carry out their activities may also make them more vulnerable to detection and destruction by counterterrorist entities (Rubin, 1999).

As for religious terrorism, the perceived and widespread uncertainty and unpredictability in the world due to globalization and the search for a new world order create a fertile ground for the creation and development of religious terrorist groups, with religious conviction functioning as a firm anchor in today's quicksand-like environment. These groups perceive an opportunity to shape history and the world in line with their divine duty, cause and mission. It is essential that we understand the inner logic of these groups and the dynamics that produce terrorism in order to weaken their breeding ground and sap their strength. Right now it is doubtful that the U.S. government and other Western governments are adequately prepared and ready to meet this challenge (Juergensmeyer, 1999).

Other areas needing much more research continue to be nationalistic and ethnic terrorism, violent extremism in the United States, technological terrorism and weapons of mass destruction, changing group structures and the metamorphosis of terrorism, the origins of Middle Eastern terrorism, and terrorism and the media (Zanni, 1999).

Public policy concerns need to be addressed as well. Thus, another area of inquiry involves the counter-terrorist measures themselves and the impact that they are having on a free and open society like the United States and other democratic countries. The frenzy and the hysteria that followed the 9.11 attacks in the United States and the protracted war against terrorism that is consuming vast resources and political capital all around the world have made the spiraling upward of anti-terrorism measures practically unstoppable. The reasoning often used to muzzle dissent is that if any elected politician, journalist, academic or plain citizen is against counterterrorism measures, s/he must then be for terrorism. A few days after 9.11, who in the United States could be against the Patriot Act? A democratic government often responds to a real or perceived terrorist threat by introducing temporary measures that greatly limit civil and political liberties. This approach makes it easier to justify harsh measures because their sunset provision is reassuring, lulls people into complacency and provides the needed cover for politicians to vote for their passage.

The problem is that it is normally very difficult to repeal such laws once they have been adopted. Since they often authorize and envision large expenditures of funds, for example, interest groups are quickly formed to take advantage of these opportunities and to ensure that they continue to exist and be funded. This in turn supports vast bureaucracies, organizations, police and military expansion, newly created entities and the like. One only has to think of the massive corporate earnings and employment that airport screening and security operations have spawned to realize how difficult it would be to

dismantle or reduce them. In the wake of 9.11, population movement control, transportation security, the protection of infrastructures deemed vital, the introduction of a system of threat warnings, and immigration and border control measures were quickly introduced. The *defacto* adoption of a national identity card, in the form of a federally standardized driver's license, was approved. Moreover, the federal government has engaged in widespread detention and interrogation; introduced new surveillance tools, in turn often also adopted by state and local governments; instituted new financial regulations, controls, and rewards; modified the administration of justice system; and promoted greater information sharing among law enforcement and intelligence agencies, a policy enshrined in the eventual creation of an intelligence "czar" in the country. The U.S. government basically approached the aftermath of 9.11 with the popular assumption that 9.11 happened because something major in the American system of national defense and homeland security was broken and had to be fixed. The growing tendency to want a completely risk-free life and society in a world dominated by science and technology which promise and deliver a constantly increased control of daily life and death situations, provided vast popular support for this approach (Labeviere, 2000).

An international "war on terrorism" was also declared and pressure was placed on the worldwide community of states and international organizations to support United States' policies, measures and intervention without question and to adopt or reinforce similar legislative measures to combat "terrorism." Authoritarian regimes were quick to understand that they could use the cover of the fight against terrorism to legitimate suppressing dissent and opposition political activities. There is no question that the civil and human rights of citizens and non-citizens were greatly reduced and at times violated in the process. This is a fertile field for investigation, analysis, inquiry and affirmation of democratic values for the social scientist (Merari, 1985).

11. The role of and the opportunities for social scientists and criminologists

The lack of a comprehensive strategy to address terrorism based on a deep-rooted, well grounded comprehension of the history, patterns, motivations, and types of terrorism reflects the lack of understanding of terrorism in the academic community. Some academics consider terrorism a too policy-oriented area to be worthy of serious research interest. Since terrorism is a multi-disciplinary topic of study it depends on the interaction and collaboration of a number of disciplines that are not used to working together, like psychology, sociology, international relations, theology, economics, criminology, anthropology, history, law, and political science.

In the United States most of the work on terrorism is being conducted in policy-oriented research institutes or think tanks. Their work is often limited or narrowly construed to fit the narrow interests and short time frames of the government contracts that fund it. Some of this research is quite good but does not often reach the academic community.

Those graduate students who wish to study terrorism find themselves in a serious predicament. Stating a major interest in terrorism and related issues virtually guarantees being excluded from consideration for most academic positions.

Thus, academia is no more strategically oriented, visionary and creative than the government. There is an urgent need for multidisciplinary collaboration that also includes law enforcement, intelligence, and finance. What is most needed is a concerted effort to move beyond the episodic interest in this phenomenon and instead develop, plan and fund a long-term research and policy-development agenda.

The sociologist in general and the political sociologist in particular as scholars and citizens in a free world have a major role to play in researching the

impact of anti-terrorism measures, go beyond their stated goals and expose the insidious threat that they pose to democracy, human freedom and individual rights. Sociologists who focus on mass movements, group-think and mob reactions can also find considerable material in the aftermath of 9.11. Racial and ethnic stereotyping, discrimination and hatred have also reared their ugly heads as a consequence of terrorist attacks originating in the Arab world.

Additionally the repercussions of the "war on terrorism" on international human rights and humanitarian laws provide a fertile ground for research and analysis by the sociologist of law. The creation of the "enemy combatant" label to facilitate weakening the Geneva Conventions on the treatment of prisoners of war; the mistreatment and torture of prisoners held at Guantanamo Bay, Cuba; the Bagram base in Afghanistan; and Abu Ghraib prison in Iraq, among others, also remind the social scientist of the fragility that the veneer of culture and civilization have over human nature and its aggressive and violent instincts and of the ease with which groups can be first debased and demonized and then mistreated and abused.

There is no question that the social sciences have a major contribution to make to the analysis, understanding, prevention and policy-making relative to terrorism. Given the unavoidable political nature of labeling certain actions as terrorist, the sociologist must remain vigilant, adhere to the highest professional standards, and maintain his/her independence of thought, analysis and vision. The large amounts of money that governments are making available to defeat terrorism could corrupt the social scientist's work and make him/her at times, wittingly or unwittingly, a tool for repression, conformity, and unbridled state power. Howard Becker's insistent question and critical challenge, "Sociology for Whom?," should remind us of the danger of falling into political, partisan work in favor of the elites and forgetting the prophetic nature of our profession.

12. References

ALEXANDER, Yonah and LATTER, Richard. *Terrorism and the media:* dilemmas for government, journalists and the public. Riverside NJ: Brassey's, 1990.

BARBER, Benjamin R. *Jihad v. McWorld*: how globalism and tribalism are redesigning the world. New York: Ballantine BookS, 1990.

BAUMEL, Judith Tydor. Kahane in America: An exercise in right wing urban terror. *Studies in Conflict and Terrorism* 22, 1999, p. 311-329.

BELL, J. Bowyer. Ireland: the long end game. *Studies in conflict and terrorism* 21, 1996.

BROWN, David J. and MERRILL, Robert. *Violent persuasions:* the politics and imagery of terrorism. Seattle: Bay Press, 1995.

BUCHANAN, Paul C. The varied faces of domination, state terror, economic policy and social response during the argentinian 'proceso', 1976-1981. *American Journal of Political Science* 31, 1987, p. 336-380.

BURTON, Anthony. *Urban terrorism.* New York: Free Press, 1976.

CAMPBELL, Joseph with Bill Moyer. *The power of myth.* New York: Doubleday, 1996.

COATES, James. *Armed and dangerous*: The rise of the survivalist right. New York: Hill & Wong, 1987.

COBBAN, Helene. *The palestine liberation organization:* people, power and politics. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

COKER, Christopher. *Globalization and insecurity in the 21st Century*: NATO and the management of risk. Adelphi paper 345. London: International Institute for Strategic Studies.

CORCORAN, James. *Bitter harvest:* the birth of paramilitary terrorism in the Heartland. New York: Penguin, 1995.

COX, Robert. Total terrorism: Argentina, 1969-1979. In: Martha Crenshaw (ed.), *Terrorism, legitimacy and power.* Middletown CT: Wesleyan University Press, 1983.

CRISS, Nur Bilge. The nature of PKK terrorism in Turkey. *Studies in conflict and terrorism*, 18. CSIS Global Organized Crime Project, 1995, p. 17-38.

_____. *Cybercrime, cyberterrorism, cyberwarfare:* avoiding an electronic Waterloo. Washington DC: Center for Strategic and International Studies, 1996.

DENNING, Dorothy. *Cyberterrorism.* Testimony before the U.S. House Committee on Armed Services, special oversight panel on terrorism, 107th Congress, 1st session, may 23, 2001, available on the Terrorism Research Center Website, http://www.cs.georgetown.edu/Denning/infosec/cyberterror.html (accessed oct. 5, 2005), 1999.

GAVEL, Doug. Can nuclear weapons be put beyond the reach of terrorists? *Kennedy School of Government Bulletin.* autumn, 2002.

GURR, Ted Robert. *Minorities at risk:* a global view of ethnopolitical conflicts. Washington DC: U.S. Institute for Peace, 1993.

HOFFMAN, Bruce. *Inside terrorism.* New York: Columbia University Press, 1998.

HOWARD, Michael. What's in a name: how to fight terrorism. *Foreign Affairs*, 81, january-february, 2002, p. 43-59.

HOWARD, Russell and SAWYER, Reid L. (eds.). *Terrorism and counterterrorism*: understanding the new security environment. Guilford CT: Dushkin, 2002.

_____. *Defeating terrorism*: shaping the new security environment. Guilford, CT: McGraw-Hill, 1999.

HUNTINGTON, Samuel. *The clash of civilizations and the remaking of world order.* New York: Simon & Schuster, 1995.

JOHNSON, James Turner. *The holy war idea in western and islamic traditions.* University Park PA: Penn State University Press, 1995.

JUERGENSMEYER, Mark (ed.). *Violence and the sacred in the modern world.* London: Frank Cass, 1992.

_____. *Terror in the mind of God*: the global rise of religious violence. Berkeley CA: University California Press, 1998

KIBBLE, David G. The threat of militant Islam: a fundamental reappraisal. *Studies in Conflict and Terrorism*, 19, 1995, p. 353-364.

KUPPERMAN, Robert and DARRELL, Trent. *Terrorism*: threat, reality, response. Stanford CA: Hoover Institution Press, 1979.

KUPPERMAN, Robert. Government response to mass destruction threats. Ariel Merari (ed.). *Terrorism & combating terrorism*. Lanham MD: University Press of America, 1983.

LABEVIERE, Richard. *Dollars for terror*: The United States and Islam. New York: Algora Publishing, 1998.

LAQUEUR, Walter. *Guerrilla*: a historical and critical study. Boston MA: Little, Brown, 1976.

_____. Postmodern terrorism. *Foreign Affairs*, 75, 5, sept.-oct. 1997, p. 23-46.

_____. *The new terrorism*: fanaticism and the arms of mass destruction. New York: Oxford University Press, 1995.

MERARI, Ariel (ed.). *On terrorism and combating terrorism*. Lanham MD: University of America Press, 1983.

MILLER, Abraham. *Terrorism, the media and the law*. New York: Transnational, 1982.

MOXON-BROWNE, Edward (ed.). *European terrorism*. New York: Hall, 1994.

NOBLE, Kerry. *Tabernacle of hate*: why they bombed Oklahoma City. Ontario: Voyager Publishing, 1995.

NUSSE, Andrea. *Muslim Palestine*: the ideology of Islam. London: Harwood Academic Publications, 1996.

O'DAY, Alan (ed.) *Dimensions of Irish terrorism*. New York: Hall, 1994.

OLIVERIO, Annamarie. *The state of terror*. Albany: State University of New York Press, 1997.

PEARLESTEIN, Richard M. *The mind of the political terrorist*. Wilmington DE: SR Books, 1990.

PERDUE, William D. *Terrorism and the state a critique of domination through fear*. New York: Praeger, 1987.

PICARD, Robert G. *Media portrayals of terrorism*: functions and meaning of news coverage. Ames IA: Iowa State University Press, 1993.

POLLIT, Mark M. Cyberterrorism: fact or fantasy? http://cs.georgetown.edu/~denning/infosec/pollit.html, 1998.

RAPOPORT, David C. (ed). *Inside terrorist organizations*. New York: Columbia University Press, 1988.

ROSS, Jeffrey Ian. Beyond the conceptualization of terrorism: a psychological-structural model of the causes of this activity. In: Craig Summers & Erik Markusen (eds.). *Collective violence*: harmful behavior in groups and governments. New York: Rowen and Littlefield, 1996.

RUBIN, Barry M. *Terrorism and state politics*. New York: St. St. Martin's Press, 1991.

SARGENT, Lyman Tweed (ed.). *Extremism in America*. New York: New York University Press, 1994.

SHARIF, Idris. *The success of political terrorist events*: an analysis of terrorist tactics and victim characteristics, 1968-1977. Lanham MD: University Press of America, 1995.

SMITH, Brent. *Terrorism in America*: pipe bombs and pipe dreams. Albany NY: State University of New York Press, 1994.

STERLING, Claire. *The terror network*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1984.

STERN, Jessica. *The ultimate terrorists*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

STERN, Kenneth. *A force upon the plains*: the american militia movement and the politics of hate. New York: Simon & Schuster, 1996.

TURVEY, Brent E., Diana Tamley, W. Jerry Chisum (eds.). *Criminal profiling*: an introduction to behavioral evidence analysis. San Diego: Academic Press, 1999.

WALTER, Jess. *Every knee shall bow*: the truth and tragedy of ruby ridge and the randy weaver family. New York: Harper Collins, 1995.

WHINE, Michael. Cyberspace: a new medium for communication, command, and control by extremists. Institute for Counterterrorism, http://www.ict.org.il, 1999.

WHITE, Jonathan R. *Terrorism*. Belmont CA: Wadsworth Thomson, 2002.

WILKINSON, Pail. *Terrorism*: british perspective. New York: Hall, 1994.

ZANNI, Michele. Middle eastern terrorism and netward. *Studies in Conflict and Terrorism*, 22, 1999, p. 247-256.

La protección de documentos en la era de la informática*

Ingeborg Puppe
Profesora del Derecho penal
en la Universidad de Bonn (Alemania).

Sumario: 1. El bien jurídico protegido en el tipo del artículo 267 – 2. La distinción entre documentos, duplicados y copias de acuerdo con la doctrina dominante hasta el momento – 3. La equiparación del original y la copia – 4. El problema de la determinación del original en el tráfico jurídico con los medios de telecomunicación modernos – 5. Un nuevo concepto de autenticidad – 6. Protección documental en los títulos valores – 7. Los títulos valores electrónicos – 8. El conocimiento de embarque (*konnossement*) electrónico – 9. Resumen: de la protección de la materialización (*verkörperungsschutz*) a la protección de la declaración (*erklärungsschutz*).

Resumo: A autora examina em que medida a tradicional dogmática dos delitos de falsificação documental se adequa às evoluções tecnológicas que fazem da

* Abreviaturas empleadas: *AT:* Allgemeiner Teil; BGH: Bundesgerichtshof; BayObLG: Bayerisches Oberstes Landesgericht; BGB: Bürgerliches Gesetzbuch; BGHSt: Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen; *BT:* Besonderer Teil; *FS:* Festschrift; *GA:* Goltdammer's Archiv für Strafrecht; HGB: Handelsgesetzbuch; *JA:* Juristische Arbeitsblätter; *JR:* Juristische Rundschau; *Jura:* Juristische Ausbildung; *JuS:* Juristische Schulung; *JZ:* Juristische Zeitung; KG: Kammergericht; *MDR:* Monatsschrift für Deutsches Recht; *NJW:* Neue Juristische Wochenschrift; *NK:* Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch; *NStZ:* Neue Zeitschrift für Strafrecht; LG: Landgericht; *LK:* Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch; OLG: Oberlandesgericht; RGSt: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen; *SK:* Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; StGB: Strafgesetzbuch; *StV:* Strafverteidiger; *wistra:* Zeitschrift für Wirtschaft, Streuer, Strafrecht; *ZStW:* Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Título original "Urkundenschutz im Computerzeitalter", publicado en Roxin / Widmaier (eds.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht, München, C.H. Beck, 2000, pp. 569-591. Traducción a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez. Doctorando en la Universidad Autónoma de Madrid e investigador en el seminario de Filosofía del Derecho y Derecho penal de la Universidad de Bonn.

distinção entre original e cópia algo em grande parte contingente. A autora propõe uma revisão parcial do conceito de documento, tradicionalmente calcado na materialidade do objeto que porta uma declaração, em favor de uma tutela voltada para a própria declaração enquanto fato merecedor de tutela pelo direito penal.

Abstract: The author examines in which measure the traditional dogmatic of the criminal offenses of documental falsification adapts to the technological evolutions which make the distinction between original and copy something most of the time contingent. The author proposes a partial review of the document concept, traditionally shaped in the materiality of the object which carries a statement, in favor of a tutela concerned with its own statement while entitled to criminal law.

Palavras chave: Falsidade – Documento – Direito penal informático – Fotocópia – Telefax – Documento eletrônico.

Key-words: Falsehood – Document – Photocopy – Telefax – Electronic document.

1. El bien jurídico protegido en el tipo del artículo 267**

Los delitos documentales protegen "la seguridad y la fiabilidad del tráfico jurídico-documental". Esta es la respuesta ofrecida tanto por la doctrina dominante[1] como por la jurisprudencia[2] a la cuestión del bien jurídico del artículo 267.

** Cuando la autora no indica texto legislativo alguno, se está refiriendo al StGB (Código penal alemán) INt. del Trad.]

1. Schönke / Schröder / Cramer, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25.ª ed.,1997, § 267 n.m. 1; Tröndle / Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49.ª ed., 1999, § 267 n.m 1; LACKNER/KUHL, *Strafgesetzbuch nrit Erlüuterungen*, 23.ª ed., 1999, § 267 n.m. 1; *LK*-Tröndle; previos al § 267 n.m. 2; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 1967, § 591; Blei, *BT*, § 79 III; Bockelmann, *BT-3*; 12 I; Otto, *BT*, 69/1.

2. *BGHSt* 2, p. 52; Idem, 5, pp. 149,152; Idem 9, p. 45; OLG Saarbrücken *NJW* 1975, pp. 658, 659; KG *wistra* 1984, pp. 235.

La determinación del bien jurídico se compone de un pleonasmo ("la seguridad y la fiabilidad") y de una tautología ("los delitos documentales protegen el tráfico jurídico-documental"). De esta determinación del bien jurídico no puede deducirse nada sobre el porqué precisamente son sólo los documentos el objeto de conexión *(Anknüpfungsgegenstand)* del interés protegido; tampoco puede deducirse en qué consiste el propio interés, puesto que sigue sin estar claro frente a qué debe proteger el tráfico jurídico-documental, y en qué sentido debe ser fidedigno. Lo único a deducir de esta frase es que se trata "del tráfico jurídico", entendiéndose generalmente que no se hace referencia a un bien jurídico individual sino colectivo. La falsedad documental se clasifica también como delito contra la colectividad en las descripciones sistemáticas del Derecho penal.[3]

El motivo de esta pobreza de contenido de la concepción dominante sobre el bien jurídico protegido en la falsedad documental radica en que ésta se esfuerza en determinar un bien jurídico común a todos los delitos documentales, con la finalidad de distinguir a continuación las denominadas cuatro direcciones de protección *(Schutzrichtungen):* protección de la autenticidad del artículo 267; la protección de la veracidad de los artículos 271, 278 *y* siguiente, *y* el 348; protección de la existencia de los artículos 273 y 274; y la protección frente al abuso del artículo 281.[4] Si la misma determinación del bien jurídico debe valer para "direcciones de protección" tan diferentes, ésta no puede ser muy rica de contenido. Pero si entre tanto observamos los tipos en particular, resulta que la única declaración a deducir de esta determinación del bien jurídico no es acertada para ninguna de ellas. Del tenor literal del artículo 274 resulta ya que este artículo protege el interés individual de aquello a lo que el documento "obedece" (en el sentido de este precepto). El artículo 273 protege, además del interés probatorio del Estado,

3. Compárese el índice en Wessels / Hettinger, *BT-1.* pp. xv, xvii; Krey, *BT-1.* p. x; Otto, *BT,* pp. xii, xv; así expresamente Maurach / Schroeder / Maiwald, *BT-2* 65/7.

4. *LK*-Tröndle, previos al § 267, n.m. 3 y ss.; *SK*-Hoyer, previos al § 267 n.m. 3; Wessels / Hettinger, *BT-1,* n.m. 789; Otto, *BT,* 69/2; Maurach / Schroeder / Maiwald, *BT-2,* 65/3.

un interés probatorio individual similar. En el resto de los tipos que protegen los documentos se trata de la preparación y ejecución de un engaño. Sólo puede ser engañado un particular, no la colectividad o el "tráfico jurídico". La expresión "para el engaño en el tráfico jurídico" del artículo 267 es interpretada generalmente como que el engañado, a través de su error sobre la autenticidad del documento, debe ser motivado a tomar una decisión jurídicamente relevante.[5] Con el tráfico jurídico no se hace referencia a un bien jurídico de la colectividad, sino al interés del particular en que cuando participe en el tráfico jurídico no se vea influido por los errores acerca de lo que otra persona ha declarado en el mismo. Se trata, por lo tanto, del interés individual de quien participa en el tráfico jurídico.[6]

Ahora bien, no se protege al particular de toda influencia engañosa en sus disposiciones en el tráfico jurídico. En general, únicamente está protegido en tanto que a través de dicha influencia pueda realizar una disposición perjudicial para consigo mismo, a saber, como en el tipo de la estafa. Por lo demás, no es punible el informar falsamente a otro. La cuestión sobre el bien jurídico del tipo de la falsedad documental puede formularse como sigue: ¿Existe un interés especial más allá del interés general en la información correcta, concretamente en no ser engañado sobre el hecho de que otra persona ha emitido una determinada declaración en el tráfico jurídico?

Este interés especial es el interés en poder aferrarse a las declaraciones de los demás. Es la llamada función de garantía de los documentos.[7] El que declara algo en el tráfico jurídico, configura sus relaciones jurídicas con los demás y, con ello, también las relaciones jurídicas de aquellos con él. Ello resulta válido, en primer lugar, para los denominados documentos de disposición que contienen declaraciones de voluntad.

5. RGSt 64, 95, 96; BGHSt 5, 149; Lackner / Kühl (como en nota 1), § 267 n.m. 25; Schönke / Schröder / Cramer (como en nota 1), § 267, n.m. 85; Wessels / Hettinger, *BT-1,* n.m. 836; Otto, *BT,* 70/53.

6. *NK*-Puppe § 267 n.m. 7a; *SK*-Hoyer previos al § 267 n,m. 11.

7. NK-Puppe § 267 n.m. *6 y* s.; Idem, *Die Fäschung technischer Aufzeichnungen,* 1972, p. 175; Idem, *Jura* 1979, pp. 630, 631 y s.; *SK*-Hoyer previos al § 267 n.m. 12.

El que firma un contrato de compraventa con otro está obligado, precisamente por su declaración, a entregar a aquél la cosa comprada. Este es el efecto jurídico de su declaración y no el de su voluntad, ya que el no desear realmente lo que se ha declarado no es digno de consideración a tenor del artículo 116 del código civil alemán. Por lo tanto, en los documentos dispositivos no existe una contraposición entre autenticidad y veracidad; concretamente no existe una contraposición entre veracidad y falsedad. Sólo pueden ser verdaderas o falsas las declaraciones; las disposiciones (las llamadas declaraciones de voluntad) sólo pueden ser válidas o inválidas. Las declaraciones dispositivas a través de documento son válidas cuando son emitidas por quien aparece como declarante, esto es, cuando el documento es auténtico.

Pero también los documentos testimoniales *(Zeugnisurkunden)* fundamentan directamente efectos jurídicos para su otorgante. El que garantiza cierta cualidad de la cosa vendida emite un testimonio de acuerdo a la forma, pero precisamente por ello fundamenta un deber de indemnización en caso de que el testimonio no sea verdadero. El que emite un peritaje incorrecto dolosa o imprudentemente es responsable de la indemnización en caso de que se produzca una infracción positiva del contrato. Una indicación falsa sobre una mercancía en un folleto puede fundamentar un deber de indemnización de acuerdo con el Derecho de la competencia o el Derecho de la responsabilidad por el producto. Una información falsa en las negociaciones del contrato puede fundamentar un deber de indemnización como causa de la *culpa in contrahendo.* Finalmente, también pertenece a este sector la responsabilidad dimanante de los artículos 823. 2 del BGB en relación con el artículo 263 del StGB.

Kohlrausch ha comparado acertadamente este efecto jurídico de las declaraciones en el tráfico jurídico, tanto dispositivas como testimoniales, con el acto estatal de establecimiento del Derecho *(staatlichen Rechtssetzungsakt).*[8]

8. Kohlrausch, en *Handwörterbuch der Rechtszursenschaften, Band VI,* 1929, p. 336; sobre ello, Gallas, *Niederschriften Band 6,* 1958, p. 164.

Un documento impropio *(unechte Urkunde)* es una declaración aparente que no tiene en absoluto los efectos jurídicos que de ella parecen derivarse, ya que el que se especifica como declarante no ha emitido una declaración con ese contenido. El falsificador puede ser hecho responsable de la declaración por otra vía, ya que configura las relaciones jurídicas del declarante. Por ejemplo, a través de la aplicación analógica de las reglas sobre el *falsus procurator*. Sin embargo, en el propio documento ya no puede reconocerse al falsificador. El bien jurídico del artículo 267 es el interés del particular en no ser influido en sus decisiones jurídicamente relevantes por esas declaraciones aparentes con efectos jurídicos únicamente aparentes.[9]

Pero la protección del artículo 267 frente al engaño a través de la falsa información de que una persona ha emitido una determinada declaración, no se vincula directamente al contenido de la declaración, sino a la materialización de la declaración en un documento determinado. Con ello se limita a proteger las representaciones duraderas de la declaración y deja sin protección a las declaraciones orales. El que aparece verbalmente en el tráfico jurídico bajo un nombre falso no se convierte sólo por ello en responsable penalmente. Esto se ha intentado explicar con el hecho de que el documento es un medio de prueba especialmente productivo y fidedigno para la emisión de una declaración, además de ser un índice sumamente importante para la veracidad de dicha declaración.[10] Por ello, el bien jurídico del artículo 267 era determinado antiguamente, y en parte todavía hoy, de una manera tan patética como poco clara, esto es, como "la pureza de la demostración a través de documentos".[11] En consecuencia, la exactitud de la

9. *NK*-Puppe § 267 n.m. 7a; Idem, *Jura* 1979, pp. 630 y ss., 632; *SK*-Hoyer previos al § 267 n.m. 12; contradictorio respecto a ello Jakobs, *Urkunderfälschung* 2000, p. 22 por un lado y p. 32 por otro.

10. Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts BT, Band2 / Erste Abteilung* 1904, pp. 170 y s.; Merkel, *Die Urkunde im deutschen Strafrecht* 1902, p. 42; Brodmann, *Die Urkunde, besonders im Strafrecht*, 1904, p. 13; Artz / Weber, *BT-LH 4*, n.m. 331.

11. Binding (como en nota 10), pp. 115 y ss.; Maurach / Schroeder / Maiwald, *BT-2*, 65/5; Hirsch, *ZStW* 85 (1973), pp. 676 y ss., 723; Jakobs (como en nota 9), p. 25; poco claro Artz / Weber, *BT-LH* 4, n.m. 331.

declaración del otorgante del documento no debe ser protegida jurídico-penalmente en virtud de que existe un interés especial precisamente en la veracidad de esta declaración, sino porque un documento debe ser un medio de prueba especialmente fidedigno para ello. En definitiva, la presentación de un documento falso es un método especialmente refinado de engaño.

Pero el documento no se ha destacado nunca de otros medios de prueba por su especial fiabilidad, y hoy en día incluso menos. La falsificación de un documento es mucho más simple que la falsificación de otros medios materiales de prueba, por ejemplo, las huellas de un delito. No se exigen requisitos de ningún tipo sobre lo bueno de la falsificación y sobre la eficacia (aparente) de la prueba en el caso concreto.[12] Entretanto, se ha equiparado, a través del artículo 269, la protección de la autenticidad de los documentos informáticos con la de los documentos, no habiendo nada más fácil que el guardar un documento informático impropio en una computadora, o el modificar un documento propio guardado con la ayuda de las herramientas de la computadora. En verdad, se han desarrollado ciertos métodos para dificultar dichas falsificaciones con la ayuda de las llamadas firmas electrónicas. Así, la utilización exclusiva de la firma-clave por una determinada persona esta relativamente asegurada,[13] cuidando al mismo tiempo de que las intervenciones posteriores en el documento de datos firmado sean fácilmente reconocibles.[14] Sin embargo, el artículo 269 no está limitado a los documentos informáticos firmados. El precepto es tan antiguo como la ley de firma *(SiG)*.[15]

Por lo tanto, en lo referente a la protección de la autenticidad de los documentos, no puede tratarse de la "pureza de la demostración", es decir, de la pro-

12. *BGH GA* 1963, pp. 16, 17; Schönke / Schröder / Cramer (como en nota 1), § 267 n.m. 67.

13. §§ 2 párrafo 2, 5 párrafo 1, 7 SigG [*Signaturgesetz:* Ley de firma. N. del Trad.]

14. Esto sucede a través de un algoritmo en el que, por ejemplo, se codifica la cifra de los signos originalmente utilizados.

15. El artículo 269 fue introducido por la 2. WiKG [Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität: Segunda Ley para la lucha de la criminalidad económica. N. del. Trad.] del 15.5.1986 (BGBI. I, p. 721), (SigG) data del 22 de julio de 1997 (BGBI. I, p. 1872).

tección de un método de prueba especialmente fidedigno.[16] El documento no es ante todo un medio de prueba, sino un medio para la configuración de las relaciones jurídicas. Al fin y al cabo, el documento representa, en la medida en la que materializa duraderamente la declaración, un medio de prueba para la configuración jurídica que origina. Esta denominada función de perpetuación fundamenta la primacía del documento frente a la declaración oral.[17] La perpetuación sólo significa que, a fin de cuentas, todavía es posible una prueba de la declaración tras su emisión, no que ésta sea especialmente fidedigna. Por el contrario, la declaración oral sólo puede probarse una vez, a saber, en el momento en el que es pronunciada y escuchada. Esta es también la causa por la que "en el tráfico jurídico es habitual que toda declaración con alguna relevancia se emita o se exija por escrito, siendo por ello también incumbencia de un participante cuidadoso en el tráfico".[18] El tráfico jurídico oral se limita en su mayor parte a los casos en los que el interés de los participantes en la prueba posterior del negocio jurídico es escasa ya que ésta se realiza inmediatamente. Como por ejemplo en las operaciones al contado de la vida diaria, en las subastas públicas, o en el "*floor trading*" de la bolsa. Ello se debe o a que existe una relación especial de confianza entre los participantes, o a que se cuida del interés de la prueba de una manera diferente a como – por ejemplo – se hace en una declaración frente a un

16. Puppe (como en nota 7), p. 168.

17. Samsom, *Urkunde und Beweiszeichen* 1968, pp. 112 y ss.; Idem, *JA* 1979, p. 527; Kienapfel, *Jura* 1983, pp. 185 y ss., 187.

18. Así lo he formulado en el *NK*, § 267 (1.ª ed.) n.m. 11, y no como lo expresa Jakobs en el "Urkundenfälschung", p. 22: "en el tráfico jurídico, toda declaración con algún significado se lleva a cabo por escrito". Aparte de la *desafortunada* forma de expresión (una declaración se "lleva a cabo"), yo nunca formularía un principio tan insensato, ya que, como hace Jakobs seguidamente, se puede rebatir con un único ejemplo contrario. No obstante, el hecho de si "los actos que fundamentan desde el status del nombramiento de los funcionarios hasta el del nombramiento del presidente" resultan especialmente acertados como ejemplos contrarios, puede deducirse echando un vistazo a las leyes funcionariales, p.ej. § 6 parágrafo 2 BBG [Bundesbeamtengesetz: Ley de los funcionarios federales. N. del Trad.], § 8 parágrafo 2 LBG NW [Landesbeamtengesetz: Ley de los funcionarios provinciales. N. del Trad.].

Tribunal. También por ello resulta sensato el limitar la protección de la autenticidad a las declaraciones representadas duraderamente.

2. La distinción entre documentos, duplicados y copias de acuerdo con la doctrina dominante hasta el momento

No toda representación duradera de una declaración es, sin embargo, un documento. Más bien se distingue entre el original y la copia, y sólo se trata y protege a la primera como documento. El original de un documento es en todo caso el producto inmediato de una acción declarativa, en tanto que resulta duradero con independencia de cuál haya sido el procedimiento empleado por el declarante para fijar su declaración. El declarante es libre de emplear para ello un procedimiento de copia o uno de reproducción, aconteciendo especialmente éste último en las declaraciones en masa que tienen lugar en el tráfico jurídico. Las acciones impresas *(gedruckte Aktien)*, los tickets de entrada *(Eintrittskarten)*, los avisos administrativos *(ämtliche Bescheide)* son todos originales.[19] Resulta igualmente patente que un duplicado de mano ajena no es un original, sino como máximo un documento de la persona que lleva a cabo el duplicado, siempre y cuando ésta lo dé a conocer en el mismo.[20] Por el contrario, al otorgante se le concede la autorización de aportar al tráfico jurídico también como originales, duplicados o copias de sus propias declaraciones aunque estas copias no sean el producto de una acción declarativa; son las denominadas segundas copias o duplicados. Éstas se podrían interpretar, como máximo, a modo de declaraciones certificativas del otorgante sobre la declaración previamente emitida, pero a ello se le opone el que las mismas no pueden distinguirse de la declaración original a tenor de su texto. Esta

19. LG Paderborn *NJW* 1989, p. 178; Lackner / Kühl (como en nota 1), § 267 n.m.15; Wessels / Hettinger, *BT-I*, n.m. 808.

20. RGSt 40, p. 179; Idem 69, p. 228; BGHSt 2, pp. 50, 51; Schönke / Schröder / Cramer (como en nota 1), § 267 n.m. 40; *LK-Tröndle* § 267 n.m. 92; Lackner / Kühl (como en nota 1), § 267 n.m. 92; *NK*-Puppe § 267, n.m. 46.

circunstancia sólo puede entenderse como concesión al tráfico jurídico debido a que aparece la necesidad de reemplazar los originales perdidos o de recibir con posterioridad otros originales.

Ahora bien, no todo duplicado del otorgante vale como original. Debe depender de su voluntad de convertir un duplicado (o no) en original a través de la llamada autorización. Ello resulta extraño ya que cuando se concede al otorgante la autorización para aportar al tráfico jurídico otras materializaciones originales de la declaración ya emitida, aquél tendría que responsabilizarse de cada materialización adicional por él aportada al tráfico jurídico, no debiendo poder reservase el que sean tratadas como un duplicado de mano ajena. Esta es una concesión adicional a las necesidades del tráfico jurídico. Si el interesado puede conseguir de otro un duplicado del documento, también puede conseguirlo el otorgante.

A través de la facultad para autorizar copias de su propia declaración creadas posteriormente, el otorgante se reserva el derecho a decidir, cuáles y cuántos son documentos sobre su declaración en el tráfico jurídico. Sin embargo, en este punto debe sostenerse que la facultad del otorgante de autorizar o no las perpetuaciones posteriores de su declaración, no puede deducirse de la idea fundamental de la protección jurídico-penal de documentos: la función de garantía de la acción declarativa materializada. Más bien la contradice, y ello sólo puede justificarse por las necesidades prácticas del tráfico jurídico. Esta facultad de autorización debe abandonarse cuando se vuelve impracticable a causa de las condiciones modificadas del tráfico jurídico. Como se mostrará a continuación, esto ha sucedido recientemente a través del hecho de que los nuevos procedimientos técnicos de la materialización y de la transmisión de declaraciones, especialmente los procedimientos de telecomunicación, han tenido entrada en el tráfico jurídico.

Una consecuencia de la facultad de autorización del otorgante es que las fotocopias, en tanto no estén autorizadas por el otorgante del documento original, no son tratadas como originales sino como duplicados. La jurisprudencia

también procede de esta manera.[21] Pero la fotocopia muestra una peculiaridad frente al duplicado que la jurisprudencia ha pretendido tener en cuenta de otra forma. El que realiza una fotocopia, a diferencia de quien realiza un duplicado, no influye en su contenido mientras no manipule el procedimiento de fotocopia. Más bien existe una dependencia causal directa del contenido de información de la copia automatizada respecto del modelo, y por ello respecto de la acción declarativa mediante la cual el otorgante ha realizado el mismo. La jurisprudencia pretende dar cuenta de este fenómeno a través de la teoría del denominado "hacer uso mediato". Conforme a la misma, el que presente a otro la copia de un documento impropio hace uso mediato de la falsificación del original, de manera similar a quien reproduce el original en una pared con ayuda de un proyector.[22]

Sin embargo, en la proyección sigue siendo el original el que es percibido, mientras que en el modelo de una fotocopia no. Esta diferencia no carece de efectos prácticos. La expresión "hacer uso mediato del original" presupone que existe un original. El método más simple y efectivo de engañar sobre la existencia de un original mediante una fotocopia es el foto montaje (*Fotomontage*); esto es, se colocan sobre la fotocopiadora una hoja con el texto del supuesto otorgante y otra con su firma, realizando tantas copias como sean necesarias para que la fina línea entre ambas hojas ya no pueda reconocerse en la copia. Con el concepto del "hacer uso mediato" no quedan comprendidos los métodos más simples y efectivos de engañosobre el contenido de una declaración ajena mediante el procedimiento de la fotocopiadora. Este es un ejemplo de que la excesiva ampliación del texto de la ley con motivo de necesidades político-criminales, choca finalmente con límites que, también político-criminalmente, tienen menos sentido que los que se deducen de una comprensión estricta y natural del texto. Por ello, la teoría del "hacer uso

21. BGHSt 5, p. 293; Idem, 24, pp. 140,141; BGH *wistra* 1993, 225; *StV* 1994, p. 18; BayOblG *NJW* 1992, p. 3311; *NStZ* 1994, p. 88.

22. RGSt 69, p. 231; BGHSt 5, p. 291; BGH *NJW* 1978, p. 2042.; *StV* 1994, p. 18; BayOblG *NJW* 1991, p. 2163.

mediato" del original a través del modelo de una copia se ha encontrado, con razón, con el rechazo de la doctrina.[23]

3. La equiparación del original y la copia

Sólo queda la alternativa de, o bien dejar totalmente sin protección la confianza en la fiabilidad de las fotocopias como consecuencia de las particularidades – en absoluto baladíes – del procedimiento de la fotocopiadora arriba mencionadas, o bien protegerla totalmente mediante la equiparación de la copia mecánica al original. Precisamente a causa de esa confianza, esto último ha sido propuesto desde hace tiempo.[24] A ello se le ha opuesto que esta confianza representa una negligencia contraria a deber en el tráfico jurídico, de cuyos riesgos no debe ser protegido el que confía. Éste debería haber solicitado poder presentar el original.[25]

A dicha objeción se responde que en el productivo procedimiento de fotocopia del que hoy se dispone, generalmente no se puede distinguir ópticamente el original de la fotocopia, sino sólo químicamente.[26] Las consecuencias que de ello se derivan podrían ir en la dirección contraria. Por un lado puede equiparase la copia con el original por su parecido con él. La consecuencia sería que aquel que aporta al tráfico jurídico la copia de un documento impropio de fotomontaje podría ser sancionado por falsificación documental; pero no aquel que aporta una copia propia engañosa de un documento ajeno. Ello tendría consecuencias funestas en cierto tipo de documentos, por ejemplo en los títulos valores (*Wertpapieren*) o en los documentos de identidad (*Ausweispapiere*). Por otro lado podría renunciarse

23. ERB, *GA* 1998, p. 577; *SK*-Hoyer § 267 n.m. 88; Jescheck, *GA* 1955, p. 105; Meyer, *MDR* 1973, p. 9; Otto, *JuS* 1987, 761, 768; Puppe, *Jura* 1979, p. 640; Idem, *NK* § 267 n.m. 92.

24. H. Schröder, *JR* 1965, p. 232; Idem, *JR* 1971, p. 469; Freund, *JuS* 1991, pp. 723, 725; Mitsch, *NStZ* 1994, pp. 88, 89; Engert / Herschlein *JA* 1997, p. 31; Welp, *Sfree-Wessels-FS*, p. 511 (para copias de facsímil).

25. Kienapfel, *NJW* 1971, 1781, 1784; Idem, *JZ* 1971, 163, 166; Dieter Meter, *MDR* 1973, pp. 9, 11; Erb, *GA* 1998, p. 577.

26. Welp, *Stree-Wessels-FS*, pp. 511, 512.

a que la fotocopia tuviera la misma protección documental, obteniéndose con ello la posibilidad de sancionar por falsedad documental a quien aporta al tráfico una copia del original como original, aun cuando exista un original que diga lo mismo. El tráfico jurídico incitaría así a denominar las fotocopias como tales,[27] lo cual ocurre hoy en día en la praxis. Pero ambas, la protección de la copia y la protección anterior a la copia, no pueden alcanzarse simultáneamente a través de un tipo único. Por lo tanto, no se requiere la equiparación del original y la copia en tanto en cuanto no se solucione el problema de los títulos valores y los documentos de identidad. También tiene que discutirse nuevamente el hecho de que el duplicado de propia mano o de mano ajena no es un documento. Para ello es necesaria una nueva determinación de la autenticidad de la materialización de la voluntad.

4. El problema de la determinación del original en el tráfico jurídico con los medios de telecomunicación modernos

Hasta ahora se ha tratado el caso de que aparecen copias que parecen originales. Esto se puede impedir a través del tipo de la falsificación documental, incitando a que aquél que use una copia no autorizada la califique como tal, esto es, como no original. Sin embargo, ahora aparecen en el tráfico jurídico originales que parecen copias, y además en cantidad considerable. Y esto no se puede prohibir. Hasta ahora, en el uso del procedimiento de copia para la creación de un original, el otorgante siempre tenía la posibilidad de caracterizar la autorización, por ejemplo a través de una firma de propia mano. Entretanto, existen ciertos procedimientos de copia en los cuales ya no tiene esa posibilidad: por ejemplo el Telefax, el cual técnicamente no es otra cosa que una telecopia. Mediante la emisión de una declaración por Telefax se crea en primer lugar un documento que el declarante firma o puede firmar, y que no es, sin embargo, exigido por el tráfico jurídico. Al

27. Erb, *GA* 1998, pp. 577, 589.

emisor de la declaración le llega otro que surge como copia en su dispositivo de Fax. Esta copia es, por lo tanto, el producto inmediato de la acción declarativa, y con ello en todo caso un documento original. Pero no puede distinguirse ni óptica ni químicamente de las otras copias que tanto el emisor como la otra persona han creado. Por lo menos en el Telefax todavía sería posible el incitar al emisor, mediante la pena de la falsificación documental, a aportar en el tráfico jurídico sólo el primer fax como original, calificando a las demás copias como tales. Otras cuestiones son si eso tiene sentido y su resulta practicable, y si una infracción de un mandato tal sigue mostrando el contenido de injusto de la falsificación documental.

Si bien en el tráfico de facsímiles todavía es conceptualmente posible – pese a tener poco sentido – una distinción formal entre original y copia, esta distinción está excluida por motivos teóricos en el tráfico de correos electrónicos (e-mail) y de documentos informáticos. Los datos guardados en una computadora, esto es, también los documentos informáticos en el sentido del artículo 269, no tienen un lugar fijo en la memoria. Durante su elaboración son copiados reiteradamente, y esto puede ocurrir sin que el usuario de la computadora se percate de ello, por ejemplo en la defragmentación. Si se entendiera por almacenamiento en el sentido del artículo 269, la materialización de datos en un lugar determinado de un almacén de datos en concreto, entonces no habría ningún tipo de documento de datos en el sentido de dicho precepto (aparte de las tarjetas de códigos), ya que los almacenamientos en la computadora no cumplirían con los requisitos de duración.

Pero sobretodo ya no es posible, bajo los requisitos técnicos del tratamiento y transmisión electrónica de datos, determinar claramente un almacenamiento original como fenómeno corpóreo. En el envío de un e-mail tiene lugar una serie de sucesos de copia y de almacenamientos intermedios, de los cuales el remitente no tiene por lo general conocimiento. La primera copia tiene lugar en la transmisión desde el teclado a la memoria central; los siguientes procesos de copia se producen tanto allí como en los servidores centrales – primero del emisor y luego del receptor –, y finalmente acontecen en la computadora del receptor. Muchos de ellos

son borrados inmediatamente de manera automática. ¿Qué materialización de datos es el original autorizado por el otorgante?

El emisor de una declaración documental informática puede también crear, con posterioridad, un sinfín de copias idénticas de este grupo de datos. Incluso cuando fuera técnicamente posible el evitar esto, por ejemplo a través de virus informáticos, no habría cambios, puesto que no se puede acceder a los datos que no se pueden copiar en la computadora. Tampoco la denominada firma electrónica garantiza la autenticidad de una materialización de datos, sino sólo la del grupo de datos, esto es la autenticidad del contenido de la declaración. La vinculación de claves secretas y públicas – estas últimas pueden imaginarse como un gran PIN – se ocupa de que sólo el poseedor de la clave secreta puede crear la clave pública. Otro número de llave posibilita que el emisor reconozca si se ha intervenido con posterioridad en el conjunto de datos firmado. Con ello se asegura hasta cierto punto el que la declaración almacenada electrónicamente – en atención a su contenido – procede del poseedor de la clave de la firma, pero no que el almacenamiento haya sido efectuado por él o con su voluntad. Por lo tanto, hay que renunciar en todo caso a la distinción entre copia y original en la interpretación del artículo 269.[28] El objeto de protección del artículo 269 sólo puede ser la propia información codificada, esto es, la autenticidad del contenido de la declaración representado electrónicamente.

En cuanto estos documentos informáticos se imprimen, surge un documento escrito en el sentido del artículo 267 y, por lo tanto, se sigue distinguiendo en la falsificación documental entre original y copia. Pero con la impresión no se elimina la indeterminación de esta distinción. El emisor puede crear cuantas impresiones quiera del grupo de datos remitido. Mediante el procedimiento estándar, cada uno de ellos es determinado – en lo que a su contenido se refiere – única e inmediatamente a través del remitente del e-mail. ¿Cuál de estas copias será entonces el original? ¿Quizás la primera? Si el emisor ha conectado el fax a su

28. *Vid.* sobre ello *NK-Puppe* § 269 n.m. 27.

computadora resulta válido lo dicho para la emisión de una declaración por fax. Por lo tanto, el otorgante de una declaración por telecomunicación, ya sea por e-mail o por Telefax, no tiene el control sobre cómo ha almacenado su declaración el receptor ni en qué número de ejemplares. En todo caso se le exime a éste de almacenar electrónicamente, lo cual acarrea como consecuencia – y ello ya se ha mencionado – que el original y la copia no sean en adelante conceptualmente diferenciables. Sea como fuere, en el tráfico telemático de datos el otorgante ha perdido, por causas técnicas, su facultad de decidir cuáles y cuántos documentos – o representaciones iguales a los documentos – de su declaración se encuentran en el tráfico jurídico. Con esta facultad se desecha la fundamentación que no otorga protección documental a la copia de la declaración creada automáticamente.

5. Un nuevo concepto de autenticidad

Pero con ello no se ha coincidido con el coro de aquellos que desde hace tiempo exigen la equiparación de copia y original.[29] Más bien, como ya se ha indicado, deben solucionarse dos problemas. Pese a la equiparación de copia y original tenemos que desarrollar un concepto teórico para proteger determinados tipos de documentos frente a las copias no autorizadas, por ejemplo los títulos valores o los documentos de identidad. Aparte de esto, necesitamos un nuevo concepto de autenticidad de la materialización de una acción declarativa. La renuncia a toda autenticidad tendría como consecuencia que el duplicado verídico de un documento sería un documento propio, por lo que quien lo distribuyera como original no cometería una falsificación documental. Un ejemplo lo constituye el caso de manual en el que un deudor sustituye el recibo perdido por una imitación. Esto sería válido incluso cuando un "documento" sobre una declaración que sólo ha sido emitida verbalmente, fuera creado por un no-otorgante conforme a la veracidad de la declaración. Pero el nuevo concepto de autenticidad,

29. Referencias en nota 24.

y con ello el nuevo concepto de original, ya no puede vincularse a la voluntad de autorización del otorgante. La misma tiene lugar adicionalmente junto a la voluntad de declaración, y se refiere a una materialización única.

