ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

# Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

# 60

maio-junho de 2006

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 14 n. 60 maio-junho 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

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), Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Guilherme Costa Câmara (PB). Heloisa Estellita (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), Paulo Vinicius Sporleder de Souza (RS), 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, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, David Teixeira de Azevedo, Denise Neves Abade, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, Helena Regina Lobo da Costa, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Marina Pinhão Coelho, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Livianu, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira.

**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, Ana Messuti, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Claudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez Pedro Caeiro, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia e Stella Maris Martinez.

**As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.**

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 61 – julho-agosto – 2006

Contribuições da Psicologia Cognitiva para a oitiva da testemunha: avaliando a eficácia da Entrevista Cognitiva

**Maria Lúcia Campani Nygaard, Leandro da Fonte Feix e Lilian Milnitsky Stein**

Processo Internacional Penal diante do tempo

**Yann Jurovics**

La Perspectiva De Género En La Defensa De Mujeres Bajo El Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno

**Lidia Casas e Olga Espinoza**

Principio da Precaução, Direito Penal e Sociedade de Risco

**Pierpaolo Cruz Bottini**

# Sumário


1. Direito Penal

Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença 9
**Fabio Roberto D'Avila**

Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos 36
**Gabriel Pérez Barberá**

Notas ao crime de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D da Lei 6.385/76) 78
**José Leite Filho**

Derecho penal y guerra: ¿intervención punible del gobierno alemán en la guerra de Irak? 118
**Kai Ambos**

Los delitos genéticos: ¿función preventiva o función (meramente) simbólica? 150
**Sergio Romeo Malanda**

Derecho penal economico, criminalidad organizada y Union Europea 208
**Vincenzo Musacchio**

2. Processo Penal

O princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial 223
**Cristiane da Rocha Corrêa**

Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo 254
**Pablo Galain Palermo**

3. Crime e Sociedade

Demandas sociais, acesso à justiça e intervenção pública nos conflitos – Estudo de caso na periferia de São Paulo 299
**Eneida Gonçalves de Macedo Haddad e Jacqueline Sinhoretto**

Garantias constitucionais e prisões motivadas por conflitos agrários no Brasil 321
**Renato Sérgio de Lima e Juvelino Strozake**

4. O Direito em ação

4.1 Parecer

Parecer sobre proposta de projeto para "administracionalizar os benefícios da execução penal" – Movimento Antiterror 341
**Alexandre Wunderlich e outros**

Falsidade ideológica e sucessão de leis e regras no tempo 365
**Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Edward Rocha de Carvalho**

4.2 Ementário de jurisprudência 378

**Roberto Delmanto Junior, Fabio Machado de Almeida Delmanto e Luciana Russo**

5. Índice Alfabético Remissivo 393

Normas de publicação 399

# Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença[1]

Fabio Roberto D'Avila

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal), Pós-Doutorando pela Johann Wolfgang Goethe Universität (*Frankfurt am Main* – Alemanha), Bolsista da Fundação Alexander von Humboldt (Bonn – Alemanha), Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. (In)diferença e identidade – 2. Goldschmitd e o *dano emergens* – 3. Do qualitativo ao quantitativo, e de volta. Elementos para uma distinção material entre os ilícitos penal e administrativo – 4. Resultado e ilícito penal. A possibilidade de adensamento do critério material através da noção de ofensa a bens jurídico-penais: 4.1 Bem jurídico-penal; 4.2 Ofensividade – 5. Considerações finais.

**Resumo:** O acento distintivo entre o ilícito penal e o ilícito administrativo sancionador deve incidir não em uma diferença meramente quantitativa, mas

1. Este artigo corresponde, no essencial, ao painel por nós apresentado em 07.10.2005, por ocasião do XI Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo.

*qualitativa*, estabelecida em uma diferente refração normativa da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, que, em âmbito jurídico-penal, encontra densidade na *exigência (constitucional) de ofensa a um bem jurídico-penal*. A ofensa a um bem jurídico-penal é a fronteira infranqueável de um direito penal legítimo, na qual, ainda hoje, é possível creditar as linhas fortes de sua identidade.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo sancionador – Contra-ordenação – Ilícito administrativo – Ilícito penal – Limites materiais do Direito Penal – Bem jurídico – Ofensividade – Perigo abstrato – Cuidado-de-perigo – Infrações de trânsito – Arma de fogo desmuniciada – Omissão de socorro.