En la informática existe un concepto de información muy sencillo y formal que nos puede ayudar a conseguir una determinación igualmente clara y sencilla del concepto de autenticidad. Una información es una selección de signos a partir de un determinado código. Esta selección de signos es la que se transmite en el tráfico telemático de datos y la que permanece como tal en cada proceso de copia automático que se desarrolle debidamente. A una persona sólo podrá imputársele una información como su declaración en el tráfico jurídico cuando ella misma u otra persona con su autorización haya dominado la selección de signos. Lo denomino dominio de la información (*Informationsherrschaft*) o dominio de la declaración (*Aussageherrschaft*).[30]

Por lo tanto, una grabación técnica de la persona que se sirve del instrumento no puede serle imputado a ésta como declaración documental, ni siquiera cuando el instrumento graba el comportamiento de la persona misma. Por ejemplo, el tacógrafo que graba el comportamiento del conductor del camión en el tráfico. El conducto sabe que el tacógrafo grabará una velocidad de 100 km/h cuando conduzca a esa velocidad. Pero el conductor no es libre de decidir que el instrumento grabe otra velocidad mientras conduce.[31]

En la creación de una copia a mano, el autor del documento copiado tampoco tiene el dominio declarativo sobre el contenido de la copia. Dicho dominio lo tiene quien realiza la copia. En una copia automática o una copia de datos esto resulta algo diferente. Aquí, el creador del modelo determina inmediata y completamente el número de signos fijados en la copia, siempre y cuando el suceso de la copia no sea manipulado desde el otro lado. El nuevo concepto de

30. *NK*-Puppe § 267 n.m. 28 y ss.; Idem (como en nota 7), pp. 97 y ss.; Idem *Jura* 1979, pp. 630, 635.

31. *NK*-Puppe § 267 n.m. 28; § 268 n.m. 22; Idem (como en nota 7), pp. 97 y ss.; Idem *Jura* 1979, 630, 636.

autenticidad se determina como sigue: la materialización de una declaración es auténtica cuando el declarante tenía el dominio sobre el número de signos fijados en esa materialización y lo ha ejercitado a través de su acción declarativa, pudiendo no haber tenido el dominio sobre la fijación misma.

6. Protección documental en los títulos valores

Sin embargo, si reconocemos este concepto de autenticidad ¿cómo se puede evitar que también constituya una copia no autorizada aquellos títulos en los cuales la diferencia entre la primera materialización de la acción declarativa (escritura original) y la copia tiene una significación jurídica? Estos son, en primer lugar, los títulos valores propios (*echte Wertpapiere*). Se destacan por el hecho de que cada acto de escritura produce una nueva declaración; son los denominados títulos valores constitutivos (*konstitutive Wertpapiere*). Ciertamente resulta admisible que se generen más ejemplares de la misma declaración, pero éstos deberán estar marcados como tales, puesto que en caso contrario valdrán como declaraciones nuevas.[32] El que crea una nueva copia de un título valor igual al original, no sólo provoca la impresión de que en el modelo se encuentra materializada de manera auténtica una declaración documental por segunda vez – en el sentido arriba mencionado. También produce la impresión de que el otorgante ha emitido una segunda declaración que dice lo mismo, pudiendo de nuevo derivarse exactamente los mismos derechos de dicha declaración. Pero no es este el caso. Por lo tanto, la copia de un título valor fiel al original es un documento impropio.

Lo señalado es compatible con el reconocimiento fundamental de la copia automática como original cuando se ha conocido cómo, a través de la copia de un título valor, se ha llevado a cabo no sólo el efecto de duplicación de la certificación

32. Cfr. el artículo 49 de la ScheckG [*Scheckgesetz*. Ley del Cheque. N. del Trad.]; el artículo 64 de la WechselG [Wechselgesetz: Ley de Cambio. N. del. Trad.]; el § 642 HGB incluso prevé expresamente más copias del conocimiento; esta cifra sin embargo está delimitada de manera previa y concluyente.

sino también de la declaración. Cada declaración de un título valor se refiere materialmente al papel en el que ésta se encuentra representada. En caso de cambio, esto incluso se dice expresamente con las palabras: "pague usted frente a este cambio". En otros títulos valores esta referencia tiene lugar a través de la circunstancia de que el tenedor sólo puede ejercitar el derecho derivado del título bajo presentación o entrega del mismo. Por lo tanto, resulta válida la frase de que siempre existen tantas declaraciones de títulos valores como títulos valores. Un título valor tiene en común con los denominados signos de prueba (*Beweiszeichen*), o mejor dicho con los llamados signos de declaración (*Erklärungszeichen*), el que la declaración no está completamente expresada en signos escritos, sino que en parte está materializada en el objeto individual – justamente en el trozo de papel – con el que los signos escritos están duraderamente vinculados. Quien copia una declaración de un título valor a otro trozo de papel, crea una nueva vinculación de este tipo en tanto exista la apariencia de un original. De esta manera convierte el papel de la copia en un componente de la nueva declaración – aparentemente documental – del otorgante del modelo de copia. Este documento es tan impropio como una etiqueta de precio colocada sin autorización en una mercancía.[33]

De esta manera, son ante todo títulos valores, los títulos valores en sentido estricto, esto es, los títulos para los cuales resulta válido que con cada nueva materialización de la declaración surge también una nueva declaración. Estos son, junto a los títulos al portador (*Inhaberpapieren*) y los títulos a la orden (*Orderpapieren*), las denominadas cartas y marcas al portador (*Inhaberkarten und Inhabermarken*), los tickets de entrada y los permisos de conducir. Para ello resulta decisivo que de acuerdo con el artículo 793.1 BGB el tenedor de dicho título, esto es, del objeto corpóreo, pueda exigir la prestación, y el deudor, de acuerdo al artículo 797.1 BGB, sólo esté obligado a la prestación frente a la entrega del título. Por lo tanto, una copia no autorizada produce la apariencia de una nueva declaración de obligación.

33. *NK*-Puppe § 267 n. m. 24, 57 y ss., 80.

Los denominados títulos al portador ineficaces (*hinkenden Inhaberpapiere*), esto es, los títulos nominativos con cláusula de tenedor (*Namenpapiere mit Inhaberklausel*), deben tener, a tenor del artículo 808 BGB, el mismo valor que los títulos valores propios. Lo mismo ocurre con los títulos no negociables (*Rektapapiere)* – como por ejemplo con la escritura hipotecaria (*Hypothekenbrief*) –, ya que también es válido para éstos que el deudor sólo está obligado bajo presentación del título (comparar el artículo 1160 I BGB). También pertenecen a este lugar aquellos títulos que generalmente uno no se cuida de denominar títulos valores – debido a que no confirman derechos de contenido patrimonial – pero para los cuales resulta no obstante válido que la posesión del título como objeto corpóreo legitima determinadas acciones del poseedor. Algunos ejemplos serían el documento de apoderamiento (*Vollmachtsurkunde*) del artículo 172 BGB, la factura confiada previamente a un portador del artículo 370 BGB, y las recetas médicas. También para estas últimas resulta válido que cada receta fundamenta una autorización para la compra de los medicamentos presentados como obligatorios en la misma, pareciendo fundamentar una copia no facultada dicha nueva autorización.[34]

Los documentos de identificación también son documentos compuestos en el sentido expuesto, resultando válido para éstos que el poseedor sólo puede exigir un determinado derecho o cumplir con una obligación urídica bajo presentación del documento original. Esto es aplicable, en primer lugar, a los documentos de identificación oficiales. El deber de identificación de acuerdo con el artículo 1 de la Ley sobre los documentos personales de identidad, sólo puede ser cumplido mediante la presentación del documento original, y lo mismo vale para la sustitución de la identificación de un extranjero a tenor del artículo 40 de la ley de extranjería. De acuerdo con el artículo 1 PassG,* en caso de adhesión, un ciudadano sólo puede probar su identidad mediante la presentación del original

34. Cfr. § 48 párrafo 1 de la *ArzneimittelG* [Arzneimittelgesetz: Ley de medicamentos. N. del Trad.].

* Passgesetz: Ley de pasaporte [N. del Trad.].

del pasaporte y está, por lo tanto, obligado a llevarlo consigo. El conductor de un vehículo puede y debe probar su permiso de conducir mediante la presentación del carné de conducir original de acuerdo con el artículo 2.2.3 StVG.** Lo mismo ocurre con la autorización de su vehículo, que debe probar mediante la presentación del original del certificado KfZ,*** de acuerdo con el artículo 24 StVO.**** Idéntica suerte corren otros certificados de autorización prescritos legalmente, como por ejemplo las licencias para conducir barcas deportivas o las licencias empresariales de funcionamiento. En estos el carácter de título original como documento compuesto se deriva de la propia ley. También poseen el referido carácter los documentos de identidad y certificados privados, por ejemplo, los documentos de identificación de los socios o los de pertenencia a una comunidad, así como otros certificados en los que el autorizado – conforme al contrato o a los estatutos – sólo debe hacer uso de su derecho frente al obligado bajo presentación del certificado original. No existe razón alguna para reconocer como documentos compuestos sólo los originales de los documentos de identidad oficiales, puesto que también los títulos valores son reconocidos como tales aunque sean documentos privados.[35]

7. Los títulos valores electrónicos

Los documentos informáticos puros no pueden cumplir la función de los títulos valores debido a que éstos están vinculados a la posesión de un objeto corpóreo. Pero también las declaraciones jurídico mercantiles materializadas en datos están vinculadas a los portadores de datos, generalmente tarjetas de plástico o tarjetas de códigos. Y lo están de tal manera que sólo con la ayuda de ese portador de datos pueden ejercitarse los derechos derivados de ellas. En el caso

** Straßenverkehrgesetz: Ley del tráfico [N. del Trad.].

*** Kraftfahrzeug: automóvil [N. del Trad.].

**** Staßenverkehrordnung: Ordenación del tráfico (N. del Trad.].

35. *NK*-Puppe § 267 n.m. 57 y ss.

de las tarjetas de código también se toman medidas de precaución frente a las copias no autorizadas. Si se trata de tarjetas de pago, a partir de ahora éstas se encuentran especialmente protegidas frente a la imitación o falsificación gracias del artículo 152 a). Bajo el concepto de imitación se puede subsumir la copia no autorizada de una tarjeta de pago independientemente de si se hace lo mismo mediante la aplicación del artículo 269. Pero de acuerdo con el artículo 152 a) III, las tarjetas de pago sólo son aquellas tarjetas con cuya ayuda puede exigirse un pago dinerario y otra prestación, de tal manera que se puede obligar a un tercero a un pago dinerario. Las tarjetas de código en relaciones interpersonales, es decir, aquellas con las que sólo se puede exigir al otorgante de la carta una prestación o un pago dinerario, no se encuentran comprendidas en el artículo 152 a). El ejemplo más conocido para dichas tarjetas de prestación electrónica es la tarjeta telefónica. Pero esta forma de exigir y ajustar prestaciones ha encontrado entretanto una difusión en otros ámbitos negociales. Por ejemplo, existen tarjetas de viaje y tarjetas de cafetería (*Kantinenkarten*) electrónicas y recargables. Dichas tarjetas sólo pueden protegerse mediante el artículo 269, y en caso de difusión automática, en conexión con el artículo 270.

Esto presupone que en dichas tarjetas de códigos las declaraciones en el tráfico jurídico son representadas electrónicamente.[36] Decidir si éste es el caso es una cuestión de interpretación humana del suceso de difusión electrónica. Por muy complicado que pueda resultar, éste siempre consiste en un suceso puramente mecánico que no tiene ningún significado inherente. La posibilidad de dicha interpretación del suceso de difusión depende del fin y la forma de aplicación de la tarjeta de códigos. Por ejemplo sería difícil mantener que las tarjetas-llave electrónicas de los hoteles modernos, que en lugar de las llaves de la habitación son entregadas para abrir la puerta de la habitación y del edificio, sustituyen una declaración jurídico-mercantil. Por el contrario, esto es posible cuando una tarjeta

36. Cfr. *NK-PUPPE* § 269 n.m. 7 y ss.

de códigos, autorizada para solicitar y contabilizar las prestaciones del otorgante, es empleada para ello independientemente de si el adeudo de las prestaciones producidas se realiza a través de que ciertas partes del chip de la tarjeta se destruyan o de que, como hoy resulta habitual, se notifique el proceso de la prestación a una computadora central donde se lleva una cuenta especial para cada tarjeta de códigos. La barra de la tarjeta materializa en forma de datos la declaración del otorgante, jurídicamente relevante, de que está obligado frente al tenedor a realizar unas prestaciones de una determinada forma y hasta un determinado valor máximo. No cambia nada el hecho de que el valor máximo no pueda ser modificado a través del suceso automático del adeudo o de la recarga sin intervención del otorgante. Ello se debe a que el otorgante tiene que permitir – y así lo desea – que valga la declaración en el estado actual modificada a través de su procesamiento electrónico de datos (*EDV*),* y eso resulta suficiente para una declaración jurídico-mercantil auténtica.[37]

Ciertamente es una dificultad interpretativa el hecho de que esta declaración de obligación del otorgante de la tarjeta sólo está materializada parcialmente en datos invisibles e intangibles, como presupone el artículo 269. Ello es debido a que el otorgante de la tarjeta no está totalmente declarado, sino que únicamente está obligado a efectuar la prestación frente a la presentación de la tarjeta de códigos original como objeto corpóreo, y frente a sus ayudantes y/o sus terminales de procesamiento electrónico de datos. En caso de que el grupo de datos sea copiado a otra carta semejante, surge la apariencia de una nueva declaración de obligación, que sin embargo no procede del otorgante, y que, por lo tanto, es impropia. Pero el artículo 269 no presupone, a tenor de su texto, que toda materialización de datos es invisible. Es suficiente que el sentido de la declaración no sea directamente perceptible, careciendo la tarjeta perceptible por sí misma

* Elektronische Datenverarbeitung. [N. del traductor].

37. Cfr. *NK*-Puppe § 267 n.m. 30.

de significado declarativo alguno. De la misma manera que se acepta un documento compuesto cuando un texto está vinculado firmemente con el objeto al que se refiere, se puede aceptar un documento de datos compuesto cuando los datos almacenados electrónicamente están vinculados firmemente con un objeto. De esta manera, el objeto se convierte en componente de la declaración de datos, como por ejemplo ocurre en una etiqueta electrónica de precios. También bajo el presupuesto de que un documento informático exclusivamente electrónico debe ser copia, surgiendo con ello otro documento informático propio, resulta comprendido en el artículo 269 como creación de un documento informático compuesto impropio el hecho de copiar una tarjeta de códigos sin autorización. Naturalmente, lo dicho también se aplica a las tarjetas de pago electrónicas, por lo que el artículo 152 a) resulta ley especial frente al artículo 269.

8. El conocimiento de embarque *(konnossement)* electrónico

En el tráfico mercantil existen esfuerzos por reemplazar los títulos de transporte, especialmente el conocimiento de embarque, a través de la transmisión de datos electrónico vía e-mail. El interés en ello es considerable ya que el transporte de títulos convencional – por correo – se ha vuelto demasiado lento en el tráfico mercantil, especialmente en el marítimo. Puede ocurrir que la mercancía alcance el punto de destino antes que el título, por lo que surgen costes de almacenamiento adicionales. El determinar si semejante "conocimiento de embarque electrónico" puede adoptar la función de título de embarque de un día con la suficiente seguridad frente al abuso, constituye una cuestión de Derecho mercantil. De *lege lata*, éste no es todavía el caso a tenor de los artículos 642 y siguientes del HBG. Para ello se precisa de un cambio en la ley.

Pero en el Derecho marítimo internacional hay esfuerzos por alcanzar este efecto mediante un fundamento contractual. Lo más actual es el denominado

proyecto Bolero.[38] Dicho proyecto tiene como fin evitar que con la reproducción del grupo de datos, especialmente por parte del emisor, pueda darse el abuso. No obstante, esto no sucede a través de una prohibición de copia, y además no podría suceder de esta manera puesto que la emisión y la recepción del e-mail caerían bajo esta prohibición. Además, no podría trabajarse con el grupo de datos en el equipo de tratamiento de datos del receptor. La autenticidad del contenido de los datos puede asegurarse, de acuerdo a la ley de firma, a través de la denominada firma electrónica. Además de ello, tiene que evitarse que el receptor de un conocimiento de embarque electrónico reproduzca dicho conocimiento electrónicamente y lo transmita a diferentes receptores que puedan intentar legitimarse con el mismo.[39] Esto tampoco ocurre a través de una prohibición de copia, sino por medio de que cada transmisión del conocimiento de embarque se registre y documente por una parte de confianza, denominada *Trusted third Party*. Adicionalmente puede ser distribuida una llave especial para cada suceso de transmisión. El receptor del cargamento se legitima no a través de la posesión del conocimiento de embarque electrónico como documento de datos, sino gracias a una cadena de cesiones documentadas por el *Trusted third party*. El conocimiento de embarque electrónico no tiene la función de título valor en el proyecto Bolero.

El ejemplo del conocimiento de embarque enseña que también ahí donde los títulos valores deben ser sustituidos por documentos informáticos, no existe interés alguno en la prohibición de copia. Por el contrario, semejante tráfico de datos sólo puede funcionar cuando no sólo la copia de un documento informático

38. Cfr. sobre ello Schuback, *TranspR* 1999, 41, 49 y ss.

39. Para el conocimiento de embarque en soporte papel se considera que, de acuerdo con el artículo 648 HGB, una copia resulta suficiente para la legitimación del emisor de la carga. Pero si se presentan simultáneamente varios pretendientes con copias, todas las copias pierden, de acuerdo con el artículo 649 HGB, su efecto legitimador y la mercancía tiene que ser almacenada provisionalmente. Un emisor fraudulento podría causar numerosas desgracias con un conocimiento de embarque en soporte informático reproducido, en caso de que fuera tratado jurídico-mercantilmente como un conocimiento de embarque en soporte papel.

puro está permitida, sino cuando con ello surgen originales, esto es, surgen de nuevo documentos informáticos propios.[40]

9. Resumen: de la protección de la materialización (*verkörperungsschutz*) a la protección de la declaración (*erklärungsschutz*)

La segunda revolución técnica ha modificado profundamente el tráfico jurídico con el Fax, la computadora e Internet, planteando con ello a la regulación jurídico-penal de los documentos preguntas y alternativas completamente nuevas. Semejante acontecimiento puede ser una verdadera fuente de rejuvenecimiento para un ámbito jurídico antiguo, puesto que obliga a responder de manera clara a los interrogantes que hasta ahora se habían dejado pendientes bajo un "tanto lo uno como lo otro". También puede obligar, o por lo menos desafiar, a cortar con costumbres anticuadas, separándose de conceptos y dogmas venerables que se han arrastrado generación tras generación, ya que éstos no han influido en los resultados prácticos.

Un dogma venerable en este sentido es la determinación del bien jurídico de los delitos documentales como la "pureza de la prueba". Esta determinación del bien jurídico se encuentra prominentemente representada en la ciencia hasta la fecha.[41] Fue desarrollada por Binding, en oposición a la entonces doctrina dominante de la protección de la fe pública, partiendo del principio de que no existe ningún derecho a la verdad.[42] Pero, ¿qué sentido puede tener una protección de la pureza de la prueba cuando no existe un derecho a la verdad? La protección de la "pureza de la prueba" como contraposición a la protección de la verdad, sólo puede significar que realmente no se está protegiendo la creencia en la

40. Cfr. *NK*-Puppe § 267 n.m. 22, § 269 n.m. 27 y ss.

41. Referencias en nota 11.

42. Binding (como en nota 10), pp. 120 y ss.

veracidad de un hecho probado, sino más bien la creencia en la veracidad de las causas a partir de las cuales se considera que está probada. Sólo puede tener un sentido: el proteger la confianza en la veracidad de determinados hechos probados cuando éstos proporcionan una causa especialmente buena para creer en la veracidad de otros hechos. Pero el uso de un documento tanto en el tráfico jurídico como en el proceso, apenas puede pretender el ser un método especialmente fiable de prueba. Es una prueba sólo en el sentido de que cada comunicación seria merece este predicado.

Si nuestra regulación penal en materia documental debe proteger la "pureza" de un procedimiento de prueba especialmente fiable, entonces tiene que tener otra apariencia a la que hoy tiene. En primer lugar, deben excluirse del tipo las falsificaciones totalmente burdas, ya que éstas no resultan idóneas para poner en peligro la pureza de la prueba documental. Pero de acuerdo con la opinión general, la falsificación más burda también cumple el tipo de artículo 267.[43] Aparte de ello, la protección debería limitarse a aquellos documentos que son difíciles de falsificar. Puede ser cierto tanto el que un original resulte más difícil de falsificar que una fotocopia, como el que esto sea uno de los motivos por los que la jurisprudencia hasta ahora no ha equiparado la fotocopia con la escritura original. Pero por lo demás no se presentan exigencias de ningún tipo a la seguridad de falsificación de los documentos.[44] Ni siquiera la firma de propia mano es requisito para la presentación de una declaración representada en un documento.[45] Los documentos informáticos serían, como máximo, medios de prueba especialmente fiables cuando estuvieran firmados electrónicamente. No son más difíciles aportar al tráfico jurídico que un documento informático impropio. El artículo 269, sin embargo,

43. Referencias en nota 12.

44. Por ejemplo RGSt 76, 385; OLG Hamburg *JR* 1964, 228, (hoja adhesiva); OLG *Celle* GA 1966, 247 (noticia bajo el parabrisas).

45. Tröndle/Fischer (como en nota 1), § 267 n.m. 3; Zielinski, *Armin Kaufmann-FS* (1989), pp. 605, 610; *NK*-Puppe § 267 n.m. 30.

ha sido introducido en una época en la que no existía el procedimiento de firma electrónica.[46] No debe esperarse que el legislador restrinja el tipo en el futuro a los documentos informáticos firmados electrónicamente. El tráfico jurídico apenas aceptaría eso. Este nuevo desarrollo ha conducido, últimamente, al absurdo de explicar la protección documental como la protección de un procedimiento de prueba especialmente fiable.

No debemos derramar lágrima alguna por este dogma, puesto que el mismo había traído una considerable confusión y falta de claridad en la formación de conceptos de la regulación jurídico-penal de los documentos. Para justificar este dogma se utilizó en dicha regulación la palabra "prueba", que al lector sin prejuicios debió parecerle con frecuencia algo curiosa. La voluntad de declaración, fundamento de la responsabilidad de declarante por el contenido de su declaración y elemento irrenunciable de todo negocio jurídico, se denomina en la regulación jurídico-penal "determinación de la prueba" (*Beweisbestimmung*) para poder integrar conceptualmente el denominado "documento casual" (*Zufallurkunde*).[47] Si la declaración se perpetúa a través de un signo colocado en el objeto al cual se refiere, entonces el resultado ya no puede llamarse declaración sino signos de prueba (*Beweiszeichen*),[48] debiendo denominándose "referencia probatoria" (*Beweisbezug*) a la relación material entre el signo y el objeto en el que se coloca. Quien falsifica un documento propio no modifica su sentido declarativo, sino su "dirección probatoria" (*Beweisrichtung*).[49] Este curioso uso del idioma se ha extendido al texto

46. Cfr. nota 15.

47. BGHSt 13, pp. 235, 238; Schönke / Schröder / Cramer (como en nota 1), § 267 n.m. 14; Wessels / Hettinger *BT*/1 n.m. 797; LK-Tröndle § 267 n.m. 53 y ss.; Tröndle / Fischer (como en nota 1), § 267 n.m. 9; Maurach / Schroeder / Maiwald *BT*-2 65 / 32 y ss.; Artz / Weber *BT*-LH 4, n.m. 349 y ss.

48. Schönke / Schröder / Cramer (como en nota 1), § 267 n.m. 27; Tröndle / Fischer (como en nota 1), § 267 n.m. 4.

49. *LK*-Tröndle § 267 n.m. 744; Tröndle / Fischer (como en nota 1), § 267 n.m. 19; Wessels / Hettinger *BT*/1 n.m. 842.

legislativo. En el artículo 268.2 se recoge como elemento conceptual de la grabación técnica la determinación de la prueba totalmente superflua, ya que siempre debe ser completada con la intención defraudadora del autor.[50] En el artículo 269 se habla de "datos con relevancia probatoria" (*beweiserheblichen Daten)* en vez de declaraciones con relevancia jurídica en forma de datos. Lo que resulta todavía peor es que la equiparación de la voluntad declarativa con cualquier determinación probatoria impuesta desde fuera al objeto, ha conllevado una confusión en la clara distinción existente entre signos probatorios y características. Ello se debe a que los signos que inequívocamente sólo son características, se convierten en signos probatorios con la ayuda de la equiparación entre la declaración y la posterior determinación probatoria.[51] Finalmente tenemos que agradecer al dogma de la pureza probatoria, y no menos a Binding,[52] las monstruosas construcciones del documento casual[53] y del documento completo (*Gesamturkunde*), las cuales carecen de toda relevancia práctica e imponen una declaración al obligado a la llevanza de los libros, quiera o no quiera éste emitirla.[54]

El reciente desarrollo técnico y la introducción del artículo 269 obligan pues, definitivamente, al reconocimiento de que la falsificación documental no consiste en un delito contra "la pureza de la prueba". Ello se debe a que los do-

50. Schönke / Schröder / Cramer (como en nota 1), § 268 n.m. 24; Tröndle / Fischer (como en nota 1), § 268 n.m. 9; LK-Tröndle § 268 n.m. 26.

51. RGSt 58, p. 16; 68, p. 94; BGHSt 16, pp. 94, 95; 18, pp. 66, 70; BGH VRS 39, pp. 95, 96.

52. Binding (como en nota 10), pp. 189 y ss.

53. En contra Kohlrausch (como en nota 8), p. 336; Gallas (como en nota 8), p. 164 y s.; Bockelmann, *Niedschriften Band* 6 (1958), 174 y s.; Schilling, Reform der Urkundenverbrechen, 1971, 153 y ss. Puppe (como en nota 7), pp. 125 y ss.; Otto, BT 70/21; *SK*-Hoyer § 267 n.m. 39; Jakobs (como en nota 9), 56.

54. RGSt 50, p. 420; 60, p. 17; 67, p. 245; BGHSt 4, pp. 60, 61; BCH MDR 1954, 309; GA 1963, p. 16; Schönke / Schröder / Cramer (como en nota 1), § 267 n.m. 30 y ss.; *LK*-Tröndle § 267 n.m. 80 y ss.; Tröndle / Fischer (como en nota 1), § 267 n.m. 13 y ss.; Wessels / Hettinger *BT*-1 n.m. 815; en contra Lampe *GA* 1964, pp. 321, 326; Schilling, *Der strafrechtliche Schutz des Augenscheinbeweis,* 1965, pp. 117 y s.; Samson *JuS* 1970, pp. 369, 376; Puppe (como en nota 7), pp. 139 y ss.; Idem, *NK* § 267 n.m. 39 y s.; SK-Hoyer § 267 n.m. 80.

cumentos y los documentos informáticos no son medios de prueba especialmente fiables para emitir una declaración. Se trata más bien de garantizar a las personas que participan en el tráfico jurídico la veracidad de un cierto tipo de hechos sobre los que existe un interés especial en el tráfico jurídico. El hecho es que una persona determinada ha emitido una declaración determinada y consiguientemente se le puede haber responsable por ella.[55] Quien engaña a otra persona sobre este hecho le priva de la posibilidad de obligar a una persona respecto a esa declaración y con ello le priva de su protección jurídica. Una concesión al carácter de los documentos como medios probatorios es que la declaración tiene que estar materializada duraderamente. Quien se hace pasar por otro en el tráfico jurídico verbal, quien afirma verbalmente o por escrito que otro ha emitido una declaración con un contenido determinado, no es jurídico-penalmente responsable. Pero la materialización duradera es justamente el presupuesto para que el destinatario de la declaración o un tercero puedan exigir el derecho derivado de la declaración, ya sea judicial o extrajudicialmente.

Los requisitos que deben exigirse a la autenticidad de esta materialización de la declaración tienen que examinarse nuevamente a la vista de los drásticos desarrollos técnicos de los últimos años. Por ello debe partirse de que la necesidad de la materialización duradera de la declaración sólo tiene una función adicional en tanto que sirve al interés de la constatación – a la prueba si así quiere expresarse – de la autenticidad del contenido de la declaración. Debido al desarrollo del tráfico jurídico mediante datos incorpóreos, ya no puede tratarse de la autenticidad de la materialización substancial de los signos, sino sólo de la autenticidad de la información, esto es de la selección de signos.

La información también es auténtica en una copia automática, puesto que tras la producción del modelo de copia ya no tiene lugar ninguna decisión huma-

55. Kohlrausch (como en nota 8), pp. 334, 336; Gallas (como en nota *8*), p. 164; PurrE (como en nota 7), p. 175; Idem *NKS* 267 n.m. 6 y s.

na sobre la selección de los signos. Ello resulta válido tanto para la fotocopia de un documento como para la copia de un documento de datos en el marco del tratamiento electrónico.

Esta nueva determinación de la necesidad de autenticidad se ha vuelto imprescindible por el hecho de que el tráfico jurídico – por ejemplo mediante el fax – se sirve de un proceso de copia incluso para la producción del documento original. Por lo tanto, la distinción entre original y copia resulta conceptualmente problemática y apenas sostenible de manera práctica. En el documento de datos ya es imposible la distinción entre copia y original; el original no está completamente definido. Si el tráfico electrónico de datos insistiera no obstante en la distinción entre copia y original, esto tendría como consecuencia que la totalidad del tráfico jurídico electrónico estaría fuera del ámbito de protección del artículo 269, puesto que la transmisión y trascripción de los documentos informáticos se encuentra siempre ligada a numerosos procesos de copia. Con la introducción del artículo 269 se ha adoptado la decisión de renunciar a la autenticidad de la materialización en beneficio de la autenticidad de la información, aunque el legislador no haya sido consciente de ello.

Donde la distinción entre original y copia tenga relevancia jurídica, es decir, donde el Derecho le adscriba al original una función que la copia no puede cumplir, se puede tomar en cuenta el original con la ayuda de la construcción de documentos compuestos o de documentos informáticos compuestos. Los documentos compuestos en soporte papel y de texto declarativo son los títulos valores, los documentos de identidad y las certificaciones, para los cuales resulta válido que el derecho en ellos contenido sólo puede ser ejercido bajo presentación del documento original. Quien copia dicho papel genera la impresión de una declaración añadida con el mismo contenido, la cual fundamenta un nuevo derecho en el que el texto declarativo se encuentra ligado a un nuevo papel. Así, este otro papel no resulta sólo portador sino también objeto de referencia, y por lo tanto componente de la nueva declaración. Dicha declaración es falsa ya que

no proviene del que aparentemente otorga y en realidad no le obliga. Lo señalado resulta también cierto si la copia mecánica de un documento se considera en todo caso válida e incluso auténtica.

Los documentos informáticos compuestos en el sentido referido son las cartas de pago del artículo 152 y las tarjetas de prestaciones (*Leistungskarten*) con datos almacenados. Con éstas el beneficiario debe obtener pagos dinerarios u otras prestaciones, de una persona o de un proceso electrónico de datos, bajo presentación del original. Pero por lo general no se encuentran totalmente protegidos frente a copias no autorizadas. También en estas tarjetas el portador de los datos es parte integrante de la declaración. Por lo tanto, si los datos son transmitidos de manera no autorizada a otro portador surge un nuevo documento informático compuesto evidentemente falso.

El tráfico jurídico moderno ha colocado a la regulación jurídico penal de documentos frente a la disyuntiva de proteger la materialización autorizada como un medio de prueba especialmente fiable para una declaración, o proteger la propia declaración como un hecho especialmente importante en el tráfico jurídico. La decisión debe decantarse en beneficio de una protección efectiva de la declaración.

Ciências Criminais e Filosofia Política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar

Ricardo de Brito A. P. Freitas

Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Professor de Criminologia na pós-graduação da UFPE. Doutor em Direito. Procurador da Justiça Militar.

Sumário: 1. Introdução – 2. Ciência penal – 3. Política criminal – 4. Criminologia – 5. Filosofia política e ciências criminais – 6. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: Esta reflexão teórica investiga a possibilidade de comunicação interdisciplinar entre as ciências criminais e a filosofia política à luz das características fundamentais de cada um dos saberes envolvidos.

Abstract: This theoretical reflexion investigates the possibility of interdisciplinary communication between Criminal Sciences and Political Philosophy based on the fundamental particularities of each one of the knowledges envolved.

Palavras-chave: Ciências criminais – Método – Objeto – Fim – Interdisciplinaridade – Dogmática penal – Política criminal – Criminologia – Ciência política – Filosofia política.

Key words: Criminal sciences – Method – Object – Aim – Interdisciplinarity – Penal dogmatic – Criminal policy – Criminology – Political science – Political philosophy

Sem filosofia, a doutrina do direito se assemelha
a uma dessas estátuas antigas de belos olhos, mas sem pupilas.[1]
Uma doutrina jurídica só empírica é (como a cabeça de madeira
na fábula de Fedro) uma cabeça que pode ser formosa,
mas que lamentavelmente não tem cérebro.[2]

1. Introdução

De maneira geral, nos manuais de direito penal da atualidade não se encontram muitas referências à importância da filosofia, sobretudo da filosofia política para o direito penal. Tal situação é intrigante, visto que nas obras mais antigas a atitude dos autores nacionais é outra. Aníbal Bruno, por exemplo, não demonstra dificuldade alguma em reconhecer que "todo sistema de direito assenta em bases filosóficas", inclusive a doutrina e a legislação penal. Segundo ele, conceitos como os de pena, culpa, responsabilidade, entre outros, requerem uma justificação metajurídica. Seria a dimensão filosófica desses conceitos cuja natureza ultrapassa a capacidade explicativa da ciência penal, que conferiria em termos práticos a "unidade do sistema".[3] Fenômeno de natureza semelhante ocorre na doutrina estrangeira, ressalvando-se os autores com significativa formação filosófica. Dentre esses, Hassemer diz que a filosofia penal tem por missão encontrar o caminho entre a teoria e a *praxis* do direito, sobretudo no âmbito do direito penal, a exemplo as duas direções da filosofia neokantiana que influenciaram a dogmática.[4] Yacobbuci sustenta existirem pressupostos da ciência jurídico-penal que estão além do texto legal. Estes, diz ele, supõem "o impacto de fins

1. Giuseppe Maggiore. *Derecho penal*. v. 1. Bogotá: Temis, 2000, p. 63.

2. Immanuel Kant. *Metafísica dos costumes*. Parte 1: princípios metafísicos da doutrina do direito. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 36.

3. Aníbal Bruno. *Direito penal*. T. I. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 45-46.

4. Winfried Hassemer. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Bogotá: Temis, 1999, p. 1-3.

e orientações que não podem ser 'lidas', mas sim compreendidas, dentro de um contexto filosófico, político e cultural."[5]

As colocações anteriores não apenas reafirmam que o conhecimento filosófico é importante para as ciências criminais, mas sobretudo nos lembram que tais disciplinas e a filosofia, antes de serem estanques, estão necessariamente relacionadas. Paradoxalmente, em alguns momentos, podem-se observar demonstrações explícitas ou implícitas de desconfiança por parte dos dogmáticos em relação à filosofia. É como se as ciências criminais traduzissem o único tipo de conhecimento válido na abordagem da problemática penal.

Diante do problema assinalado, o argumento deste ensaio é o seguinte: a filosofia política não é apenas necessária, mas indispensável ao desenvolvimento das denominadas ciências criminais, constituindo um tipo de conhecimento que deve ser considerado em toda e qualquer abordagem de caráter interdisciplinar no que diz respeito ao problema penal.[6] Para a verificação da referida hipótese de trabalho, pretende-se inicialmente examinar as principais características dos três saberes criminais que, em termos razoavelmente consensuais, vêm sendo considerados os pilares das ciências criminais, a saber: a ciência penal, também denominada de dogmática penal ou simplesmente direito penal; a política criminal e a criminologia. Em seguida, desenvolver-se-á uma reflexão sobre a filosofia política e a contribuição que ela pode dar ao debate interdisciplinar.

2. Ciência penal

Muito se discute a cientificidade da disciplina, amiúde considerada a mais importante dentre as ciências criminais (ou ciências penais) pelos principais teóri-

5. Guillermo J. Yacobucci. *El sentido de los principios penales*: sua naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 45.

6. No que se refere à terminologia, as expressões "ciência penal", "dogmática penal" e "direito penal" são usadas indistintamente para designar a ciência criminal de cunho dogmático.

cos do direito penal.[7] Estes, embora não desconheçam a dimensão das críticas dirigidas à dogmática penal no tocante ao seu *status* epistemológico, não se hesitam em considerá-la "a ciência base de todo o campo jurídico."[8] Para a doutrina parece inquestionável ser a ciência penal "quem subministra o objeto de estudo às outras ciências não-jurídicas", razão pela qual elas apenas incorporem importância na medida em que recebam tratamento jurídico que possibilite a regulação dos casos concretos.[9] Dessa maneira, todas as disciplinas que compõem as ciências criminais seriam, na realidade, "auxiliares da ciência penal."[10]

As mencionadas manifestações de imperialismo epistemológico tornam-se ainda mais inaceitáveis porque são perfeitamente conhecidas as críticas dirigidas desde sempre à ciência penal no que diz respeito à sua cientificidade em virtude de seu caráter dogmático. Embora nem sempre elas sejam pertinentes, revelam as limitações e insuficiências de um saber que, a despeito disso tudo, é forçoso reconhecer, possui inegável importância prática. É necessário recordar algumas dessas críticas pelo fato delas revelarem a ausência de um consenso nos domínios da ciência no que diz respeito à cientificidade da dogmática penal.

Critica-se, em primeiro lugar, o caráter mutável do objeto formal da ciência penal.[11] Afirma-se, nesse sentido, que a norma jurídico-penal é objeto de fre-

7. A expressão "ciências criminais" é preferível à "ciências penais", pois enquanto a primeira nivela em importância todos os saberes dedicados ao problema penal, a segunda implica em aceitar o predomínio da ciência penal sobre as demais disciplinas dedicadas ao fenômeno criminal, o que desfavorece o diálogo interdisciplinar entre elas.

8. Claus Roxin. *Derecho penal*: parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 47.

9. Francisco Muñoz Conde. *Introducción al derecho penal*. Montevidéo: Julio César Faira, 2001, p. 190-191.

10. Jorge de Figueiredo Dias. A ciência conjunta do direito penal. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 19-49, p. 23.

11. Assim como em toda ciência, também cada uma das ciências criminais possui objeto que, por sua vez, pode ser classificado em formal ou material. O objeto material de uma disciplina pode ser comum, porém, sendo o objeto formal a "especial maneira com que a matéria é apreciada, vista, considerada" por traduzir um "ângulo especial de apreciação", ele é exclusivo. Cf. Miguel Reale. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 74.

qüente recriação, o que seria um fato. Esse aspecto, as transformações produzidas no âmbito mesmo do direito penal positivo, representaria uma variabilidade insuportável do objeto da ciência penal, retirando-lhe o caráter científico.

Embora tradicional, essa crítica tem sido rejeitada através do argumento de que a mutabilidade do objeto da ciência penal só existiria caso se considere um dado ordenamento jurídico-penal em particular, pois a norma em si mesma continuaria a se constituir no objeto formal da disciplina, não obstante as transformações operadas no seu conteúdo. Em outros termos: as modificações que amiúde ocorrem no interior do direito penal positivo em nada modificam o fato de que a norma penal continua a ser o objeto formal da disciplina. Uma coisa é a norma, outra o seu conteúdo. Por outro lado, os fatos sociais também se sucedem e nem por isso afirma-se que as ciências sociais não são verdadeiras ciências. Ademais, por significativas que aparentem ser as mutações do direito penal positivo, elas seriam sempre secundárias, pois não atingiriam a parte mais essencial do ordenamento jurídico penal, que seriam os seus princípios e os seus conceitos fundamentais.[12]

É inimaginável que a criação de uma nova legislação possa substituir por completo as bases de todo o direito penal. Determinadas modificações em aspectos importantes da lei penal podem até ocorrer, mas é difícil admitir, por exemplo, que um novo direito penal possa ser formulado sem prever a existências de causas de exclusão da antijuridicidade ou dos delitos contra a propriedade.[13] Por último, afirma-se, há de se levar em consideração que "variação da lei" e "variação do direito" não são termos intercambiáveis. Não obstante as transformações operadas no âmbito da lei, as que ocorrem no interior do direito são, na realidade,

12. Antonio Hernández Gil. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas, 1976, p. 18.

13. Enrique Gimbernat Ordeig. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 109. José A. Saínz Cantero. *Lecciones de derecho penal*: parte general. T.I. Barcelona: Bosch, 1982, p. 64.

muito inferiores em número. Considerar a disciplina de natureza dogmática como não científica em virtude de uma (suposta) variabilidade de seu objeto implica necessariamente em negar a cientificidade de outros campos do conhecimento humano, até mesmo porque toda e qualquer ciência pressupõe um processo de construção do conhecimento "constante, fluente, construtivo e crítico" onde não se admite o imobilismo.[14]

Nega-se também à dogmática penal o *status* de ciência com o argumento de que seus enunciados, diferentemente do que ocorre com as ciências em geral, não podem ser controláveis nem lógica nem empiricamente. As afirmações dos estudiosos sobre matéria jurídica, muitas vezes, entram em conflito, porque não se pode estabelecer a primazia de umas sobre as outras com base em critérios lógicos.[15] De fato, uma concepção positivista da ciência implica na impossibilidade de reconhecer a dogmática penal como ciência. No modelo teórico positivista, o método há de ser necessariamente o empírico e, sobretudo, o experimental, como ocorre nas ciências da natureza. Para o positivismo naturalista, toda a atividade científica baseia-se na observação rigorosa dos fatos objetos da investigação e, ainda, na experimentação, muito embora admita uma ciência possa ser empírica, mas não experimental. Para o positivismo naturalista só os fatos passíveis de observação empírica podem ser objeto da ciência, exceto em se tratando da matemática e da lógica.[16]

Contra tal objeção, argumentam os dogmáticos que, apesar da ciência penal não ser empírica, ela é um saber capaz de utilizar um método semelhante ao das

14. Antonio Hernández Gil. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas, 1976, p. 18-21.

15. Cf. Santiago Mir Puig. *Derecho penal y ciencias sociales*. Barcelona: Edição do autor, 1982, p. 15.

16. Pode-se conceituar satisfatoriamente o positivismo nesses termos: "trata-se de uma concepção que se assenta nos seguintes pressupostos: a 'realidade' enquanto dotada de exterioridade; o conhecimento como representação do real; a aversão à metafísica e o caráter parasitário da filosofia em relação à ciência; a dualidade entre fatos e valores com a implicação que o conhecimento empírico é logicamente discrepante do prosseguimento de objetos morais ou da observação das regras éticas; a noção de 'unidade da ciência, nos termos da qual as ciências sociais e as ciências naturais partilham a mesma fundamentação lógica e até metodológica". Boaventura de Sousa Santos. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 2000, p. 52.

ciências causal-explicativas. Sabendo-se que a ciência se organiza por intermédio da verificação em torno de um "conjunto de proposições que recebem o qualificativo de verdadeiras" e sabendo-se que a verificação, no domínio do conhecimento científico, não precisa ser necessariamente experimental, como ocorre com as ciências humanas, a ciência penal também é capaz de verificar a veracidade (e a falsidade) de uma proposição jurídica na medida em que também utiliza o recurso da observação.[17]

Nessa perspectiva, bastaria às investigações dogmáticas serem objetivas para tornarem-se científicas. Do dogmático penal se exigiria apenas uma atitude condizente com a objetividade e não a verdade ou a exatidão, haja vista que, na ciência, certezas absolutas já não são consideradas um atributo. Neste caso, afirma-se, a objetividade no âmbito da dogmática penal consistiria no raciocínio fundamentado, defendível, ou seja, consistiria em tudo aquilo que não se mostre puramente subjetivo ou arbitrário. Duas técnicas garantiriam, então, a produção de investigações científicas (objetivas) no âmbito da ciência penal: a objetividade seria assegurada, em primeiro lugar, através das conhecidas técnicas de interpretação do direito penal e, em segundo lugar, pelo critério da "resistência da coisa". De acordo com esse critério, quando o dogmático penal se acerca do objeto deve exigir de si mesmo uma postura coerente com o resultado que pretende, obrigando-se a opor à sua hipótese de trabalho uma maior dificuldade para demonstrá-la. Ao perceber que "o objeto resiste a sua interpretação e não se amolda simplesmente aos seus desejos", o dogmático penal garante a objetividade do estudo por ele realizado. Em outras palavras: sempre que a hipótese de trabalho se confirmar com demasiada facilidade, sem opor resistência aos esforços de aproximação realizados pelo cientista do direito penal, é porque está ausente a objetividade necessária ao estudo. Predominou o aspecto subjetivo, não

17. Eugenio Raúl Zaffaroni; José Henrique Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: RT, 1997, p. 166.

científico, a simples opinião do estudioso, isto é, uma construção ideológica no sentido mais negativo do termo.[18]

Porém, mesmo admitindo-se, sob o ângulo do positivismo naturalista, que a dogmática penal não seja uma ciência por não se submeter a controle lógico ou empírico, é certo, sustentam os dogmáticos, que, em primeiro lugar, ela tem sido considerada como tal pelos cientistas do direito penal. Por outro lado, a inexistência dos mencionados controles não implica na ausência de todo e qualquer controle. Há, por assim dizer, o controle, os de natureza intersubjetiva, levados a efeito pelos próprios dogmáticos penais em relação à produção teórica de seus pares. Em boa parte dos casos o cientista do direito penal consegue diferenciar a contento a pesquisa realizada com rigor da mera opinião. Existe, portanto, na dogmática penal, o controle que se efetiva pela "argumentação racional capaz de pretender um consenso intersubjetivo" da mesma maneira que ocorre a todas as ciências.[19] Para os cientistas do direito penal, o principal mérito da dogmática foi o de ter possibilitado a superação da subjetividade, da simples opinião.[20]

Uma terceira objeção ao reconhecimento do caráter científico da ciência penal é aquela referida não ao objeto da disciplina, mas ao método.[21] A ciência do direito diz-se normativa porque seus enunciados têm natureza prescritiva diferenciando-se nesse aspecto das demais ciências. O cientista penal não se limita a

18. Enrique Gimbernat Ordeig. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999, passim.

19. Santiago Mir Puig. *Derecho penal y ciencias sociales*. Barcelona: Edição do autor, 1982, p. 22-23.

20. Sebastian Soler. *Derecho penal argentino*. T. I. Buenos Aires: Tea, 1987, p. 31.

21. O termo método pode ser utilizado em diversos sentidos. Dentre eles, pode significar um conjunto de técnicas de investigação colocadas à disposição do pesquisador. Nesta acepção, o método funciona como um manual de instruções destinado a viabilizar a coleta de dados na pesquisa empírica. Num segundo sentido, o termo método se refere a uma dada orientação teórica conferida ao trabalho científico. De acordo com o segundo significado, método não é simplesmente a maneira pela qual os dados são coletados ou as diversas técnicas de investigação, mas uma "perspectiva de conhecimento e explicação", vinculando-se à teoria. A esse respeito: Robert F. Meier. An introduction to theoretical methods in criminology. *Theoretical methods in criminology*. Beverly Hills: Sage Publications, 1985, p. 11-19, p. 15.

explicar ou ainda a tornar possível a compreensão dos problemas que investiga, mas vai além, posicionando-se em relação a eles, decidindo por entre as diversas possibilidades no ensejo de proporcionar orientação ao profissional do direito com finalidade prática.

Essa característica contraria o entendimento de que a ciência produz o conhecimento de maneira desinteressada. O fato do cientista do direito penal não se limitar simplesmente a conhecer o direito penal objetivo e submetê-lo à análise, mas se posicionar a respeito da aplicação das normas, faz com que a sua atividade seja considerada por muitos como não científica. Por outro lado, a pluralidade de métodos da dogmática penal constituiria também um sério óbice ao seu reconhecimento como ciência, na medida em que cada ciência possui seu método exclusivo.[22]

Todavia, essa crítica pressupõe a adesão ao modelo teórico positivista como o único aceitável. Há de ser recordar ainda que, segundo os cientistas do direito penal, eles na realidade não emitem juízos de valor, mas proposições que podem se revelar verdadeiras ou falsas. O dogmático penal não diz: "furtar é mau", pois não se pode verificar a veracidade ou falsidade dessa afirmação, podendo-se apenas concordar ou discordar da mesma. O dogmático afirma, diferentemente: "segundo o código penal, furtar é mau", sendo essa proposição verificável por intermédio da observação. Por isso, diz-se que "a ciência do direito não se ocupa de estabelecer juízos subjetivos de valor, mas sim de determinar o alcance dos juízos de valor jurídicos, razão pela qual é possível falar-se em 'ciência' neste sentido."[23]

Contudo, parece claro que, na prática, o cientista do direito penal nem sempre costuma proceder da maneira anteriormente narrada, embora fosse desejável que o fizesse. Diante da norma penal o dogmático deveria emitir o juízo:

22. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 15.

23. Eugenio Raúl Zaffaroni; José Henrique Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: RT, 1997, p. 166.

"o código penal diz que furtar é crime" e não "o código penal diz que furtar é mau". Isso acontece porque enquanto no primeiro caso ele consegue reduzir consideravelmente o conteúdo ideológico da proposição, no segundo este conteúdo permanece num nível inadequado, incompatível com a atividade científica. Ademais, há de se reconhecer que, na prática, existe uma forte tradição no interior da disciplina que permite ao dogmático penal a formulação de verdadeiros juízos de valor, algo facilmente perceptível com a simples leitura de qualquer manual de direito penal.

Censura-se também a ciência penal por ela constituir um saber inteiramente fechado, logo, alheio à realidade social, um saber cuja preocupação exclusiva é a resolução de questões relacionadas à coerência lógica, permanecendo indiferente às repercussões sociais oriundas de seu próprio caráter normativo, algo que colocaria em perigo a segurança jurídica do conjunto da sociedade, bem como a liberdade individual.[24] Para alguns, a superação dessa crítica somente seria possível na medida em que a dogmática penal venha a assumir um caráter "valorativo-crítico", posicionando-se como um instrumento para a resolução de casos práticos reais de forma criativa, apoiando-se na política criminal.[25]

Outros, no entanto, sustentam corretamente que apesar da ciência penal estar dissociada da realidade social no plano teórico-científico, visto que seu objeto é a norma e não o fato social, na sua dimensão funcional esse divórcio não se verifica, o que pode ser atestado pela sobrevivência histórica da disciplina. Tanto a dogmática penal seria funcional em relação à realidade social que, mesmo enfrentando as críticas que lhe são dirigidas, continua a realizar uma série de tarefas exigidas pelo sistema.[26]

24. Cf. Elias Díaz. *Sociologia y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1971, p. 128. Santiago Mir Puig. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 24.

25. Santiago Mir Puig. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 27.

26. Vera Regina Pereira de Andrade. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência a violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 32.

Por último, merece registro o entendimento de que as insuficiências da ciência jurídica decorreriam do seu desenvolvimento mais lento que o das demais disciplinas.[27] Neste caso, não estaria afastada a possibilidade dela vir a recuperar o tempo perdido até atingir o nível de "evolução" dos demais saberes. Nessa perspectiva, cumpriria ao dogmático oferecer sua contribuição para eliminar as causas impeditivas do seu desenvolvimento. Tal concepção, entretanto, funda-se numa compreensão inexata do caráter do saber dogmático. O aparente "atraso" da ciência do direito seria, na realidade, inerente ao próprio saber jurídico.

Dentre as diversas disciplinas dogmáticas, a ciência penal tem por missão uma série de tarefas condizentes com o seu caráter peculiar. Seria o fato de ser "diferente" que muitas vezes a faz parecer "atrasada" quando comparada às ciências da natureza ou mesmo às ciências humanas. Seria a exclusiva missão prática da ciência penal e a maneira pela qual o conhecimento é produzido em seu interior que determinam, em última análise, o seu perfil. A ciência jurídico-penal é um saber dotado de determinadas características exclusivas, distinguindo-se, por essa razão, das demais ciências. Tudo o que se costuma perceber como sendo um "atraso" da ciência penal é, na verdade, uma característica não eliminável e essencial à sua própria existência como uma disciplina autônoma.

O conjunto de questionamentos dirigidos à ciência penal, independentemente de se mostrarem inteira, parcialmente ou de modo algum procedentes, revelam a debilidade da disciplina e a necessidade de que ela se comunique com outros saberes, estabelecendo relações verdadeiramente interdisciplinares, o que se torna ainda mais evidente quando se percebem as limitações existentes no estudo científico em nível dogmático.

A ciência penal é uma disciplina dogmática. Diferentemente da filosofia ou mesmo das ciências empíricas, sejam elas puras ou aplicadas, a dogmática penal persegue uma série de fins eminentemente práticos. Reconhece-se, nesse senti-

27. Francesco Carnelutti. *Metodologia do direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 22-23.

do, que ela tem por missão "satisfazer as necessidades da administração da justiça."[28] Pretende, por conseguinte, servir de maneira eficiente à finalidade da aplicação da lei, muito embora conserve uma dimensão teórica.[29]

Diferenciando-se das ciências empíricas, o compromisso fundamental da ciência penal é com a possibilidade de propiciar uma decisão definitiva no tocante ao conflito e não com a procura da verdade. Ela possui assim um caráter instrumental, na medida em que se destina, em última análise, a propiciar aos técnicos os instrumentos necessários ao controle das incertezas com o escopo de tornar suportáveis as decisões judiciais e de impedir a continuidade dos conflitos.[30] Presta-se, em outras palavras, a preservar a estabilidade social por intermédio da neutralização dos conflitos intersubjetivos, independentemente da íntima aceitação do conteúdo da decisão judicial pela parte vencida na demanda.[31]

As ciências dogmáticas, como visto anteriormente, não apresentam determinadas características das ciências empíricas, como por exemplo, a possibilidade de verificar e refutar de seus enunciados que são, dessa maneira, insuscetíveis de comprovação. Percebe-se que elas, ao contrário dos demais saberes, lidam com algumas limitações importantes. Os problemas que enfrentam acarretam a exclusão de determinados questionamentos característicos das demais ciências. Encontra-se, dessa feita, fundada em "dogmas", isto é, em questões fechadas que impedem a especulação no nível mais elevado, característica das ciências empíricas. Por exemplo: sabe-se que um princípio fundamental da dogmática é o princípio

28. Franz von Liszt. *Tratado de derecho penal*. t. 1. Madrid: Reus, 1929, p. 6.

29. Santiago Mir Puig. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 25. Enrique Z. Bacigalupo. *Manual de derecho penal*: parte general. Bogotá: Temis, 1996, p. 19. Em sentido contrário, afirmando o caráter predominantemente teórico da ciência penal, embora admitindo tratar-se de um saber com repercussões práticas: Filippo Grispigni. *Corso di diritto penale*: introduzione. Padova: Cedam, 1932, p. 7.

30. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980, passim.

31. João Maurício Adeodato. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 33-34.

da proibição da negação ou o princípio da inegabilidade dos pontos de partida das séries argumentativas.[32]

Em face do referido princípio, verdadeiro "dogma", o cientista do direito penal pode até mesmo questionar um determinado aspecto fundamental da ciência penal, mas não pode negá-lo, pô-lo em dúvida. Considere-se, por exemplo, na ciência do direito penal, a proibição da analogia *in malam partem* (analogia *contra reo*). O teórico não pode desconsiderar o princípio da legalidade para admitir o referido método de integração das lacunas da lei. Ele pode até criticá-lo livremente, mas é defeso desconsiderá-lo para dele se libertar no processo de análise do conteúdo do direito penal positivo (ordenamento penal positivo). Isto ocorre porque o princípio da legalidade é um "dogma" do direito penal.

Por essa razão, os estudiosos reconhecem que, ao "fazer" ciência do direito penal, o dogmático "há de se assentar na lei, ponto de partida indispensável, do qual não é possível fazer abstração."[33] Diante do fenômeno jurídico, eles dizem: "a dogmática supõe a distinção entre o direito que é (*de lege lata*) e o direito possível (*de lege ferenda*), e se ocupa do primeiro."[34] Todavia, é importante ressaltar, não existe ciência que deixe de apresentar, ao mesmo tempo, conteúdo zetético e conteúdo dogmático. Prevalece tão somente um aspecto sobre o outro.

Na esteira dessas reflexões, num determinado sentido, toda ciência pode ser considerada dogmática, haja vista estar impedida de "questionar as bases so-

32. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980, p. 95.

33. Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 11. No mesmo sentido, referindo-se não especificamente ao direito penal, mas ao direito em geral, Elíaz Díaz: "a ciência jurídica se constitui, cabe dizer, sobre a consideração estrita do Direito como norma: o conteúdo da Ciência do Direito são as normas jurídicas positivas, material com o qual trabalha sempre e em todo momento o jurista [...] centra seu trabalho na investigação, análise, construção e realização do Direito positivo, ou seja, das normas válidas, vigentes enquanto promulgadas e não expressamente derrogadas [...] O Direito positivo é seu material fundamental de trabalho e sobre ele construirá rigorosamente a ciência jurídica". Elíaz Díaz. *Sociologia y filosofia del derecho*. Madrid: Tecnos, 1971, p. 65-66.

34. Sebastian Soler. *Derecho penal argentino*. t. I. Buenos Aires: Tea, 1987, p. 27.

bre as quais se assentam seus axiomas, sob pena de negar a si própria."[35] No entanto, embora a concepção dogmática do direito tenha por objeto apenas a norma positiva, e não, por exemplo, o direito natural, ela não nega a importância de outras disciplinas aptas a contribuir para a elucidação dos problemas jurídicos, tais como a história, a filosofia ou a sociologia, mesmo que tenda a considerá-las meramente "auxiliares". Contudo, seu caráter dogmático da ciência penal parece restringir freqüentemente, na prática, as possibilidades concretas de outras disciplinas contribuírem, a partir de seus modelos teóricos, para a obtenção de respostas aos problemas políticos que repercutem na esfera penal.

Esse caráter essencialmente dogmático impede-a de questionar livremente as bases nas quais se alicerça a norma jurídico-penal. Por conseguinte, a única solução para este problema, caso se deseje evitar o empobrecimento teórico da disciplina, consiste em franqueá-la a outros saberes igualmente relevantes, dentre eles, a filosofia política.

3. Política criminal

São duas as concepções sobre a natureza da política criminal. Segundo a primeira, política criminal seria o "conjunto de critérios empregados ou a empregar no tratamento da criminalidade"[36] ou, ainda, "a organização racional da reação social contra o crime".[37] Num segundo sentido, política criminal seria o "*ramo do saber* que tem por objeto de estudo a política criminal efetivamente seguida pelo direito penal ou que este deveria expressar."[38] No primeiro sentido, a política criminal seria atividade eminentemente prática, destituída de caráter científi-

35. João Maurício Adeodato. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

36. Santiago Mir Puig. *Derecho penal*: parte general. Barcelona: Reppertor, 1988, p. 16.

37. Robert Cario. *Introduction aux sciences criminelles*: pour une approche globale et integrée du phénomène criminel. Paris: L'harmattan, 2001, p. 187.

38. Santiago Mir Puig. *Derecho penal*: parte general. Barcelona: Reppertor, 1988, p. 16-17.

co; no segundo, ela seria uma atividade teórica destinada à aplicação prática. Apenas nesta segunda acepção, a política criminal pode ser considerada ciência criminal.[39]

Todos os Estados possuem uma política criminal como atividade prática a qual reflete, diga-se de passagem, a orientação política geral das forças que governam. Política estatal, a política criminal consiste num "conjunto de estratégias, instrumentos, modelos para conseguir determinados fins."[40] Disciplina teórica, ela está interessada no acompanhamento e na análise das diversas ações político-criminais práticas empreendidas pelo Estado no enfrentamento da criminalidade, bem como na proposição de estratégias alternativas.

Portanto, diferentemente da *praxis* político-criminal do Estado que congrega todos os meios disponíveis para o controle social do desvio, a política criminal seria ciência de natureza eminentemente teórica, cuja missão seria "dotar de base racional" as ações práticas desencadeadas contra o crime.[41] Dessa maneira, apesar de, na segunda acepção, a política criminal ser um saber teórico, ela pretende, em última análise, viabilizar o controle social. Nesse aspecto, de modo semelhante à ciência do direito penal, a política criminal sistematiza suas prescrições e define com precisão os instrumentos penais e não penais de prevenção da criminalidade.

Por outro lado, as prescrições provenientes da política criminal, ao contrário do que se dá, por exemplo, com a criminologia, são insuscetíveis de com-

39. Toda ciência há de repousar numa estrutura teórica. A construção da teoria é, por sua vez, um processo que decorre da reunião, explicação e compreensão dos fatos articulados num conjunto estruturado de forma lógica. Um dos objetivos de toda atividade científica é, precisamente, a formulação da teoria a partir da atividade de investigação realizada pelo pesquisador. Assim, tem-se que as próprias teorias elaboradas funcionam com base para ulteriores conquistas no campo da ciência. É a teoria que estabelece os fundamentos mais gerais para novas investigações cujos resultados, espera-se, possa superá-la de modo a gerar teorias mais aperfeiçoadas. É através da teoria, portanto, que se dá o desenvolvimento da ciência.

40. Laura Zuñiga Rodríguez. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001, p. 23.

41. Jesús-María Silva Sánchez. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 2001, p. 33-50, p. 21-22.

provação empírica, isto é, não podem ser verificadas ou refutadas. Por tal razão, sustenta-se, a ela "não é ciência causal-explicativa, mas ciência normativa que tem por objeto uma valoração das normas existentes e uma seleção das quais adotar."[42]

A distinção operada entre a política criminal como saber teórico e a política criminal como atividade eminentemente prática não implica em negar a existência de um vínculo necessário entre ambas as concepções. Não existe separação absoluta entre a atividade teórica da política criminal e as decisões de índole prática adotadas pelo legislador, pois essa disciplina existe justamente com a finalidade de subsidiar a ação estatal na repressão e prevenção da criminalidade.

Tratando-se da política criminal empreendida pelo Estado democrático de direito, todas as ações de controle do desvio devem observar o compromisso de preservação dos direitos fundamentais. A política criminal deve, assim, se subordinar a determinados pressupostos materiais que são os princípios constitucionais e tratados internacionais. Portanto, ela não é uma disciplina nem uma atividade prática que se move pelos caminhos do relativismo.[43] Este ponto de vista, todavia, parece pertinente tão somente no tocante à política criminal do Estado social democrático de direito. Nada impede que a política criminal do Estado autocrático (Estado de não direito) possa ser formulada a partir de princípios estranhos à tradição política e jurídica das democracias ocidentais, como ocorreu, por exemplo, durante o regime autoritário no Brasil com a vigência da doutrina de segurança nacional que, fundada em princípios não democráticos, viabilizou a criação da lei de segurança nacional.

Embora se faça presente entre os teóricos o respeitável ponto de vista de que os fins da política criminal devam ser estabelecidos "no interior do quadro

42. Giuliano Vassali. Politica criminale e criminologia. *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*: le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia. v.1. Milano: Giuffrè, 1987, p. 237-250, p. 240.

43. Jesús-María Silva Sánchez. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: RT, 2001, p. 35-50, p. 35.

de valores e interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição do Estado,"[44] mostra-se mais condizente com a realidade reconhecer que a direção da política criminal é influenciada por "distintos interesses", uma vez que "as decisões de política criminal são precisamente isto, decisões políticas, as quais, para serem adotadas pelo legislador, este deve considerar os diversos interesses contrapostos."[45] Parece, de fato, não haver dúvida de que "balizar o território da política criminal" implica em "perceber as correntes ideológicas que podem influenciá-la."[46]

Dimensão importante da política criminal como ciência seria a missão de oferecer ao legislador informações para subsidiar as reformas a serem realizadas no âmbito do direito penal, do direito processual penal, do direito penitenciário, na estruturação dos órgãos de repressão e em outras instâncias do sistema penal com base em determinados princípios fundamentais da disciplina.[47] No âmbito específico do direito penal, por exemplo, competiria à política criminal subsidiar a ação estatal recomendando a necessidade da criminalização ou não de certas condutas; de optar por esta ou aquela espécie de pena, bem como pela medida da pena mais adequada, entre outras.

Não obstante tais providências sejam resultado de *decisões políticas* do legislador destinadas especificamente ao tratamento do problema criminal, elas seriam, igualmente, produto de acurada análise empreendida pelos estudiosos da política criminal. Nesse sentido, pode-se dizer que seriam dois os aspectos re-

44. Jorge de Figueiredo Dias. A "ciência conjunta do direito penal". *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 19-49, p. 43.

45. José Cid Moliné; Elena Larrauri Pijoan. *Teorías criminológicas*: explicación y prevención de la delincuencia. Barcelona: Bosch, 2001, p. 29.

46. Mireille Delmas-Marty. *Modèles et mouvements de politique criminelle*. Paris: Economica, 1983, p. 30.

47. A doutrina indica que, dentre os princípios de política criminal, ocupam uma posição privilegiada os que regem a própria definição de um fato como ilícito penal. Jesús-María Silva Sánchez. *Política criminal y persona*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 23-24.

lacionados à formulação da política criminal. Um seria o operacional, o outro o substantivo. No primeiro se exigiria o concurso de especialistas das diversas áreas do saber relacionadas ao problema investigado visando à produção de melhores resultados. Só no segundo se viabilizaria a definição das medidas concretas a serem adotadas considerando-se, v.g., a promoção da justiça criminal, a maneira como ela se organiza e funciona, etc.[48]

Porém, ressalte-se, tratando-se de política criminal em sentido amplo, os dois aspectos de sua formulação não se limitam aos problemas do direito penal, do direito processual penal ou do direito penitenciário, isto é, às questões propriamente jurídicas, mas abrangeria, além da intervenção na seara do sistema judicial, a elaboração de políticas e respectivos instrumentos mais amplos de intervenção social.[49]

Nessa direção, diz-se que a política criminal teria como missão buscar "o desenvolvimento de todas as medidas de *política social* orientadas a detectar e combater as causas individuais e sociais da delinqüência, cujo último nível – o mais grave e contundente – constituiria a *política penal* em sentido estrito."[50] Na atualidade, aliás, já se admite que a política criminal, além de configurar um saber destinado a ser empregado pelo legislador, também se dirige diretamente ao profissional do direito encarregado da aplicação do direito penal.[51]

Dessa feita, pode-se perceber uma outra dicotomia no plano da política criminal que consiste na distinção entre política criminal em sentido amplo, tam-

48. Manuel López-Rey y Arrojo. *Compedio de criminologia y política criminal*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 171-175.

49. Robert Cario. *Introduction aux sciences criminelles*: pour une approche globale et integrée du phénomène criminel. Paris: L'harmattan, 2001, p. 188.

50. Ángel de Sola Dueñas. Política social y política criminal: Estado y control. *El pensamiento criminológico*. v. 2. Bogotá: Temis, 1983, p. 245-265, p. 247.

51. Eugenio Raúl Zaffaroni. La ingeniería institucional criminal: sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre derecho penal y politologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, p. 247-253, p. 250-251.

bém denominada de política social, e política criminal em sentido estrito ou política penal. A relação entre ambas, afirma-se, seria a existente entre gênero e espécie.[52] Política criminal em sentido estrito (política penal) seria, assim, "um setor objetivamente delimitado da Política jurídica geral", isto é, "Política jurídica no âmbito da justiça criminal,"[53] ou, de forma mais precisa, seria o conjunto de "princípios ou recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação", compreendendo a política de segurança pública, a política judiciária e a política penitenciária.[54]

Diferentemente, a noção de política criminal em sentido amplo (política social), decorrente da ampliação do conceito de política penal, exprime a idéia de que se trata do "conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal."[55] Subtraindo-se, então, da política criminal todas as providências destinadas a influenciar no "controle da criminalidade" e nos "processos de criminalização" e seus efeitos, haveria tão somente política penal, considerada por muitos como nociva por causa das desastrosas conseqüências que acarretaria aos direitos e liberdades individuais.[56]

Em síntese, ao englobar o conjunto das políticas sociais e econômicas de controle social, a política criminal em sentido amplo manteria com a política penal uma relação do tipo gênero/espécie, sendo que esta última se ocuparia apenas com os meios penais de contenção da criminalidade. Desse modo, enquanto a política penal consistiria numa "resposta à questão criminal circunscrita no âmbito do

52. Lolita Anyar de Castro. La criminología hoy: politica criminal como síntesis de la criminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 2000, p. 252-268, p. 259.

53. Heinz Zipf. *Introducción a la política criminal*. Caracas: Revista de Derecho Privado, 1979, p. 3.

54. Nilo Batista. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 34.

55. Mireille Delmas-Marty. *Modéles et mouvements de politique criminelle*. Paris: Economica, 1993, p. 34.

56. Neste sentido: Alessandro Baratta. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 2000, p. 27-52, p. 45.

exercício da função punitiva do Estado", a política criminal (política social) seria uma "política de transformação social e institucional."[57] Para alguns, inclusive, a política criminal em sentido amplo não deve se preocupar apenas com a criminalidade das camadas subalternas, mas orientar-se na direção da "transformação das 'relações hegemônicas' entre os grupos sociais",[58] orientação mais adequada ao Estado social e democrático de direito.

Também é bastante discutido o *status* epistemológico da política criminal enquanto saber teórico. Talvez o posicionamento dominante seja o de considerá-la uma ciência, afinal, ela é capaz de "classificar e organizar os seus princípios, ordenando-os mutuamente em um sistema."[59] Porém, em sentido contrário, há os que afirmam tratar-se a política criminal de uma arte (técnica).[60] Posição intermediária é aquela em que se reconhece não ser a política criminal uma ciência segundo o paradigma positivista naturalista, mas uma ciência de natureza distinta daquele, por se constituir numa espécie de "protótipo da ciência moderna", isto é, uma disciplina "orientada à prática ou à prática teorizada", concepção que rompe com a dicotomia tradicional ciências puras/ciências aplicadas.[61]

Uma quarta posição seria a daqueles que reconhecem ser a política criminal tanto arte como ciência, embora o seja, neste último caso, como um saber em vias de formação, isto é, ainda imersa numa fase pré-paradigmática. No interior

57. Alessandro Baratta. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 201.

58. Ángel de Sola Dueñas. Política social y política criminal. *El pensamiento criminológico*: Estado y control. v. 2. Bogotá: Temis, 1983, p. 245-265, p. 250.

59. Aníbal Bruno. *Direito penal*. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 47. No mesmo sentido: Heinz Zipf. *Introducción a la política criminal*. Caracas: Revista de Derecho Privado, 1979, p. 12. Hans Göppinger. *Criminologia*. Madrid: Reus, 1975, p. 19.

60. Lolita Anyar de Castro. La criminologia hoy: política criminal como síntesis de la criminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 2000, p. 252-268, p. 254. No mesmo sentido: Luiz Jiménez de Asúa. *Princípios de derecho penal*: la ley y el delito. Buenos Aires: Sudamericano, 1958, p. 26. Francesco Antolisei. *Manual de derecho penal*: parte general. Bogotá: Temis, 1988, p. 19. Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 16.

61. Laura Zuñiga Rodríguez. *Política criminal*. Madrid: COLEX, 2001, p. 162.

desse entendimento, estão aqueles que dizem ser a política criminal uma ciência, porque investiga e avalia as políticas criminais desenvolvidas na prática e uma arte, porque formula proposições concretas destinadas a propiciar a intervenção social.[62]

Há ainda os que sustentam ser um saber (normativo), porque viabiliza o "conhecimento sistemático sobre o funcionamento das normas e dos institutos, seus efeitos e reações" para prescrever reformas no plano legal e arte, porque por seu intermédio o poder político aplica tecnicamente os conhecimentos científicos no plano da realidade social via atividade legislativa, judicial e administrativa.[63] Por fim, há os que, mesmo sem recusar caráter científico à política criminal, reduzem-na à condição de "campo especializado da ciência política" resultante da interlocução entre a engenharia institucional e o direito penal. A política criminal seria, então, produto da superposição entre o direito penal e a ciência política.[64] Posição muito semelhante é a que recusa à política criminal o caráter de ciência, porém admite que ela representa um esforço de "engenharia social ou política" por resultar da "aplicação dos conhecimentos ou de valores a uma realidade social determinada que se quer transformar."[65]

Independentemente da concepção que se tenha sobre o problema da cientificidade da política criminal, parece claro que ela não está suficientemente desenvolvida nesse aspecto, não obstante a autonomia da qual desfruta. Mesmo partindo de uma concepção ampla de ciência, parece difícil atribuir essa condição à política criminal, pelo menos no presente estágio de seu desenvolvimento.

62. Robert Cario. *Introduction aux sciences criminelles*: pour une approche globale et integrée du phénomene criminal. Paris: L'harmattan, 2001, p. 188.

63. Giuliano Vassalli. Politica criminale e criminologia. *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*: le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia. v. 1. Milano: Giuffrè, 1987, p. 237-250, p. 239.

64. Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 156.

65. Lolita Anyar de Castro. La criminología hoy: política criminal como síntesis de la criminología. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 2000, p. 252-268, p. 254.

Desse modo, até mesmo os estudiosos que não colocam em dúvida o *status* epistemológico da disciplina admitem ser ela uma ciência "ainda muito jovem e incerta" devido ao caráter incipiente de suas formulações teóricas.[66]

Em virtude das discordâncias e incertezas anteriormente assinaladas, talvez seja razoável considerar que hoje a política criminal é um saber mais próximo do estado da arte que da ciência, na medida em que se trata de uma atividade política, muito embora pautada por um conjunto de regras técnicas. Todavia, não se pode excluir de antemão a possibilidade da disciplina poder tornar-se, no futuro, verdadeira ciência, não obstante de padrão fraco por apresentar um baixo grau de consenso intersubjetivo a seu respeito.

4. Criminologia

A criminologia é a ciência causal-explicativa que "tem por objeto o estudo dos fatores do delito, das condutas desviadas a ela relacionadas, do delinqüente e de sua vítima."[67] Este conceito é semelhante aos encontrados nos manuais de criminologia. Pode-se ler em outra acepção que a criminologia é a "ciência empírica e interdisciplinar" que "se ocupa das circunstâncias da esfera humana e social relacionadas ao surgimento, comissão e prevenção do crime, assim como do tratamento dos transgressores da lei,"[68] ou, de modo mais amplo, que se trata de "ciência empírica e interdisciplinar que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como

66. Giuliano Vassalli. Política criminale e criminologia. *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*: le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia. v. 1. Milano: Giuffrè, 1987. p. 237-250, p. 241.

67. José A. Saínz Cantero. *Lecciones de derecho penal*: fundamentos. La estructura de la teoria del delito. T. I. Madrid: Bosch, 1982, p. 79.

68. Hans Göppinger. *Criminologia*. Madrid: Reus, 1975, p. 1.

problema social –, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinqüente."[69] Tais conceitos, de uso corrente, traduzem a adesão, tanto pelos estudiosos da criminologia quanto dos dogmáticos, à idéia de que a criminologia seria uma ciência, porém, diferentemente da ciência jurídico-penal, uma ciência interdisciplinar, isto é, uma disciplina que permite uma espécie de síntese entre os saberes dedicados ao fenômeno criminal, tais como a biologia, a antropologia, a psicologia e a sociologia.[70]

Para a generalidade dos teóricos, a colaboração interdisciplinar em criminologia é um objetivo não apenas desejável, mas também necessário, uma vez que, segundo eles, uma determinada disciplina não seria, isoladamente, capaz de dar respostas adequadas ao problema criminal. Porém alguns estudiosos questionam os limites e o alcance da interdisciplinaridade em criminologia. Eles recordam que, embora não seja desejável obstaculizar a "pluralidade metodológica" e nem tampouco as diversas "modalidades interdisciplinares de investigação" no terreno da criminologia, inclusive porque, reconhecem, o modelo interdisciplinar assegura de fato "uma maior conotação de plenitude, caráter e verificabilidade", deve-se atentar para a inexistência de um objeto único da disciplina, problema que pode inviabilizar muitos esforços desenvolvidos no sentido da colaboração interdisciplinar.[71]

Por exemplo: uma investigação de caráter etiológico, integrada por médicos e psiquiatras, dedica-se a investigar a existência de uma certa "síndrome de cometimento de atos violentos"; outra, contando com a participação de juízes, sociólogos e cientistas políticos, realiza uma investigação de natureza normativa

69. Antonio García-Pablos de Molina. *Criminologia*: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: RT, 1992, p. 20.

70. Sobre as diversas modalidades de colaboração interdisciplinar entre as ciências criminológicas: Franco Ferracuti. L'indirizzo interdisciplinare in criminologia. *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*: le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia. v. 1. Milano: Giuffrè, 1987, p. 1-29, p. 9.

71. Carlos Alberto Elbert. *Criminologia latino-americana*: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000, p. 222.

e macro social, visando a explicar o processo de criação do direito penal e da seleção dos bens jurídicos a serem protegidos. Diante de uma tal situação a colaboração interdisciplinar entre as duas equipes de pesquisa seria impossível em razão da "diferença de enfoques sobre o objeto." A primeira investigação nada teria em comum com a segunda. A investigação de cunho etiológico produziria "reconhecimentos oficiais, instrumentações práticas, publicações e trocas regulamentares mais ou menos imediatas, já que estariam limitadas ao propósito de melhorar o sistema existente, considerando-o legítimo e perfectível."[72]

Em sentido diverso, a pesquisa macro social, teoricamente mais rica que a primeira, e, por tal razão, de maior conteúdo explicativo, importaria, contrariamente, numa "crítica de fundo às estruturas de poder vigentes."[73] Frente ao problema descrito, é provável que a colaboração de natureza interdisciplinar entre as disciplinas que integram a criminologia seja possível tão somente observando-se três pressupostos: *a)* objeto preciso e comum a todas elas; *b)* rigorosa delimitação do campo de interesse do objeto convergente entre elas; *c)* compatibilidade entre as teorias e a metodologia explicitamente utilizadas investigação.[74]

Em face da importância que tem assumido a sociologia criminal, há autores que a identificam com a própria criminologia. Nesse sentido, afirmam ser a criminologia o "corpo de conhecimentos relativos ao crime como fenômeno social."[75] Essa postura reducionista, entretanto, costuma ser rejeitada sob a alegação de que a sociologia não dá conta de todo o fenômeno criminal.[76] Sendo as-

72. Carlos Alberto Elbert. *Criminologia latino-americana*: teoria e propostas sobre o controle social do terciero milênio. São Paulo: LTr, 2000, p. 130-131.

73. Carlos Alberto Elbert. *Criminologia latino-americana*: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000, p. 130-131.

74. Carlos Alberto Elbert. *Criminologia latino-americana*: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000, p. 132.

75. Edwin H. Sutherland. *Princípios de criminologia*. São Paulo: Martins Fontes, 1949, p. 9.

76. Carlos Alberto Elbert. *Criminologia latino-americana*: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000, p. 30. De toda sorte o referido autor entende que a criminologia está sediada no terreno das ciências humanas ou sociais. Idem, p. 35.

sim, tem sido mais aceita a idéia de que a criminologia é "uma espécie de disciplina síntese dos diversos saberes empíricos ou, pelo menos, não-dogmáticos, dedicados ao problema penal", não podendo por essa razão ser "identificada com nenhuma disciplina particular dedicada ao problema do crime."[77] Todavia, reconhece-se que hoje o que se pratica são as diversas ciências particulares e não a criminologia enquanto saber interdisciplinar.[78]

As divergências teóricas no âmbito da criminologia fazem com que muitos neguem a ela caráter científico.[79] De fato, é forçoso reconhecer a inexistência no interior da disciplina de um consenso intersubjetivo suficientemente forte. É justamente a ausência deste consenso em torno do paradigma da criminologia que revela a inegável fraqueza da disciplina, haja vista que a verdadeira ciência, conforme as exigências epistemológicas do saber científico, só consegue se desenvolver a contento se fundada em "um marco teórico compartilhado pela comunidade científica que serve de base à realização de investigações empíricas que permitem validar a teoria e, por sua vez, reformular alguns de seus aspectos para adequá-la melhor à prática."[80] Nessa perspectiva, o máximo que se poderia admitir no tocante ao *status* epistemológico da criminologia seria a possibilidade dela poder continuar a existir como "disciplina legítima de conhecimento e investigação,

77. Antonio García-Pablos de Molina. *Criminologia*: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: RT, 1992, p.28. Com idêntico posicionamento: Hans Göppinger. *Criminologia*. Madrid: Reus, 1975, p. 7.

78. Jorge de Figueiredo Dias; Manuel da Costa Andrade. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 112. Em sentido contrário, a opinião de que face ao amplo consenso em torno da idéia de interdisciplinaridade as pesquisas isoladas em criminologia tendem a se tornar cada vez mais raras e desimportantes. Franco Ferracuti. L'indirizzo interdisciplinare in criminologia. *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*: le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia. v. 1. Milano: Giuffrè, 1987, p. 1-29, p. 22-23.

79. Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Criminología*: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1998, p. 5.

80. José Cid Moliné; Elena Larrauri Pijoan. *Teorías criminológicas*: explicación y prevención de la delincuencia. Barcelona: Bosch, 2001, p. 254.

concentrando-se num conjunto de problemas onde convergem diferentes especialidades e ciências", de modo a justificar a sua autonomia acadêmica.[81] A criminologia seria, então, uma espécie de ciência em sentido fraco ou amplíssimo.

Outra crítica dirigida à criminologia baseia-se no fato dela não possuir uma teoria geral do fenômeno criminal. Este reflete realidades tão distintas que torna impraticável agrupá-las com o escopo de realizar investigações cientificamente coerentes. Por exemplo: seria viável para a criminologia formular uma explicação teórica geral que possa servir indistintamente à compreensão da criminalidade organizada e da individual (criminalidade tradicional)? Ainda exemplificando, pode o terrorismo ser explicado por intermédio dos mesmos instrumentos de análise utilizados para explicar o estupro? E os delitos contra o meio ambiente podem ser submetidos à mesma análise realizada no tocante ao estelionato? Muitos acreditam que não. Aqueles que discordam desses últimos acreditam que uma teoria geral do crime ou do desvio seja viável ao menos no tocante à fixação dos pressupostos teóricos mais gerais da investigação.

Embora aceitando ser impossível construir uma explicação comum a todas as condutas desviadas, alguns estudiosos acreditam ser viável adotar como ponto de partida uma única hipótese de trabalho para a construção de teorias particulares. Dessa maneira, a investigação empírica conseguiria ao menos esclarecer quais as teorias particulares que apresentariam melhor capacidade explicativa, ou seja, quais as que teriam mais condições de viabilizar o diálogo entre as dimensões teórica e prática da criminologia.[82]

A criminologia, de caráter positivista ou não, vale-se quase que exclusivamente do método empírico, distinguindo-se por essa razão das demais ciências criminais. Na verdade, a criminologia apresenta uma pluralidade metodológica

81. Carlos Alberto Elbert. *Criminologia latino-americana*: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000, p. 56 e 228.

82. José Cid Moliné; Elena Larrauri Pijoan. *Teorías criminológicas*: explicación y prevención de la delincuencia. Barcelona: Bosch, 2001, p. 258-259.

em face de seu caráter interdisciplinar. Os métodos por ela utilizados são, em suma, os das ciências que a integram.[83] Da mesma maneira que em toda disciplina científica, o rigor metodológico traduz uma exigência incontornável também para a criminologia. Porém, ao seu lado, permanece a necessidade de se interpretar os dados empíricos e de se formular teorias adequadas a explicar o fenômeno do desvio.[84] Por isso, afirmam os estudiosos, na criminologia, assim como em toda e qualquer ciência social, as teorias não estão desvinculadas do método, mas são, muito pelo contrário, "fruto de observações empíricas conduzidas com sistematicidade e rigor lógico", de maneira que uma boa teoria seria aquela estruturada logicamente, confirmada pelos resultados empíricos e sustentada pela própria repetição da pesquisa.[85]

Ainda quanto ao método, em confronto com a concepção exposta no parágrafo anterior, é importante observar que, nos anos 60, passou-se a criticar o paradigma positivista no âmbito da criminologia, colocando-se em dúvida a sua capacidade de explicar a realidade por intermédio da investigação empírica, isto é, através da atividade de pesquisa que visa à produção de dados quantificados para sujeitá-los posteriormente a tratamento estatístico e a análise. Questionou-se, em suma, a crença dos cientistas de que a verdade científica é produto do "caráter acumulativo dos resultados obtidos pela aplicação do método da observação e experimentação." Tal posicionamento representou uma reação ao modelo teórico positivista que depende, para a produção do saber, da formulação de hi-

83. Ressaltando a debilidade da criminologia latino-americana, afirma-se que o seu "grau de arbitrariedade, indiferença ou de intuição no emprego do método e o habitual, a tal ponto que a produção da última década, pelo menos no campo crítico, está constituída por teorizações fundamentais, apoiadas essencialmente em citações de autores, mais que em trabalhos sistemáticos de pesquisa empírica, qualitativa ou quantitativa". Carlos Alberto Elbert. *Criminologia latino-americana*: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000, p. 129.

84. Antonio García-Pablos de Molina. *Criminologia*: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: RT, 1992, p. 24.

85. Frank P. Williams; Marilyn D. Mc Shane. *Devianza e criminalità*. Bologna: il Mulino, 2002. p. 13-17.

póteses expressas através de proposições empíricas necessariamente sujeitas à verificação por intermédio de "técnicas apropriadas", passíveis de "repetição" e "controle".[86] É importante observar que o conflito não foi superado, perdurando até o presente.

Na verdade, a discussão sobre o método da criminologia guarda relação direta com as diversas concepções existentes no interior da disciplina a respeito da sociedade. O positivismo, afirma-se, harmoniza-se com a concepção consensual da sociedade. Por tal razão, a criminologia positivista privilegiaria a utilização dos métodos quantitativos das ciências empíricas e tenderia a desvalorizar o papel da teoria, na medida em que, para ela, os dados são quase auto-explicáveis.

Em sentido contrário, a criminologia crítica teria predileção pelos métodos qualitativos por serem mais adequados às teorias nas quais se baseia. Quanto aos métodos qualitativos, em primeiro lugar, eles se destinam mais a problematizar do que a fornecer respostas. Além disso, a sua utilização fundamenta-se na negação do postulado positivista da absoluta neutralidade axiológica do investigador, coerente com a concepção consensual de sociedade. Por fim, diz-se que eles ensejam o questionamento do poder, considerando-o no centro das explicações do problema penal, algo impossível de ser obtido através dos métodos quantitativos da criminologia positivista, preocupada em explicar as causas da criminalidade.[87]

Pode-se perceber, então, que à semelhança do que ocorre com a dogmática penal e com a política criminal, não é consensual o entendimento de que a criminologia seja uma ciência. Nela não se consegue estabelecer pacificamente qual seja exatamente o seu objeto formal, método ou mesmo a missão. Percebe-se, desse modo, porque muitos se recusam a falar em criminologia, preferindo admitir unicamente a existência das disciplinas particulares que a compõem.

86. Denis Szabò. *Criminologia e política en materia criminal.* México: Siglo veintinuno, 1980, p. 34.

87. Denis Szabò. *Criminologia e política en materia criminal.* México: Siglo veintinuno, 1980, passim.

5. Filosofia política e ciências criminais

Examinados nos estreitos limites deste ensaio, os problemas que incidem sobre as ciências criminais no tocante ao seu *status* epistemológico e alcance explicativo de suas teorias, pretende-se neste capítulo discutir a importância do diálogo interdisciplinar entre elas e a filosofia política.[88]

No conjunto de conceitos elaborados e manipulados pelo direito penal e pela política criminal, o conceito de pena possui inegável dimensão filosófica. Trata-se, com efeito, de uma acepção totalmente dependente da filosofia, mas da filosofia que faz das relações políticas o seu objeto formal. As questões que, neste ponto, hão de ser examinadas, são as seguintes: por que motivo deve-se apreciar o problema da pena sob a ótica da filosofia política? No estágio de desenvolvimento em que se encontram a dogmática penal e as demais ciências criminais não seria suficiente abordar os problemas da pena no âmbito específico desses saberes? A filosofia política pode dar, sobremaneira, uma contribuição realmente válida às referidas disciplinas ou por acaso ela não prestaria um desserviço ao direito penal ao problematizar o que já está posto como inevitável? Estariam certos os cientistas do direito penal ao considerarem mal necessário com o qual temos de conviver em razão das necessidades de defesa social? Para que tais perguntas possam ser respondidas é importante percebermos quais são as diferenças entre a filosofia política e ciências criminais, sobretudo a dogmática penal.

A importância da reflexão filosófica política, sobretudo no que concerne às condições do exercício do poder estatal, é bem percebida pelos teóricos do direito penal imbuídos de sensibilidade filosófica. Carnelutti, por exemplo, verifica que "o problema da pena [...] é e não pode deixar de ser o problema da liberdade."[89]

88. Esclareça-se, entretanto que, "levar em consideração as dimensões sociológica e filosófico-axiológica das normas para uma compreensão totalizadora das mesmas, não deve, em nenhuma hipótese, significar a ruptura do necessário rigor metodológico da Ciência jurídica". Elíaz Díaz. *Sociologia y filosofia del derecho.* Madrid: Taurus, 1971, p. 130.

89. Francesco Carnelutti. *El problema de la pena.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1947, p. 7.

Jescheck, por sua vez, salienta que a filosofia "indica onde devem estar as restrições que o Estado de Direito e a dignidade humana impõem aos esforços para se obter a maior eficiência na luta contra a delinqüência."[90] Ambos compreenderam que os princípios fundamentais do direito penal não resultam do acaso, mas são formulados por meio de acurada reflexão filosófica. Mesmo tendo sido estes princípios elevados à condição de "dogmas" pela ciência penal, pode-se encontrar na sua origem toda uma discussão sobre o problema da legitimidade. Por exemplo: na hipótese de um delito de homicídio doloso, sabe-se que o cientista penal não pode se negar a admitir que a pena a ser imposta é a pena privativa de liberdade, alegando a sua ilegitimidade. Agindo assim estaria a negar o princípio da legalidade, atitude inadmissível sob o prisma dogmático.

Contudo, há de se reconhecer que por trás da previsão abstrata de imposição da pena privativa de liberdade para o crime de homicídio, produto de uma decisão político criminal, está presente toda uma discussão prévia sobre a legitimidade do poder de punir do Estado que se encontra ao alcance da filosofia política e não da ciência do direito penal. Há, assim, uma diferença radical entre a atitude do filósofo e a do dogmático penal, uma vez que, enquanto a filosofia política por ser um saber zetético constitui "um exercício infindável de reflexão compreensiva e crítica,"[91] a dogmática penal permanece inevitavelmente condicionada pelo texto legal por mais ampla que seja a dimensão criadora de esforço teórico desenvolvido.

A dogmática jurídico-penal estará interessada em obter respostas aos problemas concretos que a desafiam do ponto de vista técnico, na medida em que, por sua natureza, pretende satisfazer certas exigências eminentemente práticas. Diversamente, a filosofia política vai acentuar bem mais o próprio problema que a resposta, numa atitude especulativa caracteristicamente zetética. Frente ao

90. Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal*: parte general. Granada: Comares, 1993, p. 38.

91. Simone Goyard-Fabre. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 48-49.

problema da legitimidade da pena, a filosofia política não vai admiti-la *a priori*, porém, numa perspectiva inteiramente diferente, vai desenvolver toda uma série de indagações acerca dos fundamentos da legitimidade mesma. A filosofia política estará preocupada com as razões de ordem política que acarretam a criação da lei penal, com o perfil das forças sociais que foram determinantes para a sua elaboração, com os fatores que levaram-na a ser aceita ou rejeitada pelo conjunto da sociedade ou por certos segmentos sociais, com o seu caráter justo ou injusto, dentre outros problemas relevantes.

Decerto, é verdade que o dogmático penal pode até se posicionar diante das referidas questões. Ele pode até mesmo analisar criticamente o direito penal, porém, o produto de sua crítica não pode se sobrepor às considerações fundadas no princípio da legalidade. O conhecimento dogmático natureza dogmática proíbe que o esforço de construção do conceito abstrato, de exegese e sistematização resulte numa orientação *contra legem*. Nele, a resposta filosófica às questões de fundo não pode prevalecer no trabalho de investigação levado a efeito pelo dogmático, porque, considerando-se os fins perseguidos pela ciência do direito penal, ela não seria capaz de oferecer a previsibilidade essencial para a viabilização da promessa de certeza e segurança jurídicas.

Logo, são diferentes as respostas dadas pelas ciências criminais em geral e pela dogmática penal em particular das respostas oferecidas pela filosofia política. Porém isto não significa que sejam saberes incomunicáveis. Neste sentido, mostra-se correta a percepção de que, tratando-se da ciência do direito, o jurista deve considerar os "dados sociológicos e filosóficos, tanto para colaborar na transformação e na criação de uma nova normatividade (função prática central da Sociologia e da Filosofia Jurídica), como para realizar seu trabalho científico propriamente dito, consistente na aplicação e realização de um determinado Direito positivo."[92]

92. Elíaz Díaz. *Sociologia y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1971, p. 132.

Na esteira dessas inferências, todavia, caberia a indagação: em virtude do caráter dogmático da ciência penal, bem como em face da impossibilidade de enfrentar determinados problemas com base em seu modelo teórico, não seria a ciência política e não a filosofia política a disciplina mais indicada a dialogar com ela? A colaboração interdisciplinar não deveria ocorrer entre ciências e não entre as ciências criminais e a filosofia política? Para responder a tais indagações, faz-se necessário distinguir a ciência política da filosofia política, reconhecendo-se que são disciplinas que compartilham o mesmo objeto.

Para alguns, a missão da ciência política diante da ciência penal é perfeitamente clara. Ela consiste em "precisar os efeitos das decisões legislativas e judiciais e, portanto, notificar ao dogmático e ao juiz as conseqüências reais do que o primeiro propõe e o segundo decide, como também informá-lo acerca do sentido político geral do marco de poder em que toma a decisão, que pode ser liberal ou autoritária, garantista ou policial, ou seja, reforçador ou debilitante do estado de direito."[93] Trata-se, decididamente, de uma função importante que, em si, não difere muito da missão da filosofia política diante das ciências criminais. Nessa perspectiva, é necessário diferenciar de maneira clara como pode dar-se a colaboração de cada uma dessas duas disciplinas diante dos saberes preocupados com o problema penal.

Diz-se que toda e qualquer ciência tem como características a "segurança e exatidão" decorrentes da possibilidade de comprovar empiricamente os fatos, ao passo que a filosofia apresenta "um grau muito maior de problematismo e incerteza" por não poder se acercar da verdade com auxílio do método empírico.[94] Admitindo-se esse ponto de vista, pode-se voltar às indagações: pretendendo-se as ciências criminais, inclusive a ciência penal, verdadeiras ciências, elas não de-

93. Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 156.

94. Elias Díaz. *Sociologia y filosofia del derecho*. Madrid: Tecnos, 1971, p. 322.

veriam se apoiar exclusivamente e com mais vantagem na ciência política e não na filosofia política? A comunicação interdisciplinar não deveria ocorrer tão somente entre elas e a ciência política, excluindo-se a filosofia política?

É tentador oferecer respostas positivas a tais questionamentos. Se a ciência jurídico-penal, por exemplo, precisa, direta ou indiretamente, por intermédio da criminologia e da política criminal, ter contato com a realidade política na medida em que o direito penal constitui uma das mais importantes manifestações do poder estatal, não seria mais produtivo que se valesse com exclusividade da ciência política, haja vista que, em princípio, esta disciplina ofereceria respostas mais claras e precisas que a filosofia política aos problemas que enfrenta?

Diante dessa indagação, a resposta poderia ser a seguinte: uma vez que apenas se caracterizariam pela objetividade os saberes empíricos e os saberes formais, só eles poderiam dialogar com as ciências criminais e com a ciência penal em particular. A filosofia política não poderia fazê-lo, pois não se trata nem de um saber empírico nem de um saber formal. Ela simplesmente não trabalha com base num consenso intersubjetivo forte em torno das categorias que maneja e nem tampouco do método que utiliza. De maneira diferente das ciências empíricas, entre elas a ciência política, a filosofia política não formula leis resultantes da observação pretensamente neutra e imparcial dos fatos. Em suma: muito mais do que a ciência política, a filosofia política parece estar sob o domínio das ideologias.[95] Esta visão do problema é, entretanto, insatisfatória, conforme se pode perceber.

É insatisfatória porque, ao contrário das ciências naturais, as ciências sociais continuam atreladas à filosofia. Reconhece-se, neste sentido, que "as ques-

95. Costuma-se dizer que a distinção entre o método científico e o não científico reside precisamente no fato de que o primeiro persegue a obtenção da verdade, o que seria possível apenas por intermédio da "objetividade, imparcialidade, e observação desinteressada" dos fenômenos sociais. Peter H. Mann. *Métodos de investigação sociológica.* Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 38. Em conseqüência, deve-se evitar a todo custo o envolvimento moral do pesquisador com o seu objeto para que os resultados da investigação não sejam desvirtuados. William J. Goode; Paul K. Hatt. *Métodos em pesquisa social.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, s.d., passim.

tões filosóficas seguem sendo uma preocupação contínua nas ciências sociais e nas ciências humanas."[96] Sobretudo no caso da sociologia européia, antes da investigação empírica faz-se necessária toda uma discussão filosófica, atitude denominada "fundacionismo". Para as ciências sociais e ciências humanas "é comum que as questões filosóficas – especialmente as epistemológicas – sejam consideradas como as primeiras e preliminares que se deverão abordar com objetivo de poder estabelecer métodos sólidos de investigação, antes da própria investigação empírica", de modo que os "enfoques e técnicas de investigação se desenvolvem amiúde como aplicações e demonstrações de nossos prévios juízos filosóficos."[97] Percebe-se, portanto, não existir uma radical separação entre a ciência e a filosofia.

Em segundo lugar, a ciência política, apesar de sua relevância, é incapaz de lidar com alguns problemas e fornecer certas respostas que só a filosofia pode dar. Há determinada espécie de conhecimento tipicamente filosófico. Certos problemas relacionados à questão penal só podem ser objeto de análise e reflexão filosófica, estando, portanto, além do alcance da ciência. Logo, nem mesmo a ciência política pode substituir a filosofia política no papel a ela destinado de permitir a reflexão de problemas de interesse das ciências criminais. O fato é que o enfoque da ciência política sobre o seu objeto é significativamente diferente da visão peculiar da filosofia política em torno do mesmo problema.

Existe, dessa maneira, visível diferença epistemológica entre as duas disciplinas, na medida em que só a ciência política proporciona o "estudo dos fenômenos políticos realizados com a metodologia das ciências empíricas e com o uso de técnicas de investigação das ciências do comportamento."[98] A ciência política

96. John Hughes; Wes Sharrock. *La filosofía de la investigación social*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 9-10.

97. John Hughes; Wes Sharrock. *La filosofía de la investigación social*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 18-19.

98. Norberto Bobbio. Sobre as possíveis relações entre a filosofia política e a ciência política. *O filósofo e a política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 57-61, p. 57-58.

busca produzir certo tipo de conhecimento só acessível através de métodos e técnicas de investigação cuja origem reside, em boa medida, no modelo teórico próprio das ciências da natureza (análise, estatística, matematização dos dados). Além disso, a ciência política pretende viabilizar "a organização dos dados por meio de uma análise que, descobrindo fatores escondidos, explica através deles a regularidade dos fenômenos."[99] Neste particular aspecto, a ciência política está muito próxima da criminologia. Há, entre ambas, uma coincidência parcial no que diz respeito ao emprego do método empírico. Há, além disso, um interesse comum na investigação do funcionamento das instâncias oficiais de controle social, bem como pela dimensão e exercício do poder político.