## 1. Considerações iniciais. (In)diferença e identidade

As profundas transformações sofridas pelo direito penal no final do século XX, por tantos e a tantos títulos já relatadas, têm encontrado em um muitas vezes descurado aspecto a sua mais marcada feição, a indiferença. Indiferença que se torna invisível quando tomada no descuido da análise exageradamente fragmentada da juridicidade e, exatamente por isso, incapaz de esboçar, mesmo que em linhas muito distantes, os contornos da sua própria complexidade, a complexidade do fragmento que, embora assumidamente parte, não deixa, em momento algum, aos olhos do investigador, uma curiosa pretensão de totalidade. Contudo, mesmo entre as mais estreitas leituras do real que o jurídico representa, mesmo sem pretender alcançar os traços grossos através dos quais a contemporaneidade apresenta-nos o seu direito penal, já não há como negar a força atrativa exercida pela noção de indiferença que, com a intensidade de uma quase-evidência, lança-se aos olhos de todos e se explicita na recorrente pergunta sobre a identidade do direito penal contemporâneo. Indiferença e identidade são, pois, a muitas luzes, e o dizemos sem acreditar haver aqui qualquer exagero, verdadeiros gênios de um direito penal a cuja afirmação assiste impassível o nosso tempo.

É claro que períodos históricos de liminaridade,[2] sobre os quais temos falado em outras oportunidades,[3] são caracterizados por grandes espaços de indiferença. Não é aqui que está a questão. O problema encontra-se na tensão (in)compreendida entre a indiferença e a identidade, normalmente recepcionada na forma de critérios de exceção, de áreas de exceção, de fundamentos de exceção, não raramente incapazes de serem absorvidos pelo conjunto de direitos e garantias fundamentais sobre os quais se pretende assentar o direito penal nos Estados democráticos e sociais de Direito, mas que, nem por isso, deixam de conviver sobreposta e longamente, nos moldes nem sempre assumidos de um direito penal de exceção. E nem sequer estamos falando aqui de propostas abertas, e por isso mais honestas, como a do *Feindstrafrecht* de Günther Jakobs,[4] cuja pronta e incisiva repulsa por parte de um sem número de juristas brasileiros e estrangeiros permite-nos, ao menos, afirmar com convicção aquilo que, definitivamente, não desejamos para o direito penal deste milênio. Falamos, isto sim, de pequenas – para muitos, até mesmo, imperceptíveis – fraturas sofridas por princípios fundamentais de direito penal e constitucional em prol do bem-estar dos mais variados programas de política-criminal, o que, muito embora não seja em si uma novidade, diga-se desde já, por sua particular incidência e significativa abrangência, faz-se hoje especialmente preocupante no âmbito do direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*).

2. Sobre a noção de liminaridade na antropologia, ver GENNEP, Arnold van. *Os ritos de passagem*. tradução de Mariano Ferreira e apresentação de Roberto da Matta, Petrópolis: Vozes, 1978, p. 34 ss.; TURNER, Victor W. *O processo ritual*. Estrutura e antiestrutura. tradução de Nancy Campi de Castro, Petrópolis: Vozes, 1974, p. 201 ss.

3. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime com ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 35, nota 52.

4. Sobre o direito penal do inimigo, ver JAKOBS, Günther; e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003; criticamente, PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. Tendências atuais em direito penal e política criminal, *RBCCrim*, 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, (2004), p. 31 ss. Recentemente, JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht?, *ZStW*, 117 (2005), p. 839 ss.; ALBRECHT, Peter-Alexis. Krieg gegen den Terror. Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht. *ZStW*, 117 (2005), p. 852 ss.; HEGER, Martin. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2005 in Frankfurt/Oder. *ZStW*, 117 (2005), p. 882 ss.

A falta de cuidado com que avançou, e ainda avança, o legislador ordinário nos novos espaços de intervenção jurídico-penal, especialmente, embora não só, o legislador brasileiro, reflete uma afoiteza que se traduz, em muitos momentos e de forma até mesmo irremediável, em profunda irresponsabilidade não só para com garantias fundamentais, mas, inclusive, para com o próprio objeto a que se destina a tutela penal. Que o âmbito de regulamentação do direito penal secundário, quer em suas relações, quer em seu objeto, é, por si só, significativamente mais complexo que o tradicional e, por isso, mais suscetível a desvios e equívocos tanto político-criminais, como dogmáticos, é inquestionável. Agora, daí querer justificar uma já comum precipitação normativa e o seu sem-número de equívocos técnicos, é, ao nosso sentir, subverter a mais comezinha lógica, é valer-se dos exatos motivos que lhe exigiriam maior cautela para justificar exatamente a falta dessa mesma cautela. Equívocos que, na prática, têm resultado em legislações dotadas de um profundo e já inaceitável déficit de racionalidade, contemporizado, às vezes, com recursos hermenêutico-aplicativos, porém, outras vezes, de insuscetível recuperação, remetendo-as a um, há muito, insustentável grupo de legislações penais meramente simbólicas.