Desse modo, parece evidente que a ciência política e, sobretudo, a criminologia, mas, em última análise, todas as ciências criminais, poderiam, em tese, firmar um diálogo interdisciplinar. Talvez até mesmo a ciência política pudesse vir a se abrigar juntamente aos outros saberes sob o generoso "guarda-chuva" interdisciplinar prometido pela criminologia.

Portanto, não parece haver dúvida sobre a importância da ciência política para as ciências criminais, na medida em que ela é capaz de produzir informações válidas e suscetíveis de verificação ou refutação acerca da matéria política diretamente relacionada ao exercício do *jus puniendi* a partir da investigação empírica. Por outro lado, também a filosofia política mostra-se um saber apto a dar uma contribuição relevante às ciências criminais. Porém, para que se perceba a verdade dessa afirmação faz-se necessário, primeiramente, examinar os traços peculiares do saber filosófico político.

A filosofia política se distingue das disciplinas científicas, porque, em primeiro lugar, não se pretende neutra, infensa à influência da ideologia que interfere na produção de todo e qualquer conhecimento. Neste particular aspecto, ela se diferencia das ciências criminais, pois tanto a criminologia quanto a ciência pe-

99. Eric Weil. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola, 1990, p. 17.

nal, mesmo referindo-se a valores, não abandonam a pretensão de neutralidade comportamental do cientista e a necessidade de objetividade nas suas conclusões. Esses dois saberes têm a pretensão de afastar ao máximo a mera opinião de seu interior, até mesmo como estratégia para viabilizar o seu *status* epistemológico.

A ciência penal, por exemplo, vê-se como um saber construído com rigor metodológico capaz de evitar que venha a ser confundida com o saber vulgar, ou seja, aquele estranho ao conhecimento dotado de dignidade científica, o que ocorreria se ficasse na dependência da mera opinião. A filosofia política também se distingue da dogmática penal e das demais ciências criminais porque, além de ser especulativa, caracteristicamente zetética, é despreocupada não apenas com a resolução das controvérsias práticas, como no caso da dogmática, mas também com a aplicação imediata de suas respostas, como ocorre com as ciências aplicadas (a criminologia, no âmbito das ciências criminais). Desse modo, para que a filosofia política proporcione uma valiosa contribuição às ciências criminais através do diálogo interdisciplinar, ela precisa se diferenciar da ciência política, assim como dos demais saberes considerados científicos.

No tocante ao seu objeto, a filosofia política se preocupa com as "instituições sociais" e, em particular, com a "a ordem do direito e do estado."[100] No entanto, esta afirmação, apesar de exata, ainda não dá conta da especificidade do objeto da filosofia política quando se tem em mente, por exemplo, a ciência política ou mesmo a criminologia. A natureza da filosofia política decorre do fato de ser um saber teórico preocupado com o problema da legitimidade do poder político e com a maneira como o Estado o exercita. Por exemplo: a filosofia política vai se defrontar com a discussão clássica: como pode o Estado, ao utilizar a coerção representada pelo direito penal, cerceando, em conseqüência, a liberdade pessoal, viabilizar a promessa de ser guardião dessa mesma liberdade?

100. Otfried Höffe. *Justiça política*: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 11.

O enfrentamento desse paradoxo, para alguns, de fato, apenas aparente, escapa às possibilidades das ciências causal-explicativas, uma vez que a discussão se desenvolve com fundamento em critérios de justiça. Logo, como é dado a perceber, se em sentido geral a filosofia política e a ciência política interessam-se parcialmente pelos mesmos problemas, esta última não tem a pretensão de fixar "critérios de legitimação" para o exercício do poder político, mas apenas de "descrever as diversas formas de legitimação possíveis ou realmente aplicáveis nos diversos regimes e nas diversas épocas históricas."[101]

Há, portanto, "convergência" entre as duas disciplinas quanto ao objeto, mas "separação" no tocante aos fins perseguidos por cada uma delas, sem contar com o fato da filosofia política não utilizar, como visto anteriormente, os métodos característicos das ciências sociais. Desse modo, pode-se perceber que a filosofia política apresenta um caráter valorativo – pois o filósofo emite juízos de valor – e a ciência política não.[102] Pode-se concluir, então, que a filosofia política não pode ser substituída pela ciência política porque esta última disciplina não pode oferecer as respostas que só a primeira pode dar. No momento em que nos perguntamos por que se *devem* observar os preceitos penais, obedecendo à lei (e não porque eles são, de fato, observados e a lei, de fato, obedecida) ou quando nos questionamos sobre a *legitimidade* daqueles que detêm o poder de criar o direito penal, ou ainda se o direito penal é *justo*, estamos "fazendo" filosofia política e não ciência política.

6. Conclusões

Diante do caráter eminentemente tecnológico da dogmática penal, da natureza empírica da criminologia e da nebulosa situação da política criminal,

101. Norberto Bobbio. Sobre as possíveis relações entre a filosofia política e a ciência política. *O filósofo e a política*. Rio de Janeiro: Contraponto, p. 57-61, p. 60-61.

102. Norberto Bobbio. Sobre as possíveis relações entre a filosofia política e a ciência política. *O filósofo e a política*. Rio de Janeiro: Contraponto, p. 57-61, p. 60-61.

ciência em formação, isto é, num estágio pré-paradigmático, a filosofia política tem a importante tarefa de propiciar a discussão em torno dos valores que informam as relações entre o Estado, sociedade e indivíduo. Se, por exemplo, o legislador vem a estabelecer com meta político-criminal a redução do nível das taxas de criminalidade violenta ou a luta contra o crime organizado, a discussão a respeito envolverá, necessariamente, os valores presentes nos diversos setores da sociedade.

O debate certamente iria girar em torno dos valores e interesses presentes na discussão de natureza político criminal. É precisamente neste momento que a filosofia política interfere para dar a sua contribuição em um plano inacessível às ciências criminais, permitindo, dessa maneira, o estabelecimento de consensos em torno, por exemplo, dos valores liberais ou antiliberais que se contrapõem na discussão, propiciando argumentos para que a sociedade possa interferir na escolha dos meios e fins considerados legítimos, definindo o papel a ser desempenhado pelo Estado diante do desvio.

A filosofia política também tem uma função a cumprir quando certos conceitos tornam-se insuscetíveis de terem seu sentido fixado de maneira satisfatória no âmbito das ciências empíricas, algo, aliás, evidente no plano do direito penal. Diante de determinados conceitos que desfrutam de um alto nível de adesão no campo, por exemplo, da dogmática jurídico-penal, a filosofia política pode ajudar a questioná-los e esclarecer seus significados à luz das indagações capitais que são feitas pela disciplina. Pode-se mencionar, por exemplo, a noção de bem jurídico-penal, o conceito de pena, de responsabilidade penal, dentre outros.

Os problemas que dizem respeito às ciências criminais, conforme demonstrado, podem ser enfrentados com a colaboração decidida da filosofia política. Embora as ciências criminais sejam insubstituíveis na missão peculiar destinada a cada uma delas, aonde elas não chegam, a filosofia política pode ser fazer presente e formular as perguntas certas e obter as respostas que não podem sê-lo com

base na observação empírica ou dedução formal. É esta, a nosso ver, a contribuição da filosofia ao diálogo interdisciplinar com as ciências criminais.

Todavia, a colaboração entre a filosofia política e as ciências criminais exige que todas as disciplinas mantenham sua autonomia, conservando seus métodos e objetos próprios, isto é, que elas não se dissolvam num novo saber totalizador de caráter transdisciplinar. Por outro lado, exige também que os diversos saberes renunciem a toda pretensão de hegemonia em relação aos demais. Com isso, a filosofia política pode, efetivamente, propiciar às ciências criminais a oportunidade de ultrapassar os limites que circunscrevem a compreensão de seu objeto, permitindo a superação de seus horizontes.

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência a violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*: parte general. 8. ed. Bogotá: Temis, 1988.

ANYAR DE CASTRO, Lolita. La criminología hoy: politica criminal como síntesis de la criminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 8. n. 32, p. 252-268, out-dez 2000.

BACIGALUPO, Enrique Z. *Manual de derecho penal*: parte general. Bogotá: Temis, 1996.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 8. n. 29, p. 27-52, jan-mar 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BOBBIO, Norberto. Sobre as possíveis relações entre a filosofia política e a ciência política. *O filósofo e a política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 57-61.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. t. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARIO, Robert. *Introduction aux sciences criminelles*: pour une approche globale et integrée du phénomène criminel. 3. ed. Paris: L'harmattan, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*. Buenos Aires: Europa-América, 1947.

_____. *Metodologia do direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

CID MOLINÉ, José; Larrauri Pijoan, Elena. *Teorías criminológicas*: explicación y prevención de la delincuencia. Barcelona: Bosch, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modèles et mouvements de politique criminelle*. Paris: Economica, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A "ciência conjunta do direito penal". *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 19-49.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DÍAZ, Elias. *Sociologia y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1971.

ELBERT, Carlos Alberto. *Criminologia latino-americana*: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000.

FERRACUTI, Franco. L'indirizzo interdisciplinare in criminologia. *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*: le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia. v. I. Milano: Giuffrè, 1987, p. 1-29.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.

_____. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: RT, 1992.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999.

GOODE, William J.; HATT, Paul K. *Métodos em pesquisa social*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, s.d.

GÖPPINGER, Hans. *Criminologia*. Madrid: Reus, 1975.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRISPIGNI, Filippo. *Corso di diritto penale*: introduzione. Padova: Cedam, 1932.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Bogotá: Temis, 1999.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas, 1976.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Petrópolis: Vozes, 1991.

HUGHES, John; SHARROCK, Wes. *La filosofía de la investigación social*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Princípios de derecho penal*: la ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Sudamericano, 1958.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Parte 1: princípios metafísicos da doutrina do direito. Lisboa: Edições 70, 2004.

LÓPEZ-REY Y ARROJO, Manuel. *Compendio de criminologia y política criminal*. Madrid: Tecnos, 1985.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. v. 1. 2. ed. Bogotá: Temis, 2000.

MANN, Peter H. *Métodos de investigação sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

MEIER, Robert F. An introduction to theoretical methods in criminology. *Theoretical methods in criminology*. Beverly Hills: Sage Publications, 1985, p. 11-19.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal y ciencias sociales*. Barcelona: Edição do autor, 1982.

_____. *Derecho penal*: parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1988.

_____. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Montevidéo: Julio César Faira, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

SAÍNZ CANTERO, José A. *Lecciones de derecho penal*: parte general. t. I. Barcelona: Bosch, 1982.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal y persona*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000.

_____. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 9, n. 36, p. 33-50, out-dez. 2001.

SOLA DUEÑAS, Ángel de. Política social y política criminal: Estado y control. *El pensamiento criminológico*. v. 2. Bogotá: Temis, 1983, p. 245-265.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. t. I. 5. ed. Buenos Aires: Tea, 1987.

SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de criminologia*. São Paulo: Martins Fontes, 1949.

SZABÒ, Denis. *Criminologia e política en materia criminal*. México: siglo veintinuno, 1980.

VASSALLI, Giuliano. Politica criminale e criminologia. *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*: le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia. v. 1. Milano: Giuffrè, 1987, p. 237-250.

VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. t. 1. 3. ed. Madrid: Reus, 1929.

WEIL, Eric. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola, 1990.

WILLIAMS, Frank P.; Mc SHANE, Marilyn D. *Devianza e criminalità*. Bologna: Il Mulino, 2002.

YACOBBUCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales*: sua naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1998.

_____. La ingenería institucional criminal: sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre derecho penal y politologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 8. n. 29. p. 247-253, jan-mar 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: RT, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Caracas: Revista de Derecho Privado, 1979.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001.

¡Identifíquese! Apuntes para una historia del control de las poblaciones[1]

Gabriel Ignacio Anitua

Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona. Advogado e Licenciado em Sociologia pela Universidade de Buenos Aires, Professor Adjunto de Direito Penal e Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires.

Sumário: 1. La identificación de personas en los aeropuertos estadounidenses – 2. De la indagación a la identificación. Origen de la policía y del actuarialismo – 3. El control policial y la imposición de identidades (u "otro invento argentino") – 4. De las resistencias a identificarse al pedido de papeles – 5. Bibliografía.

Resumen: Se realiza una genealogía de las medidas de control de las poblaciones y los individuos, implementadas tras los atentados del 11 de septiembre de 2001. Esa identificación o "fichaje" de individuos especiales o peligrosos, luego los grupos de riesgo y, finalmente, a toda la población, ha sido un recurso utilizado por gobiernos autoritarios, pero también ha sido coetáneo a la creación de todas las identidades estatales en la modernidad. Desde la aparición del Estado, y singularmente con el Estado social, la identidad colectiva ha necesitado de la

1. Originalmente publicado en AA. VV. *Estudios sobre justicia penal.* Homenaje al Prof. Dr. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: del Puerto, 2005.

identificación individual para existir. El resultado paradojal nos demuestra que hoy en día son esas mismas medidas identificatorias las que aseguran la "inclusión", aunque sea estigmatizada.

Abstract: The article intends to do a genealogy about control measures of populations and individuals, implemented after September 11. The identification or "draftee" of special or dangerous people, later risk groups and finally the total population, was a measure used by authoritarian governments, but also was a normal way to create national identities in the modernity. After the State arise, and especially the development of welfare State, collective identity needed personal identification in order to exist. It seems a paradox that today the same measures of personal control assure as much the inclusion as the rejection.

Palabras-clave: Control – Biopolítica – Identidad – Población – Huella digital.

Key words: Control – Biopolitics – Identity – Population – Fingerprint.

1. La identificación de personas en los aeropuertos estadounidenses

En un reciente paseo junto a Julio Maier por Barcelona, me señaló que ciertas prácticas estatales de política preventiva, o de acción directa, afectan en mayor medida que la propia pena a las garantías protectoras de los individuos. A pesar de ello, dijo, es escaso el interés demostrado por la dogmática jurídico-penal y sus cultores garantistas, tanto prácticos como académicos, y por ello poco se sabe de estas prácticas y son casi nulos los límites impuestos desde el derecho.

Yo quisiera unir este tema con otro que es recurrente en el profesor Maier, al menos en los últimos tiempos. Son conocidos sus reparos y temores frente a las políticas implementadas por los Estados Unidos tras los atentados del 11 de septiembre del 2001, al igual que sus objeciones a las formas jurídicas y académicas del universo angloamericano. En todo caso pueden observarse sólo

con recurrir al debate que ha sostenido con el profesor Jaime Malamud Goti en la revista *Nueva Doctrina Penal.*

En concreto, analizaré en este artículo una medida adoptada por el gobierno de los Estados Unidos dentro de una nueva política del control de las poblaciones guiada por el miedo y por la tentación de reducir riesgos. Garland señaló que la "cultura del control" criminal se manifiesta en los últimos treinta años a través de medidas criminológicas de mero control (lo que otros autores han llamado "actuarialismo"), de un razonamiento economicista, y de un cambio en la penalidad del Estado de bienestar.[2] Trataré de demostrar que la idea del control es también consustancial al Estado de bienestar, y en realidad al mismo "Estado". Desde que la ampliación de los mercados permite una movilidad imposibilitadora de las relaciones "cara a cara", se crearon las modernas burocracias (las weberianas "jaulas de hierro sin las cuales no podríamos vivir") justamente para controlar a los individuos. Este control aumenta cuantitativa pero no cualitativamente cada vez que las tecnologías permiten mayores desplazamientos. Es probable que esté fuera de nuestras decisiones el avance tecnológico, del mercado, de las burocracias estatales y del control. Sin embargo sí que dependen de elecciones políticas que esos controles tengan como finalidad cumplir los derechos humanos y no vulnerarlos, así como que los mismos estén sometidos a límites razonables.

La medida de control que "dispara" este ejercicio es muy reciente y afecta en especial a los extranjeros. En efecto, desde fines del año 2003 quien quiera entrar en Estados Unidos con una visa será fichado, identificado, fotografiado y deberá dejar sus huellas digitales (y una nueva huella de identificación basada en la retina) al hacerlo a través de un aeropuerto u otra frontera legal. Para el 2004 se planea extender este control en base a un nuevo pasaporte "inteligente", que deberán adoptar todos los Estados.

2. Garland, *The culture of control*, p. 175.

Las reacciones en contra no se han hecho esperar en el ámbito intelectual latinoamericano y europeo. Por ejemplo, Eduardo Galeano, escribió un artículo en el diario *Página 12* del domingo 25 de enero de 2004,[3] en el que criticaba tal medida por coartar derechos, como el de privacidad, de ciudadanos extranjeros y, además, señalaba como un acto de justicia retributiva que en los aeropuertos brasileños se someta a idéntica obligación identificatoria a los ciudadanos estadounidenses.

Desde Europa Giorgio Agamben, en un artículo publicado en el diario *Le Monde* el domingo 11 de enero de 2004,[4] anunció que no va ir a dar un curso al que le habían invitado por no querer someterse a ese procedimiento. Para este notable pensador italiano, el fichaje electrónico de las huellas digitales y de la retina (el tatuaje subcutáneo, según su denominación) como otras prácticas del mismo género, son elementos que contribuyen a fundar una nueva era biopolítica (en el sentido foucaultiano). Así, al aplicar a todo ser humano las técnicas y dispositivos que fueron inventados para las clases peligrosas, los Estados, que deberían constituir el lugar mismo de la vida política, han hecho del ser humano el sospechoso por excelencia, hasta el punto de que es la humanidad misma la que se ha transformado en clase peligrosa. De esta forma confirmaba ideas previamente sostenidas sobre el paso de Atenas a Auschwitz, como paradigma político de Occidente. Agamben recordaba que el tatuaje fue utilizado como el modo más normal y económico de organizar la inscripción y el registro de los deportados en los campos de concentración.

La extensión masiva del control de la población, así como la mayor atención que han puesto algunos intelectuales sobre los dispositivos cotidianos a que deben someterse los individuos, son dos consecuencias del acontecimiento 11 de septiembre. Lo segundo es importante pues permite planificar "resistencias" a la

3. Galeano, *Malas costumbres.*

4. Agamben, *No al tatuaje biopolítico.*

implementación, desde antes de esa fecha, de una estrategia adecuada a las "sociedades de la vigilancia".[5] Lo primero es peligroso en tanto justifica tal estrategia. Pero ni la técnica de la que aquí se habla ni la estrategia de la vigilancia, constituyen una novedad ni, mucho menos, un "invento" estadounidense. Lo que quiero señalar aquí, siguiendo la sugerencia de Agamben, es que "fichar" a los grupos de riesgo y, finalmente, a toda la población, ha sido un recurso utilizado por gobiernos autoritarios, pero también ha sido coetáneo a la creación de identidades en la modernidad. Desde la aparición del Estado, y singularmente con el Estado de derecho y luego el Estado social, la identidad colectiva ha necesitado de la identificación individual para existir. Saber quién es el otro con sólo mirarlo ha sido la obsesión del control desde la época moderna y a pesar de la innovación tecnológica, como señaló Christie, "en el campo del control social, rara vez se introducen invenciones radicalmente nuevas".[6]

2. De la indagación a la identificación. Origen de la policía y del actuarialismo

Este intento de "fichar", de controlar mediante el conocimiento de lo existente, tanto a personas como a bienes, es coetáneo al momento señalado por Maier como de surgimiento del método inquisitivo. Entonces comenzaron las iglesias a registrar nacimientos y muertes, entonces se empezaron a regular las ciudades emergentes, entonces principiaron y se iniciaron los controles sanitarios alternando los métodos disciplinarios de la peste con los excluyentes de los leprosos.[7] A estos, como a otros parias, se los expulsaba o se los encerraba. Pero en todo caso, todos debían estar identificados. Se trataba de hacer que todo fuera ostensible para evitar "engaños" a la autoridad naciente. Y como producto del cambio político que

5. Lyon, *Surveillance after September 11*, p. 142.
6. Christie, *La industria del control del delito*, p. 75.
7. Para un análisis foucaultiano ver Elden, *Plague, panopticon, police.*

significó la aparición del Estado y del mercado capitalista nació también la "prevención", la posibilidad de que unos funcionarios investigaran en base al rumor público la comisión de lo que desde entonces caracterizará lo reprimible, los delitos.[8] Estos funcionarios serían los procuradores, encargados en principio de vigilar la renta del rey a través del aseguramiento en el cobro de impuestos.

El origen "administrativo" de la encuesta judicial se verifica en los métodos de los primeros monarcas de aquellos Estados que darían un marco estable al mercado capitalista. Estos soberanos debieron hacer una enorme indagación sobre las propiedades, las personas, el beneficio que obtenían y la situación de los impuestos. El primer ejemplo que existe de esta práctica es el *Domesday Book* que encargó Guillermo el Conquistador al dominar la isla de Gran Bretaña en el año 1066.[9] Con posterioridad los reinos del continente europeo, como Francia, Castilla o Aragón, realizarían idénticas prácticas para consolidar Estados absolutistas, para los cuales la Iglesia había aportado su experiencia en relevar sus bienes con emisarios y en imponer una visibilidad total de los súbditos a través de la confesión.

Estas prácticas de contar e individualizar eran habituales en los intentos anteriores de centralizar el poder, como en el imperio carolingio, y remiten al Imperio romano, que fue el primero en establecer censos sobre su población con la finalidad del control policial e impositivo (basta recordar el nacimiento de Jesucristo).

Durante el Estado absolutista, y junto a estos controles que darían cuenta de la población y bienes de los dominios del señor, se realizó otro "invento" no reseñado por Foucault: el de los pasaportes y papeles de identificación. Con el objetivo de regular los ilegalismos como el contrabando, pero sobre todo de controlar los flujos de poblaciones y las falsas representaciones de condición social (o raza, edad, género, etc.), los reyes absolutistas como los franceses, y también los

8. Maier, *Derecho procesal penal*. t. I, p. 296.

9. Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, p. 79.

pequeños señores alemanes e italianos, impusieron la necesidad de contar con un pasaporte para desplazarse de su terruño o para arribar a las cortes y ciudades.[10] Los que no portaban esos privilegiados papeles, en cambio, tenían que lucir ropas, peinados u otras señales para identificarse a simple vista: a los convictos (pero también los enfermos, mendigos, locos y creyentes de otras religiones) solía cortárseles un miembro o tatuárseles una letra o dibujo que a simple vista permitiera saber "quienes" eran.[11] Simular una identidad "no real" constituiría la "traición" más peligrosa en momentos de expansión de mercados y Estados a golpes de conquistas y guerras, de expulsiones y grandes encierros.

Todo ello cambiaría con la misma Revolución francesa. Una de las demandas acogida en la Constitución de 1791 fue la de derogar los controles de pasaportes y con ellos las restricciones de movimientos por motivos de clase. Sin embargo en 1791 surgió la necesidad de crear una identidad de "ciudadano", con lo que apareció el moderno pasaporte que acredita la pertenencia al Estado (identificado a su vez con una nación, una lengua, una bandera).[12] Con la Revolución francesa los registros particulares de las iglesias, y los pases limitados a personas importantes, se estatalizaron y universalizaron.[13]

El siglo XIX sería una época de verdadero *laissez faire* económico, reflejado en la abolición de "aduanas interiores" pero el vagabundo, el pobre, seguía siendo sospechoso por definición (como dice la cita de Norman con la que Torpey inicia su investigación) y deberían inventarse formas específicas de controlarlo sin obstaculizar la libertad de mercaderías e incluso de trabajadores.

10. Estos permisos eran un privilegio y no todos podían poseerlos. Según ordenanzas germanas debían destruirse los que estuvieran en posesión de gitanos, que por definición carecían del derecho a tenerlos, Groebner, *Describing the person, reading the signs in Late Medieval and Renaissance Europe*, p. 19.

11. La palabra "tatuaje", de origen polinesio, fue adoptada a fines del siglo XIX. El término usado por los antiguos griegos y romanos para referirse a los dibujos en el cuerpo era el de "estigma", que luego sería sinónimo de marca infamante. Jones, *Stigma and tatoo*, p. 1.

12. Sobre la abolición del pasaporte absolutista, Torpey, *The invention of the passport*, p. 29.

13. Noiriel, *The identification of the citizen*, pp. 28 y ss.

Aunque los controles identificatorios serían una excepción hasta el siglo XX es entonces, en la constitución de los Estados nacionales durante la modernidad industrial o estricta contemporaneidad, cuando se gestó el control biopolítico al que responden los controles aeroportuarios que he mencionado, pues la construcción de una identidad nacional requería de la identificación de los "ciudadanos". La nueva lógica identificatoria construirá "identidades" nacionales atacando las diferencias culturales.[14] Este será el primer intento de controlar "incluyendo", aunque a la vez generará una nueva forma de "exclusión".

Se produjo entonces un aumento de las burocracias estatales y un refinamiento eficientista de los controles poblacionales. Esto tendría terribles consecuencias en el siglo XX, y que aún son de temer.

Por un lado, los censos fueron mejorados e implementados en gran escala: desde 1790 los recién independizados Estados Unidos realizarán un censo general de la población cada diez años, e Inglaterra organizó el primer censo moderno en 1801 con la finalidad de saber cuantos jóvenes podían luchar en las guerras napoleónicas.[15] Para evitar el incumplimiento con las obligaciones militares, en Francia se obligó a toda la población (en especial los judíos) a inscribirse en los recientes registros estatales, que serían controlados desde 1820 por el Ministro de Justicia y los fiscales.[16]

Por el otro lado, aparecieron sistemas de control relacionados con el sistema penal. Los nacientes cuerpos de policía recibieron la legitimación de los sistemas penales liberales pero no sus límites, que estarían reservados – en todo caso – al proceso de imposición de condenas. El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 es buen ejemplo de ello.[17] Foucault evocó la presentación de su texto, formulada por el jurista del régimen napoleónico Treilhard, en la cual se advertía

14. Noiriel, *The identification of the citizen*, p. 47.

15. Lyon, *Surveillance after September 11*, p. 24.

16. Noiriel, *The identification of the citizen*, p. 36 y p. 31.

17. Su descripción en Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, pp. 351 a 360.

que "el procurador no debe tener como única función la de perseguir a los individuos que cometen infracciones; su tarea principal y primera ha de ser la de vigilar a los individuos antes de que la infracción sea cometida. El procurador no es sólo un agente de la ley que actúa cuando ésta es violada, es ante todo una mirada, un ojo siempre abierto sobre la población. El ojo del procurador debe transmitir las informaciones al ojo del Procurador General, quien a su vez las transmite al gran ojo de la vigilancia que en ésa época era el Ministro de la Policía".[18]

La policía, como la prisión, hunde sus raíces en las prácticas administrativas del Antiguo Régimen. Recordaba Maier que tanto la institución hoy conocida como "policía", como el concepto que representa su base material, tuvieron su origen en la consolidación del Estado moderno y en su primera configuración política: el absolutismo monárquico.[19] Pero, como continúa el autor al que le rendimos homenaje, fue con la limitación liberal al Estado que se impuso una tarea de "evitar peligros", para lo que se organizó una "policía" propiamente dicha.[20]

Los primeros cuerpos policiales, los ingleses y los franceses, representaron modelos diferentes dadas las características políticas de cada Estado. La policía de Londres, creada en 1829 por Robert Peel como una herramienta más en su búsqueda de racionalización del sistema penal,[21] no fue una policía política sino una local y más cercana a los propietarios comerciales e industriales, que exigían sistemas para castigar e impedir los ilegalismos populares.[22] En contra de este modelo más civil, la policía francesa, la *Gendarmerie* heredera en 1791 de la absolutista *Marecheuse*, siguió un modelo centralizado, jerarquizado, militarizado y disciplinario.[23]

18. Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, p. 121.
19. Maier, *Nacimiento y desarrollo de la policía institucional*, p. 55.
20. Maier, *Nacimiento y desarrollo de la policía institucional*, p. 57.
21. Emsley, *The history of crime and crime control institutions*, p. 67.
22. Foucault, *Vigilar y castigar*, pp. 90 y 91.
23. Maier, *Nacimiento y desarrollo de la policía institucional*, p. 61.

Pero en ambos casos, el moderno Estado liberal adoptó las formas policiales de control para "incluir" a los ciudadanos y "excluir" a los sospechosos. Estas formas, como he señalado más arriba, tienden a escapar a los límites del derecho. Y lo hacen tanto por su pretensión de actuar como un no-derecho, cuanto por el tipo de actividad y objetivos que persiguen. La policía, como cuerpo burocrático, se convirtió a sí misma en "poder", en acrecentador del poder y ejercitante de la fuerza del Estado.[24] Y "si bien la policía como institución ha sido realmente organizada bajo la forma de un aparato del Estado, y si ha sido realmente incorporada de manera directa al centro de la soberanía política, el tipo de poder que ejerce, los mecanismos que pone en juego y los elementos a que los aplica son específicos. Es un aparato que debe ser coextensivo al cuerpo social entero y no sólo por los límites extremos que alcanza, sino por la minucia de los detalles de que se ocupa. El poder policíaco debe actuar *sobre todo*",[25] sostuvo Foucault.

Ese objetivo, además, encontró justificación en las nuevas disciplinas sociales desarrolladas desde las burocracias académicas del siglo XIX, en particular en el discurso criminológico. Este discurso médico-policial fue fundamentalmente un resumen de las técnicas excluyentes y disciplinarias absolutistas a las que intentaba racionalizar, ya que para alcanzar y asegurar los fines del utilitarismo burgués era necesario la legitimación del control reactivo de la población. De esto se encargaba la "teoría de la policía" o "ciencia de la policía", entendida como técnica de gobierno propia del Estado.[26] La gobernabilidad del todo debía basarse en la individualización de cada uno. Ya en 1796 el filósofo Fichte señaló que la mejor forma de gobernar era asegurarse que cada ciudadano pueda ser reconocido como tal o cual en cualquier tiempo y en todo lugar.[27] Y Bentham sugirió para

24. Recasens, *Aquellas aguas trajeron estos lodos: la burguesía y los orígenes del aparato policial*, p. 295.
25. Foucault, *Vigilar y castigar*, p. 216.
26. Foucault, *Omnes et singulatium: hacia una crítica de la razón política, y la gobermentabilidad.*
27. Citado por Caplan, *This or that particular person*, p. 49.

ello que cada individuo llevara tatuado en el cuerpo su nombre y apellido para evitar los constantes cambios de identidad.[28]

Pocas novedades, y muchas continuidades, encontramos en las políticas de control de la población durante la hegemonía del capitalismo. El actual paso del capitalismo industrial al capitalismo comunicacional está caracterizado por una amplia movilidad en las multitudes y es por ello, entre otras razones relacionadas como la creación de una economía mundial y la unificación de valores culturales, que se habla de la creación de una "sociedad del riesgo". Entre los teóricos que utilizaron tal término[29] se destacó también una disminución de la impronta de los Estados nacionales en provecho del mercado, y con ello una mayor dificultad para hacer frente a los peligros reales.

Sin embargo esto último no debería hacernos pensar en un debilitamiento estatal, algo que al menos debería discutirse en el plano de las políticas de control principalmente vulneradoras de derechos. El tema elegido para este ensayo puede servir para ello, pues no debe olvidarse que la práctica bélica ha sido la base de la emergencia, consolidación y soporte mutuo de capitalismo y Estado. Los criminólogos que detectaron a fines del siglo XX la emergencia de una nueva forma de castigar, de juzgar y también de controlar (todas funciones estatales) advirtieron que el discurso del riesgo permitiría una nuevas formas de actuación remisoras a prácticas autoritarias y eficientistas de parte de las burocracias consolidadas.

Malcom Feeley y Jonathan Simon han denominando "actuariales" a estas nuevas lógicas estatales de control de grupos poblacionales amplios. Indicaron estos autores que un nuevo paradigma actúa en el sistema penal, y que éste ya no presta atención a los individuos (a su culpa o a sus posibilidades de reinserción) sino que se ocupa de las técnicas de identificación, clasificación y manejo de grupos poblacionales, según niveles asignados de peligrosidad. Sus intervenciones

28. Caplan, *This or that particular person*, p. 65.

29. Hoy ampliamente difundido en la criminología y el derecho penal. Su origen en la sociología: Beck, *La sociedad del riesgo*, Giddens, *Consecuencias de la modernidad.*

concretas procuran regular grupos humanos (compuestos de agregados de individuos) para optimizar el manejo de los riesgos. Para estos autores el "actuarialismo" encuentra sus orígenes en tecnologías extrañas al sistema penal, y desarrolladas previamente desde lo jurídico en el derecho de daños, en las investigaciones sobre análisis de sistemas, y en el movimiento de análisis económico del derecho.[30] También Ericson y Haggerty señalaron el rol cada vez más importante cumplido por las compañías de seguros en la determinación de categorías y prácticas policiales.[31]

Creo que es dentro de esta "novedosa" tendencia dónde hay que ubicar la aplicación de los controles extensivos de individuos extranjeros (y por tanto, "portadores de riesgo") en los aeropuertos estadounidenses. Sin embargo, y como ya había adelantado, esto no es novedoso ni en las ciencias sociales ni en las propias disciplinas penales o de control. Y su origen debe buscarse en las prácticas médicas, policiales y, en todo caso, administrativas.

Propongo que nos detengamos en el origen de la palabra "actuarial". En inglés puede parecer un neologismo pero el diccionario de la Real Academia Española definió que un "actuario" es una "persona versada en los cálculos matemáticos y en los conocimientos estadísticos, jurídicos y financieros concernientes a los seguros y a su régimen".[32] Creo que no puede haber mejor denominación para esta estrategia política de control de población riesgosa que logre, o al menos intente, un reforzamiento de los poderes estatales (con el consiguiente peligro autoritario).

Las primeras investigaciones de los actuarios sobre el cálculo de la prima a pagar por los seguros, coincidió con el momento de la utilización política de los datos sobre la población en el siglo XIX, cuando el contrato social era reemplazado por el contrato de seguros. Me ubicaré en el ámbito de lengua francesa, y luego en el rioplatense, para verificar las consecuencias de esa coincidencia sobre el nacimiento de instituciones policiales, técnicas de identificación y justificaciones

30. Feeley y Simon, *Actuarial justice: The emerging new criminal law*, pp. 185 y ss.

31. Ericson y Haggerty, *Policing the risk society*, p. 23.

32. RAE, *Diccionario*, 21. ed., p. 39.

teóricas. Tras los primeros censos y estadísticas, tanto la teoría como la práctica se aplicaron al cálculo de riesgo de determinados grupos sociales para pasar de lo general a lo particular en el terreno criminológico y dar así contenido a la noción de "peligrosidad" individual.

Entonces la burguesía asumió su papel de clase dirigente e intentó ocupar los poderes del Estado con la lógica de utilidad que muchos filósofos han identificado en la figura de Bentham. En efecto, "en la lógica del utilitarismo todo tiene que estar ordenado-clasificado. Foucault habla por eso de individualización-clasificación en las disciplinas. La transparencia general, la regla de oro del Panóptico, no es solo para vigilar, es para clasificar los cuerpos en un cálculo general".[33]

El control poblacional, tanto para vulnerar como para asegurar los derechos, se relaciona así con las compañías de seguros. En 1835, el belga Adolphe Quetelet publicó *Sur l'homme et le developpement de ses facultés ou Essai de physique socialle*. Este matemático se hizo conocer por unos estudios demográficos que no se limitaban a describir, sino que pretendían establecer una estadística moral con consecuencias útiles para el gobierno de la población. Esta sería la base de la "física social", que debía averiguar las leyes (internas) que explican la reproducción del hombre, el aumento de su físico e intelecto, la inclinación hacia el bien y el mal; y las leyes (externas) que hacen a la naturaleza perturbadora o promotora de movimientos sociales; y finalmente, pero no menos importante, si las fuerzas del hombre pueden afectar la estabilidad del sistema social.

Con esta obra se sentaron las bases de la sociología, pero asimismo de la criminología. En efecto, como parte fundamental de su libro Quetelet elaboró unas "tablas de criminalidad" para observar la tendencia al crimen de acuerdo a los factores individuales – antropológicos y sociales –, así como por el clima y por otros factores externos. Con la técnica propia de las compañías aseguradoras, sumando y restando, midiendo y clasificando, extrajo leyes generales de tipo

33. Marí, *La problemática del castigo*, pp. 197 y 198.

probabilístico e hizo representaciones en "mapas del delito" (otra herramienta poco novedosa, como se observa) que asociaba a otros factores de inestabilidad social.

Como señaló Mattelart, intuyendo su importancia, la publicación de Quetelet coincidió con la aparición en lengua francesa de la palabra "normalidad".[34] Según Canguilhem, si bien el adjetivo "normal" fue consagrado en 1759, el término "normalidad", con toda la carga disciplinaria que conlleva, fue utilizado por primera vez en 1834.[35] A su vez, el excluyente concepto de "clases peligrosas" fue también formulado por el francés H. A. Frègier en fecha cercana: 1840.[36]

Más o menos en la misma época, en 1833, el director de asuntos criminales del ministerio de Justicia francés, André-Marie Guerry, publicó el *Essai sur la statistique morale de la France*, donde estudiaba la frecuencia de delitos contra la propiedad que se verificaban en las primeras estadísticas sobre París y el departamento del Sena, efectuadas entre 1825 y 1829. En efecto, la estadística criminal francesa es la más antigua del mundo, y fue esta práctica la que influyó también sobre el trabajo de Quetelet.[37]

Guerry, incluso más que el "mediático" Quetelet, sería el fundador de la importante tradición de "estadísticos morales", especialmente preocupados en aplicar los cálculos que permitieran efectuar los modernos censos a las necesidades de control de una Europa fuertemente autoritaria tras el triunfo de la Alianza conservadora sobre Napoleón, y necesitada de controlar una población trabajadora que se había tomado en serio el lema burgués de la "libertad" (como lo demuestran los procesos revolucionarios extendidos a varias capitales mundiales en 1789, en 1830 y en 1848[38]).

Al igual que las represiones, las nuevas justificaciones del orden tuvieron orígenes actuariales. Aunque la de Guerry es habitualmente menos considerada

34. Mattelart, *La invención de la comunicación*, p. 281.

35. Canguilhem, *Lo normal y lo patológico*, p. 193.

36. Tombs, *Crime and security of the State*, p. 215.

37. Picca, *La criminología*, p. 64.

38. Hobsbawm, *La era de la revolución, 1789-1848*.

que la otra tradición que en su conjunción dió origen a la sociología (la del también francés e igualmente formado en la Escuela Politécnica, Auguste Comte), los trabajos de identificación y de medición desarrollados por el estadístico-policía fueron de fundamental importancia para entender el pensamiento de autores tan importantes como Gabriel Tarde o Emile Durkheim.[39]

Tarde se mostró especialmente preocupado por descubrir mecanismos de control social para que la nueva sociedad de masas se pareciera a las viejas comunidades de aldea, lo que visualizaba a través de la imitación y otras prácticas luego continuadas por la Escuela de Chicago. Por su parte, la hipótesis central de Durkheim era optimista con respecto a las nuevas sociedades, pues creía que se pasaba de una problemática de la responsabilidad a una problemática de la solidaridad, del derecho penal al derecho social, por lo que advertía la aparición del Estado de bienestar. A pesar de sus diferencias, ambas teorías derivaban de las aplicaciones del cálculo y de la probabilidad. La tecnología del riesgo se transformaba en una tecnología política y también social, augurando un cambio fundamental en el gobierno de las multitudes. Al trasladar la filosofía y las técnicas experimentadas de los seguros privados al conjunto de la sociedad, ésta última era propuesta por Durkheim como "seguro universal".

Pero antes que él, un inteligente periodista llamado Emile de Girardin hizo suyas estas ideas (había leído a Quetelet durante un exilio forzoso en Bruselas) para proponer una reorganización social con base en el mecanismo del seguro.[40] En 1852, cuando publicó *La politique universelle* propuso para ello a la filosofía del riesgo ("gobernar es prever") y la anulación de las metafísicas, religiosas o jurídicas nociones del bien y del mal que siempre serán arbitrarias y sujetas a modificaciones. Por ello este autor propugnaba la

39. Ambos profundamente estudiosos de las estadísticas. Entre ellos compiten por dirigir el Departamento de Estadísticas, que le es encomendado a Tarde en 1894. Durkheim haría profuso uso de las mismas estadísticas en *El Suicidio*.

40. Mattelart, *La invención de la comunicación*, p. 283.

abolición del derecho punitivo,[41] pues el resultado del delito, al igual que otros problemas sociales como el desempleo, accidentes, guerras, enfermedades, vejez, etc., sería cubierto por este seguro universal. Girardin imaginó para implementar tal seguro universal un sistema de identificación de personas. Cada individuo debería estar provisto de una cartilla que lo identificara y diera fe de su vida, y en el que figurara un "balance individual" y un "balance nacional" con informaciones estadísticas sobre la persona y sobre su Estado de origen que hiciera posible calcular la participación en los ingresos y gastos del fondo universal asegurador.

3. El control policial y la imposición de identidades (u "otro invento argentino")

El "abrazo" del Estado a sus ciudadanos sería en realidad de los que dan los osos, y más que cumplir la finalidad de asegurar los derechos humanos, la cartilla referida cumpliría en el siglo XX funciones asegurativas del poder estatal (para lo cual se vulnerarían policialmente derechos individuales). Los documentos identificatorios, no obstante, remiten más a la exclusión que a la disciplina, pues antes de expandirse a todos los individuos se impondrían a los "anormales" o "peligrosos". Ya el Código penal francés de 1810 estableció el control de los grupos considerados de riesgo, en particular el de los ex convictos. Ello supuso, según Foucault, "la disposición de un sistema documental cuyo centro lo constituyen la localización y la identificación de los criminales: señalización obligatoria unida a las órdenes de captura y a las sentencias de los tribunales, señalización consignada en los registros de encarcelamiento de las prisiones, copia de registros de audiencias y de tribunales correccionales enviada cada tres meses a los ministerios de Justicia y de la Policía general, organización algo más tarde en el ministerio del

41. También creía que este método sería el más eficaz para erradicar finalmente el delito, igual que para erradicar la guerra entre Estados si es que se universalizaba tal sistema. Mencionó a Girardin como un anticipado al abolicionismo, Zaffaroni, *Girardin: abolicionismo entre el Segundo Imperio y la Tercera República francesa.*

Interior de un 'fichero' con repertorio alfabético que recapitula aquellos registros, utilización hacia 1833 según el método de los 'naturalistas, de los bibliotecarios, de los comerciantes, de los hombres de negocios', de un sistema de fichas o boletines individuales, que permite integrar fácilmente los datos nuevos y, al mismo tiempo, con el nombre del individuo buscado, todos los datos que pudieran aplicársele".[42]

En estos métodos de coleccionistas, que ya practicaran los clérigos al nacer el método inquisitivo de ciencia y de política, encontramos la clave para entender la razón de una identificación generalizada que se ensayaría primero con el grupo preferido de las burocracias estatales: los presos.

Es así que ya en 1863 las autoridades penitenciarias francesas habían previsto el uso de la fotografía[43] en las fichas realizadas a los reclusos, y destinadas al control en el interior de las cárceles. El entonces ministro del Interior francés se opuso a ello, pues tal medida "sería para los detenidos un agravamiento de la pena no previsto por la ley y un medio más para impedir todo retorno al bien". A pesar de ello, en 1871 el ministerio de Marina y de las Colonias estipuló que cualquier persona condenada a más de seis meses debe ser fotografiada.[44] (con especial celo lo serían los condenados por rebelión o insurrección, por lo que estimo que se aplicó especialmente para los condenados tras los hechos de la Comuna de París, durante los cuales los obreros hambrientos aprovecharon la coyuntural derrota militar del Estado francés para "tomar el cielo por asalto").

Tales experiencias de cárcel/observatorio,[45] y también la tarea pionera de Quetelet y Guerry, tuvieron una influencia directa sobre Alphonse Bertillon.[46] Este doctor en medicina, fundador de la "policía científica", recurrió a las justificaciones

42. Foucault, *Vigilar y castigar*, pp. 286 y 287.

43. Los primeros "daguerrotipos" de prisioneros son de 1841, Cole, *Suspect identities*, p. 20.

44. Mattelart, *La invención de la comunicación*, p. 287 y 288.

45. La primera experiencia, breve y no estandarizada, de registrar a los presos por características físicas fue en la prisión de New York de 1797 a 1803, Cole, *Suspect identities*, p. 11.

46. Cuya familia estaba integrada por científicos, y su hermano Jacques era el director de estadísticas de París, Kaluszynski, *Republican identity*, p. 125.

estadísticas para implementar un moderno sistema para la identificación de sospechosos y para el reconocimiento de la identidad. Evidentemente, la tarea de Bertillon tenía otros antecedentes, como los estudios con pretensiones científicas de la época que especulaban especialmente con las características antropométricas. En el siglo XIX la frenología era una "ciencia" de moda[47] y aunque no tendría finalmente prestigio, sí que influyó en el nacimiento de la disciplina de "Antropología física" que también aceptaba que la "raza" tiene que ver con la conformación del cráneo y el cerebro, y que a partir de ello se pueden predecir determinados comportamientos.

En ese contexto, Bertillon organizó, en 1882 y tras probarlo previamente, un sistema científico de identificación de criminales y sospechosos de París (que en 1888 se extendió a toda Francia gracias al apoyo del jefe de policía).[48] Este sistema consistía en uniformar la descripción de los detenidos mediante una hoja de medidas antropométricas. La ficha descriptiva debía mencionar los datos físicos (altura, color de piel y cabello, tipos de ojos, orejas, frente, cicatrices, etc.) y los datos de estado civil, domicilio, condenas anteriores, etcétera. Entre las particularidades físicas se añadía con especial cuidado la de los tatuajes, objeto de atención también de Lombroso y Lacassagne y de ahí en adelante de todos los positivistas.[49]

Lo realmente novedoso en el método de Bertillon, además de la uniformización de datos, fue el añadido de dos retratos del individuo, uno de frente y otro de perfil (lado derecho) realizados mediante la moderna técnica fotográfica.[50] Su obra de 1890, *La photographie judiciaire,* fue un éxito y una referencia para la naciente criminología que será el soporte científico para ampliar el registro identificatorio

47. También tuvo que ver con ella la costumbre algo macabra de coleccionar cráneos, que se extendió hasta entrado el siglo XX. Es posible leer las teorías de los principales referentes de la frenología y la fisiognomía, en un librillo de dudosa procedencia editorial pero accesible en las mesas de saldos de las librerías de la calle Corrientes: Ottin, *Frenología, por el Dr. Gall. Fisiognomía, por el Dr. Lavater.*

48. Kaluszynski, *Republican identity,* p. 127.

49. Que discutirían sobre si tales marcas eran muestras de atavismo o degeneración, Caplan, *National tattooing,* p. 156.

50. Cole, *Suspect identities,* pp. 37 y ss.

desde los sospechosos hacia toda la población. Antes de ello, su método había demostrado la capacidad de aumentar la captura de reincidentes,[51] por lo cual la técnica denominada "bertillonaje" alcanzó un enorme éxito en los congresos policiales y penitenciarios posteriores, como el Congreso de Antropología Criminal de Roma. El argentino Samuel Gache fue allí el único que se atrevió a formularle críticas en la propia cara al gran inventor, pues para él el "bertillonaje" sólo servía para clasificar delincuentes pero no para "identificarlos".[52] Sin embargo todos los positivistas convinieron en las ventajas del sistema identificatorio de Bertillon.[53]

El discurso de los positivistas se convirtió en el gran defensor de la identificación y del carnet de identidad.[54] Tanto Nicéforo como Bernaldo de Quiróz entendían que las ventajas de la cédula de identidad, constituida en principio para individuos sospechosos (entre los que figuran las prostitutas y las criadas), justificaban extenderla a todos "hasta el punto de vislumbrarse ya la idea de un catastro personal universal, pareja del catastro del territorio".[55] En efecto, parece una paradoja pero para poder excluir a "los que no son como nosotros" (delincuentes, locos, prostitutas, vagos, pero sobre todo – y en todos los Estados desde Francia hasta Argentina pasando por los Estados Unidos – los inmigrantes) resultaba conveniente imponer un carnet identificatorio para todos los ciudadanos, un "documento republicano" de acuerdo al modelo de las elites positivistas que aunarían entonces el control excluyente y el disciplinario.

Tras semejante respaldo científico internacional, el jefe de Bertillon, François-Louis Herbette, propuso generalizar los datos de la ficha, insertando la descripción

51. Cole, *Suspect identities,* p. 49.

52. Ruggiero, *Fingerprinting and the Argentine Plan for universal identification in the Late Nineteenth and Early Twentieth Centuries*, p. 189.

53. Que era una "tabla de salvación" para Lombroso, y que en el reformatorio de Elmira en New York se utilizó para calcular, mediante promedios, las proporciones del "cuerpo criminal", Cole, *Suspect identities,* p. 57.

54. Cole, *Suspect identities*, p. 31.

55. Álvarez Uría, *Miserables y locos*, p. 214.

antropométrica de cada certificación del Registro Civil, en cada pasaporte y en cada póliza de seguro de vida.[56] La universalización no se realizará en Francia hasta bastante más tarde, aunque en ese contexto especialmente xenófobo y antisemita (se debatía sobre el caso "Dreyfuss") se impuso a la población gitana la obligación de contar con ese carnet antropométrico para ser exhibido ante la policía.[57]

En la precoz República Argentina el sistema de Bertillon, que mientras tanto demostraría falencias al aparecer individuos con idénticas medidas y rostros parecidos, sería mejorado por otros científicos-policías tras su rápida adopción. El nuestro es el cuarto país que lo asumió, en 1889, cuando el jefe de la Policía de la ciudad de Buenos Aires, Alberto Capdevila, crea la Oficina Antropométrica al frente de la cual colocó a Agustín Drago, estudioso del "bertillonaje" en Francia.[58]

El gran avance se produjo en 1891, cuando el jefe de estadísticas de la policía de la recién fundada ciudad de La Plata, Juan Vucetich, logró sintetizar los descubrimientos de varios científicos, como el eugenista Galton, sobre las diferencias entre huellas dactilares y así aprovecharlos para la técnica de identificación de personas.[59] Este argentino recién inmigrado de lo que hoy es Croacia, distinguió cuatro categorías de formas (el arco, el bucle interno, el bucle externo y el espiral) que aplicadas a los diez dedos de las manos permitían un número importante de combinaciones imposibles de ser repetidas por distintos individuos. Vucetich logró en cinco años hacerse con más de un millón de fichas distintas de habitantes de la provincia de Buenos Aires gracias al fuerte apoyo de las autoridades argentinas, las primeras en adoptar este sistema primero para los delincuentes, luego para los inmigrantes, tras ellos los funcionarios públicos y los que realizaban el servicio militar y, finalmente, toda la

56. Mattelart, *La invención de la comunicación*, p. 291.

57. Obligación que perduró hasta 1969, Kaluszynski, *Republican identity*, p. 137, aunque hubiera facilitado la obra exterminadora de estas personas emprendida por los nazis.

58. Ruggiero, *Fingerprinting and the Argentine plan for universal identification in the Late Nineteenth and Early Twentieth Centuries*, pp. 185 y 186. Drago defendería luego las ventajas del "bertillonaje" sobre el sistema de Vucetich y lo acusaría de plagiario, Cole, *Suspect identities*, p. 129.

59. Paralelamente el inglés Henry estudiaba otro sistema para aplicarlo a los mismos fines.

población masculina. El "invento" de Vucetich se aplicaría mejorando el método de identificación francés y adunando también las fotografías, que tanta importancia habían tenido para las clases dirigentes argentinas desde su aparición.[60]

Como señaló Marteau, esas clases dirigentes y su proyecto de identidad nacional se afirmaron con la hermandad entre el saber universitario de la criminología con el accionar policial, lo que hizo posible un diseño político criminal fundamentado en el conocimiento sobre las personas. Al poco tiempo de crearse la Policía de la Capital, en 1881, la Jefatura ordenó la creación del "Registro de Ladrones Conocidos", en el que se incorporaría la ficha con datos antropométricos y fotografía de los condenados por robo. En 1884 se creó el "Registro de Vecindad" que obligaba a todos los vecinos de la ciudad a identificarse ante la policía. Como ya se ha dicho, en 1889 se adoptó el sistema de Bertillon, y en 1903 se asumió el "Sistema de Identificación Dactiloscópico" ideado por Vucetich, lo que permitió crear, primero, el "prontuario" en 1905, y luego la "cédula de identidad" en 1906.[61]

Sin embargo, la identificación generalizada no se aceptaría sin resistencias políticas en aquel entonces. Las primeras se verificaron tras un decreto de la Intendencia de la ciudad de Buenos Aires que en 1890 impuso la numeración de las patentes de los coches de transporte de pasajeros e hizo obligatoria la presencia de una fotografía en la libreta de cada cochero. Los cocheros intentaron derogar la medida por vías judiciales, porque objetaban la imposición de retratarse, y

60. Sobre la historia de la fotografía en la Argentina: Cortés, *Iconografía de la violencia: imágenes de la guerra, imágenes del desvío.* La unión entre Estado y fotografía empezó en la presidencia de Urquiza, quien mandó a retratar a los constituyentes en 1853, y de los fotógrafos oficiales en las campañas contra el Paraguay, contra los indios del Desierto y contra los caudillos del Interior. Algunos años más tarde se enlazaron la tecnología visual y el control policial: junto al surgimiento de las cédulas de identidad debe ubicarse la decisión del comisario Álvarez –que luego sería el famoso literato Fray Mocho– de organizar en 1887 una galería de imágenes de criminales célebres que integraban el conjunto de conocimientos de la institución policial y que servía, también, como alerta a la población civil. La imagen se tornará, así, un trofeo que premia el accionar policial, una garantía de los aciertos de las concepciones higienistas y de las instituciones que las administran, Rogers, *Galería de retratos para el Estado:* Identidades y escritura en "casos" argentinos de fines del siglo XIX (1887-1897).

61. Marteau, *Las palabras del orden*, pp. 133 y 134.

organizaron luego una huelga. La protesta de los cocheros puso en escena que la tecnología en manos del Estado era un aparato peligroso con su afán clasificatorio. Sin embargo, según Salessi, al protestar desde parámetros de defensa gremiales ("que retraten a los ladrones, no a mí") contribuyeron a señalar los "defectos" de este sistema de identificación sectorial y a reemplazarlo por otro de mayor alcance sobre la realidad social argentina.[62]

En lo que hace al "prontuario" cabe destacar el interés de Ernesto Quesada al redactar un anteproyecto de ley para la creación de un "Archivo Criminal de Reincidencia", presentado en 1901.[63] Pero el archivo judicial de condenas ya se imponía por la práctica, a pesar de puntuales críticas: en 1897 un juez ordenó en su sentencia que fueran destruidos los archivos del condenado una vez cumpliese la pena, en 1900 otro juez concedió la "gracia" al condenado de no incluir la sentencia en el archivo judicial. Estos jueces consideraban a tal posibilidad de recuerdo una afectación al honor que iba más allá de la condena.[64] Esta reacción era natural cuando apenas se estaban eliminando las penas infamantes, heredadas de las "marcas" realizadas en el Antiguo Régimen para identificar a los convictos.[65] Pero otros jueces, como el bonaerense Octavio González Roura, lograron imponer un sistema de registro que en 1902 tendrá carácter general. González Roura formó junto a Acevedo y a Lozano la comisión redactora del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires de 1906, que fue el primer ordenamiento con preceptos referidos a la aplicación del sistema de Vucetich, algo que luego se extenderá a otras legislaciones. Finalmente, este registro se concretó legalmente y con carácter nacional en 1933, con el nombre de "Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal".

62. Salessi, *Identificaciones científicas y resistencias políticas*, p. 82.

63. Este criminólogo, a diferencia de Ingenieros, reputaba incluso entonces a la antropometría mejor que a la dactiloscopía, Cole, *Suspects identities*, p. 133.

64. Ruggiero, *Fingerprinting and the Argentine plan for universal identification in the Late Nineteenth and Early Twentieth Centuries*, p. 188.

65. Sobre tales "marcas" como origen de la identificación de personas, Groebner, *Describing the person, reading the signs in Late Medieval and Renaissance Europe*, p. 22; Cole, *Suspect identities*, p. 7.

Este proyecto de gobernabilidad, no obstante, fue antes policial que legal. La fijación de determinadas identidades permitía actuar a la policía sobre una clientela habitual y, además, justificaba su accionar permanente para corroborar la identidad, algo que comenzó a permitirse en los edictos policiales subsiguientes. Sozzo indicó que ese proyecto sigue siendo el que sostiene las actuales prácticas policiales.[66] El "prontuario" se creó con la ordenanza general de la Policía de Buenos Aires del 10 de octubre de 1905, según la cual debía remitirse a todo detenido recibido en calidad de encausado (y también a toda persona cuya libertad se hubiera dispuesto por no poseer esa calidad) para los fines de su entrada en el registro policial o comprobar su identidad. Ello daría origen a un archivo policial, en el que constaría una galería de individuos identificados por sus datos de estado civil, filiación morfológica, impresiones digitales, antecedentes judiciales y policiales, adunándosele una fotografía en los casos en que "sea peligroso por otros motivos y convenga prevenir su observación ulterior". Esa fotografía debía tomarse en las condiciones normales del causante en la vida ordinaria, por su actitud, ropas, peinado, barbas, etcétera.[67]

En lo que hace a la "cédula de identidad", otra vez fue el discurso científico el que apoyó esta innovación extensiva del control a toda la población. La Convención Policial Internacional de Río de Janeiro propuso en 1905 identificar mediante la fotografía y las huellas no sólo a los delincuentes sino a todos los "ciudadanos honestos". Y en 1906 comenzó esa tarea que tendría carácter obligatorio en 1916, cuando la Policía de la provincia de Buenos Aires se convirtió en la primera del mundo en crear un sistema semejante.[68] No es casual que para la presidencia de Yrigoyen se instaurase la necesidad de contar con una cédula de identidad obligatoria, puesto que ello también tendría ventajas para evitar el fraude electoral. El "documento" adoptado para este control fue el del registro de

66. Sozzo, *¿Hacia la superación de la táctica de la sospecha?*

67. La ordenanza completa en Martín, *Lo policial como necesidad.*

68. Ruggiero, *Fingerprinting and the Argentine plan for universal identification in the Late Nineteenth and Early Twentieth Centuries*, pp. 192 y 193.

enrolamiento (cuando en 1949 se extienda el voto a las mujeres se creará una "libreta cívica"). Así, el método de identificación dactiloscópica de Vucetich extendió el campo del delito a los electores y posibilitaba el funcionamiento del sistema político a la vez que facilitaba el control del cuerpo social.[69] Argentina se transformó de esa forma en la pionera en exigir un documento obligatorio de identificación con finalidades disciplinarias. El Documento Nacional de Identidad proveyó la doble identificación – nacional e individual – que dejaba a sus portadores a merced de los controles estatales. En momentos en que importantes sectores obreros (los anarquistas) exigían que el Estado justifique su existencia, las burocracias consolidadas invirtieron la pregunta del "¿a quién beneficia?" para obligar a los individuos a justificar su existencia delante de ellas. Como en el dispositivo de la ciudad apestada, todos los individuos deberían exhibirse. Todos serían controlados y algunos serían excluidos (entre ellos, y como en la ciudad apestada, quienes no puedan mostrarse).

4. De las resistencias a identificarse al pedido de papeles

Este sistema obligatorio de identificación fue adoptado rápidamente por el resto de países latinoamericanos reputando larga fama al policía argentino, que publicó en 1929 su *Proyecto de ley de registro general de identificación*. La pretensión de Vucetich era crear un sistema identificatorio tan personal como las mismas huellas digitales, algo que permita individualizar para mejor gobernar la totalidad. Michel Foucault señaló que la individualización y la totalización son dos formas de una misma racionalidad política,[70] y efectivamente la racionalidad política del proyecto que encarnó Vucetich no se limitaba a informar sobre un grupo de individuos: todos debían estar identificados, para poder gobernar sobre la generalidad. Esto, aunque no era sino la unión del sistema para privilegiados de los papeles

69. Salessi, *Identificaciones científicas y resistencias políticas*.

70. Foucault, *Tecnologías del yo*.

con el sistema para perjudicados de las marcas en el cuerpo, no tenía necesariamente características totalitarias. De hecho Juan Vucetich llegó a afirmar años más tarde que el documento de identidad era el equivalente legal del individuo; su representación perfecta, la cifra matemática de su individualidad.

Y sin embargo no se me escapa cual ha sido el uso de tamaña información en el siglo XX, y de los métodos para obtenerla o reflejarla. En contra de las resistencias para ser identificados, Vucetich sostenía que ello en realidad supondría un beneficio. Ya no se trataba de satisfacer necesidades vitales a través de la "ciudadanía" o del "seguro", sino de proteger la individualidad. Algunos años después, el que fuera su discípulo, Luis Reyna Almandós, llegó a afirmar que el "documento" y la asignación de un número a cada persona era en realidad un derecho, pues ese número único e irrepetible facilitaría la existencia de los individuos, protegería su honor de confusiones con otros y garantizaría la verdadera identidad. Finalmente llegó a proponer que para mayor comodidad ese número fuera tatuado en el cuerpo de cada individuo.[71] Esto me remite no sólo a la advertencia de Agamben sino a la fecha en la que realizó tal propuesta: 1936.

Para entonces el régimen nazi en Alemania estaba obsesionado por esta tarea identificatoria, con connotaciones a la vez individuales y colectivas. El Estado nazi debía tener registro de cada individuo a la vez que el individuo debía ser fácilmente individualizable y clasificable. Esta obsesión "actuarial" y con una racionalidad plenamente moderna se plasmó en un proyecto de identificación generalizada que ya existía en otros Estados para identificar a los convictos y a otros sospechosos. Para cuando lo asume el nazismo el sistema de identificación ya se aplicaba en todos los Estados occidentales para identificar a los recién llegados a sus puertos. Ello se extendería por los nazis a otros sujetos, a imagen y semejanza de la de aquel "otro" sospechoso. En efecto, el sistema que se aplicó

71. Ruggiero, *Fingerprinting and the Argentine plan for universal identification in the Late Nineteenth and Early Twentieth Centuries*, p. 196.

fue el del control de extranjeros, pues los judíos, gitanos y otras minorías fueron considerados de ese modo aunque hubieran nacido en el mismo país. Lo primero que hicieron los nazis en 1933 fue censar a toda la población judía. Los "papeles" (documentos de identidad, pasaportes) serían fundamentales para poder sobrevivir bajo su régimen. Se mezclaban, así, para reprimir y controlar a estas poblaciones, métodos excluyentes y disciplinarios, reaccionarios y modernos. Lo reaccionario estaba dado por la necesidad de identificar a una población que podía pasar anónimamente en las nuevas ciudades, impidiendo sus desplazamientos; para ello se aplicaron las modernas técnicas de registro documental que utilizaban, entre otros datos, los fotográficos y dactilográficos.[72] A las viejas prácticas absolutistas de evitar la impostura mediante la exclusión de las marcas y ropas especiales y mediante el control disciplinario de las ciudades apestadas, se les unió la nueva tecnología identificatoria: el símbolo de esta unión sería el número tatuado en el brazo izquierdo de los detenidos en los campos (además de la estrella de David para los judíos, se utilizó el triángulo rojo para delincuentes políticos, rosa para homosexuales y marrón para gitanos[73]). El resto de la población, los "incluidos", también estaba controlada disciplinarmente mediante documentación probatoria de que, para algunos, pertenecer es un privilegio.

En Francia existió un proyecto de identificación universal en 1939, pero sería rechazado por el gobierno legítimo de entonces. La obligatoriedad de constar para el Estado como un número fue recién de 1941, cuando en el régimen de Vichy la práctica burocrática nazi convergió con los intentos propios (pues a la historia ya reseñada se le agregaba el interés de una compañía privada por hacerse con el negocio de realizar los documentos) dando lugar a la imposición del documento de identidad universal, algo que también impusieron los alemanes en

72. Torpey, *The invention of the passport*, p. 131.

73. Gustafson, *The tattoo in the Later Roman Empire and beyond*, p. 26.

los territorios ocupados de Polonia y Holanda.[74] Todos los franceses de más de 16 años tenían que tener una tarjeta con foto y huella digital que identificara si era nacional o extranjero; en ambos casos, constaría en rojo el estigma "judío" si fuera el caso. A pesar de este vergonzoso recuerdo el DNI permanecerá tras la victoria aliada en la II Guerra Mundial, aunque sin la obligatoriedad desde 1955 (el "por las dudas" hace que casi todos los franceses – acostumbrados a una maquinaria estatal vigilante – soliciten este documento; por otro lado, el número único de control sería también el considerado por la seguridad social en el naciente Estado de bienestar que imitaba el modelo del *New Deal* en Europa).

También en Inglaterra las amenazas de la II Guerra Mundial motivaron la creación de una identificación universal. La justificación de esta medida, ya deseada estatalmente, era la de detectar a los extranjeros sospechosos de espionaje. Sin embargo no hay antecedentes judiciales de que se hayan detectado, ni evitado, bombardeos, espionajes o sabotajes gracias a este método. Por el contrario, sí existen condenas por falsificaciones y también varios procesos que demostraron, posteriormente, el rechazo de una población cuidadosa de su intimidad y seguridad: para el año cincuenta un ciudadano judío fue acusado de no registrarse en todos esos años (éste argüía, razonablemente, que en caso de haberse completado la invasión nazi ese registro en papel de su nombre era su segura deportación a un campo de concentración); y una ciudadana se quejaba de las continuas molestias ocasionadas por un policía que la conocía perfectamente, pero le exigía la identificación. Finalmente, en 1952, un juez señaló la ilegalidad de la tarjeta identificatoria que convertía a los ciudadanos en sospechosos, y en 1953 se prohibió legalmente a la policía exigir la identificación al carecer de razonabilidad una medida implementada sólo para la duración de la guerra.[75]

74. Torpey, *The invention of the passport*, p. 142.

75. Agar, *Modern horrors*, pp. 110 y 111. Socialmente, además, se considera antipática por ir en contra de la "identidad británica": exigir identificaciones es para ellos una "prusificación". A pesar

La carta de identidad universal desapareció así de Inglaterra, aunque ahora su gobierno quiera reimplantarla. En Estados Unidos nunca llegó a implantarse a nivel disciplinario, pero persistiría la identificación de los excluidos. El FBI de Hoover fichó durante los años treinta a funcionarios y otros ciudadanos no presos, pero sus registros superaron incluso a los de Buenos Aires en 1940 cuando se ordenó fichar a todos los extranjeros. La guerra y los miedos al "traidor" justificaron esa medida, y la tentativa de extender el control dactilar a toda la población se llevó a cabo aprovechando la creación del número de seguridad social en el Estado de bienestar naciente. Pero los deseos de Hoover fueron rechazados en los mismos años cuarenta por el Congreso y por las críticas de las organizaciones de derechos civiles.[76]

Gracias a la poderosa oposición de sus habitantes, los países anglosajones continúan siendo la excepción dentro de un mundo en que casi todos somos un número para el Estado al que pertenecemos (y no nos pertenece). Ni estadounidenses ni británicos (ni australianos ni algunos nórdicos) portan, hasta ahora, documentos similares a nuestros DNI. Sus Estados, a pesar de contar con poderosas burocracias, no archivan tantas fotos y huellas dactilares como el argentino.[77]

Algo parece estar cambiando, no obstante, en aquel universo anglosajón que cuenta con unos ciudadanos tan celosamente protectores de su privacidad.

de todas estas oposiciones, actualmente existen tentativas serias de introducir el "odiado" carnet de identidad, motivadas tanto por la política antiterrorista cuanto por el ingreso a la Unión Europea. Probablemente cuando este artículo se publique el gobierno laborista ya habrá aprobado la ley que obliga a todos los británicos a portar esta identificación en un plazo de entre dos y diez años.

76. Cole, *Suspect identities*, p. 247 a 249.

77. Según una información del diario *La Nación* del 3 de febrero de 2002, la Argentina era el país con mayor cantidad de registros pues coleccionaba más de 600 millones de huellas, cuando el FBI sólo tenía 50 millones. Allí también se denunciaba la cantidad de dinero público que se prometía a las empresas (Siemens, Ciccone, Sagem) que lucrarían con la obtención de información y la expedición de distintos tipos de documentos. Este no es un tema menor pues tales empresas serán las beneficiarias más inmediatas de la aplicación de tecnologías que no veo en qué pueden mejorar la condición humana. Tampoco en relación a la seguridad pues los controles que aquí se mencionan, evidentemente, no impedirán actos terroristas por mayor tecnología que implementen. Tal cuestión excede los objetivos de este trabajo aunque vale recordar que quienes ejecutaron los atentados del 11 de septiembre tenían documentos y visas legales, además de carecer de antecedentes.

Hasta ahora la ausencia de documentación estatal había obligado a recurrir a otros carnets – de conducir, de estudiante, de seguridad social, etc. – o a recibos de pagos de servicios, para identificarse con fines laborales, deportivos y de todo tipo (para votar, es necesario inscribirse en un registro exhibiendo el recibo de pago de impuestos). Esa engorrosa cantidad de documentos, también habitual en otros sitios, es necesaria sólo si uno quiere hacer determinada actividad, y el solicitante sabe que únicamente puede ser solicitado el documento pertinente al salir del país, conducir, votar, entrar a la biblioteca, al gimnasio ó a dónde sea. El ciudadano "sabe" para qué se registra y, si desea, puede no hacerlo en ningún caso.

A pesar de ello, desde los años setenta Estados Unidos está aplicanado las últimas innovaciones tecnológicas para identificar eficazmente a todos los individuos, aunque lo está haciendo en forma silenciosa.[78] En 1993 se inauguró el sistema llamado INSPASS (*Inmigration and Naturalization Service Passenger Accelerated Service System*) en el aeropuerto J. F. Kennedy de Nueva York. Tras ello un control similar se ha impuesto en todas las fronteras. Este sistema utiliza una tecnología biométrica que permite identificar al viajero: principalmente por sus huellas digitales, aunque también se está imponiendo la menos eficaz – pero más espectacular y costosa – huella ocular.[79] Las informaciones relativas a cada persona se transcriben sobre una tarjeta magnética personal, expedida por los servicios de inmigración después de una entrevista. La biometría, nuevo documento y "tatuaje", se aúna con las posibilidades de la informática para dar un salto cuantitativo en la identificación de personas. Es esta "biometría" lo que Agamben criticaba como nuevo "tatuaje biopolítico" pues, aunque sólo es una tecnología aplicada al registro identificatorio, la misma puede cumplir las veces del tatuaje universal propugnado por los discípulos de Vucetich.

La biometría presenta una "ventaja" con respecto al carnet de identidad. Además del "negocio" de elaborar los DNI, su misma existencia ha servido

78. Cole, *Suspect identities*, p. 252 y ss.; Lyon, *Surveillance after September 11*, p. 63 y ss.

79. El iris del ojo se ha utilizado desde principios de los noventa en aeropuertos de Holanda y Canadá, Lyon, *Surveillance after September 11*, p. 71.

históricamente a los Estados autoritarios para vulnerar garantías y derechos humanos. Una táctica utilizada por los Estados europeos y latinoamericanos, aún en supuestos períodos democráticos, es la de la demanda policial por el documento obligatorio a quien simplemente circula por la calle. Ello facilita la discriminación, que también hacen por otros medios los funcionarios anglosajones, sobre los "sospechosos de siempre".

Gracias a la biometría el control policial (o cualquier otro) puede cotejar la seña biométrica directamente sobre el individuo, gracias a un pequeño aparato y su versión digital contenida en el microprocesador. Con los modernos sistemas informáticos, ahora es fácil identificar inmediatamente al propietario de esa señal. Ya no será necesario que nos controlen pidiéndonos unos papeles sino que bastaría con pedirnos colocar el dedo sobre un sensor conectado al sistema que contenga los datos de todos. El control de los aeropuertos estadounidenses tiene la finalidad de impedir el ingreso de algunos de los "sospechosos" previamente identificados, así como la de los que no existan en la base de datos.[80]

Además, esa técnica sirve para ir confeccionando una lista en la que constemos todos. Después del 11 de septiembre el Congreso estadounidense instó a la introducción del reconocimiento dactilar y fotográfico en las licencias de conducir y de inmigración, y tras ello enviar una copia con el fin declarado de crear una gran base de datos única de huellas de ciudadanos. Ello se une a la mencionada *Enhanced Border Security and Visa Reform Act,* que es la que ordena la expedición de visados biométricos para los 250 millones de extranjeros que entran cada año al país. No es de extrañar, entonces, que se plantee finalmente introducir un sofisticado sistema de carnets de identificación para todos los ciudadanos.[81] Esto facilitaría la formación de una base de datos que, de cualquier forma, ya puede formarse con toda la in-

80. No debe descartarse la importancia de los "falsos positivos". Si lograra crearse un método que tenga un 99 por ciento de efectividad (algo muy difícil hoy en día), miles de los millones de pasajeros aéreos serán confundidos con uno de los "parias" señalado en la base de datos por algún antecedente judicial o por lo que los servicios de inteligencia consideren "estigma" determinante.

81. Lyon, *Surveillance after September 11*, p. 72.

formación que vamos dejando en toda nuestra vida diaria. Las compañías comerciales ya lo realizan, ilegalmente, para vendernos productos o saber si somos solventes. Pero a pesar de aquellos que critican al mercado y solicitan más Estado (sin distinguir la actividad de éste), más preocupación debería causarnos saber que esa base de datos, en la que se incluye hasta el ADN, está siendo confeccionada por las burocracias de los Estados Unidos, quién sabe con qué fines.[82]

También en ello otros Estados le llevan la delantera. Wacquant denunció como Francia y Holanda aprovechan los ingentes datos sobre individuos acopiados por los Estados de bienestar que se desplazan ahora, al igual que los Estados Unidos, hacia el control penal: la etapa siguiente en el estrechamiento de la vigilancia informatizada de las poblaciones precarias consiste en conectar archivos sociales y archivos policiales y también los archivos fiscales. Ello se autorizó en Francia en 1998 con el número clave llamado "Número de Inscripción en el Repertorio Nacional de Identificación de las Personas Físicas" que, como recordaba Wacquant, era el que en la década del cuarenta identificaba con un código específico a los extranjeros, judíos o musulmanes.[83]

Pero en Europa (la "Europa Fortaleza" que se construye "felizmente" a partir del duro control a los extranjeros instituido desde el Convenio de Schengen de 1985[84]) lo peor que le puede pasar a un individuo es no estar identificado. Allí, y pronto en todo el mundo con el cambio que se está operando en el mundo anglosajón respecto del control de las poblaciones, se crea una vieja/nueva categoría de parias: los "sin papeles" o "indocumentados".

82. En Europa se han creado organismos independientes para proteger esos datos de carácter personal ante posibles utilizaciones ilegítimas por parte de empresas o del propio Estado, Calvo, *La protección de datos de carácter personal*, y Hassemer y Chirino, *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales.*

83. Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, pp. 125 a 131.

84. Y cuyas consecuencias sobre los extranjeros pobres deben alertar frente a la "vanidad" europea al hacer críticas a las políticas estadounidenses, como recordaba Christie, *La industria del control del delito*, p. 78.

El registro y la documentación de la identidad individual se han convertido en una auténtica necesidad dentro de sociedades que abandonan el reconocimiento del otro por la relación cara a cara. Por tanto, los discípulos de Vucetich podrían estar satisfechos: los condenados de la tierra, los carentes de derechos, exigen existir también en la base datos de quien puede tratarlo como a una "no persona" en caso contrario, aunque ello signifique la imposición de un "tatuaje" y la mera satisfacción de la mitad del sueño de Girardin (el control del Estado, pero no el seguro del individuo). De esta forma, el control "excluyente" es asumido a partir de una extraña "inclusión" que no pasa por el reconocimiento de una identidad individual, ni por la satisfacción de necesidades vitales.[85] Como en los Estados absolutistas o los regímenes totalitarios, tener una "etiqueta" facilita el control y la persecución. Pero lo peor que le puede pasar a un ser humano es no poder demostrar su "inclusión", aunque sea estigmatizada, mediante una identificación.

Asisten poderosas razones a los intelectuales que se resisten a estas nuevas identificaciones, pero quienes no tienen un "nombre"[86] también quieren salir en la foto. El triunfo de las medidas de control puede medirse por los gritos que demandan un número y un papel para poder trabajar, no ser expulsados y, en definitiva, que los dejen vivir. Esos gritos son sólo un ruido de fondo más en el "estruendo de la batalla" mencionado por Foucault en el último párrafo de *Vigilar y castigar*.

5. Bibliografía

AGAR, Jon. Modern horrors: British Identity and Identity Cards. En: CAPLAN, Jane y TORPEY, John (eds.), *Documenting individual identity*.

85. Señala, en general, la complejidad de la "exclusión" en las sociedades actuales y, concretamente, la imposición de "identidades" (nacionales, grupales, futbolísticas, etc.) al deteriorarse la solidaridad social, Young, *La sociedad excluyente*, p. 256.

86. El "nombre" es otra creación de la modernidad relativa a la identidad, Caplan, *This or that particular person*, p. 54. Sería interesante saber cómo y desde cuando respondemos inmediatamente con un nombre a la pregunta sobre quién somos (además, siempre el mismo y el que corresponde al registro oficial). Pero esa es otra historia.

The development of State practices in the modern world. Princeton: Princeton University Press, 2001.

ÁLVAREZ URÍA, Fernando. *Miserables y locos.* Medicina mental y Orden social en la España del siglo XIX. Barcelona: Tusquets, 1983.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo.* Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998 (trad. de la edición en alemán de 1986, Jorge Navarro, Daniel Jimenez y Ma. Rosa Borras).

CALVO ROJAS, Eduardo. La protección de datos de carácter personal. *Jueces para la Democracia.* Madrid, n. 48, de noviembre de 2003.

CANGUILHEM, Georges. *Lo normal y lo patológico.* México: Siglo XXI, 1984 (trad. de la edición en francés de 1966, Ricardo Potschart).

CAPLAN, Jane. National Tatoing: Traditions of tattooing in Nineteenth-Century Europe. En CAPLAN, Jane (ed.). *Written on the Body. The Tatto in European and American History.* London: Reaktion Books, 2000.

_____. This or that particular person. Protocols of Identification in Nineteenth-Century Europe. En CAPLAN, Jane y TORPEY, John (eds.), *Documenting individual identity.* The development of State practices in the modern world. Princeton: Princeton University Press, 2001.

CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito ¿La nueva forma del holocausto?.* Buenos Aires: del Puerto. 1993 (trad. de la edición en inglés de 1993, Sara Costa).

COLE, Simon A. *Suspect identities.* A history of fingerprinting and criminal identification. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

CORTÉS ROCCA, Paola. Iconografía de la violencia: imágenes de la guerra, imágenes del desvío. En la siguiente dirección telemática: www.bbk.ac.uk/ibamuseum/texts.

ELDEN, Stuart. Plague, panopticon, police. *Surveillance & Society.* v. 1, n. 3, 2003.

EMSLEY, Clive. The history of crime and crime control institutions. En

MAGUIRE, Mike, MORGAN, Rod y REINER, Robert (eds). *The Oxford handbook of criminology*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.

ERICSON, Richard y Haggerty, Kevin. *Policing the risk society*. Toronto: Toronto University Press, 1997.

FEELEY, Malcolm y Simon, Jonathan. Actuarial Justice: The emerging new criminal law. En: NELKEN, David (ed.), *The futures of criminology*. London: Sage, 1994.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI, 1994 (trad. de la edición en francés de 1975, Aurelio Garzón del Camino).

_____. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1995 (trad. de la edición en portugués de 1978, Enrique Lynch).

_____. La gobermentabilidad. AA.VV. *Espacios de poder*. Madrid: La Piqueta, 1981 (trad. del francés de Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría).

_____. *Omnes et singulatium*: hacia una crítica de la razón política. en FOUCAULT, Michel, *La vida de los hombres infames*. La Plata: Altamira, 1996 (trad. del francés de Julia Varela y Fernando Alvarez Uría).

_____. Tecnologías del yo. *Tecnologías del yo y otros textos afines*. Barcelona: Paidós, 1991.

GARLAND, David. *The culture of control*. Crime and social order in contemporary society. Oxford: Oxford University Press, 2001.

GIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza, 1994 (trad. de la edición en inglés de 1992 A. Lizón Ramón).

GROEBNER, Valentin. Describing the person, reading the signs in Late Medieval and Renaissance Europe: Identity Papers, Vested Figures, and the Limits of Identification, 1400-1600. CAPLAN, Jane y TORPEY, John (eds.), *Documenting individual identity*. The development of State practices in the modern world. Princeton: Princeton University Press, 2001.

GUSTAFSON, Mark. The tattoo in the Later Roman Empire and beyond. En CAPLAN, Jane (ed.). *Written on the body.* The tatto in European and American history. London: Reaktion Books, 2000.

HASSEMER, Winfried y CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales.* Buenos Aires: del Puerto, 1997 (trad. de arts. de Hassemer en alemán de 1995, Alfredo Chirino Sánchez).

HOBSBAWM, Eric. *La era de la revolución, 1789-1848*, Crítica. Buenos Aires: Grijalbo y Mondadori, 1998 (trad. de la edición en inglés de 1962, F. Ximénez de Sandoval).

JONES, C. P. *Stigma and tatoo.* En: CAPLAN, Jane (ed.). *Written on the Body.* The tatto in European and American history. London: Reaktion Books, 2000.

KALUSZYNSKI, Martine. Republican identity: Bertillonage as Government technique. En CAPLAN, Jane y TORPEY, John (eds.). *Documenting individual identity.* The development of State practices in the modern world. Princeton: Princeton University Press, 2001.

LYON, David. *Surveillance after September 11.* Cambridge: Polity Press, 2003.

MAIER, Julio. *Derecho procesal penal.* Buenos Aires: del Puerto, 1996, 2. ed., t. I, Fundamentos.

_____. Nacimiento y desarrollo de la policía institucional. *Nueva Doctrina Penal.* Buenos Aires: del Puerto, n. 1996/A.

MARÍ, Enrique. *La problemática del castigo.* El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault. Buenos Aires: Hachette, 1983.

MARTEAU, Juan Félix. *Las palabras del orden.* Proyecto republicano y cuestión criminal en Argentina (Buenos Aires: 1880-1930). Buenos Aires: del Puerto, 2003.

MARTÍN, Adrián Norberto. Lo policial como necesidad (o una pregunta sobre las construcciones a nivel del imaginario social que subyacen a las prácticas

policiales de vigilancia-detención). En la siguiente dirección telemática: www.derechopenalonline.com/criminologia/lopolicial

MATTELART, Armand. *La invención de la comunicación.* México: Siglo XXI, 1995 (trad. de la edición en francés de 1994, Gilles Multigner).

NOIRIEL, Gerard. The identification of the citizen: The birth of republican civil status in France. En CAPLAN, Jane y TORPEY, John (eds.). *Documenting individual identity.* The development of state practices in the modern world. Princeton: Princeton University Press, 2001 (trad. del original en francés de 1993, Jane Caplan).

OTTIN, M. J. *Frenología, por el Dr. Gall. Fisiognomía, por el Dr. Lavater.* México: Casa de Horus, 1992.

PICCA, Georges. *La criminología.* México: Fondo de Cultura Económica, 1987 (trad. de la edición en francés de 1983, Esther Herrera).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario.* 21. ed. Madrid: Espasa Calpe, 2001.

RECASENS I BRUNET, Amadeu. Aquellas aguas trajeron estos lodos: la burguesía y los orígenes del aparato policial en Bergalli. Roberto y Enrique MARÍ (comps.). *Historia ideológica del control social (Argentina-España, siglos XIX y XX),* Barcelona: PPU, 1989.

ROGERS, Geraldine. Galería de retratos para el Estado: Identidades y escritura en "casos" argentinos de fines del siglo XIX (1887-1897), en la siguiente dirección telemática: www.bbk.ac.uk/ibamuseum/texts.

RUGGIERO, Kristin. Fingerprinting and the Argentine plan for universal identification in the Late Nineteenth and Early Twentieth Centuries. En CAPLAN, Jane y TORPEY, John (eds.). *Documenting individual identity.* The development of state practices in the Modern World. Princeton: Princeton University Press, 2001.

SALESSI, Jorge. Identificaciones científicas y resistencias políticas. En LUDMER, Josefina (comp.). *Las culturas de fin de siglo en América Latina.* Buenos Aires: Beatriz Viterbo Editora, 1994.

SOZZO, Máximo. ¿Hacia la Superación de la Táctica de la Sospecha? Notas sobre Prevención del Delito e Institución Policial. En FRUHLING, Hugo (ed.). *Control democrático en el mantenimiento de la seguridad interior.* Santiago de Chile: CED, 1998.

TOMBS, Robert. Crime and security of the State: The dangerous classes and insurrection in Nineteenth-Century Paris. En GATRELL, V. A. C., LENMANN, Bruce, y PARKER, Geofrrey. *Crime and the Law.* The social history of crime in Western Europe since 1500. London: Europa Publication Limited, 1980.

TORPEY, John. *The invention of the passport.* Surveillance, citizenship and the State. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

WACQUANT, Loïc. *Las cárceles de la miseria.* Buenos Aires: Manantial, 2000 (trad. de la edición en francés de 1999, Horacio Pons).

YOUNG, Jock. *La sociedad excluyente.* Madrid: Marcial Pons, 2003 (trad. de la edición en inglés de 1999, Roberto Bergalli y Ramiro Sagarduy).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Girardin:* abolicionismo entre el Segundo Imperio y la Tercera República francesa. En LASCANO, Carlos Julio (dir. y ed.). *Nuevas formulaciones en las ciencias penales.* Homenaje a Claus Roxin. Córdoba: La lectura/Lerner, 2001.

Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva. 10 Teses*

Ulfrid Neumann
Johann Wolfgang Goethe Universität. Frankfurt am Main.

Resumo: O artigo se ocupa com a crítica da teoria da prevenção geral positiva a partir da diferenciação entre dois modelos, o social-tecnológico e o comunicativo. O primeiro trabalha numa perspectiva sociológico-jurídica externa e exclui os envolvidos do discurso sobre a função da pena e sobre as regras de imputação. A ele se contrapõe o modelo comunicativo, que pretende a estabilização normativa a partir de penas justas e permite a fundamentação de garantias do estado de direito.

Abstract: The article deals with the criticism of the positive general prevention theory starting from the differentiation between two models, the socio-technological and the communicative. The first one works in an external socio-juridical perspective and excludes those involved in the speech about the function of the punishment and about the imputation rules. The communicative model, whose intention is the normative stability starting from fair penalties and permits the recital guarantees of the state of law, opposes the previous one.

Palavras-chave: Teoria da pena – Prevenção – Prevenção geral positiva – Responsabilização penal.

Key words: Theory of the penalty – Prevention – Positive general prevention – Criminal responsibility.

* Traduzido do original *Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention.* – 10 Thesen – por Antonio Martins. O tradutor expressa profundo agradecimento à ajuda e às inúmeras críticas e sugestões de Carlos Abbenseth e do Prof. Dr. Juarez Tavares.

Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva. 10 Teses

1. As diversas teorias sobre a finalidade e a função da pena estatal reunidas sob o conceito de prevenção geral positiva deixam-se diferenciar por uma série de critérios. Para a crítica normativa, de que aqui unicamente se trata,[1] levanta-se a questão relativa a até que ponto nelas predomina o elemento técnico-social ou o comunicativo. Isto depende de se a função de prevenção geral do direito penal se executa como que pelas costas dos cidadãos, de modo que sua reação ao delito e à pena seja vista como parte de um contexto sociológico funcional, ou se esta função de prevenção geral é mediada pelo reconhecimento da necessidade e da adequação da reação jurídico-penal.[2] Um exemplo de uma teoria social-tecnológica é o modelo da prevenção geral positiva de Günther Jakobs. Embora este modelo coloque em primeiro plano a compreensão social sobre as normas,[3] ele é orientado social-tecnológica, não comunicativamente (no sentido de um apelo ao reconhecimento dos participantes).

2. A interpretação social-tecnológica de um modelo jurídico-penal, que relaciona a atuação do direito penal à compreensão social sobre normas, exclui os envolvidos (o autor, bem como outros cidadãos) do discurso sobre sua função. Não deve chegar ao conhecimento dos membros da sociedade que a pena serve

1. Sobre a crítica da recepção empírica da teoria da prevenção geral positiva, cf. as contribuições de M. Baurmann e K.F. Schumann neste volume, p. 1 ss. e 17 ss. [O autor refere-se aos artigos *Vorüberlegung zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention*, de Michael Baurmann, e *Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiver Generalprävention*, de Karl F. Schumann, presentes na seguinte coletânea, de onde o texto que ora se traduz foi retirado: Bernd Schünemann; Andrew von Hirsch e Nils Jareborg (org.). *Positive Generalprävention*: kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog; Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg: C.F. Müller, 1998. (N.T.)].

2. Cf. a respeito Ernst Amadeus Wolff. Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 97, 1985, p. 800 ss. A distinção se relaciona com a diferenciação proposta por Baumann entre a prevenção de integração, que conta com a influência sobre as disposições de conduta dos cidadãos, de um lado, e a prevenção geral positiva, que visa à formação de convicção, de outro. Paralelismos resultam também da correspondente diferenciação proposta por Winfried Hassemer. Einige Bemerkungen über 'positive Generalprävention'. *Festschrift für Kazimierz Buchala*. Krakau, 1994, p. 133 ss., embora aqui a convicção do cidadão seja mencionada como "correia de transmissão" entre a pena e a conduta (p. 147). Também Hassemer disso distingue uma prevenção geral positiva, que "conta efetivamente com o reconhecimento e o consenso" (p. 149). Sobre os pressupostos desta prevenção geral positiva em sentido estrito, cf. infra (p. 8-11).

3. Cf., por fim, Günther Jakobs. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 107, 1995, p. 843 ss.

prioritariamente não para possibilitar o aumento de sua segurança, mas para a estabilização contra-fática de sua confiança na norma.[4] A função do direito penal neste modelo é garantida apenas enquanto não é descoberta pelos membros da sociedade: na medida em que se compreende como função da pena a estabilização da confiança na norma, trata-se de uma função latente, que não pode ser reestruturada numa função manifesta sem o perigo da autodestruição.[5]

4. "Correspondente à localização da violação da norma e da pena no nível do significado, não da conseqüência externa da conduta, a tarefa da pena não deve ser vista em evitar a lesão ao bem jurídico. Sua tarefa é, isto sim, a confirmação da vigência normativa, na qual a vigência deve ser equiparada ao reconhecimento" (Günther Jakobs. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2. ed. Berlin/New York, 1991, p. 9 s.). É bem verdade que pertence também aos efeitos, que podem ser resumidos como "exercício do reconhecimento normativo", o "exercício da fidelidade à norma" (Jakobs, ibidem, p. 13 s.); evitar delitos através da impressão causada pela pena aos envolvidos ou a terceiros é, porém, expressamente excluído do âmbito de suas tarefas (p. 14). A contenção de delitos pertence à função da pena apenas na medida em que "é indispensável como um mínimo de fundamentação cognitiva das normas para a estabilização de sua vigência" (p. 14). A estabilização do reconhecimento da norma não serve, assim, à proteção de bens jurídicos, mas sim a proteção de bens jurídicos (contenção de delitos a uma dimensão que não ponha em perigo a estabilidade das normas) serve à estabilização do reconhecimento da norma (cf. a respeito Alessandro Baratta. Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts. *Festschrift für Arthur Kaufmann*. Heidelberg, 1993, p. 412). Em face disso, interpreta Lüderssen a posição de Jakobs no sentido de uma integração da idéia de proteção de bens no efeito de um "exercício da fidelidade à norma" (cf. Klaus Lüderssen. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 107, 1995, p. 882 ss.)

5. Pormenorizadamente, Ulfrid Neumann/Ulrich Schroth, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, 1980, p. 122 ss. No mesmo sentido também Michael Bock. Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 103, 1991, p. 652 ss.; Helmut Frister. *Die Struktur des "voluntativen Schuldelements"*. Berlin, 1993, p. 81. A conseqüência disso não pode ser, naturalmente, tomar as análises correspondentes como um conhecimento secreto (corretamente, Günther Jakobs. *Das Schuldprinzip*. Opladen, 1993, p. 30, nota 41). E isto porque, abstraindo inteiramente do duvidoso caráter moral de uma tal conseqüência: a objeção tem em mira não as conseqüências empíricas da propagação do afirmado efeito funcional da pena, mas o *status* da teoria funcional da pena: uma teoria da pena, cuja aceitação geral destruiria os pressupostos da função assumida, não serve como teoria *normativa* da pena. Sua validade como teoria científico-social, naturalmente, não é por isso posta em dúvida. Uma outra pergunta é se é realmente correta a objeção quanto à latência necessária da função da pena assumida por Jakobs. Certamente a tese de que "as pressões do sistema social seriam estranhas às pessoas e não se deixariam compreender como necessárias" praticamente não se sustenta nesta fórmula geral (Günther Jakobs. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken, ob. cit., p. 867). O modelo de estabilização da confiança na norma através da pena pressupõe, no entanto, mecanismos psicológico-individuais, que não são estáveis à reflexão: se o indivíduo entender que, no que se refere à pena, não se trata da proteção contra futuros delitos, então a base cognitiva de sua "confiança na norma" estará destruída.

3. Não apenas a função da pena, mas também as regras, com base nas quais se decidirá no caso concreto sobre a responsabilidade subjetiva do autor, são, em um modelo de prevenção geral positiva interpretado social-tecnologicamente, subtraídas da discussão com os cidadãos. Em especial, pode-se percebê-lo no exemplo da imputabilidade. Aqui se propõe, sobre a base de uma teoria social-tecnológica da prevenção geral positiva, direcionar expressamente a regra legal da inimputabilidade ao fato de que, por conta de uma deficiência, "não é adequada uma elucidação da responsabilidade social do autor".[6] Em sentido semelhante já formulara Lundstedt que a afirmação ou não da imputabilidade depende de "se o estado psíquico no decorrer da ação era de tal ordem que a generalidade das pessoas, se houvesse tido pleno conhecimento da situação fática, não teria reagido com indignação moral."[7] Tais regras não são capazes de discurso e não podem, por conseguinte, ser fundamentadas frente a cada um dos membros da sociedade. De resto falham por si mesmas em sua função social-tecnológica: regras jurídico-penais que não são legitimáveis da perspectiva dos membros da sociedade contribuem não para a estabilização, mas para a desestabilização da confiança na ordem jurídica.[8]

4. A teoria funcional da prevenção geral positiva não pode por isso fundamentar nem a instituição da pena estatal nem as regras da imputação jurídico-penal (por exemplo, a imputabilidade), porque ela determina a função da pena de um ponto de vista (sociológico-jurídico) externo.[9] Justificações de instituições só

6. Franz Streng. Richter und Sachverständiger. Zum Zusammenwirken von Strafrecht und Psychowissenschaften bei der Bestimmung der Schuldfähigkeit (§§ 20,21 StGB). *Festschrift für Heinz Leferenz*. Heidelberg, 1983, p. 409. Cf. a respeito já a crítica em Ulfrid Neumann. Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 99, 1987, p. 593 com a réplica de Franz Streng. Schuld oder Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 101, 1989, p. 302.

7. Anders Vilhelm Lundstedt. *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*. Bd. II/1, Berlin, 1936, p. 131.

8. Mais detalhadamente, Ulfrid Neumann. Neue Entwicklungen, ob. cit., p. 593; cf. também Helmut Frister, *Die Struktur des "voluntativen Schuldelements"*, ob. cit., p. 80 ss.

9. O efeito de esclarecimento do modelo funcional também não é contestado por autores, que a ele negam a aptidão para a fundamentação normativa da pena, do direito penal e da dogmática

são possíveis dentro da moldura da perspectiva interna da sociedade.[10] A censura levantada contra a teoria funcional da prevenção geral positiva, no que se refere à instrumentalização do indivíduo,[11] resulta, na medida em que é justificada, do déficit de fundamentação que é necessariamente ligado à perspectiva externa. O decisivo não é, portanto, que a punição do agente deva alcançar determinados objetivos, que se situam fora da própria definição de seus fins. A justificação da pena é – quando muito – não apenas intrinsecamente possível, mas também conseqüencialisticamente, na medida em que pode ser justificada argumentativamente em face dos envolvidos.[12] Uma tal justificação, no entanto, não é possível a partir da perspectiva externa do modelo jurídico-penal funcional.

5. Para uma teoria funcional da prevenção geral positiva, concentra-se o problema da legitimação da pena estatal sobre a questão relativa a se ela serve à estabilização de uma ordem "digna de ser conservada".[13] O problema da justificação da pena e do direito penal se coloca, com isso, muito tarde e de modo muito geral. Não há sociedade que seja digna de proteção em relação a todo o seu conjunto de normas garantidas através do direito penal;[14] raras serão as sociedades

penal. Cf. Hans Joachim Hirsch. Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 106, 1994, p. 753.

10. Sobre a objeção ao conceito funcional de culpabilidade, "de que a partir da perspectiva do observador, o conteúdo de sentido da perspectiva interna não se deixa reconstruir adequadamente", cf. Urs Kindhäuser. Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe. *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1989, p. 493 ss.

11. Cf. Claus Roxin. Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, n. 104, 1988, p. 367 (a respeito, Günther Jakobs. Über von Wollensfehlern und Wissensfehlern *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 101, 1989, p. 535 ss.); Santiago Mir Puig. Die begründende und die begrenzende Funktion der positiven Generalprävention. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 102, 1990, p. 924, 926.

12. Cf. infra (10.).

13. Günther Jakobs. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, ob. cit., p. 15 s.

14. O problema daqui resultante, nomeadamente qual o ponto de vista de que deve ser julgada a relevância da proteção de normas, coloca-se com a orientação a uma ordem "digna de ser conservada". A tese segundo a qual nenhuma sociedade é digna de proteção na integralidade de seu conjunto de normas significa: em nenhuma sociedade (em todo caso, em nenhuma sociedade estruturada pluralisticamente) é possível produzir consenso sobre a relevância penal de todas as ações criminalizadas.

que não são dignas de proteção em relação a qualquer de suas normas. Também na medida em que é reconhecida a relevância da proteção de uma ordem social ou de parte de tal ordem, resulta da possibilidade de graduação da função de estabilização da pena a necessidade de ponderar os interesses de liberdade do agente com os interesses sociais de estabilização. Na medida em que a teoria funcional da prevenção geral positiva liga a legitimidade do direito penal tão-somente à pressuposição de que a ordem a ser estabilizada é, em sua integralidade, digna de conservação, ela veta – aquém do limiar da legitimidade desta ordem – a existência de dúvidas quanto à legitimidade de normas jurídico-penais funcionalmente úteis.