Refletir, neste preciso contexto, sobre a fronteira entre o direito penal e o direito administrativo sancionador é, por tudo isso, sempre uma difícil reflexão sobre a própria identidade do direito penal em espaços de juridicidade amplamente dominados pela indiferença. Onde o conteúdo do ilícito penal movimenta-se da tutela de bens jurídico-penais à mera desobediência, passando pela tutela tanto de funções, quanto de interesses de política-criminal, e, portanto, onde o conteúdo material do ilícito perde-se ou no simples formalismo positivista, ou na insipidez de artificialismos politicamente orientados. Enfim, onde o penal e o administrativo, quer em identidade, quer em função, confundem-se permanentemente.

A reflexão a que ora nos propomos faz-se, portanto, e diga-se desde já, de forma assumidamente delimitada. Muitas são as possibilidades de enfrentamento da questão em análise, quer sobre a perspectiva da sanção, quer sobre a perspecti-

va processual, ou ainda, a partir da teleologia característica destes peculiares espaços de juridicidade e sua importante ressonância em âmbito político-criminal. A nossa preocupação, contudo, é muito mais modesta, embora não menos importante. Interessa-nos, aqui, considerar a distinção entre as ilicitudes penal e administrativa – também aqui referida como ilicitude contra-ordenacional ou de mera ordenação social –, sob a estrita perspectiva do conteúdo material do ilícito. Se, de fato, à luz do atual estado do direito penal, estaríamos impelidos a recepcionar os referidos ilícitos em um espaço de absoluta indiferença, à livre disposição do legislador ordinário, o que nos remeteria, inapelavelmente, às construções de acento formal. Ou, se ainda há razões para conceber o penal, na linha de antigas teorias qualitativas, como um *aliud* em relação à normatividade administrativa, ainda detentor de uma identidade própria, na qual busca encontrar e refletir os elementos fortes da sua legitimidade. É, pois, comprometido com este preciso nódulo problemático, que passamos às considerações que seguem.

## 2. Goldschmitd e o *dano emergens*

Em 1902, em um célebre escrito denominado "Direito Penal Administrativo" (*Das Verwaltungsstrafrecht*),[5] James Goldschmidt debruçava-se sobre a difícil questão da fronteira entre o direito penal e o direito administrativo, uma fronteira, diga-se, materialmente fundada, capaz de servir como critério qualitativo de distinção entre o ilícito penal e o ilícito meramente administrativo, a qual acaba por ser obtida, em sua melhor expressão, na interessante e ainda hoje significativa oposição entre dano e benefício, ou ainda, mais precisamente, entre as idéias de *damnum emergens* e *lucrum cessans*. Ou seja, uma distinção suscetível de ser percebida a partir da noção de dano (*Beeinträchtigung*) ao bem jurídico, en-

5. GOLDSCHMIDT, James. *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage.* Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1902.

quanto fenômeno característico da juridicidade penal, a partir da ocorrência de um *damnum emergens* sofrido pelo bem jurídico enquanto objeto de proteção direta da norma de natureza penal.[6]

O *damnum emergens* consistiria em uma "insurreição de um portador de vontade contra a vontade geral" (*die Auflehnung eines Willensträger gegen den allgemeinen Willen*). Uma realidade em que teríamos, por um lado, um dano à "esfera de poder" (*Machtsphäre*) de um outro portador de vontade, expressa juridicamente em um efetivo dano ao bem jurídico tutelado, e, por outro, a lesão à vontade geral representada pela própria norma. Ou ainda, de forma simples, duas precisas dimensões, uma formal e outra material, ofendidas simultaneamente através da violação conjunta tanto do preceito normativo, quanto do seu objeto de proteção.[7] E somente aqui, na presença de um *damnum emergens*, é que poderíamos falar em um ilícito com dignidade penal.