6. No curso da interpretação funcional de princípios jurídico-penais de imputação, ficam diluídas limitações normativas, com as quais, por meio do entendimento social, devem ser assegurados direitos e interesses dos acusados.[15] Isso vale em especial para o princípio da culpabilidade, cuja coordenação com interesses sociais de estabilização tem sua função protetiva ameaçada.[16]

É de se levar a sério o argumento contrário, no sentido de que conceitos jurídico-penais compreendidos sem atenção aos seus fins retirariam a finalidade do direito penal e, com isso, suprimiriam sua legitimação.[17] Mas trata-se aqui não de um "ou um ou outro", senão de um "mais ou menos". A estabilização normativa é graduável; sua lesão através da consideração de princípios "disfuncionais", por isso, não é equivalente à sua destruição. Enquanto o objetivo da estabilização normativa não é perseguido por meio da consideração de princípios jurídico-penais fundamentados ético-juridicamente,[18] senão subsiste uma relação de colisão com tais princípios, faz-se necessária uma ponderação. O receio de que um princípio de ponderação, obtido de conceitos jurídico-penais que não levam em consideração suas finalidades, e na medida em que tenha um significado por si mesmo,

15. A respeito, Michael Bock. Ideen und Schimären im Strafrecht, ob. cit., p. 647.

16. De modo exemplar, a crítica de Günther Stratenwerth. *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*. Karlsruhe, 1977, p. 25.

17. Günther Jakobs. Über die Behandlung von Wollensfehlern und Wissensfehlern, ob. cit., p. 536.

18. V. infra (8.).

iria "contrapor-se ao princípio da pena orientada a fins até não mais se poder reconhecê-lo",[19] mostra-se infundado.

7. A alternativa a um modelo social-tecnológico de prevenção geral positiva, como representa a teoria funcional, é um modelo comunicativo, que conta com a estabilização normativa através de penas justas.[20] Distintamente da teoria funcional da pena,[21] pressupõe-se aqui que a pena pode ser justificada em face dos envolvidos (autor), bem como de terceiros. Esse modelo traz consigo, no que se refere a seus pressupostos sociais-psicológicos, uma grande medida de plausibilidade: a assunção de que o sistema normativo social somente pode ser estabilizado em sua integralidade através de sanções que pareçam justas – enquanto a validade social de uma norma isolada pode ser garantida também através de penas excessivas[22] – é de todo modo convincente, quando se relaciona a estabilidade da norma também ao seu reconhecimento junto aos cidadãos. Se esse modelo pretende produzir uma legitimação da pena estatal, não pode ficar inerte às representações de justiça da sociedade, porquanto a pergunta pela legitimidade da pena estatal põe à disposição as representações sociais sobre a pena justa empiricamente obtidas. A fundamentação precisa, portanto, fixar suas bases mais profundamente do que em relação às efetivas representações sobre a pena justa.[23] Também para essa variedade da prevenção geral positiva propõe-se a pergunta sobre se a pena pode ser fun-

19. Günther Jakobs. Über die Behandlung von Wollensfehlern und Wissensfehlern, ob. cit., p. 536.

20. Neste sentido – com diferenças individualmente – Karl-Ludwig Kunz. Prävention und gerechte Zurechnung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 98, 1986, p. 832; Heinz Müller-Dietz. Integrationsprävention und Strafrecht. *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Bd. II, Berlin, 1985, p. 813; Ulfrid Neumann. Neue Entwicklungen, ob. cit., p. 586 ss.; Claus Roxin. Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht. *Festschrift für Paul Bockelmann*. München, 1979, p. 304 ss. Recentemente Michael Bock. Ideen und Schimären im Strafrecht, ob. cit., p. 652 ss.

21. Sobre o déficit correspondente aos modelos funcionais cf. Michael Bock. Ideen und Schimären im Strafrecht, ob. cit., p. 651; Ulfrid Neumann. Neue Entwicklungen, ob. cit., p. 593 ss.

22. Pormenorizadamente, Ulfrid Neumann. *Zurechnung und "Vorverschulden"*. Berlin, 1985, p. 270 ss.

23. Em sentido semelhante, Tatjana Hörnle/Andrew v. Hirsch. Positive Generalprävention und Tadel. *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1995, p. 272, com referência a Habermas.

damentada – se o for – "intrinsecamente", ou apenas de modo conseqüencialístico, em atenção a um efeito social positivo.

8. Enquanto se trata da legitimação do elemento de reprovação que existe na pena, é possível uma legitimação intrínseca. Isto demonstraram convincentemente v. Hirsch e Hörnle.[24] Reprovar alguém não significa nada além de tornálo responsável por uma conduta valorada negativamente. A renúncia a essa imputação de responsabilidade teria por conseqüência uma práxis social que trataria os indivíduos como uma fonte imprevisível de perigo. Um tal modelo alternativo de um "controle de animais predadores"[25] é de tal forma indesejável, que sua mera cogitação já serve como legitimação suficiente de uma outra práxis, a insistir por princípio na idéia de responsabilidade pelo próprio comportamento. O que é problemático é se o ato de tornar-responsável deve ocorrer na forma da imposição de um mal (que vai além do elemento da reprovação).

9. No que diz respeito à imposição de um mal (*hard treatment*), não é possível uma fundamentação intrínseca da pena, quer dizer, uma legitimação sem consideração de seus efeitos no espaço social. Uma justificação intrínseca do *hard treatment* pode produzir apenas uma teoria que localiza o sentido da pena na esfera da transcendência, portanto uma teoria religiosa ou metafísica da pena. Como, no estado secular, a justificação da pena só pode ser procurada *neste* mundo, descarta-se uma fundamentação intrínseca do mal gerado por sua imposição. Isto não significa, entretanto, que a pena como causação de um mal somente poderia ser explicada no que se refere à sua função social, mas não justificada frente ao autor. Decisivo é se frente a ele se pode *fundamentar* que sua ação torna *necessária* a imposição de um mal. Parece-me que deva ser assim, porque se trata, aqui, do dano à validade da norma causado pelo fato.[26] A pena se apresenta como uma

24. Como na nota 23.

25. Assim explicitamente Tatjana Hörnle/Andrew v. Hirsch. Positive Generalprävention und Tadel, ob. cit., p. 275.

26. Sobre a idéia do dano intelectual do delito e suas origens históricas, Heinz Müller-Dietz. Integrationsprävention und Strafrecht, ob. cit., p. 813 ss.

compensação do dano a ser feita à sociedade.[27] Não se poderia admitir a objeção, por parte do autor, de que do fato isolado não se origina um dano mensurável à validade da norma. E isto porque, ainda que um dano relevante à validade da norma seja causado apenas pela soma de uma série de crimes (ou seria causado, sem a reação jurídico-penal), então – independentemente do que diz respeito à responsabilidade quanto aos efeitos desse conjunto[28] – sancionar o fato isolado sem consideração ao dano à validade da norma verificável individualmente é um dever baseado na igualdade de tratamento dos cidadãos e, com isso, na justiça.[29]

10. Diferentemente de um modelo estabelecido social-tecnologicamente, um modelo da prevenção geral positiva orientado comunicativamente produz uma fundamentação essencial de garantias do estado de direito (proibição de penas excessivas; garantia de direitos processuais; concessão de garantias constitucionais).[30] A punição só será justificada frente ao autor quando puder ser aceita como sanção adequada e como resultado de um processo justo. Desnecessário acentuar que os *standards* de adequação da pena, como também de correção do processo, estão sujeitos a transformações históricas. Neste aspecto, a teoria da prevenção geral positiva produz não mais – contudo também não menos – do que uma integração de cada um dos *standards* jurídico-penais reconhecidos em uma teoria geral da pena.

27. Se se destacar aqui, ao invés do dano à validade da norma, potenciais tendências para imitação e a necessidade de neutralizá-las, resulta então – para o que Wolfgang Frisch chamou atenção durante a discussão – o problema referente à possibilidade de se fazer o autor responsável pelas tendências dos outros à imitação. Pelo contrário, encontra-se o dano à norma, entendido como lesão à confiança na norma, na esfera de competência do autor, já que aqui se trata de um processo cognitivo, não da disposição para determinadas ações sujeitas fundamentalmente ao princípio da auto-responsabilidade.

28. A respeito, de modo exemplar, Lothar Kuhlen. *Umweltstrafrecht in Deutschland und Österreich.* Wien/München, 1994, p. 32 ss.

29. Isto corresponde à diferenciação entre a legitimação da instituição da pena, por um lado, e a justificação das diversas sanções penais, por outro, em Hart e Rawls. Cf. H.L.A. Hart. Prolegomenon to the Principles of Punishment. *Proceedings of the Aristotelian Society*, n. 60, p. 1 ss.; John Rawls. Two Concept of Rules. *Philosophy Review*, n. 64, 1955, p. 3 ss.

30. A respeito, especialmente Winfried Hassemer. Einige Bemerkungen über 'positive Generalprävention', ob. cit., p. 147 ss.

Apontamentos para uma história das práticas de tortura no Brasil

Fernando Salla
Sociólogo, Pesquisador Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

Marcos César Alvarez
Professor de Sociologia da FFLCH-USP, Pesquisador Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

Sumário: 1. Introdução – 2. Tortura e maus tratos: as raízes profundas – 3. O Tenente Galinha – 4. O 'rato' e Meneghetti – 5. Maria Zélia – 6. Depois do Estado Novo – 7. O golpe de 1964 – 8. Considerações finais – 9. Bibliografia e referências.

Resumo: O artigo procura colaborar com o debate atual sobre a persistência da prática da tortura por agentes do Estado no Brasil e sobre a necessidade de aperfeiçoamento dos mecanismos legais e institucionais para o combate a tal prática. Apresenta alguns casos de arbitrariedades policiais e de tortura em diferentes momentos da história republicana brasileira de modo a contribuir para uma reflexão mais aprofundada sobre a reprodução de tais práticas no país tanto em regimes autoritários quanto em regimes democráticos.

Abstract: This article aims to cooperate with the current debate about the persistence of the torture practices by public agents in Brazil and about the necessity of legal and institutional mechanism improvement for the combat against those practices. It presents some police arbitrarinesses and torture cases in different moments of the republican Brazilian history in order to contribute to a deeper reflection about the reproduction of those practices in the country both in authoritarian and in democratic regimes.

Palavras-chave: Tortura – Polícia – Violência ilegal – Prisões – Políticas públicas – Maus tratos.

Keywords: Torture – Police – Illegal violence – Prisons – Public policies – Mistreatments.

"A investigação histórica do passado é apenas a sombra da interrogação histórica sobre o presente" – GIORGIO AGAMBEN.[1]

1. Introdução

Depois de viver mergulhado por duas décadas num regime autoritário que violava brutalmente os mais elementares direitos do cidadão, o Brasil no final dos anos 1980 recuperou lentamente sua normalidade democrática, especialmente com a entrada em vigor de uma nova Carta Constitucional, em 1988. Da mesma forma, o país buscou atualizar a defasagem em relação à aceitação dos instrumentos internacionais voltados à proteção e promoção aos Direitos Humanos. Basta lembrar que o Brasil reconheceu a validade desses instrumentos ao ratificar, entre outros, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20.07.1989; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28.09.1989; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,

1. *Folha de S. Paulo,* 18.09.2005, Caderno Mais!, p. 4.

em 24.01.1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24.01.1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25.09.1992; o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13.08.1996. O Brasil reconheceu ainda a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 03.12.1998.

O esforço no sentido de sintonizar a estrutura legislativa e institucional do país a essa engenharia de proteção e promoção aos Direitos Humanos continuou, no entanto, apresentando entraves consideráveis. A barbárie da tortura voltada para os opositores políticos ao regime autoritário foi estancada mas, mesmo com a vigência do estado democrático, a tortura a criminosos comuns ainda não foi interrompida. A despeito da entrada em vigor da Lei 9.455/97, que tipificava o crime de tortura, esta continua a ser uma prática incessantemente denunciada mas nem de longe contida.

Foi adotado pela Assembléia Geral da ONU, em 18.12.2002, o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, um novo instrumento internacional que prevê a criação de mecanismos nacionais e internacionais de visitas aos locais de detenção com o intuito de prevenir a ocorrência de tortura. Em 13.10.2003, o Brasil assinou mas ainda não ratificou esse Protocolo Facultativo. Os pessimistas diriam que esse é mais um instrumento internacional fadado a uma existência moribunda no ordenamento jurídico contemporâneo, interna e externamente. Os otimistas olham para essa iniciativa como mais um recurso na luta incansável contra a praga da tortura.

De qualquer modo, esse debate atual, em que o país se vê chamado a ratificar o Protocolo e alinhar suas forças no combate internacional à tortura, pode estimular igualmente uma reflexão mais aprofundada, do ponto de vista da sociologia e da história, a respeito das condições histórico-sociais da permanência das práticas de tortura no país, ainda tão intensamente presentes no cotidiano das operações policiais, das delegacias, das prisões e das instituições de internação de adolescentes no país. Esse artigo procura justamente colaborar com essa reflexão. Tendo por base informações preliminares levantadas no projeto de pesquisa Construção das Políticas de Segurança Pública e o Sentido da Punição em São

Paulo (1822-2000),[2] a presente reflexão resgata alguns episódios de nossa história que sugerem uma linha de continuidade na prática da tortura por parte dos agentes do Estado, sobretudo contra os indivíduos pertencentes às camadas pobres da população. A ausência de estudos específicos sobre a ocorrência de tortura e maus tratos a presos comuns no Brasil e a diversidade das fontes documentais disponíveis justificam a seleção de apenas alguns casos em períodos históricos de variada composição política e institucional. Não se pretende, no entanto, retroceder ao período colonial, nem inventariar as práticas de tortura e maus tratos que eram impostas aos escravos num contexto de uso indiscriminado na violência. Busca-se, em contrapartida, encontrar em alguns momentos de nossa história republicana pistas para se decifrar o enigma da persistência desse fenômeno mesmo após o fim da escravidão e sua persistência ainda na atualidade.

O artigo busca indicar que essa persistência de arbitrariedades e de violências impostas aos cidadãos, em momentos tão distintos de nossa história, democráticos ou autoritários, sugere que a devida compreensão e conseqüente enfrentamento à prática da tortura implicam uma leitura de nossa formação social que vá muito além da mera discussão acerca da adoção de novos dispositivos legais. Há que se entender esse fenômeno numa dimensão mais profunda que inclua práticas, valores e percepções presentes na sociedade e que se reproduzem nas ações dos sujeitos responsáveis pela operação das instituições da justiça criminal e na própria dinâmica institucional pela qual estas operam.

Os casos a serem estudados indicam formas de violência ilegal e de tortura em contextos político-institucionais bastante diversos. São casos ilustrativos e não necessariamente emblemáticos mas que atestam a recorrência desse tipo de violência. O primeiro caso, situado na Primeira República, dá indícios da atuação de um grupo de captura de presos liderado pelo assim chamado Tenente Galinha que praticava extre-

2. Esse projeto vem sendo desenvolvido no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp), desde 1999. As pesquisadoras Kelly Ludkiewicz Alves e Leandra Elena Yunis colaboraram com a coleta de informações para este artigo.

ma violência contra fugitivos e seus familiares, bem como utilizava a tortura para a obtenção de informações da população em geral. Num momento em que as instituições da justiça criminal no estado de São Paulo passavam por um processo de modernização – especialmente a polícia – a presença desse grupo indica como a violência ilegal e a tortura, apoiada tanto pelas elites modernizadoras quanto pelos poderes locais, era exercida sem maior controle contra a população pobre.

O caso do Tenente Galinha não parece ser um evento isolado pois, mesmo nas décadas seguintes, podem ser encontrados episódios de tortura e maus tratos tanto no âmbito de atuação das forças policiais quanto no das prisões. Entre outros episódios, será abordada a trajetória de Gino Amletto Meneghetti. Em vários momentos da história da polícia e das prisões em São Paulo, entre os anos 1920 e 1960, esse criminoso será alvo de espancamentos, de restrições alimentares e outros mecanismos punitivos próprios do meio policial e carcerário.

A seguir, será dado destaque ao caso do presídio Maria Zélia, no qual foram praticadas violências policiais contra prisioneiros políticos pouco antes da entrada em vigor do Estado Novo. Ainda na esfera prisional, são apresentadas informações coletadas nos relatórios governamentais sobre a prática de maus tratos a presos que eram mandados para o presídio na Ilha Anchieta, já sob a vigência do Estado Novo.

Diversos casos de tortura e maus tratos a suspeitos e prisioneiros são identificados igualmente entre os anos 1945 e 1964, ou seja, em plena vigência da democracia no país, compreendendo exemplos como a ação policial depois da revolta na Ilha Anchieta, em 1952. São mencionados casos de prisões arbitrárias e de violência policial denunciados por parlamentares.

Depois de 1964, a tortura continua a ser praticada contra criminosos comuns mas os opositores políticos do regime militar passaram a ser também alvos privilegiados dos aparatos policiais. Deste modo, esse percurso exploratório indica que, em contextos políticos e sociais bastante diversificados, a violência ilegal, a tortura e os maus tratos, aplicados ora contra os criminosos comuns ou simples suspeitos, ora contra os opositores políticos, reaparece com freqüência na história das práticas da justiça criminal mesmo no estado em que a modernização

acelerada da economia e da sociedade traz consigo transformações significativas no âmbito das instituições da justiça criminal e das políticas de segurança pública.

2. Tortura e maus tratos: as raízes profundas

Como demonstram diversos estudos nos campos da história e das ciências sociais, a violência é parte essencial da constituição mesma da teia das relações sociais na sociedade brasileira (cf. Adorno, 1988, Franco, 1997). O processo de tomada do território, a colonização e a ocupação econômica estiveram sempre associados à imposição violenta de dominação sobre massas de indígenas e de negros trazidos da África, quando não à destruição sistemática de grupos humanos e de suas culturas em meio a guerras. As relações sociais se estruturaram igualmente atravessadas por essa matriz de violência, mesmo quando deixaram de existir as relações escravistas, nas quais os castigos corporais eram aplicados e tidos como legítimos. As relações entre proprietários de terras e seus empregados e camaradas, entre os próprios trabalhadores rurais, ou então entre os patrões e operários nos centros urbanos estiveram fortemente marcadas por aquela matriz, mesmo em nossa história recente.

Numa sociedade profundamente hierarquizada, sem tradição de reconhecimento da cidadania, marcada pela violência como elemento constitutivo de suas relações sociais, o funcionamento do aparato de justiça criminal na direção do fortalecimento dessa assimetria traz várias implicações. Uma delas é o uso sistemático, pelas forças policiais, da violência ilegal, dos espancamentos, da tortura nos seus procedimentos de policiamento de rua, de investigação, de obtenção de confissões. A presença desses procedimentos de imposição de maus tratos a suspeitos e a pessoas presas no Brasil é freqüente, sem que as autoridades demonstrem uma verdadeira disposição de coibir os casos envolvendo policiais ou mesmo carcereiros envolvidos.

Se tomarmos como foco de análise as práticas penais e as políticas de segurança no estado de São Paulo, podem ser encontrados freqüentes episódios de utilização da violência no interior da justiça criminal. Por exemplo, a historiadora

Maria Odila, ao pesquisar a vida quotidiana da cidade de São Paulo no século XIX, menciona como um juiz de paz da cidade, em 1834, considerava bem merecidos os maus tratos e as pancadas que uma pessoa havia recebido na cadeia, justificando tratar-se de pessoa de péssima conduta, turbulenta, que costumeiramente provocava desordens e rixas. (cf. Dias, 1995, p. 21)

Mesmo com a modernização legal e institucional, que começa a ocorrer a partir do final do século XIX, essas práticas não parecem retroceder significativamente, pelo contrário, reproduzem-se agora articuladas ao novo contexto. Na virada do século XIX para o XX, por exemplo, a Polícia de São Paulo passou por um intenso processo de 'modernização' (cf. Souza, 1992; Fernandes, 1973), que consistia na adoção de uma estrutura cada vez mais burocrática e de níveis maiores de profissionalização. Buscava-se uma melhor preparação das forças policiais e dentro desse processo a Força Pública passou a receber a orientação de uma missão francesa que se estenderá pelas primeiras décadas do século XX. Não obstante esse processo de estabelecimento de uma força policial mais profissionalizada e burocratizada, autores como Victor Nunes Leal (1986) apontaram o quanto, na Primeira República, o federalismo, ao deixar nas mãos dos Estados a organização e aparelhamento policial, permitiu que perdurassem as livres nomeações dos chefes de polícia, delegados e subdelegados, no que ele chama de *polícias partidárias*. Eram elas – e em São Paulo isso não foi uma exceção – um instrumento político que garantia, por exemplo, o *voto de cabresto*.

Assim, embora São Paulo procurasse imprimir ao seu corpo policial um revestimento burocrático e profissional, há indicações desse outro aspecto ainda pouco estudado, de emprego da violência ilegal, que por certo guarda relação com essa utilização das polícias sistematicamente nos processos políticos para fazer valer os interesses das elites locais. Um bom exemplo de atuação policial no período, atuação essa que se caracterizava pela extrema violência e arbitrariedade, pode ser encontrado na "escolta de capturas" comandada por João Antônio de Oliveira, o famoso Tenente Galinha.

3. O Tenente Galinha

Nascido em 1871,[3] o Tenente Galinha pertencia ao corpo policial de São Paulo desde 1888. Sua carreira foi atravessada por uma série de punições por deserção, desvio de armas, mau procedimento etc. Mas ele ficou conhecido sobretudo por liderar, entre a passagem do século XIX para o XX, uma escolta de capturas que atuava na caça a bandidos em diversas cidades do Interior do Estado. O Tenente Galinha agia com ampla liberdade pois estava diretamente subordinado às autoridades da Capital e praticamente não devia qualquer satisfação aos delegados das localidades por onde passava.

Ao mesmo tempo que capturava bandidos, executava sumariamente muitos deles. Sua passagem pelas cidades do Interior deixava um rastro de terror, uma vez que agia com extrema violência física, inclusive sexual, contra as pessoas que julgava ter relacionamento com bandidos procurados, ou que eram suspeitas de dar cobertura para fugas. Nesse sentido, Figueiredo (1965) descreve não só como os bandidos eram ferozmente espancados pelo grupo do Tenente Galinha mas como as mulheres eram molestadas. Os sitiantes e moradores das cidades eram sumariamente executados se não prestassem as informações desejadas pelo Tenente. Segundo o mesmo autor, "as escoltas de captura ficaram sendo motivo de temor para a gente do Interior, devido à atuação do Tenente Galinha. Era ignorante, brutal, violento o 'caçador de homens'" (Figueiredo, 1965, p. 36). Ao mesmo tempo, esse medo em muitos habitantes mantinha os atos impunes, pois "nin-

3. É grande a precariedade de fontes ou mesmo de estudos sobre a atuação desse curioso personagem. A principal obra sobre ele foi escrita por um jornalista, Adherbal Oliveira Figueiredo (1965), que praticamente não explicita as fontes que se utilizou para escrevê-la. A revista *Investigações*, editada pela Polícia de São Paulo, publicou um breve artigo de Raimundo de Menezes (1949) sobre o Tenente, que também não tinha qualquer preocupação com a identificação dos documentos utilizados. Além disso, Menezes, que era delegado de polícia, dedica mais espaço no seu artigo às circunstâncias de sua morte, por assassinato, em meio a questões familiares. Recorrendo-se à imprensa da época (*O Estado de S. Paulo* e *Correio Paulistano*), especialmente nos dias que se seguem ao seu assassinato, é possível reconstruir aspectos da trajetória desse personagem na Força Pública e conferir alguns dos fatos a ele atribuídos. Pôde-se constatar que muitas das informações apresentadas por Figueiredo (1965) tinham confirmação nos relatos apresentados por aqueles jornais de São Paulo.

guém tinha coragem de fazer chegar ao conhecimento de seus superiores os desmandos, as atrocidades que praticava" (Figueiredo, 1965, p. 98).

Em certo sentido, o Tenente Galinha e sua equipe formavam, na passagem do século XIX para o XX, um Esquadrão da Morte, *avant la lettre*, a impor rotineiramente a tortura a bandidos, a ameaçar e agredir as pessoas de sua família ou as pessoas que poderiam dar qualquer tipo de informação, a agir com arbitrariedade na prisão, nos interrogatórios e com muita freqüência promovendo execuções sumárias de bandidos. "Ele era a lei, o juiz e o carrasco" (cf. Figueiredo, 1965, p. 231).

Essas informações são confirmadas principalmente pelo Jornal *O Estado de S. Paulo*,[4] por ocasião da morte do Tenente Galinha, refaz a trajetória desse controvertido policial, envolvido em uma série de episódios sangrentos, "homem que era quase ou inteiramente analphabeto e cuja consciência jamais se perturbara ante violências criminosas de que elle era o único responsável".

Além disso, Figueiredo sugere também que o Tenente recebia constantemente dinheiro e presentes de fazendeiros, fosse para perseguir criminosos, fosse para deixá-los em paz quando acoitados nas suas terras e quando eram seus capangas (Figueiredo, 1965, p. 87). É sem dúvida um filão instigante de pesquisa aprofundar essa prática de relacionamento entre a polícia e os potentados locais, que embora tenham antecedentes históricos no período colonial e do Império, ganham vitalidade mesmo sob a 'modernização' promovida pela República. Da mesma forma que é interessante aprofundar a relação que tinha com as autoridades constituídas, pois "elle não conhecia nem a lei nem as autoridades constituídas", especialmente aquelas locais.[5]

A violência que marca a atuação desse grupo, seu amplo raio de ação pelo Interior e sua subordinação ao comando estabelecido na Capital são aspectos que requerem uma reflexão mais cuidadosa. As elites políticas e econômicas que assumem o comando do Estado de São Paulo, se de um lado indicavam a necessidade de reformar a polícia, de dotar-lhe de uma organização mais eficiente, de

4. Edição do dia 24.04.1913.

5. Idem.

outro mostravam-se claramente preocupadas em administrar um novo cenário urbano e rural atravessado por turbulências cujos principais responsáveis eram a expansão da área produtora do café, ao deslocar rapidamente a fronteira agrícola no Interior, as novas formas de existência urbana, provocadas em grande parte pela industrialização, e a recomposição da dinâmica populacional com a abolição do trabalho escravo e com a presença de numerosa população imigrante.

Nos documentos oficiais do final do século XIX, como as Mensagens dos Presidentes do Estado ao Congresso Legislativo ou nos relatórios dos secretários de Justiça, dos chefes de Polícia, avolumam-se as preocupações com a criminalidade crescente no Estado. Assim, no Anexo 2 do Relatório do Secretário de Justiça, de 1897, José Getúlio Monteiro, o Procurador Geral do Estado afirmava que os crimes mais numerosos em São Paulo eram os crimes contra a pessoa. Atribuía aos indivíduos de fora a responsabilidade pelo fenômeno, ao dizer que "não posso deixar de acreditar que a grande aglomeração na cidade de homens que trazem de sua pátria o costume de andar sempre armados concorre grandemente para o aumento do crime de violência contra a pessoa". Mas, ao mesmo tempo, o procurador manifestava sua preocupação com os crimes de furto, roubo e estelionato ao afirmar que o Estado estava "infestado de quadrilhas de roubadores e gatunos" cada vez mais audazes e que a Polícia não conseguia combater. O procurador completava esse quadro com os crimes contra os costumes que eram igualmente considerados preocupantes.

Talvez a resposta das elites dirigentes de São Paulo para esse suposto quadro de criminalidade, que poderia 'manchar' a qualidade de liderança-locomotiva da nação e de modelo para o resto do país que o Estado sempre buscava constituir, tenha sido a base para a aceitação e aprovação das ações e do próprio estilo do Tenente Galinha e de seu grupo no combate ao banditismo. Assim, se, por um lado, buscava-se a modernização da justiça criminal como resposta à criminalidade crescente, com o incremento e profissionalização do contingente policial, com a reforma da justiça criminal, com a adoção de idéias "científicas" sobre o crime e a criminalidade – como a criminologia de matriz lombrosiana – com a ampliação

e diversificação do sistema prisional – como a criação, por exemplo, do Instituto Disciplinar para menores e a Penitenciária do Estado –, por outro lado continuava-se a empregar a violência e a tortura no âmbito da segurança pública, como no exemplo citado do Tenente Galinha. O descrédito das elites em relação à real contribuição do povo para a construção da República, as hierarquias sociais legadas pelo passado escravista e a acomodação com os poderes locais provavelmente contribuíam para que uma combinação de circunscrita violência disciplinar e ampla violência ilegal organizasse o cotidiano de manutenção da ordem.

O Tenente Galinha foi assassinado em São Paulo no dia 23.04.1913. O serviço de escolta de capturas, criado pelas autoridades para acabar com o banditismo no Estado, perdia assim o seu mais expressivo comandante. Apesar das punições que recebeu por procedimentos irregulares, a presença de altas autoridades do Estado ao seu enterro foi reveladora do prestígio que tinha o Tenente e do apoio que recebera dessas mesmas autoridades em relação à forma pela qual combatia o crime. Compareceram, entre outros, o próprio Secretário de Justiça e Segurança Pública, Sampaio Vidal, representando o Presidente do Estado, o Coronel Paul Balagny e outros oficiais da Missão Francesa que treinava a Força Pública do Estado, o alto comando da Força Pública, e grande número de delegados de polícia (cf. Figueiredo, 1965).

4. O 'rato' e Meneghetti

A tortura e a violência ilegal estarão o tempo todo presentes igualmente nos estabelecimentos prisionais, tanto nas obscuras cadeias quanto nas instituições modelares, criadas de acordo com as idéias penais mais "avançadas" importadas da Europa e Estados Unidos desde o final do século XIX. Alguns casos ilustram bem a continuidade das práticas de tortura e violência ilegal praticadas pela polícia na rua e também nas prisões.

O primeiro deles na passagem do século XIX para o XX vem registrado na pequena obra *Memórias de um rato de hotel,* de Arthur Antunes Maciel (Dr.

Antonio).[6] Narra diversos episódios sobre a prática de espancamentos de presos, sobretudo na Casa de Correção do Rio de Janeiro, onde a disciplina parecia ser bastante rigorosa e a arbitrariedade grande. Mas há também casos de prática de chantagem e de extorsão por parte de agentes policiais quando alguém saía da prisão. As histórias quase sempre são do mesmo formato: o policial reconhece o bandido na rua e parte para pedir dinheiro sob a ameaça de o acusar de algum roubo de que se tenha notícia. O autor fala da "caixa da liberdade" (cf. Maciel, 2000, p. 237, 243, 245). Uma vez, quando foi detido em Juiz de Fora, os policiais pediram que ele confessasse alguns roubos explicitamente sob a ameaça de espancamentos (cf. Maciel, 2000, p. 271-2).

Maciel refere-se à Casa de Correção do Rio de Janeiro como local onde era comum bater em presos. Do período que ficou detido na Correção, conta que era preciso ficar sempre 'correto' porque era comum o espancamento. Descreveu também as condições degradantes de encarceramento: "Espancam-nos. Há a solitária. Há o raio, uma cela que foi construída com sal e dessora uma eterna umidade..." (cf. Maciel, 2000, p. 180).

Outro exemplo, percorrendo já boa parte do século XX, é o de Gino Amleto Meneghetti. Imigrante chegado ao Brasil no início do século XX, na década de 10 sua primeira passagem pela Polícia e pela prisão já ficaria marcada pela forma violenta de atuação dessas agências. Segundo o próprio Meneghetti, Franklin de Toledo Piza, quando era Delegado do Gabinete de Investigações (posteriormente seria o diretor da Penitenciária localizada na Avenida Tiradentes e depois da nova Penitenciária no Carandiru), lançava mão da prática de espancamento de presos para obtenção de confissões (cf. Bernardi, 2000, p. 66). Quando esteve preso na Cadeia da Luz (junto à Penitenciária Velha na Avenida Tiradentes) foi colocado de castigo nu numa cisterna e dali conseguiu fugir.

6. Essa obra, originalmente publicada em 1912, foi provavelmente ditada pelo criminoso que estava na prisão ao escritor e jornalista João do Rio ou foi escrita a quatro mãos. Embora os estudiosos não sejam conclusivos sobre essa questão (ver a Nota Prévia e o Pósfacio da edição de 2000) a obra revela rotinas do mundo do crime e das agências de repressão que são de grande interesse.

Na década de 20, quando voltou a ser preso e condenado, foi enviado para a Penitenciária do Estado, que havia sido inaugurada em 1920 e era então considerada um presídio modelo. Sua rebeldia e intransigência provocavam a ira dos administradores que, com freqüência, o colocavam numa cela, a pão e água, nu, quando não o submetiam a sessões de pancadaria (Salla, 1999). A historiadora Célia de Bernardi (2000) mostra que Meneghetti havia saído da prisão em 1944 e já em 1947 voltava a ser preso novamente, sempre sob fortes maus tratos da polícia. Mas foi em 1954 que essa violência atingia um dos seus momentos mais agudos contra Meneghetti, fazendo com que o seu filho, Spártaco, denunciasse publicamente que o pai havia sido submetido ao pau-de-arara (cf. Bernardi, 2000, p. 155). Fotos de Meneghetti, depois de sua prisão, que foram publicadas nos jornais da época, são impressionantes ao revelar a brutalidade pela qual a Polícia impunha a pancadaria ao prender um criminoso e depois o submetia à tortura (cf. Costa Jr., 2001, pp. 146 e 168).

Também a Ilha Anchieta exemplifica a utilização permanente da tortura e dos maus tratos nas prisões brasileiras. O Interventor Federal, Fernando Costa, no seu Relatório sobre a 'situação administrativa' do Estado de São Paulo em 1943, encaminhado ao Presidente da República, admitia que a Ilha Anchieta era local de imposição de maus tratos de variada ordem aos presos para lá remetidos. Reconhecia, nesse documento, que a reforma empreendida pelo Dec.-lei 12.924/42, havia melhorado a situação da disciplina no estabelecimento e que tinham sido "abolidos os castigos corporais, [e] desapareceu também o terror que se estampava na face dos internados incursos em faltas regulamentares. Os reclusos não são mais aqueles eternos revoltados, que viam, em tudo e em todos, os mais ferozes inimigos, tendo decrescido em razão disto as fugas e tentativas de fuga que se davam anualmente" (Costa, 1944). No entanto, não parece que mudanças profundas tivessem ocorrido efetivamente nas práticas de imposição de maus tratos nos estabelecimentos prisionais, como se vangloriava o Interventor, pelas denúncias que parlamentares e a imprensa continuariam a fazer.

Em sessão da Assembléia Legislativa do dia 17.04.1947, o Deputado Alfredo Farah pedia reformas profundas no sistema penitenciário do Estado, tendo

por base os novos dispositivos contidos no Código Penal de 1940. Segundo ele, graças ao disposto no art. 32 do CP, não eram permitidas medidas que colocassem em perigo a saúde ou ofendessem a dignidade humana dos sentenciados. Denunciava o Deputado que, apesar do professor Flamínio Fávero, quando diretor da Penitenciária do Estado no início dos anos 40, ter abolido os maus tratamentos, especialmente os que eram dirigidos a Meneghetti, e ter também interditado o uso de cela forte, tal tipo de cela tinha voltado a ser utilizada: "Infelizmente, no entanto, o isolamento do pátio 22 foi reaberto e não preciso contar-vos o doloroso caso do sentenciado Virgolino Montanha, sob n. 4.961, que lá esteve durante 5 dias, arrancado do suplício e levado para a enfermaria em estado escabroso!"

5. Maria Zélia

Um episódio que expressa as articulações entre a repressão política e a direcionada ao crime comum nos aparatos policiais é o do Presídio Maria Zélia, no dia 21.04.1937. O 'Presídio' nada mais era que uma antiga fábrica localizada na avenida Celso Garcia e foi ativado em função das prisões, realizadas após novembro de 1935, dos acusados ou suspeitos de participarem do levante comunista. Não foram instaurados inquéritos e mais de 800 homens permaneceram em situação irregular durante meses. Muitos foram presos sem prestar depoimentos e sem que fosse dado qualquer atestado que justificasse sua entrada ou saída daquele local. Já em 18.08.1936, havia ocorrido ali um conflito entre presos e guardas, violência que resultou num incêndio. Nessa ocasião, os policiais teriam depredado os pertences e aposentos dos presos, teriam também simulado um incêndio acusando os detentos e ainda submetido vários deles a atrocidades e violências que deixaram muitos feridos e também mortos.

Porém, os acontecimentos de 21.04.1937 tiveram muito mais repercussão na imprensa e na Assembléia Legislativa onde alguns deputados foram incisivos na cobrança da apuração de responsabilidades. O caso em suma envolveu uma tentativa de fuga de 26 homens que foram detidos ainda dentro do presídio e seis deles fuzilados, sendo que quatro morreram. Dois presos conseguiram fu-

gir. A ordem de execução dos presos teria sido dada pelo comandante Kaufman da Divisão Especial, cujos membros seriam todos integralistas, segundo denúncias do Deputado Alfredo Ellis. A versão dos guardas e das autoridades envolvidas era de que os policiais haviam atirado com suas metralhadoras em legítima defesa. No inquérito, as declarações de alguns detidos eram de que eles teriam sido fuzilados pelas costas e de surpresa pelos guardas, ao serem reconduzidos à prisão, próximo ao capinzal que cobria a área contígua ao pátio, por onde se planejou a fuga.

O relatório final do inquérito, feito pelo Delegado corregedor de polícia da Capital, Laudelino de Abreu, diante da existência de duas versões sobre os fatos, mencionava que a perícia médico-legal realizada nas vítimas havia constatado que a maior parte dos tiros que causaram a morte dos presos tinha sido disparada pela frente, mas diversos tiros nas pernas e braços de todos os atingidos tiveram direção oposta; porém, constatava-se também a presença numerosa de lesões graves na parte superior do corpo, sobretudo cabeça, provocadas por outros instrumentos.

Em favor de uma versão que apontava para as arbitrariedades praticadas pelos policiais, no dia 06.05.1937 o Deputado Alfredo Ellis apresentou ao plenário da Assembléia Legislativa a carta de uma testemunha ocular, um guarda que trabalhava no Presídio "Maria Zélia", na qual relatava com detalhes o que havia ocorrido na noite de 21 de abril. Segundo essa testemunha, todos os Guardas Civis da Divisão Especial eram integralistas e agiram com violência mesmo após o fuzilamento dos presos. A carta tinha o seguinte teor:

"Exmo. Sr. Doutor Alfredo Ellis – Saudações. Quem lhe escreve é um eleitor, que muito o admira e sempre aplaude seus discursos. Imensamente louvável foi a sua posição diante dos fatos acontecidos no presídio "Maria Zélia" onde faço guarda, pois pertenço à Guarda Civil de São Paulo.

"Presenciei naquela noite trágica, todos os acontecimentos e quero contribuir com meu testemunho sincero e imparcial, para o esclarecimento completo e punição dos responsáveis pelo triste fuzilamento de indefesos prisioneiros. Sim fuzilamento porque eu fui um dos que recebi ordens de atirar em mais de

uma dezena de presos, todos encostados na parede, com as costas voltadas para nós e de punhos cerrados!

"Foi assim. Quero antes jurar pela felicidade de meus três filhinhos e de minha mulher que esta é a pura verdade. Relatarei a verdade una e imparcial, pois não sou comunista nem fascista, nem nada:

"No dia 21 de abril a guarda do presídio foi reforçada pela Divisão Especial, comandada por Kaufman, devido, talvez a um comício que deveria se realizar à tarde no Largo da Sé. Nada de anormal tinha acontecido durante o dia. Estava eu conversando com um companheiro, mais ou menos às 23:30 horas, quando a sirene deu o alarme e ouvimos tiros de fuzil e gritos. Ouvi perfeitamente gritarem: "*parem que nós nos rendemos*". Corri imediatamente para a sala que me indicaram e o que vi foi horrível! Não me sai dos olhos até hoje, o quadro que presenciei. Nessa sala, pegada ao xadrez de onde os presos deveriam fugir e por onde teriam de passar para alcançar o pátio, os guardas da Divisão Especial, todos alemães, espancavam 23 presos que pretendiam conquistar a liberdade, a coronhadas de fuzil. O sangue corria de todas as cabeças dos presos e alguns jaziam sem sentidos, ensangüentados, e mesmo assim alguns guardas os espancavam! Kaufman deu ordem para que parassem. Mandou os presos se perfilarem militarmente em colunas de três. Os presos, mais mortos do que vivos, com as cabeças cheias de sangue, partidas, obedeceram. Receberam ordens de marchar. Quando íam marchando uma voz gritou: 'Alto!' Pararam e assim permaneceram enquanto Kaufman foi até a secretaria telefonar. Nós ficamos tomando conta dos presos. Voltou e ordenou que a primeira fila se recolhesse. Depois a segunda. Ficou na sala a terceira fila, com uns 12 ou 15 presos. Nisso uma ordem: 'Meia volta!', os presos perceberam. Um deles, parece que o de nome Augusto Pinto, disse: 'Vocês têm coragem de nos fuzilar depois de 16 meses de prisão!' A resposta foi uma rajada de metralhadora!

Sr. Deputado, servi na revolução de 32, em Cunha, vi sangue, vi heroísmo, vi horrores, mas nunca vi tamanha selvageria! Há séculos atrás isto seria bárbaro! Os que tombaram, uns dois ou três, receberam, já no chão, na presença nossa e dos presos que ainda não tinham sido fuzilados, novos tiros.

"Depois eu vi, com os meus próprios olhos, esta coisa: os presos que sabiam que iriam ser fuzilados, levantaram os punhos cerrados e as metralhadoras (três) funcionaram. Todos tombaram. Os que ainda se mexiam tiveram as cabeças partidas a coronhadas! E os guardas da Divisão Especial, todos integralistas, dizendo obscenidades, ferozes e selvagens. (...) O cabo Maurício, com o qual servi na Força e que era preso agora, morreu com 32 balas no corpo. Isso eu vi e não me esqueço! Foi eu quem o colocou no carro da Assistência e foi eu quem ouviu o médico que o examinou no hospital, contar que extraiu 32 balas de fuzil de seu cadáver!"

Este anônimo testemunho nega a versão oficial de que teria havido enfrentamento com os fugitivos que tentavam roubar-lhes as armas e que os guardas atiraram para assustá-los e detê-los. Ao mesmo tempo, diverge do depoimento das vítimas apresentado no relatório do inquérito, pois neste os detentos afirmavam que haviam sido baleados enquanto eram conduzidos de volta ao presídio. A versão do guarda anônimo foi também publicada pelo jornal *O Radical* e foi endossada por familiares de vítimas e por outros indivíduos que estiveram presos no "Maria Zélia" e que publicaram por aquele órgão de imprensa do Rio de Janeiro uma espécie de dossiê do presídio e dos acontecimentos nele ocorridos.

O relato do guarda revela a presença da Divisão Especial, como um destacamento ideologicamente organizado, e sua influência sobre outras corpos policiais que atuavam no presídio, como a Guarda Civil. A truculência da Divisão se revelou considerável. A carta do guarda sustentava de forma contundente que os policiais da Divisão Especial eram integralistas e que havia diversos *elementos estrangeiros fascistas* na Polícia. Cabe observar que o telefonema dado por Kaufman talvez indicasse que o comandante alemão se comunicou ao telefone com alguém antes de emitir ordem de fuzilamento. De acordo com a documentação analisada, não há menção explícita de que as vítimas tenham sido escolhidas, mas é provável que o grupo foi selecionado indistintamente com o objetivo de servir de exemplo para os demais detentos. Essa ligação pode sugerir também que houve autorização de um superior, ou seja, do Departamento de Ordem Política e Social, no qual, segundo o Deputado,

"uma verdadeira ditadura impera, tirânica e absorvente, a ameaçar todo nosso povo. Ali existe uma seção chamada Especializada que está entregue a um Fuão Agostinho, que age conjuntamente com uma agência Lima, que é de detetives particulares, um tal Kaufman, estrangeiro, e parece que representante do nazismo e um tal Gregório Kovalenko, que, pelo nome, parece ser ucraniano. Isso é incrível e depõe contra o alto espírito do Governo que o sr. Cardozo de Melo prometeu governar. De fato s. Excia que já ordenou a libertação de tanta gente injustamente encarcerada, não deverá consentir que essa 'camorra' subsista como tem gordamente vivido até agora sob os olhos complacentes do sr. Egas Botelho [superintendente do DOPS], que tudo sabe e tudo consente".

Ellis propõe indicação para composição de uma Comissão formada por membros do legislativo para acompanhar a apuração do inquérito. Critica ainda a presença de elementos estrangeiros ocupando altos postos de comando na Polícia, que acusa de fascista e aponta a irregularidade no fato de que são as autoridades diretamente envolvidas no caso que vão apurar o inquérito. Ernesto Leme (Partido Constitucionalista) ridiculariza a carta e considera todas as afirmativas do Deputado da minoria como meras suposições.

O caso 'Maria Zélia', bem como outras arbitrariedades (prisões ilegais de pessoas, apreensão de livros, repressão da polícia à greve de operárias) foram denunciadas na Assembléia pelos Deputados que se opunham à política do Partido Constitucionalista e ao mesmo tempo à candidatura de Armando de Salles Oliveira à Presidência da República. A atuação da Polícia nesse período segue o estilo dos períodos autoritários, sem que tivesse ocorrido sequer a instalação ainda do Estado Novo. Assim, principalmente sob a responsabilidade do DOPS, os órgãos de imprensa são censurados, as reuniões públicas são proibidas, prisões ilegais realizadas. A montagem de um forte esquema repressivo guardava estreita relação com as principais lideranças políticas pois, segundo se denunciava, o tal Kaufman era homem de confiança do Secretário de Segurança e também fazia a guarda pessoal de Armando de Salles Oliveira.

Pode-se especular aqui até que ponto as torturas e os maus tratos amplamente aplicados aos presos comuns não criavam as condições para que tais violências fossem aplicadas, quando necessário, aos prisioneiros políticos. No entanto, em vários momentos de nossa história, a opinião pública só parece interessar-se pela denúncia contra a tortura quando esta atinge os prisioneiros políticos, quase sempre pertencentes às camadas médias da população. Mesmo com a redemocratização recente do sistema político e com o fim da tortura aos presos políticos, percebe-se hoje a dificuldade do regime democrático em combater efetivamente a tortura aplicada aos presos comuns. Assim, a tortura e os maus tratos estarão presentes tanto em momentos autoritários quanto democráticos de nossa história.

6. Depois do Estado Novo

Mesmo após 1945, durante os anos de democratização do país, prisões ilegais foram promovidas pela Polícia. Entre as de maior repercussão, temos a própria prisão dos ex-parlamentares comunistas, logo depois que seu partido foi posto na ilegalidade. O Deputado Cunha Lima (PTB), no dia 07.06.1948, denunciava arbitrariedades policiais nestas prisões:

"há dias, como se verifica no Diário do Congresso do dia 22 de maio último, o Deputado Lino Machado, que pertence à bancada do Partido Republicano, verberou da Tribuna da Câmara Federal a atitude das nossas autoridades que prendem e mantêm, encarcerados durante meses não só os ex-parlamentares comunistas, mas também trabalhadores que assinaram um manifesto em que davam conhecimento ao povo de seu ponto de vista sobre o custo de vida. Não me cabe, senhor presidente, senão recordar que parlamentares da envergadura de um Plínio Barreto, Aureliano Leite, Hermes Lima, Aldemar Rocha, Dioclecio Duarte e outros acompanharam o protesto do Deputado Lino Machado o que demonstra que o que se pretende – e é essa minha intenção ao tratar do assunto – é a defesa da nossa Constituição, cujo constante desrespeito só pode trazer o descrédito ao regime democrático (...) [citando Plínio Barreto] estão presos, sem culpa

formada, sem que tivessem sido apanhados em flagrante delito, vários cidadãos, alguns dos quais de notória capacidade intelectual e de renome que já ultrapassaram as fronteiras do Estado. Alegam a polícia e os tribunais, ali, que os cidadãos foram presos por ordem do senhor Ministro da Justiça. Ora, na Constituição Brasileira, não há dispositivo algum que autorize essa nova forma de prisão – por ordem do Sr. Ministro da Justiça. A Carta Magna fala em prisão em flagrante delito e em prisão por autoridade competente, que são os Juízes de Direito. Não fala nem na linha nem nas entrelinhas que ela pode ser efetuada ou determinada pelo Ministro da Justiça ou qualquer outra autoridade policial ou do executivo. (...) O que há é a proibição do Partido Comunista, mas não que algum cidadão alimente crença comunista"

Não se tem até o momento estudos detalhados sobre as alterações ocorridas na organização das instituições de justiça criminal, em particular na policial e prisional, no período que compreende a metade da década de 30 e os anos 50. A presença constante na imprensa e nos debates parlamentares de denúncias de casos de extorsão, prisões ilegais, maus tratos por parte das forças policiais, sugere que é necessário ampliar as análises em torno das alterações ocorridas, sobretudo no período do Estado Novo, como a criação de órgãos, seu redimensionamento administrativo e as relações entre as ações voltadas para a repressão à oposição política e o combate ao crime comum. Há indicações fortes de que a Polícia Civil tinha a possibilidade de tomar providências quanto à criação, por exemplo, de unidades de atendimento ou mesmo de internação, que precediam a sua formalização legal. Chama a atenção, por exemplo, no Relatório de 1943 do Secretário de Segurança Pública, Alfredo Issa Ássaly (1944), a criação do Recolhimento da Penha, na Chácara Cruzeiro do Sul, subordinado ao Gabinete de Investigações que, segundo ele, iria resolver um dos maiores problemas naquele momento que era o dos "mendigos e o da acomodação das pessoas, sem domicílio ou sem profissão definida, cuja detenção provisória interesse às autoridades policiais". O Relatório é claro ao afirmar que a Polícia criou o estabelecimento e que já projetava sua ampliação com novos pavilhões para administrar as demandas dos serviços policiais (como a separação dos adultos dos menores, a realização de estudos para verificação da miserabilidade

dos recolhidos, sua condição de trabalho e assim por diante). No final de sua exposição o Secretário afirmava que "o Recolhimento da Penha necessita ainda de organização e regulamentação adequadas, que constituem neste momento objeto de estudos desta secretaria, afim de que possa realizar seus objetivos de tão elevado alcance moral e social" (cf. Assaly, 1944, p. 368).

Uma denúncia do Deputado Juvenal Sayon, em 1950 sugeria mais uma vez essa autonomia de criação de órgãos pela polícia além das práticas de tortura e extorsão. A denúncia envolvia o presídio localizado na rua do Hipódromo. Segundo o Deputado, policiais prendiam ilegalmente indivíduos, impunham-lhes maus tratos e ainda permitiam que outros presos ali recolhidos entrassem e saíssem segundo critérios obscuros. O Deputado mencionava as arbitrariedades cometidas contra um engraxate que estaria sendo submetido a extorsão por parte de policiais. "Sábado é novamente conduzido o engraxate à presença dos investigadores, novamente surrado e recolhido ao presídio da rua Hipódromo, presídio este construído com dinheiro arrecadado criminosamente, não de dinheiro proveniente de impostos e taxas criadas por lei, mas dinheiro surrupiado no Gabinete àqueles que necessitam requerer a sua carteira de identidade e surrupiado aos estrangeiros, que são obrigados a pagar taxas ilegais, sem recibos, para cada requerimento que formularem. (...) Ficou 3 dias sem poder alimentar-se ao lado de um inocente recolhido por engano. Isto é estranhável. Quero trazer o testemunho deste moço às próprias autoridades policiais. É que, todos os dias, determinados larápios lá entravam envergando trajes novos, parecendo mais senadores da República do que ladrões, e voltavam no dia seguinte com ternos diferentes. Senhores, é notável! Quer dizer que o presídio da rua Hipódromo era um presídio de inocentes e um simples hotel ou albergue noturno para os criminosos". (ver os Anais da Assembléia Legislativa de São Paulo – AALSP, 1950)

Esse presídio da rua do Hipódromo foi de fato inaugurado em 22.04.1949, com o nome de Recolhimento de Presos do Hipódromo. Segundo a proposta orçamentária para 1948, apresentada por Adhemar de Barros à Assembléia Legislativa, em 1947, desde 1944 estava prevista a construção de um prédio que

abrigasse diversos serviços policiais, porém a guerra teria atrasado a construção desse edifício. A proposta foi retomada em abril de 1948 e a localização escolhida foi à rua do Hipódromo, próxima ao Recolhimento "Cruzeiro do Sul". A obra foi diretamente executada pelo Departamento de Investigações. Seus espaços estavam projetados para receber 1.200 presos, homens adultos, e mulheres e menores num outro pavilhão. O Recolhimento deveria receber os presos dos xadrezes do Departamento de Investigações que ainda não possuíam condenação.

Além dessa ampla capacidade de administração própria que possuía a Polícia Civil, ao construir obras e dispor de recursos como bem entendiam os principais dirigentes dessa corporação, o que sugere dificuldades para o exercício de um controle político da sua atuação por parte da sociedade, essa 'autogestão' permitia a continuidade de vários casos de arbitrariedades policiais praticadas contra cidadãos e que foram denunciadas por deputados estaduais na Assembléia Legislativa de São Paulo. Em agosto de 1951, por exemplo, o deputado José Fernandes Bértola trazia ao plenário a denúncia de um cidadão pobre, negro, que teve o seu domicílio invadido por um inspetor de quarteirão e por um policial, levado à delegacia, agredido e mantido preso por mera suspeita de furto.

A polícia era com freqüência denunciada por atuar de forma política, em cidades do interior onde, segundo muitos deputados no início dos anos 50, obstruía a realização de comícios dos partidos de oposição. A repressão a assembléias sindicais e a movimentos grevistas de operários na década de 1950 são constantes, indicando também que o aparato policial atuava política e partidariamente em detrimento de uma ação mais profissional e de asseguradora da lei como seria de se esperar numa ordem democrática. Da tribuna da Assembléia Legislativa de São Paulo também brotavam as críticas ao baixo nível de profissionalismo do corpo policial e a conservação de práticas 'tradicionais' que enfrentavam a modernização dos serviços policiais. Na 55ª sessão da Assembléia, em junho de 1952, os deputados apontavam as resistências de muitos policiais ao processo de modernização da Escola de Polícia e em relação à adoção de novas práticas para o trabalho policial. Arbitrariedades policiais, como prisão 'para averiguações' e imposi-

ção de maus tratos ocorrem não apenas na Capital mas fartamente nas cidades do Interior (como se pode constatar em vários pronunciamentos na Assembléia Legislativa de São Paulo em 1953, sessões 130, 131, 154, 156 entre outras).

Uma rebelião seguida de fuga de numerosos presos da Ilha Anchieta, em meados de 1952, ficou marcada na história do sistema penitenciário brasileiro não apenas pela violência e mortes que provocou mas sobretudo pelas atrocidades praticadas por policiais na recaptura dos fugitivos. O deputado Cid Franco foi um dos mais ativos denunciantes dos espancamentos que foram impostos aos presos recapturados e reconduzidos para a Penitenciária do Estado. (AALSP, 1952)

A prática da tortura por policiais é encontrada com enorme freqüência igualmente na segunda metade do século XX. O jornal *Folha de S. Paulo* noticiava no dia 11.08.1961 que um tal José Ciszwiski tinha prestado depoimento no qual afirmava ter sido espancado pela Polícia. Ele fora ouvido numa sindicância presidida pelo Delegado-geral Benedito de Carvalho Veras. "Em seu depoimento afirmou que há dois meses fora espancado por dois investigadores na Delegacia de Homicídios por ordem de um Delegado daquela especializada. A vítima reconheceu e identificou em fotografias os investigadores e o Delegado, autores do espancamento de que foi vítima".

Ele era suspeito de um assassinato ocorrido na estrada de Sapopemba. Ficou detido nove dias na delegacia especializada "durante os quais por três vezes foi violentamente espancado sendo submetido ao 'pau-de-arara' e a choques elétricos. Como não confessasse o crime, foi removido para a subdelegacia de Bonsucesso, em Guarulhos, onde permaneceu até que se curasse das equimoses que apresentava no corpo. Na ocasião, deixou seu nome escrito no xadrez e colocou um papel com anotações sob um ralo do cubículo. Posteriormente foi posto em liberdade por um soldado da Força Pública, mas saiu com vendas nos olhos e mãos amarradas. Caminhou até próximo de Cumbica onde libertou as vendas", relatava aquele órgão da imprensa (*Folha de S. Paulo*, 11.08.1961). José Ciswiski tinha cumprido pena na Penitenciária do Estado por dois anos e estava em liberdade desde 1951.

No dia 25.03.1960, o Deputado Arruda Castanho cita a reportagem do jornal *Última Hora* em que dois funcionários de uma empresa de aviação, acusados de roubo, foram seviciados no Departamento de Investigações. Segundo o Deputado, "isso não é coisa nova. Sabe-se que para descobrir os crimes mais fáceis, a polícia inflige torturas aos cidadãos que são presos. Desses dois cidadãos a que me refiro, um deles está a beira da loucura e foi internado, segundo afirma aquele jornal, no Manicômio Judiciário, após passar pela seção de choques e pelos outros instrumentos de tortura que a Polícia de São Paulo usa para arrancar confissões de inocentes também. O outro, foi internado num hospital particular, também atacado das faculdades mentais." (AALSP, 1960)

O Deputado pedia ao Presidente da Assembléia para que fosse comunicado o Secretário da Segurança pois, "é preciso terminar, na Polícia, com o método 'pau-de-arara', o método do choque elétrico, com pontapés, murros e chibatadas, pois isso só demonstra a ineficiência de uma polícia que não descobre crime nenhum, exceto quando, na maioria das vezes, o inocente paga pelo pecador." (AALSP, 1960).

No mesmo dia, o Deputado Antônio Moreira pedia que fossem "punidos severamente aqueles subalternos que utilizam o método de tortura comumente conhecido por 'pau-de-arara' para conseguir confissões de elementos detidos pela polícia paulistana, dado que a utilização do mesmo afronta nossos foros de civilidade e, ainda, porque São Paulo é a cidade que maior projeção tem em todo país e quiçá no exterior, pela pujança progressista." (AALSP, 1960)

Em 24.06.1961, o Deputado Cid Franco se pronuncia requerendo ao Poder Executivo que tome providências contra os agressores do sr. José Ivan Gibin de Mattos. O Deputado diz que o sr. Ivan Gibin teve suas mãos amarradas atrás das costas; foi obrigado a permanecer deitado no chão da via pública e, todas as vezes que tentava levantar, o guarda pisava sua cabeça. Ao chegar à delegacia, o Delegado se recusou a ouvi-lo e mandou encarcerá-lo. No xadrez foi novamente espancado. Depois de apanhar e pelo fato de se defender estava sujeito a processo. Assim, o Deputado afirmava: "(...) Parece-me necessário e urgente conciliar a autoridade de

polícia paulista com processos civilizatórios e humanos. Arbitrariedade e agressões não devem ser admitidas, sejam quais forem às vítimas (...)" (AALSP, 1961).

Em agosto de 1961, o Deputado Hilário Torloni se pronunciou sobre um caso que provocou bastante polêmica na época e que foi o chamado "crime do Morumbi". Havia em torno do crime uma série de suspeitas de que pessoas pertencentes às camadas mais altas da sociedade estivessem envolvidas. Autoridades policiais foram substituídas no curso das investigações e um suspeito fora preso e havia sido morto em decorrência dos espancamentos impostos pela Polícia. O Deputado assim se manifestou:

"Srs. Deputados, morreu mais uma das vítimas da sanha policial: o corretor Laércio Paschoal Luongo, suspeito da autoria do chamado 'crime do Morumbi'. O inquérito processava-se na Delegacia de Homicídios, que já havia apontado como autor deste crime um Rodrigues Alves. Por essa razão, o titular da Delegacia foi sumariamente afastado. E ali foi lotado um Delegado de 5ª classe, que responde pelo sobrenome de Tucunduva. O mesmo que agora o Sr. Secretário da Segurança, com uma medida saneadora, se bem que um pouco tardia removeu daquela Delegacia, como autor do bárbaro espancamento que ocasionou a morte do corretor Laércio Paschoal Luongo. O crime do Morumbi vai merecer um exame mais alongado em outra oportunidade. Fica este meu discurso apenas na morte do corretor, provocada pelas sevícias sofridas naquela Delegacia, a exemplo do que vem ocorrendo não apenas neste governo, mas de longa data, na Delegacia de Homicídios, na Delegacia de Costumes e, principalmente, na Delegacia de Roubos. Ali se instituiu um sistema medieval de obter confissões. Exatamente como Torquemada conduzia os interrogatórios na Inquisição, o Delegado Tucunduva, e mesmo outros, agem hoje em algumas delegacias do Departamento de Investigações. O tratamento é dos mais desumanos e a polícia não entendeu ainda uma coisa muito simples, isto é, que a função dela não é obter confissões de ninguém. É fazer investigações, colher provas, averiguar fatos, prevenir crimes e reprimi-los, deixando ao Poder Judiciário a manifestação superior sobre a culpabilidade dos [acusados] (...) pela polícia ou por qualquer cidadão.

"Houve o caso de um indivíduo retirado da Delegacia de Roubos já morto, em conseqüência dessas torturas, que foi levado por investigadores e enterrado nas proximidades desta Capital sob alguns quilos de cal. Ali devo encontrar ainda os ossos desse indivíduo, porque o Deputado, hoje, precisa substituir a polícia, investigar a polícia, que está prenhe de criminosos. A crítica não pode ser feita à polícia indiscriminadamente porque esta Casa mesmo tem feito justiça inúmeras vezes aos bons policiais, que se rebelam e se revoltam contra a violência, contra as arbitrariedades, contra esses processos desumanos, vis. (...) maus policiais instauraram como processo de fabricar criminosos, de obter confissões, a qualquer custo, como se a função da polícia fosse a de obter confissão de alguém." (AALSP, 1961)

Em 04.04.1963, o Deputado Oswaldo Rodrigues Martins também se manifestava sobre um caso de arbitrariedade da polícia. O fato tinha ocorrido no dia 24.03.1963, onde o Sr. Benedito foi detido arbitrariamente por um grupo de investigadores do Departamento de Investigação (DI), chefiado por "Paulo Tiroteio", sendo levado até a Capital do Estado e trancado num xadrez do DI. Segundo o Deputado, "ainda no mesmo dia, (domingo), por volta das 22 horas, foi Benedito retirado do xadrez e levado até a pequena cela, onde depois de despido e amarrado com pedaços de flanela e corda, foi submetido ao suplício vulgarmente denominado 'pau-de-arara', ou 'cambau', sendo certo que, concomitantemente recebia cargas elétricas provenientes de dois aparelhos, um de 250 volts, e outro de 500 volts..." Com tal tortura objetivavam os investigadores a confissão de furtos ocorridos na faixa do cais de Santos, no valor de um milhão de cruzeiros. Como o detido nada sabia sobre o fato, os investigadores pediram-lhe Cr$ 500.00,00 (quinhentos mil cruzeiros), para que o Sr. Benedito não fosse mais importunado. O Deputado então, requeria ao Secretário de Segurança Pública as providências necessárias para apuração dos fatos e para o resguardo das garantias individuais (AALSP, 1963).

7. O golpe de 1964

Quando ocorreu o golpe de 1964, já estava, portanto, bastante enraizada na Polícia uma rotina de ações ilegais e de imposição de maus tratos e tortura. Principalmente os indivíduos que cometiam crime de roubo e furto eram submetidos ao pau-de-arara. Mediante a submissão do bandido a essa tortura, esperava-se a obtenção da confissão dos crimes cometidos. Esse era o caminho mais curto que não demandava trabalho policial como a perícia técnica, a investigação. Ao pau-de-arara se juntou a imposição de choques elétricos. Depois de 1964, um dos locais onde imperava a tortura a presos comuns era o Departamento de Investigações, que segundo o jornalista Percival de Souza (2000) tinha regularmente na sua carceragem cerca de 800 presos que eram mantidos ali para 'averiguações'. Na entrada dos elevadores desse prédio teria sido colocado, segundo o mesmo jornalista, um cartaz com os dizeres "Contra a pátria, não há direitos", que era reveladora das práticas de ilegalidade então vigentes nos órgãos policiais e que sugeria uma equiparação 'legítima' entre a repressão política e ao crime comum.

A denúncia de violência praticada por membros das forças policiais voltaria a ser motivo de pronunciamento de parlamentares como Jamil Gadia. Em 10.01.1968, referia-se às arbitrariedades da Polícia de Campinas que, segundo ele, "invade domicílios sem qualquer mandado judicial, espanca, atira a esmo" (AALSP, 1968). Ilustrou essa denúncia com um episódio no qual o guarda-civil Antonio Pereira Veiga havia baleado um jovem de 17 anos, Aldo Ribeiro, por estar arrecadando apostas para o jogo do bicho. O rapaz levou uma coronhada e foi baleado à queima-roupa. O Deputado sugeria a abertura de uma Comissão de Inquérito para apurar o que se passava na Delegacia Regional de Campinas. Em 16 de janeiro, Jamil Gadia voltava ao caso para informar que o jovem viera a falecer. Reclamava a punição do guarda-civil e ainda mencionava as ameaças que jornalistas do *Diário do Povo* estavam recebendo por divulgar o caso.

Não é objetivo deste artigo avançar nos exemplos de tortura a criminosos comuns sob o regime autoritário pós-64 e nas conexões da repressão política com

a repressão ao crime comum mas cabe lembrar que em São Paulo se forma, no final dos anos sessenta do século XX, o Esquadrão da Morte, que teve considerável amparo dos governantes do período (Bicudo, 1978).

8. Considerações finais

Os inúmeros exemplos mencionados ao longo deste texto são suficientes para indicar que a violência ilegal e as práticas de imposição de tortura e maus tratos a presos comuns são recorrentes na história das instituições de controle social no Brasil. Nesse sentido, é fácil reconhecer que os períodos autoritários, como o Estado Novo e o regime militar pós-64, ampliaram e aprofundaram tais práticas mas o maior desafio para a compreensão das razões da persistência dessas práticas está no fato de, mesmo nos períodos de vigência do regime democrático, as políticas para a área de justiça criminal não conseguirem estabelecer um novo paradigma de organização e funcionamento dos aparatos policial e prisional, de acordo com os princípios democráticos e com as normas constitucionais.

O período que se segue à recente redemocratização vem demonstrando a persistência da prática da tortura e maus tratamentos nas ações policiais dentro e fora das delegacias e nos espaços prisionais. Há casos famosos como o do 42.º DP, em 1989, o caso da favela Naval, em 1997, o do chinês naturalizado brasileiro, Chan Kim Chang, em 2003, mas há uma infinidade de outros casos de tortura e de imposição de maus tratos que ganham pouca notoriedade. As entidades de defesa dos direitos humanos, as ouvidorias de polícia ou mesmo do sistema penitenciário, as comissões de direitos humanos das casas legislativas e os observadores internacionais já produziram diversos relatórios sobre a impressionante presença da tortura em nosso meio.

A persistência desses casos de violência ilegal, de tortura e de maus tratos na história brasileira recente desafia nossa capacidade de explicação sociológica para esse fenômeno, bem como nos obriga a buscar possíveis soluções para além

do simples aperfeiçoamento do aparato legal. Pesquisas mais aprofundadas podem indicar a necessidade de conhecermos melhor os valores, os costumes e as percepções incorporados pelos operadores de todo o sistema de justiça criminal e que fazem com que sejam alimentadas as práticas de violência e de tortura, mesmo em meio a um ordenamento legal que as interdita.

9. Bibliografia e referências

ADORNO, Sérgio. Consolidação democrática e políticas de segurança no Brasil: rupturas e continuidades. In: ZAVERUCHA, Jorge (org.) *Democracia e instituições políticas Brasileiras no final do século XX*. Recife: Bagaço, 1998.

ADORNO, Sérgio. Sistema Penitenciário no Brasil: problemas e desafios. *Revista USP*, 9:57-64, 1991.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer* – o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas*: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, Col. Monografias, 2003.

ASSALY, Alfredo Issa. Relatório das atividades da Polícia de São Paulo, em 1943, apresentado ao Exmo. Sr. Dr. Fernando Costa, interventor federal no estado, pelo Dr. Alfredo Issa Assaly, secretário de segurança pública. *Arquivos da Polícia Civil*, 7:351-379, 1944.

BICUDO, Helio Pereira. (1978) *Meu depoimento sobre o esquadrão da morte*. 7. ed. São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1978.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros:* crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Edusp/Ed. 34, 2000.

CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura:* o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro-São Paulo: Eduerj/Edusp, 1998.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

COELHO, Edmundo C. A administração do sistema de justiça criminal. *Dados* 29(1):61-81, 1986.

COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo:* crise e conflito no sistema penitenciário do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, IUPERJ/ Espaço e Tempo, 1987.

COSTA, Fernando. *Relatório apresentado ao Exmo. Sr. Presidente da República, Dr. Getulio Vargas pelo interventor federal Fernando Costa.* São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1944.

COSTA JR., Paulo José da. *O incrível Meneghett.* São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

CUNHA, M. Clementina P. *O espelho do mundo:* Juquery, a história de um asilo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

DIAS, Benedito Nunes. *Motim da ilha.* São Paulo: Soma, 1984.

DIAS, Maria Odila Leite da Silva. *Quotidiano e poder em São Paulo no século XIX.* São Paulo: Brasiliense, 1995.

DUARTE, Paulo (1952). Ilha Anchieta, uma burla sórdida. *Anhembi*, 21(7):463-477, 1952.

_____. _____. _____, 22(8):56-77, 1952 a.

FIGUEIREDO, Adherbal Oliveira. *Tenente Galinha, caçador de homens.* Eu sou a lei. São Paulo: Exposição do Livro, 1965.

FISCHER, Rosa M. e ADORNO, S. *Análise do sistema penitenciário do estado de São Paulo*: o gerenciamento da marginalidade social. Relatório de pesquisa, São Paulo: CEDEC, 1987.

FONSECA, Guido. *Crimes, criminosos e a criminalidade em São Paulo* – 1870-1950. São Paulo: Resenha Tributária, 1988.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. *Microfísica do poder.* Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata.* São Paulo: Unesp, 1997.

GARLAND, David. *Punishment and modern society*: a study in social theory. Oxford: Clarendon, 1995.

GARLAND, David. *The culture of control:* crime and social order in contemporary society. Chicago: The University Chicago Press, 2001.

ISSA, Alfredo. Quatro dias entre quatrocentos vagabundos. *Arquivos da Polícia Civil de São Paulo*, 5:21-53, 1943.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1986.

LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 10(4):65-84, 1989.

MACIEL, Arthur Antunes. (Dr. Antonio) (2000). *Memórias de um rato de hotel.* 1. ed. Rio de Janeiro: Dantes, 1912.

MENEZES, Raimundo de. O 'Tenente Galinha' e um pouco de sua história. Revista *Investigações.* São Paulo, 2:107-115, 1949.

_____. *Histórias da história de São Paulo*. São Paulo: Melhoramentos, 1954.

_____. *Crimes e criminosos célebres*. São Paulo: Martins, 1962.

MINGARDI, Guaraci. *Tiras, gansos e trutas:* cotidiano e reforma na polícia civil. São Paulo: Scritta, 1992.

PAIXÃO, Antônio Luiz. *Recuperar ou punir?* Como o Estado trata o criminoso. São Paulo: Cortez, 1987.

PAIXÃO, Antonio L. Crime, controle social e consolidação da democracia: as metáforas da cidadania. In: REIS, F.W. e O'DONNELL, G. (orgs.) *A democracia no Brasil:* dilemas e perspectivas. São Paulo: Vértice/Revista dos Tribunais, 1988, p. 168-199.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Escritos indignados*: polícia, prisões e política no Estado autoritário (no 20.º aniversário do Regime de Exceção, 1964-1984). São Paulo: Brasiliense, 1984.

PINHEIRO, P. S.; MENDEZ, J. & O'DONNELL G. (orgs.) *Democracia, violência e injustiça*: o não-estado de direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Transição política e não-estado de direito na República. In: SACHS, I., WILHEIM, J. e PINHEIRO, P. S. *Brasil*: um século de transformações. São Paulo: Cia. das Letras, 2001, pp. 260-305.

PORTELA, Fernando, FAERMAN, Marcos & SOUZA, Percival. *Violência e repressão*. São Paulo: Símbolo, 1978

SALLA, Fernando. *As prisões em S. Paulo, 1822-1940*. São Paulo: Annablume/ Fapesp, 1999.

SOUZA, Luis Antonio Fco. de. *São Paulo, polícia urbana e ordem disciplinar*. A Polícia Civil e a ordem social na Primeira República. Dissertação de Mestrado, Depto. de Sociologia, FFLCH, USP, 1992.

SOUZA, Percival. *Autópsia do medo:* vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury. São Paulo: Globo, 2000.

TAVOLARO, Douglas. *A casa do delírio*: reportagem no manicômio judiciário de Franco da Rocha. São Paulo: Senac, 2002.

Efeitos da denúncia da mulher na reincidência da violência física do parceiro[1]

Lúcia Cavalcanti de Albuquerque Williams
Doutora em Psicologia Experimental (USP), Mestre em Psicologia (Universidade de Manitoba, Canadá), professora do Departamento de Psicologia da UFSCar e Coordenadora do Laboratório de Análise e Prevenção da Violência.

Fernanda Martins França Pinheiro
Psicóloga e mestre em Educação Especial pela UFSCar. Bolsista de Iniciação Científica CNPq (Pibic/UFSCar) na ocasião do estudo.

Sumário: 1. Introdução – 2. Método: 2.1 Participantes; 2.2 Procedimento de coleta de dados – 3. Resultados – 4. Discussão e conclusão – Referências Bibliográficas.

Resumo: Esse estudo teve como objetivo comparar a freqüência e intensidade do comportamento do parceiro agressor nos casos em que a mulher denunciou a violência sofrida, mantendo a denúncia até a audiência no Fórum Criminal (Grupo A), e nos casos em que ela optou por não formalizar a queixa, ou desistiu do inquérito policial (Grupo B). Foram convidadas a participar do estudo 75 mulheres e 35 deram consentimento (22 do Grupo A; 13 do Grupo B). As participantes foram acompanhadas ao longo de um ano, sendo que as mulheres

1. Trabalho apresentado no II Congresso Internacional de Violência na Família, *International Network on Family Violence*, Junho de 2003, Praga, República Tcheca.

do grupo A relataram um número significativamente menor de episódios de violência física por parte do parceiro do que as mulheres do grupo sem queixa.

Abstract: This study was aimed at comparing the frequency and intensity of aggressive behaviors by male partners in situations where females reported such violence at the Brazilian Women's Police Station (Group A), to cases in which women opted not to press charges (or recanted such charges). Seventy-five women were invited to take part of the study and only 35 gave informed consent (22 from Group A; 13 from Group B). Participants were monitored for one year. Group A women reported significantly less episodes of physical violence by partner than women who had not pressed charges.

Palavras-chave: Violência contra a mulher – Delegacia da mulher – Lesão corporal dolosa.

Key-words: Violence against women – Women's Police Station – Assault and battery.

1. Introdução

O foco principal desse estudo será a violência contra a mulher perpetrada por seu companheiro, ou violência de gênero, também referida por violência doméstica, embora o último termo seja mais amplo, pois abrange a vitimização de crianças por familiares.

Sinclair (1985, p. 15) caracteriza a violência contra a mulher como:

"(...) a intenção do parceiro de intimidar, quer sob forma de ameaça ou sob forma de força física dirigida à mulher ou propriedade. O propósito é o de controlar o comportamento da mulher por meio da indução de medo. Subjacente a todo abuso está um desequilíbrio de poder entre a vítima e o agressor".

A violência doméstica e, mais especificamente, a violência conjugal não é um fenômeno recente, ocorrendo ao longo de, possivelmente, toda a história da

humanidade (Araújo, 1996; De La Borda & Tozzini, 1998). Essa violência não conhece barreiras de classe ou etnia e ocorre em todas as sociedades (Soares, 1999; Saffioti, 1999; De La Borda & Tozzini, 1998), afetando as percepções que a mulher tem a respeito de si e do outro, suas relações sociais (Soares, 1999), sua saúde física e mental (Heise, Pitanguy & Germain, 1994) e sua vida econômica (Saffioti & Almeida, 1995), visto que muitas vezes as mulheres perdem dias de trabalho em decorrência da violência recebida. A literatura (Saffioti, 1997; Sinclair, 1985; De La Borda & Tozzini, 1998) identifica pelo menos três tipos de violência contra a mulher: física, sexual e psicológica, sendo que a destruição de propriedade (vestidos, documentos, etc.) pode, também, ser considerada como um exemplo de violência psicológica.

Uma revisão de estudos, realizada por Heise, Pitanguy e Germain (1994), constatou que as mulheres vítimas de violência doméstica tinham um estado de saúde física e mental significativamente pior do que as mulheres não vítimas. Os autores apontaram que, dentre as conseqüências à saúde física e mental das mulheres vítimas de violência encontram-se: doenças sexualmente transmissíveis, lesões, inflamações pélvicas, gravidez não desejada, aborto espontâneo, dor pélvica crônica, dores de cabeça, problemas ginecológicos, abuso de drogas/álcool, asma, síndrome do intestino irritável, condutas nocivas à saúde (fumar, sexo inseguro), deficiência física permanente ou parcial. A saúde mental da mulher poderia ser prejudicada por desordens como: o Transtorno de Estresse Pós-Traumático, depressão, ansiedade, disfunção sexual, desordens da alimentação, entre outros problemas. Há, também, para os autores, evidências que sugerem que a violência possa estar associada a efeitos físicos tardios, em especial artrite, hipertensão e doenças cardiovasculares.

Apesar de a violência contra a mulher ser tão presente na sociedade, o fenômeno é pouco visível (Camargo, Dagostin & Coutinho, 1991), principalmente se a agressão ocorrer dentro do lar. Saffioti (1997) afirma que é exatamente pelo fato de tal fenômeno ser privado que ele requer uma mobilização especial de toda a sociedade.

Diversos estudos têm apontado o casamento e a família como contextos de grande incidência de violência, sendo que para muitas pessoas, o lar representa um local tão ou mais perigoso que a rua (Soares, 1999). A agressão por parte do marido ou companheiro é a forma mais comum de violência contra a mulher (Fontana & Santos, 2001) e, de acordo com dados do IBGE, apresentados por Hermann e Barsted (1999), os homens são predominantes dentre as vítimas dos crimes cometidos no espaço público, enquanto as mulheres são as vítimas predominantes no espaço privado. Murphy (2003), citando Heise, Ellsberg e Gottemoeller (1999), relata que uma meta-análise da pesquisa sobre violência contra a mulher indicou que, em todo o mundo, um terço das mulheres são agredidas, forçadas a fazer sexo e sujeitas a extremo abuso emocional por parte de seus companheiros. Nos Estados Unidos, a cada ano, 1,5 milhão de mulheres são fisicamente agredidas ou estupradas por seus companheiros (Murphy, 2003).

As estatísticas sobre a violência doméstica em escala nacional são ainda precárias no Brasil (Soares, 1999). No âmbito nacional há dados levantados pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Violência Contra a Mulher que baseou-se em 205.219 ocorrências de vinte estados da Federação, referentes ao período de janeiro de 1991 a agosto de 1992. Apesar de os dados serem parciais e imprecisos e das críticas recebidas quanto à metodologia utilizada e análise dos resultados (Saffioti & Almeida, 1995; Soares, 1999), os dados sugerem que a violência contra a mulher ocorre especialmente no lar, sendo os delitos mais denunciados os de Lesão Corporal Dolosa (LCD) e ameaça.

Basso, de Souza e Williams (1999) realizaram um levantamento sobre a violência denunciada durante o ano de 1997 na cidade de São Carlos. Os dados encontrados foram coerentes com dados de outros autores (Saffioti & Almeida, 1995; Camargo, Dagostin & Coutinho, 1991; Madureira, 1997), indicando que as denúncias mais freqüentes eram de LCD e ameaça e que na maioria dos casos de agressão (no caso, 58,3%) a vítima possuía um relacionamento amoroso com o agressor.

Os resultados coletados em prontuários das Delegacias de Defesa da Mulher (DDM) não dão, naturalmente, uma visão real do fenômeno da violência contra a mulher, levando-se em consideração que muitos casos – se não a maioria – não chegam a ser denunciados. Entretanto, os dados sobre a violência denunciada são importantes para um melhor conhecimento do fenômeno da violência de gênero, gerando mais pesquisas a respeito do assunto.

Saffioti (1999, p. 23), relata uma mudança, ao longo dos anos, ocorrida no tipo de denúncia realizada pelas mulheres: "Em 1988, 85% das denúncias registradas nas primeira e terceira DDM de São Paulo foram de agressão e 4,17% de ameaças. Em 1992, nas mesmas delegacias, as denúncias de agressão caíram para 68% dos casos, com as ameaças subindo para 21,3%".

Em um levantamento sobre as denúncias ocorridas na DDM de São Carlos, entre os anos de 1989 (ano de fundação desta delegacia) a 2001, Williams (2001a) encontrou dados semelhantes aos de Saffioti, com um aumento significativo das denúncias de violência psicológica (neste caso, ameaças) comparando-se o primeiro e o último ano analisados.

Saffioti vê esses dados como indicativos de que a apresentação da queixa numa delegacia e a conseqüente advertência policial já são suficientes para cessar a violência. Segundo Williams (2001b), a impressão decorrente desse fato é a de que, após a denúncia, o agressor recebe uma mensagem clara e forte de que a agressão física contra a mulher não é aceita pela comunidade e, assim, a queixa seria uma forma de deter o comportamento violento do agressor.

Embora tenha havido avanços nas últimas três décadas decorrentes da luta desencadeada pelo movimento feminista a favor dos direitos das mulheres e de esforços para transformar a violência doméstica em um assunto discutido e sujeito a punições, ainda há muito a fazer, principalmente em relação às políticas públicas para combate e prevenção dessa violência. Vários são os indicadores que denunciam a falta de punição para esse tipo de crime, como o alto índice de proces-

sos arquivados e absolvições (Saffioti, 1999; Soares, 1999; De La Borda & Tozzini, 1998; Teixeira & Grossi, 2000).

Desouza, Baldwin e Rosa (2000) apontam para a ineficiência e inadequação geral do sistema judiciário brasileiro, que, segundo os autores, resulta de uma mistura de preconceito e incompetência por parte da polícia, o que faz com que as próprias mulheres não procurem a justiça. Além disso, há uma escassez de recursos materiais e humanos nas Delegacias da Mulher (Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 2001; Massuno, 2002), o que dificulta a investigação das denúncias e andamento dos inquéritos policiais, além de criar problemas quanto à identificação de certos tipos de violência (como a psicológica), o que faz com que os processos sejam arquivados.

Williams (2001b) afirma que quando o parceiro passa a apresentar menos agressões físicas à sua mulher, passando a fazer ameaças com maior freqüência, nota-se que há uma mudança na topografia do comportamento violento. Embora a cessão da violência física represente uma grande conquista para a mulher (muitas vezes isto significa salvar sua vida), se a violência mudar de forma isso deveria ser investigado, pois a mulher continua sendo vítima de uma outra modalidade de violência (violência psicológica), que também traz conseqüências negativas para a vítima, podendo inclusive ser fatal, dado o risco de suicídio entre essas mulheres.

Em um mapeamento dos tipos de delito registrados na DDM de São Carlos entre janeiro e abril de 1999, (Williams et al., 1999) verificou-se que, dentre as queixas de ameaça contra mulheres, 69,2% foi relativa a ameaças de morte, fato que é preocupante, levando-se em conta a possibilidade de tais ameaças se concretizarem em agressões fatais.

O presente trabalho deu prosseguimento ao estudo piloto conduzido por Williams (2001c), no qual identificou-se que as mulheres que registraram queixa contra seus parceiros agressivos na Delegacia da Mulher relataram menos episódios de violência conjugal nos três primeiros meses consecutivos à denúncia, em

relação a mulheres participantes que não o fizeram. O estudo atual (realizado com um número maior de participantes) teve como objetivo identificar alterações no comportamento violento do parceiro, comparando o relato da mulher sobre a reincidência de tal comportamento nos casos em que esta prestou queixa e quando ela optou por não formalizar a denúncia.

Tal proposta adquire relevância, pois, apesar de vários setores da sociedade (como pesquisadores, mídia, advogados e profissionais que atendem as mulheres vítimas de violência doméstica) defenderem a denúncia, o presente estudo encontrou ausência de evidência empírica sobre o assunto na literatura brasileira e internacional.[2]

Dutton, Goodman e Bennett (2001) e Cramer (1999), afirmaram que há poucos estudos sobre a mulher agredida e o sistema judiciário. Maiuro (2001, p. XV), referindo-se aos Estados Unidos, afirma que: "Dado a grande dependência do sistema de justiça criminal como estratégia de proteção às mulheres agredidas é surpreendente que não tenha havido mais estudos sobre a relação entre os tipos de abuso e a procura de ajuda de mulheres nos tribunais".

Se tal afirmação é válida para a América do Norte, torna-se mais premente à nossa realidade, cuja pesquisa na área é mais recente. Uma vez demonstrado que a denúncia às autoridades policiais colabora para diminuir a violência no lar, as mulheres poderiam ser encorajadas de forma mais enfática a denunciar tal violência nas DDMs.

Adicionalmente, dado o baixo *status* das Delegacias da Mulher na corporação policial (Saffiotti, 1993; Williams et al., 2000; Fontana & Santos, 2001) e a percepção de grande parte das policiais de que seu trabalho é irrelevante (visto que o índice de condenações é mínimo, conforme Saffioti, 1999), os resultados, se confirmados, poderiam contribuir para a validação social do trabalho realizado pelas policiais na DDM.

2. Fontes consultadas: Scielo, periódicos da Capes.

2. Método

2.1 Participantes

A triagem das participantes ocorreu por meio de plantões realizados na DDM uma vez por semana, às segundas-feiras (dia indicado pelas policiais como sendo o de maior movimento) e no Fórum Criminal de São Carlos. Na fase de triagem das participantes, foram contatadas 75 mulheres sendo que dessas, 25 não aceitaram participar da pesquisa; 50 aceitaram, mas apenas 35 compareceram à Entrevista Inicial. Assim sendo, participaram dessa pesquisa 35 mulheres que sofreram violência física por parte do companheiro e foram à DDM ou ao Fórum Criminal de São Carlos procurar auxílio a respeito da violência sofrida.

Os critérios para a triagem das participantes foram os seguintes: idade acima de dezoito anos; relacionamento amoroso entre a vítima e o parceiro agressor; coabitação entre a vítima e o agressor pelo menos até o dia da última agressão que levou a mulher a procurar a DDM (descartando-se os casos de agressão após separação). Apenas as participantes que assinaram o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (contendo objetivos do estudo e especificando cuidados éticos com a pesquisa em seres humanos) participaram do estudo.

As 35 participantes dividiram-se em dois grupos:

– Grupo A: 22 mulheres vítimas de violência física do parceiro que prestaram queixa à polícia, tendo posteriormente comparecido à audiência no Fórum Criminal de São Carlos;

– Grupo B: 13 mulheres vítimas de violência física por parte do companheiro que optaram por não registrar queixa do episódio de agressão, sendo que dessas, oito jamais prestaram queixa policial e cinco o fizeram, mas desistiram de dar procedimento à ocorrência, retirando a denúncia ou não comparecendo à audiência.

2.2 Procedimento de coleta de dados

Para o início da coleta de dados foi realizado um encontro inicial com as mulheres na sala de Psicologia da DDM ou em outro local da preferência das participantes (sala do LAPREV, Laboratório de Análise e Prevenção da Violência, na UFSCar, ou na residência da mulher), com cerca de uma hora de duração. Passes gratuitos foram oferecidos àquelas mulheres que precisaram se deslocar de suas casas até o local da entrevista.

No encontro inicial, as mulheres assinavam o Termo de Consentimento, autorizando sua participação na pesquisa, e respondiam a dois instrumentos:

a) Entrevista inicial com mulheres vítimas de violência doméstica: entrevista semi-estruturada que tinha por objetivo coletar dados a respeito do nível sócio-econômico da família, escolaridade, dados sobre a saúde da vítima e do agressor, histórico da violência, grau de isolamento da mulher e crenças a respeito da violência e da denúncia.

b) Escala de Tática de Conflitos Revisada – CTS-2 (Straus et al., 1996): instrumento utilizado, com freqüência, em pesquisas sobre violência doméstica na América do Norte, que permite uma medida de auto-relato anual da ocorrência de violência física, psicológica e sexual entre o casal, e suas conseqüências (ferimentos), além de conter uma sub-escala relativa à negociação. Para atender aos objetivos desta pesquisa, foram escolhidos apenas doze itens referentes à agressão física, seis itens referentes aos ferimentos resultantes da agressão e três referentes à escala de coerção sexual, sendo descartados os itens referentes à escala de negociação e violência psicológica. A tradução utilizada nesta pesquisa foi a de Cortez, Padovani e Williams (2002) com a autorização do primeiro autor (Murray Straus).

Após a realização do primeiro encontro era realizada a *Entrevista de Acompanhamento* (EA) com cada participante nos três meses subseqüentes ao encontro inicial (EA1, EA2, EA3) e no sexto ou sétimo mês após a denúncia (EA4).

Essa entrevista ocorria, preferencialmente, por telefone, tendo a duração média de quinze minutos. A Entrevista de Acompanhamento consistiu em um roteiro de perguntas semi-estruturado com o objetivo de coleta de dados sobre a ocorrência ou não da agressão no mês anterior, a natureza e freqüência dessa agressão (nos casos em que esta havia ocorrido), presença de violência psicológica (ameaças e destruição de propriedade), relacionamento familiar e procedimentos legais (se houve alguma denúncia ou nova audiência no Fórum).

Para fins de categorização dos resultados, foi realizada, pelas pesquisadoras, uma classificação da violência em *severa* ou *leve* com base nas recomendações da *Escala de Táticas de Conflito Revisada* (Straus et al., 1996). Neste instrumento, os autores classificam como violência física *leve* em relação ao parceiro: empurrar, segurar com força, dar um tapa, torcer o braço, puxar o cabelo, jogar algo que pode machucar. A violência *severa* seria constituída por atos como: chutar, sufocar ou estrangular, jogar contra a parede, queimar ou derramar líquido quente, usar de força para obrigar o parceiro a fazer sexo, usar uma faca ou uma arma contra o parceiro. Sendo assim, em cada etapa da pesquisa foi possível avaliar a violência relatada pela participante.

Um ano após a primeira entrevista foi realizada uma *Entrevista Final (Follow-Up)*, realizado na sala de Psicologia da DDM, ou na casa das participantes, conforme preferência da mesma. No *follow-up* (FU) as participantes responderam a um roteiro semi-estruturado que continha todos os itens da EA e mais alguns itens que procuraram investigar crenças e atitudes da mulher em relação à violência doméstica. Além disso, aplicou-se novamente a CTS-2 como tentativa de medir a ocorrência da violência física e sexual de todas as participantes ocorrida no período de um ano.

O delineamento experimental utilizado foi um delineamento quase-experimental de grupo, acoplado a um delineamento de múltiplas sondagens (Cozby, 2003).

3. Resultados

A Tabela 1 apresenta uma caracterização das mulheres participantes da pesquisa e dos agressores, dados obtidos pelo relato das participantes, durante a EI.

De modo geral, o perfil das mulheres participantes deste estudo foi: média de idade de 34,5 anos, sendo que 40% possuía idade entre 30 e 40 anos, 76,4% era casada e 65,5% exercia alguma atividade remunerada, geralmente, trabalhando como empregada doméstica. O tempo médio de relacionamento com os parceiros agressores foi de 11,8 anos e 42,8% das mulheres não havia completado o ensino fundamental. Apenas duas participantes, sendo uma de cada grupo, possuía diploma universitário.

O perfil do homem agressor encontrado nesta pesquisa indica que eles tinham aproximadamente a mesma idade e tempo de escolaridade que as parceiras, sendo que na maioria dos casos os homens também trabalhavam para o sustento da família. Notou-se que o uso de álcool pelos agressores foi freqüente em ambos os grupos, com 59,4% do total de homens fazendo uso de bebida alcoólica.

Por meio da EI foram levantados dados sobre presença de ameaças nos meses anteriores, agressividade do parceiro fora de casa e sinais de depressão para as mulheres de ambos os grupos. Em 82,8% dos casos as mulheres relataram que, antes da queixa, o parceiro fazia ameaças, sendo que 94% destas ameaças eram de morte. Segundo o relato de suas parceiras, a maioria dos homens (72,2%) não era violenta fora de casa, mantendo relações sociais adequadas com amigos e outros familiares. As participantes apresentaram pelo menos um sintoma de depressão em 68% dos relatos (que podia ser tristeza, choro sem motivo aparente, alterações no sono e/ou apetite, ou falta de ânimo) e 31% delas já haviam pensado em suicídio.

Tabela 1: Caracterização das participantes
e de seus parceiros, segundo auto-relato das participantes.

Variável	GA	GB	Geral
Participante			
Idade (anos)			
$\bar{x}$	34,4	34,6	34,5
Idade mínima/máxima	20-52	20-57	20-57
Tempo de educação			
$\bar{x}$ (anos)	7,3	7,9	7,6
Trabalha?			
Sim	77,3%	53,8%	65,5%
Estado Civil			
Casada	68,2%	84,6%	76,4%
União Estável	31,8%	15,4%	23,6%
Anos de relacionamento			
$\bar{x}$	11,6	12,1	11,8
Tempo mín./máx.	0,8-26	2-40	0,8-40
Tempo de agressão			
$\bar{x}$ (anos)	5,2	10,1	7,6
Tempo min./máx.	0*-13	0-40	0-40
Parceiro			
Idade (anos)			
$\bar{x}$	37,5	35,7	36,6
Intervalo	25-50	24-63	24-63
Tempo de educação			
$\bar{x}$ (anos)	5,6	6,5	6
Trabalha?			
Sim	90,9%	84,6%	87,7%
Consomem álcool:	72,7%	46,1%	59,4%
Consomem drogas:	4,5%	15,4%	10%

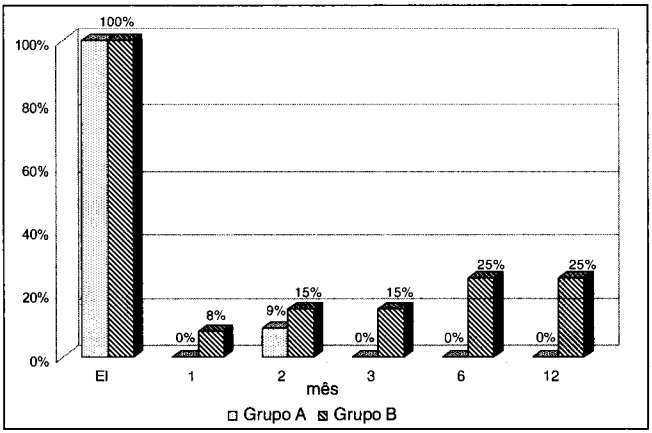
O símbolo *indica que aquela foi primeira agressão (isto ocorreu para 3 mulheres do GA e 2 mulheres do GB).

Após a EI, 50% das mulheres do GA e 30,7% das participantes do GB separaram-se de seus companheiros, sendo que, até o final da coleta de dados, apenas uma participante (17A) voltara a viver com o marido. Dentre as participantes que se separaram, não houve relato da ocorrência de agressão física após a separação.

Quando questionadas sobre o resultado da audiência no Fórum Criminal, apenas uma participante do GA relatou a ocorrência de penalidade para o agressor, que consistiu em doação de uma cesta básica para uma instituição da cidade. Em todos os outros casos, as participantes relataram que a conseqüência dada ao agressor consistiu em apenas uma reprimenda verbal e, em alguns casos, em ameaça de prendê-los caso a violência voltasse a ocorrer.

A Figura 1 apresenta o auto-relato das participantes sobre a ocorrência da violência ao longo da pesquisa. A porcentagem em cada fase é apresentada em relação ao número de participantes que, em cada grupo, relatou ter sofrido violência física no mês anterior à entrevista. Na fase de *follow-up*, a porcentagem foi calculada em relação ao total de participantes localizadas para cada grupo. Sendo assim, é importante ressaltar que, transcorrido um ano, não foi localizado 33% das participantes do grupo A e 38% das do grupo B, sendo os resultados apresentados nessa última fase referentes apenas às mulheres localizadas.

Figura 1 – Porcentagem de participantes que relataram ocorrência de violência física ao longo de um ano (por grupo).



Conforme ilustra a Figura 1, na Entrevista Inicial (EI), todas as participantes haviam sofrido violência física por parte do companheiro. Nos meses subseqüentes, duas participantes (9,1%) que haviam prestado queixa (GA) voltaram a ser agredidas (segundo mês após a EI), enquanto que, no grupo sem queixa (GB), seis participantes (25%) foram agredidas (algumas destas o foram mais de uma vez ao longo da pesquisa).

Comparando-se os dois grupos em todas as fases avaliadas (após EI), pode-se constatar que os resultados foram estatisticamente diferentes ($X^2 = 6,366$ [1]; p=.012), ou seja, houve uma diminuição da violência física para as participantes do GA quando comparado ao GB.

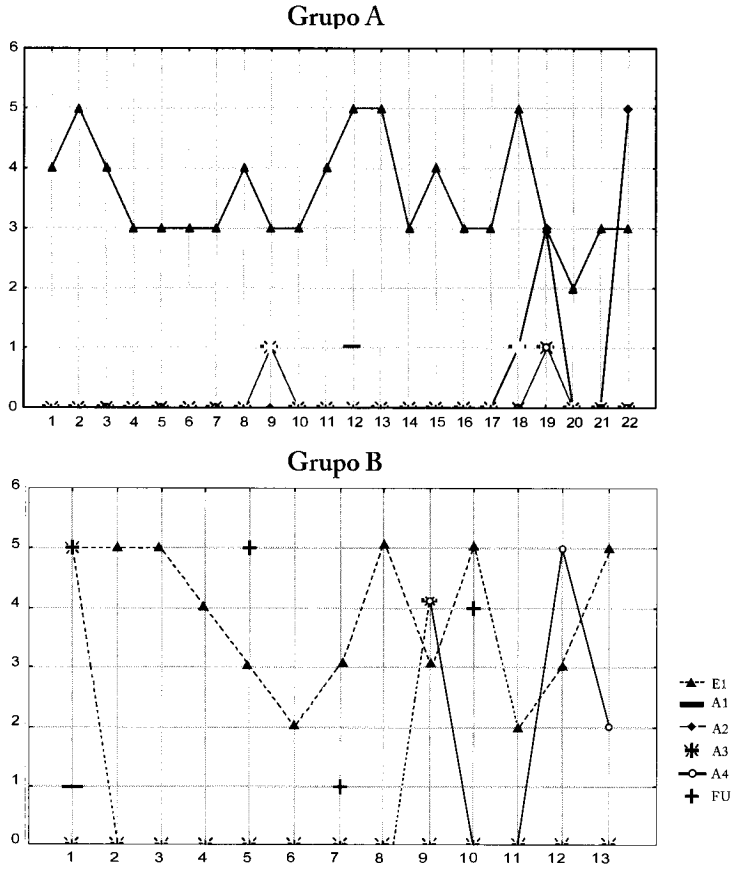
Analisando-se os grupos em cada fase da pesquisa, verificou-se, por meio do teste de hipótese para duas proporções, que estes foram diferentes apenas no quarto acompanhamento (p=0,046), realizado seis meses após a EI. No *follow-up* realizado após 12 meses, a diferença entre os grupos não foi significativa devido à existência de uma amostra menor de participantes, que não foram localizadas nesta etapa, como explicitado acima.