Em contrapartida, a ausência de um bem jurídico na posição de objeto diretamente protegido pela norma afastaria a possibilidade de reconhecer um ilícito penal, mas não de reconhecer outras formas de ilicitude de natureza não-penal ou, de forma mais precisa, um ilícito administrativo. Neste, ao invés de uma formulação normativa voltada à tutela de um certo "bem jurídico" (*Rechtsgut*), teríamos, isto sim, uma norma orientada à promoção de um valor despido de um portador de vontade, expresso, por Goldschmidt, na noção de "bem público" (*öffenteliches Wohl*). Bem público este que, diga-se, não consistiria em um "resultado", isto é, algo dado, mas sim em um simples objetivo, de modo que a sua oposição seria incapaz de representar um dano a algo dado – como se percebe no ilícito penal –, mas apenas a omissão da promoção de um objetivo (*Unterlassung der Förderung eines Ziels*). Um ilícito estabelecido não sobre a ocorrência de um resultado danoso, mas sobre a não-ocorrência de um resultado favorável, e, portanto, a partir da idéia de um *lucrum cessans*.[8]

6. Idem, [n.5], p. 539 s.
7. Idem, [n.5], p. 540.
8. Idem, [n.5], p. 544 s.

O *lucrum cessans* surge, nesta medida, como característica distintiva do ilícito de natureza administrativa, de um ilícito desprovido de ofensa a um bem jurídico, porém erigido segundo a idéia da promoção de interesses públicos, logo de um ilícito que se faz qualitativamente diverso do ilícito penal. Enquanto este alcança legitimidade apenas quando, para além da oposição ao preceito normativo (dimensão formal), tem o seu objeto de proteção violado, na forma de uma ofensa ao bem jurídico, ou seja, um *damnum emergens* (dimensão material), ao ilícito administrativo, desprovido de bem jurídico, bastaria o não-antendimento às exigências normativas de promoção, bastaria um *lucrum cessans*.

Uma tal compreensão da ilicitude, a partir da oposição entre as idéias de "prejuízo" e "ausência-de-benefício" não é, entretanto, algo novo. Em verdade, essa forma de ver as coisas pode ser surpreendida já na obra de autores do século XIX, como Joannis Carmignani, cuja influencia é visível no próprio trabalho de Goldschmidt.[9]

Em seu *Juris Criminalis. Elementa* (1833), propunha Carmignani uma distinção entre o ilícito penal (*crimina proprie dicta*) e o ilícito de polícia (*politae crimina*), estabelecida fundamentalmente na noção de ofensividade.[10] Enquanto, para o autor, os "crimes propriamente ditos" encontravam a sua razão de ser em uma lesão à segurança, os "crimes de polícia" não passariam de lesões à prosperidade (*in crimina nempe sic proprie dicta, quae securitatem laedunt, ac in politiae crimina, quae prosperitatem*).[11] A previsão de crimes de polícia estaria legitimada pela necessidade de uma melhor e mais perfeita ordem social, de modo que, na sua ausência, ainda haveria vida, apenas não na perfeição que lhe é possível, ao

9. Idem, [n.5], p. 336 ss.

10. CARMIGNANI, Joannis. *Juris Criminalis. Elementa.* 5. ed., v. 1, Pisis, 1833. Edição com tradução para o italiano em: CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi di diritto criminale.* trad. por Caruana Dingli, primeira edição milanesa revista e anotada por Filippo Ambrosoli. Milano: Francesco Sanvito, 1865.

11. CARMIGNANI, Joannis. *Juris Criminalis.* ob. cit., [n.10], p. 31 s., § 152, as aspas correspondem ao itálico do texto original. Trecho que, na versão italiana, recebe a seguinte tradução: "in *delitti così propriamente detti*, i quali sovvertono la *sicurezza*; e in delitti di *polizia*, che ledono la *prosperità*" (CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi.* ob. cit., [n.10], p. 55, § 152).

passo que, não proibindo a lesão à segurança, a própria continuidade existencial da vida estaria em questão.[12] Aos crimes propriamente ditos competiria, portanto, a oposição à "destruição de um direito inerente à natureza do homem ou àquela da sociedade", e aos crimes de polícia, a mera "contrariedade à prosperidade pública". Ou seja, ilícitos que se separam, a partir de uma intensa diferenciação de orientação teleológica, fortemente pontuada na antinomia entre necessidade de repressão (ilícito penal) e utilidade de criação (ilícito administrativo).[13]

Todavia, um tal horizonte compreensivo, erigido a partir do reconhecimento de uma acentuada distinção material na constituição dos ilícitos penal e administrativo, fortemente assente no próprio objeto de tutela da norma, já não encontra, hoje, o mesmo reconhecimento de então. Embora as elaborações materiais, em geral, estejam longe de estarem sobrepujadas, como iremos observar a seguir, temos assistido, principalmente na doutrina alemã, à contínua afirmação de construções formais, orientadas por critérios de distinção quantitativos.