A Figura 2 detalha a intensidade e ocorrência de violência para cada uma das participantes, ao longo das fases da pesquisa. A linha de base (EI) refere-se ao relato da participante na Entrevista Inicial. Nos meses subseqüentes, esse controle foi realizado por meio das entrevistas de acompanhamento (A1, A2, A3 e A4) e do *follow-up*.

Em relação ao GA, pode-se perceber que, inicialmente, 54,6% das participantes relataram ter sofrido violência física leve e ameaça por parte do companheiro e 22,7% relataram ter sido vítima de violência física severa e ameaça. Após a denúncia, cinco participantes voltaram a ser ameaçadas por seus companheiros e duas voltaram a ser agredidas fisicamente (19A e 21A). As participantes 3, 7, 19, 21 e 22 não foram localizadas para a realização da entrevista de *follow-up*.

No momento da EI, 46,2% das participantes do GB relataram ter sido vítimas de violência física severa e ameaças por parte do companheiro e 30,8% disseram ter sofrido violência física leve. Nos meses subseqüentes, seis participantes (6B, 9B, 10B, 11B e 12B) voltaram a ser agredidas fisicamente por seus

parceiros, sendo que algumas foram agredidas mais de uma vez (1B e 9B). As participantes deste grupo não localizadas no Follow-up foram: 1, 3, 8, 11 e 13.



Legenda:

0 – sem violência;
1 – ameaça;
2 – violência física leve;
3 – ameaça e violência física leve;
4 – violência física severa;
5 – ameaça e violência física severa.

Figura 2 – Descrição da intensidade da violência sofrida pelas participantes. Para acompanhar o nível de violência relatado por cada participante nas diferentes fases da pesquisa, deve-se olhar no eixo das abscissas a identificação da participante e no eixo das ordenadas verificar o nível de violência relatado. Assim, por exemplo, pode-se perceber que a participante 1A relatou ter sofrido uma violência física severa (escore 4) na EI e nos meses subseqüentes à queixa não relatou ter havido agressões (escore 0 para todas as outras fases).

Analisando os dados da Escala de Táticas de Conflitos Revisada (CTS-2), constatou-se que 62,8% das participantes relatou sofrer algum tipo de coerção sexual, especialmente referente ao fato de o parceiro insistir em fazer sexo quando elas não queriam e também foram relatados casos de estupro conjugal, que não foram denunciados à polícia.

A Figura 3 ilustra a porcentagem de itens do CTS-2 quanto à ocorrência de violência física e sexual perpetrada pelos parceiros segundo as participantes. Foram excluídos desta análise os casos em que não foi possível realizar a segunda aplicação do CTS-2 com as participantes (seis do GA e cinco do GB).

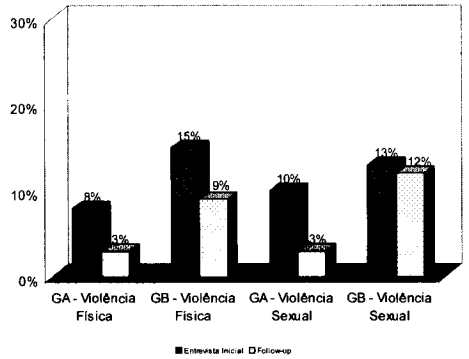


Figura 3 – Porcentagem de violência física e sexual cometida pelo parceiro, segundo relato das participantes (por grupo e fase do estudo).

Em média, pode-se perceber que a violência física e sexual diminuiu da EI para o FU em ambos os grupos. Por meio do *Teste T*, constatou-se, a um nível de 5% de significância, que o escore de violência sexual não diminuiu de forma significante, nas duas aplicações realizadas, para quaisquer dos grupos (p=0,288 para o GA e p=0,886 para o GB). Em relação à violência física, constata-se que o GA teve escore significativamente diferente nas duas fases (p=0.05), ou seja, houve uma diminuição desse tipo de violência da primeira para a segunda aplicação. No GB esta diferença não foi significativa (p=0,383).

4. Discussão e conclusão

O objetivo deste trabalho consistiu em identificar alterações no comportamento violento do parceiro agressor, verificando empiricamente o que acontecia com a freqüência do comportamento violento do parceiro, tanto após a mulher ter denunciado a violência sofrida na Delegacia da Mulher, quanto nos casos em que a mulher vítima não denunciou a violência. Neste sentido, os resultados obtidos confirmaram a hipótese inicial de que há uma diminuição da violência física por parte do parceiro agressor nos casos em que a mulher registra a queixa desta agressão.

Muitos estudos sobre a violência contra a mulher (Saffioti & Almeida, 1995; Soares, 1999) têm enfatizado o caráter endêmico desta violência, que não se limita a uma classe, raça ou cultura definida. No presente estudo, percebe-se uma predominância de participantes de baixo poder aquisitivo, mas, entre as mulheres participantes, havia tanto mulheres semi-analfabetas, quanto pessoas com dois cursos universitários; gente da "favela" e do "sobrado".

O que havia em comum entre essas mulheres, mesmo em relação àquelas que não fizeram a denúncia da agressão, era o sentimento de que a violência chegara a um nível que elas não mais poderiam suportar sozinhas, de forma que procuravam buscar alguma forma de ajuda, alguém para "mediar" os conflitos com o marido, defendê-las ou mesmo alguém somente disposto a escutá-las. Em dois casos, mulheres que tinham ido à DDM com o intuito relatado de registrar queixa da agressão, "mudaram de idéia" depois de aceitar participar da pesquisa e ter passado pela EI. Apesar de a pesquisadora ter se atido somente ao protocolo da entrevista (sem fazer qualquer tipo de aconselhamento), uma participante alegou "ter pensado melhor", resolvendo dar uma chance ao parceiro e a outra disse que voltaria em outro momento, mas acabou desistindo da queixa. Para evitar que isso acontecesse outras vezes, mudou-se o procedimen-

to e as mulheres que estavam na Delegacia para prestar queixa só foram entrevistadas depois que formalizaram a denúncia. Pereira (2000, p. 52), relata que muitos dos conflitos que chegam às Delegacias da Mulher, "não fazem parte do mundo formal das leis", sendo que, geralmente, "as vítimas estão em busca da resolução de conflitos aparentemente insolúveis". No caso desta pesquisa, percebeu-se que, muitas vezes, a "resolução", pelo menos momentânea, foi a "conversa" com as pesquisadoras (EI), que, segundo relato de algumas participantes, servia como fonte de alívio das tensões vividas por elas.

Em relação aos agressores, os dados aqui apresentados foram coerentes com os encontrados por Saffioti (1997), que relata que os estudos que procuraram traçar um perfil do agressor familiar encontraram que quase todos trabalhavam, mantinham relações sociais normais com seus colegas de trabalho e amigos, na maioria das vezes sendo considerados acima de qualquer suspeita. Além disso, confirmando dados da literatura (Kantor & Jasinski, 1998; Soares, 1999), percebe-se uma forte correlação entre o uso abusivo de álcool e a violência doméstica, sendo que, em nossa pesquisa, cerca de 60% dos agressores fazia uso abusivo de bebidas alcoólicas.

Muitas das participantes que relataram sofrer coerção sexual disseram que se submetiam à vontade do parceiro para "evitar briga", e algumas, como já relatado, chegaram a sofrer violência sexual severa (estupro e/ou ameaças de retaliação caso não fizessem sexo com o companheiro). Apesar disso, é preocupante notar que não houve denúncia da violência sexual sofrida por essas mulheres, pois o estupro no casamento não é um fenômeno raro, sendo apenas pouco discutido (Mahoney & Williams, 1998).

Em uma pesquisa realizada nos boletins de ocorrência da Delegacia Especializada em Defesa da Mulher (DEDAM) da cidade de Natal/RN, Teixeira e Grossi (2000) relataram que não encontraram denúncia de estupro conjugal, já que, mesmo quando havia agressões sexuais por parte dos companheiros, tais

agressões estavam relacionadas à violência física. Esse dado revela o quanto ainda está presente para as mulheres vítimas o sentimento de que as relações sexuais são uma obrigação no casamento. Hermann e Barsted (1999) consideram que a idéia de "dívida conjugal" da esposa para com o marido acaba fazendo com que a violência sexual seja encoberta e perpetuada, visto que não é denunciada, seja por vergonha, medo de represálias, ou mesmo porque as mulheres desconhecem a possibilidade de denunciar essa violência.

Como verificado pelo relato das mulheres participantes, as punições para os agressores intimados a comparecerem no Fórum Criminal resumiram-se, na grande maioria dos casos, a reprimendas verbais por parte do juiz, bem como uma busca desse por uma política conciliatória para o casal, instruindo o casal a "viver bem" e ameaçando tomar uma medida mais severa caso a violência voltasse a acontecer. Nos casos de violência doméstica, como explicitado por Hermann e Barsted (1999), nos discursos e decisões judiciais a preocupação prioritária é proteger a família, "não punindo seus agressores e suspendendo o princípio da legalidade, segundo o qual a todo crime corresponde uma pena" (p. 73).

Apesar da ausência de condenações, constatou-se que os grupos apresentaram resultados estatisticamente diferentes entre si em relação à presença de violência durante a pesquisa, tendo ocorrido uma diminuição significativa no grupo de participantes que registrou queixa. Esses resultados reforçam os dados obtidos no estudo piloto de Williams (2001a) e com a pesquisa "Violência doméstica: questão de polícia e sociedade", coordenada por Saffioti (1999), que afirma que em alguns casos a mera apresentação da queixa e uma advertência da autoridade policial conseguem cessar a violência. A impressão relatada pelas participantes é que, após a queixa, os parceiros ficaram com receio de serem levados novamente à justiça, fato que fica bem expresso pelas palavras de uma das mulheres (P9): "*Eles ficam com medo; medo de ser preso, de perder os direitos e de ter que sair*

de casa (...). As intimações que eles recebem já amedrontam bastante, fazem com que ele se torne menos valente, menos agressivo".

As causas da violência conjugal são complexas e somente nas duas últimas décadas tal fenômeno passou a ser analisado com rigor científico. O fato de ser uma violência pouco reconhecida e denunciada dificulta seu estudo, acrescentando grandes desafios metodológicos. Além de ser considerado de cunho "privado" por uma boa parte das pessoas, o que dificulta o apoio às mulheres vítimas de tal violência, há a dificuldade relacionada com a falta de punições aos agressores, o que colabora para que as mulheres não denunciem a violência ou só tomem tal atitude, geralmente, em momentos de intensa crise conjugal, durante a qual as mulheres afirmam que já foram agredidas muitas vezes e não suportam mais essa situação, desejando a separação conjugal (Teixeira & Grossi, 2000).

Apesar do número limitado de participantes, a maioria das mulheres deste estudo que prestou queixa tinha a percepção de que a violência física havia diminuído após a denúncia, não tendo ocorrido o mesmo com o grupo que não fez a denúncia. Tal constatação, além de relevante para as vítimas de violência conjugal, é importante para a validação social do trabalho prestado pelas (os) policiais na DDM, trabalho este, pouco valorizado e amparado pelos meios públicos e sociais.

A criação das DDMs foi uma grande conquista na luta contra a violência doméstica e, em especial, na violência contra a mulher. Entretanto, entende-se que para o efetivo combate à violência doméstica faz-se necessário, também, uma mobilização da sociedade e de órgãos públicos gerando oportunidades para as vítimas, como geração de empregos, criação de um maior número de casas-abrigo, capacitação para policiais, sensibilização dos diversos profissionais de saúde (como médicos, enfermeiros e psicólogos) e de profissionais do sistema judiciário (juízes, advogados, policiais, entre outros) para a problemática da violência doméstica, de modo que tais profissionais possam encaminhar as vítimas para os órgãos competentes, prevenindo conseqüências mais graves para estas.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Maria da Fátima. Atendimento a mulheres e famílias vítimas de violência doméstica. *Perfil: Revista de Psicologia do Departamento de Psicologia Clínica.* Assis/SP, vol. 9, p. 7-17, 1996.

BASSO, Ana Flávia Terciotti; SOUZA, Deisy das Graças; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. A violência denunciada contra a mulher na cidade de São Carlos. Reunião Anual da Sociedade Brasileira de Psicologia, XXIX. 1999, Campinas. *Resumos de Comunicação Científica.* Ribeirão Preto: SBP/Legis Summa, 1999. p. 273.

CAMARGO, Brígido Vizeu; DAGOSTIN, Carla Giovana; COUTINHO, Marisa. Violência denunciada contra a mulher: a visibilidade via delegacia da mulher em Florianópolis. *Cadernos de Pesquisa.* São Paulo, vol. 78, p. 51-57, 1991.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. Pesquisa mostra condições das delegacias de mulheres. *O papel da mulher.* Brasília/DF, vol. 1, n. 2, p. 1-4 (encarte), 2001.

CORTEZ, Mirian Béccheri; PADOVANI, Ricardo da Costa; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Grupo terapêutico com homens que agridem fisicamente suas parceiras. Encontro Brasileiro de Psicoterapia e Medicina Comportamental, 11. 2002, Londrina. *Anais do XI Encontro Brasileiro de Psicoterapia e Medicina Comportamental.* Londrina, 2002. v. 1. p. 325.

COZBY, Paul C. *Métodos de pesquisa em ciências do comportamento.* Trad. Paula Gomide e Emma Otta. São Paulo: Atlas, 2003.

CRAMER, Elisabeth. P. Variables that predict verdicts in domestic violence cases. *Journal of Interpersonal Violence,* vol. 14, n. 11, p. 1137-1150, 1999.

DE LA BORDA, Gina Yañez; TOZZINI, Jennie Dador. *La violencia contra la mujer.* Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1998.

DESOUZA, Eros; BALDWIN, John R.; ROSA, Francisco Heitor da. A construção social dos papéis sexuais femininos. *Psicologia*: Reflexão e crítica, vol. 13, n. 3, p. 1-16, 2000.

DUTTON, Mary Ann; GOODMAN, Lisa A.; BENNET, Lauren. Court-involved battered women's responses to violence: The role of psychological, physical, and sexual abuse. In: O'LEARY, K. Daniel; MAIURO, Roland D. (Orgs.). *Psychological abuse in violent domestic relations*. New York: Springer Publishing, 2001. Cap. 10, p. 177-195.

FONTANA, Mônica; SANTOS, Simone Ferreira dos. Violência contra a mulher. *Saúde da mulher e direitos reprodutivos*: dossiês. Rede Nacional Feminista de saúde e direitos Reprodutivos. São Paulo, 2001. p. 101-128.

HEISE, Lori; PITANGUY, Jacqueline; GERMAIN, Adrianne. *Violencia contra la mujer*: la carga oculta sobre la salude. Tradução do manuscrito publicado sob o mesmo título, na série World Bank Discussion Papers 255, Washington D.C.: OPS, 1994.

HERMAN, Jacqueline; BARSTED, Leila Linhares. *O Judiciário e a violência contra a mulher*: a ordem legal e a (des)ordem familiar. Cadernos CEPIA, ano 1, n. 2, set 1995.

KANTOR, Glenda Kaufman; JASINSKI, Jana L. Dynamics and risk factors in partner violence. In: JASINSKI, Jana L.; WILLIAMS, Linda M. *Partner violence*: A comprehensive review of 20 years of research. Thousand Oaks: Sage publications, 1998. p. 1-43.

MADUREIRA, Jane Marchi. *A violência contra a mulher*. Monografia de conclusão de curso não publicada, Curso de graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 1997.

MAHONEY, Patricia; WILLIAMS, Linda M. Sexual assault in marriage: prevalence, consequences, and treatment of wife rape. In: JASINSKI, Jana

L.; WILLIAMS, Linda M. *Partner violence*: A comprehensive review of 20 years of research. Thousand Oaks: Sage publications, 1998. p. 113-162.

MASSUNO, Elizabete. Delegacia de defesa da mulher: uma resposta à violência de gênero. In: BLAY, Eva (Org.). *Igualdade de oportunidades para as mulheres*: um caminho em construção. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2002.

MAIURO, Roland. Sticks and stones may break my bones, but names will also hurt me: psychological abuse in domestically violent relationships. In: O'LEARY, K. Daniel; MAIURO, Roland D. (Orgs.). *Psychological abuse in violent domestic relations*. New York: Springer Publishing, 2001.p. ix-xx.

MURPHY, Elaine M. Being born female is dangerous for your health. *American Psychologist*, vol. 58, n. 3, p. 205-210, 2003.

PEREIRA, Hilda Maria Gaspar. Violência contra a mulher e a implantação de políticas públicas. *Encontros Lusófonos*, n. 2, p. 47-54, 2000.

SAFFIOTI, Heleieth I. B.; ALMEIDA, Suely de Souza. *Violência de gênero*: poder e impotência. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SAFFITOTI, Heleieth I. B. *Violência doméstica*: questão de polícia e da sociedade. Relatório de pesquisa submetido à Fapesp, não publicado, 1993.

_____.Violência doméstica ou a lógica do galinheiro. In: SAFFIOTI, Heleieth I. B.; et al. *Violência em debate*. São Paulo: Moderna, 1997. p. 39-57.

_____. A impunidade da violência doméstica. *Notícias Fapesp*, jan-fev 1999.

SINCLAIR, Deborah. *Understanding wife assault*. Toronto: Publications Ontario, 1985.

SOARES, Barbara Musumeci. *Mulheres invisíveis*: violência conjugal e as novas políticas de segurança. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

STRAUS, Murray A. et al. The revised conflict tactics scale (CTS-2). *Journal of Family Issues*, vol. 17, p. 283-316, 1996.

TEIXEIRA, Analba Brazão; GROSSI, Miriam Pillar (orgs.). *Histórias para contar*: Retrato da violência física e sexual contra o sexo feminino na cidade do Natal. Natal: Casa Renascer, 2000.

WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque et al. Oficina de psicologia para policiais da Delegacia da Mulher: Um relato de experiência. *Psicologia: Teoria e prática*. São Paulo, v. 2, n. 2, p. 103-119, 2000.

WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque et al. Um mapeamento da violência denunciada na delegacia da mulher Reunião Anual da Sociedade Brasileira de Psicologia, XXIX. 1999, Campinas. *Resumos de Comunicação Científica*. Ribeirão Preto: SBP/Legis Summa, 1999.

WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. (2001a) The impact of violence reporting at a Brazilian women´s police station on female self-report of partner physical aggression. VI International Conference on Family Violence – Simpósio: Legal and law enforcement issues in family violence. Coord. Hertica, M.. *Conference proceedings*. San Diego, California: Family Violence and Sexual Assault Institute, 2001.v.1. p.I-13 – i-13.

_____. (2001b) Violência doméstica: há o que fazer? In: GUILHARDI, Hélio J. et al. (Orgs.). *Comportamento, ciência e cognição*. Santo André: ESETec, Editora Associados, 2001, v.7, p. 1-12.

_____. (2001c) Intervention and prevention domestic violence research strategies in a medium size Brazilian city. Congresso Internacional sobre Crianças expostas à violência doméstica, 2001, London, Ontário. *Our Children our future*: A call to action. Centre for Children & Families in the Justice System, 2001. v.1. p. 41-41.

4. O Direito em Ação

4.1 Jurisprudência Comentada

O resgate do sistema progressivo de execução da pena

Martinho Otto Gerlack Neto

Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Professor de Direito Penal em nível de Graduação e Pós-Graduação e Coordenador do Curso de Direito e Programas de Pós-Graduação em Direito da Unoesc, Campus de Videira. Advogado.

STF – 23.02.2006 – Pleno – *Habeas Corpus* 82.959-7-SP – rel.: Min. Marco Aurélio – Paciente(S): Oseas de Campos – Impetrante(S): Oseas de Campos – Advogado(A/S): Roberto Delmanto Junior e outro(a/s) – Coator(a/s)(es): Superior Tribunal de Justiça.

PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ART. 2.º, § 1.º, DA LEI 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal –

a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90.

Trata-se da concessão de progressão de regime nos crimes hediondos pelo STF, que no dia 23.02.2006 decidiu pela inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei dos Crimes Hediondos, o que implica no estímulo ao resgate do sistema progressivo de execução da pena. Tem como objetivo principal ressaltar a importância de uma decisão desta magnitude, pois evidencia que nem todos os juristas foram influenciados pelo *movimento da lei e da ordem*, idealizado para justificar as ineficiências do Estado, transferindo de forma direta, a responsabilidade pelos problemas envolvendo segurança social à população, e de forma indireta, fragilizar o Poder Judiciário. Não se faz referências à decisão em sua especificidade e limitação, mas no contexto e na importância dessa vitória do Judiciário sobre os desmandos do Legislativo.

Comentário:

O Poder Legislativo, via de regra, atenta para a satisfação dos anseios da coletividade, sob o crivo dos interesses do Estado. A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime que realize a justiça social (SILVA, 2000, p. 126). No entanto, o Estado não tem conseguido, por diversas razões, atingir esse intento, e, antes que a sociedade se conscientize das ineficiências do Estado, este se adianta, transferindo essas responsabilidades para a própria população.

A tática utilizada pelo Estado tem sido a manipulação da opinião pública através da incessante difusão do ideário do *movimento da lei e da ordem*, que acredita estar no vigor da sanção penal, através da intervenção máxima do Estado, a garantia da ordem e da segurança sociais.

Como conseqüência, a própria sociedade vem demandando um direito penal cada vez mais intervencionista para equilibrar a insegurança das relações

complexas (direito penal de eficácia), que está sendo prontamente atendido pelos legisladores penais, o que vem propiciando ao Estado, um poder ilimitado e, por conseguinte, irracional e incerto, justificado pelos argumentos fantasiosos da *segurança pública*.

O processo de reversão desse caótico quadro está nas mãos dos juristas. A concessão de progressão de regime nos crimes hediondos pelo Supremo Tribunal Federal, que no dia 23.02.2006 decidiu pela inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90, serve de exemplo a ser seguido. Trata-se de uma decisão polêmica, que dividiu opiniões mesmo entre os juristas (decisão apertada com 6 votos favoráveis e 5 contrários), o que prova que a *manipulação* do Estado em relação à opinião pública é extremamente efetiva, já que capaz de convencer inclusive catedráticos do direito.

Além da opinião pública formada a partir dos interesses do Estado, em sua essência contrária aos próprios interesses da coletividade, outro fator que acaba solidificando o já desencadeado intervencionismo estatal, é a visão conservadora de parte dos juristas que encorpam os tribunais brasileiros. Como é sabido, o direito brasileiro tem tradição positivista, decorre do direito romano-germânico (escrito – legislado), baseado mais na lei que nos costumes. Essa cultura jurídica está sofrendo transformações, embora de forma muito lenta, no entanto, a maioria dos ministros e julgadores dos tribunais teve formação catedrática num ambiente cultural onde domina a ciência jurídica, ou seja, não há o interesse imediato pela solução de problemas práticos, mas a preocupação com a verdade científica, dos princípios últimos e fundamentais. A atenção dos juristas não é voltada aos problemas sociais e econômicos, mas ao direito em si. O processo de transformação dessa visão culturalmente entranhada na formação dos juristas brasileiros tradicionais não é tarefa das mais fáceis.

A importância deste breve estudo funda-se na acepção de que, a partir do Estado Democrático de Direito, pensava-se que aconteceria a solidificação da teoria da despenalização do direito penal, através da utilização e aplicação mais

efetiva de técnicas alternativas de controle social. O que se verifica, no entanto, é um procedimento absurdamente contrário, não apenas entre os legisladores, mas no próprio seio dos profissionais do direito, eis que cresce o desejo de instituição de penas cada vez mais elevadas e de uma atuação cada vez mais interventiva do sistema punitivo como um todo. E o mais intrigante: é exatamente sobre a égide do sistema democrático que está aumentando o espectro draconiano do direito penal (TORON, 1996, p. 16).

Felizmente, embora de forma tímida, alguns dispositivos legais, visivelmente inconstitucionais e antidemocráticos, estão sendo revistos. A confirmação do pensar de que o *movimento da lei e da ordem*, que defende a exacerbação de penas como solução ao combate à criminalidade, na prática, não traduz mais que um *direito penal simbólico*, se efetivou no dia 23.02.2006, quando o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o pedido de HC 82.959-7/SP, solidificou a tese da inconstitucionalidade do regime integral fechado aos condenados por crime hediondos, ou seja, decidiu que o § 1.º do art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) que dispunha: "a pena por crime previsto neste artigo [crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo] será cumprida integralmente em regime fechado" é inconstitucional.

Assim, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, os condenados pelos referidos crimes não mais serão obrigados a cumprir a pena toda em regime integralmente fechado, podendo, inclusive, reivindicar o direito ao abrandamento gradual da pena. O principal argumento é de que as penas devem ser fixadas considerando a figura do preso em si, do seu comportamento na própria prisão. Assim, "a possibilidade de progressão de regime prisional, mesmo em se tratando de crimes hediondos e assemelhados é uma realidade nos dias atuais" (MARCÃO, 2006. p. 1).

O Tribunal enfrentou o Executivo, o Legislativo e a imprensa. Mostrou autonomia e independência que chegaram a irritar a opinião pública". E mais que tudo: enfrentou a sua própria jurisprudência (PINHEIRO, 2006).

Obviamente que esta decisão desencadeou discussão acirrada nos principais segmentos sociais, principalmente na doutrina jurídica. Até mesmo entre os julgadores, já que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a proibição da progressão de regime para condenados por crime hediondo, em votação apertada: por seis votos a cinco.

De imediato levantaram-se duas correntes doutrinárias:

De um lado estão aqueles que concordam com a concessão de progressão de regime nos crimes hediondos, defendendo a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos.

A jurisprudência brasileira também reflete esse dissenso.

Mendes (*apud* PINHEIRO, 1996, p. 1), seguidor dessa corrente de entendimento, defende que a possibilidade de progressão é um estímulo para a boa conduta do condenado. Ressaltou que a individualização da pena é um direito fundamental e que a ampliação dos crimes considerados *hediondos* torna ainda mais vulnerável esse direito. "Em outras palavras, quase que transforma a exceção em regra". Argumenta, ainda, que "a proibição da progressão, pura e simplesmente, releva particularidades de cada indivíduo, como a sua capacidade e seu esforço para a reintegração social. A regra permite a liberdade condicional, ou seja, o retorno imediato à sociedade, mas veda a progressão, isto é, o retorno gradual".

Eros Grau (*apud Impactonews*, 2006, p. 1) sustenta que o legislador não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar caso a caso a pena do condenado. Nas suas palavras, "o cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais". Segundo ele, permitir a progressão de regime não implica na abertura de portas dos presídios já que a decisão ainda caberá aos juízes de execuções penais (*Folha Online*, 2006, p. 1).

O ministro Marco Aurélio Mello (STF, 2006), relator do *Habeas Corpus* em tela, afirmou que as penas devem ser fixadas "considerando a figura do preso em si, do seu comportamento na própria prisão". Acredita que a progressão "só

será dada àqueles que a merecerem". Entende que, com esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal, haverá um alívio na superpopulação das penitenciárias. No entanto, salientou que a decisão pode beneficiar pessoas que já estão cumprindo pena, mas não implicará na concessão automática do benefício a todos os presos. Os pedidos precisarão ser analisados pelos juízes de execuções penais, aos quais cabe avaliar se o condenado preenche os requisitos para receber a progressão.

Para Sepúlveda Pertence, "de nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto a sua efetiva execução" (PERTENCE, *apud Impactonews*, 2006, p. 1).

Conforme Ayres Britto (*apud* ERDELYI, 2006, p. 1) a vedação constitucional da pena capital e da prisão perpétua já significa imprimir à efetiva execução das penas privativa ou restritiva da liberdade de locomoção um papel ressocializador do preso. Nas suas palavras, "se o Magno Texto não partisse desse radical *a priori* lógico da possibilidade de regeneração da pessoa humana, nada impediria que ele inserisse nos seus mecanismos de inibição criminal o confinamento penitenciário perpétuo e até mesmo a pena capital".

Para Francisco Gerardo (*apud Impactonews*, 2006, p. 1), da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, a decisão foi *humana*, pois o apenado não tinha qualquer expectativa e estima.

Ao tratar da individualização da penal, Moreira (2006, p. 1) faz a seguinte constatação: "a boa doutrina entende que a individualização da pena engloba não somente a aplicação da pena propriamente dita, mas também a sua posterior execução, com os benefícios previstos na Lei de Execução Penal, entre eles a progressão de regime". Lembra que o art. 59 do CP, que estabelece as balizas para a aplicação da pena, prevê expressamente que o juiz sentenciante deve prescrever *o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade*, o que indica ser o regime de cumprimento da pena é parte integrante do conceito *individualização da pena*. Do que conclui: "não podemos admitir que, *a priori*, alguém seja condena-

do a cumprir a sua pena em regime integralmente fechado, vedando-se absolutamente qualquer possibilidade de progressão para o semi-aberto ou aberto, ferindo, inclusive, as apontadas finalidades da pena: a prevenção e a repressão".

Segundo o diretor-presidente da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário – Agepen, Luiz Carlos Telles Júnior (apud *Impactonews*, 2006, p. 1) com a inconstitucionalidade declarada do o art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90, haverá um desafogamento nos presídios.

No âmbito dos tribunais brasileiros, colacionam-se os seguintes julgados favoráveis à inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2.º, da Lei dos Crimes Hediondos (MARCÃO, 2006, p. 1):

"Malgrado o disposto no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, adota-se a orientação jurisprudencial, que autoriza a progressão, uma vez preenchidos os requisitos legais, tendo em vista os princípios da humanidade e da individualização da pena" (TJSP, Ap 151.568-3/0, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Silva Russo, j. 04.12.1995, *RT* 728/520).

"O regime integral fechado colide com o princípio constitucional da individualização da pena, referido no art. 5.º, XLVI, da Carta Magna" (TJSP, ApCrim 167.338-3/2, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Silva Leme, j. 20.03.1995, m.v.).

"É imprópria a imposição de regime integralmente fechado, ante o sistema progressivo dos regimes de cumprimento de pena, constante do Código Penal e da Lei de Execução Penal, recepcionados pela Constituição Federal" (TJMG, Ap 1.0000.00.353162-1/000(1), 3ª Câm. Crim., rel. Des. Jane Silva, j. 07.10.2003, *DOMG*, 30.10.2003, *RT* 822/658). No mesmo sentido: TJMG, EI 328.922-0/001, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Erony da Silva, *DJMG*, 19.05.2004, *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 27, p. 99.

De outro lado está a tese de que o § 1.º do art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos atende aos primados constitucionais, defendendo que a pena por crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, deverá, sim, ser cumprida integralmente em regime fechado.

No entendimento de Ellen Gracie (*apud Impactonews*, 2006, p. 1), "o instituto da individualização da pena não fica comprometido apenas porque o legislador não permitiu ao juiz uma dada opção". Segundo ela, "a escolha do juiz em matéria de pena está submetida ao princípio da legalidade".

Celso de Mello (*apud Impactonews*, 2006, p. 1) defende que a fixação da pena e a estipulação dos limites, que oscilam entre o mínimo e o máximo, decorrem de uma opção legitimamente exercida pelo Congresso Nacional. "A norma legal em questão, no ponto em que foi impugnada, ajusta-se ao ordenamento constitucional".

O ministro Nelson Jobim (STF, 2006) acompanhou a divergência, por entender que o que instruiu a elaboração da Lei 8.072/90 foi a circunstância de que todos os apenados em crimes hediondos, com longa duração de pena que não têm nenhuma perspectiva de liberação, não têm nenhum constrangimento de praticar crimes dentro do presídio

Ao analisar o tema, Silvestre (2006, p. 1) é categórico ao afirmar que: "infelizmente, triunfou a tese que desatende, por completo, ao mais caro valor de uma sociedade: a segurança pública". Segundo ele, "tese da inconstitucionalidade do regime integral fechado aos condenados por crime hediondos desatende, a um só tempo, a melhor interpretação constitucional e os anseios da sociedade brasileira", sob o argumento de que "nesse diapasão, sobreleva notar que, se a vida é o mais importante bem jurídico fundamental da pessoa individualmente considerada, a segurança pública é o mais valoroso bem de uma sociedade, na medida em que somente uma coletividade que dispõe de proteção pode garantir o gozo dos direitos fundamentais e individuais dos cidadãos que dela façam parte. De nada adianta ter declarado direitos à vida, liberdade, igualdade, propriedade, se não existem regras de segurança social que permitam o exercício de tais direitos".

Trata-se, no meu entendimento, e com todo respeito, de uma interpretação equivocada dos primados do Estado Democrático de Direito, fundado na tese do movimento da lei e da ordem.

Para o juiz Alexandre Antunes da Silva (*apud Impactonews*, 2006, p. 1) da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, a decisão já era aguardada e deve ser cumprida sem questionamentos, porém isso não impede que resulte em preocupação. Acredita que pode haver um abalo social, já que não é possível mensurar as conseqüências da decisão. Nas suas palavras: "não sabemos qual será a reação da sociedade que, *a priori*, deve se opor. Se a decisão dos ministros for acertada, esse reserva se diluirá. Em caso de equívoco, pagaremos um alto preço pelo que foi decidido. O pior resultado será a população achar que a Justiça não dá a resposta necessária, tornando-a desacreditada".

A permissão de progressão para crimes hediondos para o Desembargador Gilberto da Silva Castro (*apud Impactonews*, 2006, p. 1) teve um "desfecho prejudicial ao interesse público". Segundo ele, a decisão não pode ser mudada e vai desencadear reação negativa por parte da sociedade.

Neste sentido é o entendimento quase majoritário dos tribunais de justiça brasileiros (MARCÃO, 2006, p. 1):

"A pena de reclusão, em se tratando de crime listado na Lei dos Crimes Hediondos, deve ser executada em regime fechado" (STJ, REsp 195.440-SP, 5ª T., rel. Min. Edson Vidigal, *DJU*, 07.06.1999, n. 106, p. 123).

"Os condenados pela prática de crime hediondo deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado" (STJ, RHC 5.345-RN (reg. 96/11497-8), *DJU*, 27.05.1996, p. 17.881).

"O art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, ao estabelecer que o regime para cumprimento da pena para os crimes hediondos é o integralmente fechado, não pode ser considerado inconstitucional, pois não há ofensa ao princípio da individualização da pena diante da impossibilidade de ser progressivo o regime prisional, uma vez que a retirada da perspectiva de progressão, em face da caracterização legal da hediondez, não impede que o juiz possa dar trato individual à fixação da reprimenda, inclusive no que se refere à sua intensidade" (TJSP, Ap 266.216-3/8-00, 6ª Câm. Crim., rel. Des. Debatin Cardoso, j. 18.02.1999, v.u., *RT* 764/555).

Defende-se, neste particular, a tese da inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos, com a devida concessão de progressão de regime nos crimes hediondos.

Este posicionamento já vinha sendo defendido por parte da doutrina muito tempo antes da recente decisão do Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, Teles (1997, pp. 117-119) já afirmava em 1997, que a Lei de Tortura (Lei 9.455/97) havia revogado o art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos.

Na sua interpretação, o legislador, ao editar a Lei dos Crimes Hediondos, fora influenciado pelo movimento da Lei e da Ordem, impondo, aos condenados por crimes considerados hediondos, "o cumprimento das penas integralmente em regime fechado, proibindo a concessão de liberdade provisória, aumentando o prazo de prisão temporária, determinando que o juiz deliberasse, fundamentadamente, sobre o direito de apelar em liberdade, majorando as penas de vários dos crimes considerados hediondos, e criando causas de aumento e de diminuição de penas".

Constatava, em 1997, que, "passados seis anos de vigência da Lei dos Crimes Hediondos, é indiscutível o fracasso de seus propósitos. Dando tratamento mais severo para os condenados pelos crimes mais graves, especialmente os de extorsão mediante seqüestro, tráfico de entorpecentes, estupros e atentados violentos ao pudor, como se buscando a combater essa forma de criminalidade, e objetivando, é de todo óbvio a sua contenção, a lei, além de não ter contribuído para nenhuma redução de quaisquer dos índices dessa criminalidade, revelou-se verdadeiro fator de surgimento de outros fenômenos indesejáveis: a rebelião, os motins nos presídios e as fugas".

Em análise ao § 1.º do art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos, Toledo (*apud* TELES, 1997, pp. 117-119) defendeu que a determinação contida no citado dispositivo, "é fruto, só pode ser isso, da mais completa ignorância a respeito do sistema progressivo de execução da pena adotado pela reforma penal brasileira de 1984."

O resgate do sistema progressivo de execução da pena

Acontece que o direito penal brasileiro instituiu um sistema verdadeiramente progressivo da pena de prisão, visando obstar a perpetuação da segregação social. Significa dizer que a nova sistematização do direito penal democrático deu à pena de prisão o caráter programático, "de algo que se modifica dentro de certos limites e certas garantias, no curso da execução, por atuação da Administração da Justiça e do próprio condenado, segundo o seu mérito ou demérito". Dessa forma, permite-se ao condenado a possibilidade de conquistar, por seu próprio esforço, a liberdade, bem inalienável de todo ser humano, extraindo do conceito de pena o caráter de mero castigo. Por isso, "é lamentável que um legislador desatento e mal assessorado tenha retirado da Administração da Justiça esse precioso instrumento de manutenção da disciplina no interior dos estabelecimentos penais. Sim, porque, sem o benefício do sistema progressivo, o condenado só terá um caminho para antecipar a liberdade: a rebelião ou a fuga" (TOLEDO, *apud* TELES, 1997, pp. 117-119).

É com base nesse pensar que Teles (1997, pp. 117-119), entendia que a Lei 9.455/97, "veio ao mundo não só para definir os tipos de tortura, mas ainda para revogar alguns dos dispositivos da Lei 8.072/90, acabando com suas imperfeições, seus defeitos, sua rigidez, sua severidade, sua brutalidade, sua estupidez, enfim, suas ignominiosas restrições aos mais comezinhos direitos processuais dos acusados. Veio para corrigir o que estava errado, para erradicar os abusos, para riscar da história do direito penal brasileiro um tempo de terror, de desnecessária e brutal violência legal, para apagar dispositivos legais que feriram a Constituição não poucas vezes". E conclui: "se o novo diploma legal não tivesse revogado o art. 2.º da Lei 8.072/90, teríamos, doravante, tratamentos diferenciados para crimes assemelhados. Crime hediondo: inafiançável, insuscetível de indulto, graça ou anistia, com a impossibilidade de liberdade provisória, o cumprimento de pena em regime fechado integral, e prisão temporária por 30 dias. Crime de tortura: inafiançável, insuscetível de graça ou anistia, com a possibilidade de concessão de indulto, de liberdade provisória, o cumprimento de pena progressivo, e prisão temporária por cinco dias".

Tratando do tema, Damásio E. de Jesus (1999, p. 2) também partilha desse entendimento "com fundamento no princípio constitucional da proporcionalidade, o art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, equipara o delito de tortura aos hediondos e assemelhados. Ora, se a Lei de Tortura, posterior à Lei dos Crimes Hediondos, admite a progressão, de estender-se o benefício a estes e assemelhados, por aplicação retroativa da norma mais benigna (Constituição Federal de 1988, art. 5.º, XL; e Código Penal, art. 2.º, parágrafo único)."

No mesmo sentido é a doutrina de Luiz Vicente Cernicchiaro (STJ, 1997): "impedir a progressão, ou seja, o condenado, por etapas, consoante requisitos objetivos e subjetivos, aproximar-se da sociedade, onde voltará a conviver, contraria o comando do texto fundamental [...]. A disciplina anterior (Lei 8.072/90) – pena cumprida integralmente em regime fechado – foi substituída: a sanção passou a ser resgatada *inicialmente* no regime fechado. Em outras palavras, ajustou-se ao sistema progressivo do Código Penal. A lei mais recente, comparada com a Lei dos Crimes Hediondos, mostra-se mais favorável. A lei mais benéfica, por imperativo constitucional e do Código Penal, aplica-se incondicionalmente. Insista-se: os crimes relacionados na Constituição e na Lei 8.072/90 receberam o mesmo tratamento. Estatuíram os mencionados textos disciplina unitária. Insista-se, por imperativo da Carta Política".

Como se vê, não é de hoje que a doutrina jurídica rechaça a constitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei dos Crimes Hediondos. O que o Supremo Tribunal Federal fez foi reconhecer a inconstitucionalidade de um dispositivo penal visivelmente contrário aos primados democráticos da Constituição Federal de 1988.

Os principais obstáculos à releitura do direito penal brasileiro e à efetiva aplicação do garantismo penal, fundado na intervenção mínima do Estado, na égide do atual Estado Democrático de Direito, decorre, no meu entendimento, do seguinte paradoxo: de um lado a justificativa das ineficiências do Estado na sua função de promover a segurança pública, em seu sentido amplo; de outro, a

cultura jurídica brasileira construída e solidificada, para não dizer *petrificada* no direito romano-germânico.

O direito penal democrático caracteriza-se pela mínima intervenção (subsidiariedade e fragmentariedade), com a máxima garantia dos direitos fundamentais do cidadão (garantismo), tendo por missão defender os direitos humanos, positivados na Constituição Federal e no Direito Internacional. O garantismo penal assume papel fundamental para o Estado Democrático de Direito, através da sustentação do direito penal constitucional, uma vez que, incide em alcançar aos indivíduos as garantias positivadas pela Constituição (CARVALHO, 1999, p. 752). A conquista da valoração da pessoa humana constitui um bem da civilização contemporânea que não pode ser destruído ou minimizado.

Como o Estado não tem conseguido executar sua função de superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime que realize a justiça social, e temeroso de que a população tome consciência das ineficiências do Estado se revolte, o que acabaria implicando na própria negação do Estado nos moldes atuais, o que, obviamente, fere interesses escusos, a solução encontrada pelos governantes e legisladores para a manutenção da *ordem social* imediata, foi a "responsabilização" da própria sociedade pelas mazelas do Estado. A população brasileira, ao se sentir "responsável" pela violência e insegurança que a assola, acaba defendendo o rigorismo e a ilimitada intervenção penal contra seus próprios pares, mesmo que isso implique na usurpação de direitos arduamente conquistados. Mais uma vez, a população sofrida aceita, pacificamente, o desrespeito aos seus direitos fundamentais, em prol de uma imaginária *pacificação social*.

Esse processo foi tão bem elaborado pelo Estado que vem afetando, diretamente, a opinião dos juristas, que, a princípio, deveriam ser os defensores dos direitos da população contra os desmandos do Estado. Verifica-se, com este breve estudo, que alguns juristas estão preocupados com a repercussão pública sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal. Formou-se um ciclo vicioso: o

Estado transferiu suas responsabilidades à população, que passou a exigir maior rigorismo penal dos legisladores. Nesse fogo cruzado, alguns corajosos juristas tentam reverter esse quadro, mas temem a revolta da população. Obviamente que o Poder Legislativo, sempre encontra e encontrará uma forma de responsabilizar alguém para conquistar o respeito da população, que é quem os elegem e os mantém no poder. Neste momento a *bola da vez* é o Poder Judiciário. Se a violência e a insegurança pública continuar, e vai continuar, a "culpa" é dos juristas que reconheceram a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos. Portanto, se o processo de reversão desse caótico quadro está nas mãos dos juristas, e está, o Estado conseguiu, de forma brilhante, neutralizar esse poder.

Outro fator que impede a atuação mais efetiva do Poder Judiciário é a cultura jurídica brasileira, em decorrência do sistema fundado no direito legislado (romano-germânico). Sempre que se pretende alterar o direito positivado, inúmeras doutrinas e posicionamentos teóricos são levantados, com fundamentos na lei escrita. Perde-se muito tempo discutindo conceitos, textos, pontos e vírgulas da lei, na maioria das vezes, com argumentos absolutamente discrepantes à realidade dos fatos. E o Poder Legislativo, obviamente, utiliza-se desse dissenso entre os juristas para aprovar suas leis. Enquanto o Poder Judiciário se fragiliza porque não consegue uma unicidade razoável de entendimento, o Poder Legislativo encontra espaço para seu fortalecimento. O legislativo, sem os freios do Judiciário, e com o apoio da opinião pública, reina absoluto.

Acontece que o jurista do sistema romano-germânico, como o brasileiro, é formado para volta sua atenção ao texto da lei, ao direito posto, e não para os problemas sociais e econômicos. Quando, de alguma forma, se tenta romper esse sistema, naturalmente emergem os mais variados estudos e argumentos científicos, na tentativa obsessiva do ideal da certeza jurídica, em detrimento, muitas vezes, da realidade social que a norma pretende regular.

O que se quer enfatizar é que faz parte da cultura jurídica brasileira, e, portanto, de difícil e lenta reversão, o entendimento basilar de que toda classe de considerações extrajurídicas deve ser excluída do direito em benefício da certeza. Pela mesma razão, as considerações de justiça ou outros aspectos devem ser excluídos. Os casos difíceis, as sentenças injustas, as que não se ajustam à realidade, são apenas *lamentadas* como *o preço que se há de pagar pela certeza*. Essa formação jurídica repercute na interpretação e na aplicação da norma escrita ao caso prático, resultando em decisões abstratas, fundamentadas no conceitualismo doutrinário. Dá-se mais importância à verdade jurídica (máxima da ciência jurídica) do que a verdade real (fato em si).

Já no sistema anglo-saxão (*common law*), o direito decorre da jurisprudência, ou seja, é instituído a partir de um caso concreto e seu julgamento. Compete, assim, à autoridade judiciária conferir sentido à lei, transformando-a em direito. O direito é colocado ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, foi emitido. Para os juristas anglo-saxões, o que importa é o fato: "a justiça é tal, sobretudo enquanto aparece adequada ao caso singular; a solução de cada caso é procurada, mais que em critérios gerais, na eqüidade que melhor se adapta às circunstâncias concretas; não em uma lógica abstrata, mas nos valores sociais" (MACHADO, 2004).

É também em decorrência da cultura jurídica brasileira, historicamente conservadora, que o legislador encontra campo fértil para seus desmandos legislativos, inclusive com apoio da própria população, que já consolidou o senso comum de que seu direito não extrapola os limites da lei, seja ela justa ou não.

Sob o entendimento de que, para derrubar o ideário do movimento da lei e da ordem, amplamente difundido pelos meios de comunicação, que se encontra arraigado na formação ilusória da opinião pública, e que também se inseriu no convencimento de catedráticos do direito, é preciso, em contrapartida, e de forma mais enfática e efetiva, difundir a necessidade de preservação do sistema de garantias que inspirou o direito penal moderno.

A decisão do Supremo Tribunal Federal veio para corrigir um grave erro do legislativo, para impulsionar a erradicação de abusos e contribuir para que seja efetivamente extraído da história do direito penal brasileiro um tempo de terror, de desnecessária e brutal violência legal, para apagar um dentre os inúmeros dispositivos legais que ferem a Constituição Cidadão. Neste diapasão, vale ressaltar que após a publicação dessa polêmica decisão, há o Projeto de Lei nº 6.793/2006 tramitando no Congresso Nacional para "ajustar" o *quantum de pena exigido por lei para* a concessão da progressão de regime aos infratores que praticarem crimes hediondos ou assemelhado, estipulando-se que: "a progressão de regime dar-se-á após o cumprimento de um terço da pena, se o apenado for primário, e de metade, se reincidente".

Por fim, é certo que o cumprimento da pena, em regime inteiramente fechado, afronta à finalidade da pena que visa à readaptação social. No entanto, a decisão em comento trata-se de uma ainda tímida reação do judiciário. É preciso unir forças. O Judiciário precisa ser injetado com idéias novas, e que esse novo pensar consiga uma unicidade razoável capaz de devolver o devido *poder* aos juristas, no enfrentamento do atual *absolutismo* do legislativo.

Referências

CARVALHO, Salo de. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. *Revista da Ajuris*, v. 76 Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999.

ERDELYI, Maria Fernanda. Crime hediondo: leia voto de Britto sobre progressão de regime. 24.02.2005. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/busca.php>. Acesso em 04.03.2006.

FOLHA *Online*. STF decide por progressão de regime para crimes hediondos. 13.02.2006. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/busca.php>. Acesso em: 06.03.2006

Impactonews. STF reconhece regime progressivo para crimes hediondos. 25.02.2006. Disponível em: <http://www.impactonews.com.br/new/read_news.asp?id=6548>. Acesso em: 06.03.2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. A lei de tortura derrogou a lei dos crimes hediondos. *Boletim IBCCRIM*, v. 7, n. 84. São Paulo, 1999.

MACHADO, Fábio Cardoso. Breves considerações sobre a função jurisdicional nos sistemas anglo-saxão e romano-germânico. 15.06.2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5333>. Acesso em: 06.03.2006.

MARCÃO, Renato. Progressão de regime em crimes hediondos e assemelhados, na visão do Supremo Tribunal Federal. 15.02.2006. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 06.03.2006.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Crimes hediondos: proibição da progressão de regime é inconstitucional sim. 2006. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/42353,1>. Acesso em: 06.03.2006.

PINHEIRO, Aline. Crime hediondo: leia voto de Gilmar Mendes sobre progressão de regime. 24.02.2006. *Consultor Jurídico*. Disponível a partir de: <http://www.ibccrim.org.br/busca.php>. Acesso em: 06.03.2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 126.

SILVESTRE, Fábio Galindo. Comentários à decisão do STF no HC 82.959-7. Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos. 03.03.2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8056>. Acesso em: 06.03.2006.

STF – Supremo Tribunal Federal. Supremo afasta a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos. 24.02.2006. Disponível a partir de: <http://www.ibccrim.org.br/busca.php>. Acesso em: 06.03.2006.

_____. REsp. 140.617-GO, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., j. 12.09.97, v.u. *Boletim IBCCRIM*, n. 60, 1997. A nova interpretação da pro-

gressão de regime na Lei dos crimes Hediondos em face da Lei de tortura. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 06.03.2006.

TELES, Ney Moura. A Lei n. 9.455 de 1997 revogou o artigo 2.º da Lei dos Crimes Hediondos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes hediondos: o mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.