## 3. Do qualitativo ao quantitativo, e de volta. Elementos para uma distinção material entre os ilícitos penal e administrativo

Na Alemanha – espaço de juridicidade que, pela primeira vez, regulamentou positivamente as denominadas contra-ordenações (*Ordnungswidrigkeiten*),[14] inicialmente na Lei Penal da Economia (*Wirtschaftsstrafgesetz*, 1949) e, posteriormen-

12. CARMIGNANI. Teoria delle leggi della sicurezza sociale. III, a.a.O., Della difesa preventiva. p. 284 s., *apud*, GOLDSCHMIDT, James. ob. cit., [n.5], p. 343.

13. Idem, [n.5], p. 342 s.

14. Por normas contra-ordenacionais ou de mera ordenação social entendem-se normas sancionadoras de natureza administrativa, pela primeira vez assim reconhecidas e positivadas pelo ordenamento penal alemão. Dentre os seus méritos, está o esvaziamento das categorias de ilícito de polícia, ilícito penal administrativo e contravenções penais, cujo conteúdo passou a ser recepcionado e regulado, não mais em âmbito penal, mas sim, administrativo sancionador.

te, em 1952, na Lei das Contra-Ordenações (*Ordnungswidrigkeitengesetz – OwiG*),[15] após uma secular discussão acerca da distinção material entre os ilícitos penal e administrativo, que, inclusive, remonta aos célebres escritos de Feuerbach e Luden (séc. XIX)[16] –, a questão é hoje predominantemente recepcionada em favor de uma diferenciação de acento quantitativo.[17]

A tradicional distinção a partir do critério "ofensa a bens jurídicos", segundo o qual o ilícito criminal seria caracterizado pela existência de uma lesão ou perigo ao bem jurídico, ao passo que o ilícito administrativo não passaria de infrações de mera desobediência, e que, de uma certa forma, continuava "essencialmente" presente não só na elaboração de Goldschmidt, mas também na "teoria do conteúdo de desvalor ético-social" (*sozialethischer Unwertgehalt*),[18] defronta-se atualmente com forte ceticismo acerca da sua correção, nomeadamente no que tange ao objeto de tutela das infrações de natureza administrativa e à ressonância ético-social do respectivo ilícito: não haveria, aqui, segundo a doutrina majoritária, qualquer diferença.

Representativo desta orientação tem sido o entendimento sustentado por Roxin e ora reafirmado na última edição de seu *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2006). Para o autor, a tutela de bens jurídicos também está presente no âmbito de regulamentação das contra-ordenações, como, *v.g.*, pode-se perceber na infração de perturbação da tranqüilidade através de ruídos (§ 117, OWiG), cuja finalidade é

15. Lei que foi posteriormente reformada nos anos 1968, 1975 e 1998. Sobre a questão, ver MITSCH, Wolfgang. *Recht der Ordnungswidrigkeiten*. 2. ed., Berlin/Heidelberg: Springer, 2005. p. 23 ss.; NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht. Eine Einführung*. 9. ed., Neuwied/Kriftel: Luchterhand, 2000, p. 127.

16. Para um detalhado histórico acerca das tentativas de diferenciação material entre os ilícitos criminal e administrativo, ver MICHELS, Hans Gerhard. *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung. Versuch einer materiellen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht*, Berlin: de Gruyter, 1963, p. 5 ss.

17. Ver, por todos, ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. 1, 4. ed., München: Beck, 2006, p. 59.

18. Sobre a teoria do conteúdo de desvalor ético-social, ver MICHELS, Hans Gerhard. ob. cit., [n. 16], p. 11 e 78 ss.

a tutela do bem jurídico "convivência humana" (*das menschliche Zusammenleben*), ou ainda, através da proibição de estacionar, que encontraria a sua razão de ser no evitar o bloqueio de ruas e, por conseguinte, em assegurar o "livre comércio e movimento."[19] O fato de essas infrações estarem previstas como contra-ordenações e não como um ilícito penal se dá, portanto, não em função da tutela de bens jurídico-penais, eis que comum a ambos, mas dos princípios da subsidiariedade e da bagatelaridade da ofensa.[20]

A relação entre a ilicitude penal e a administrativa, observa Mistch, é nada mais que uma relação de *plus-minus*. Longe de ser um *aliud* em relação ao ilícito penal, como pretendem as distinções qualitativas, a infração administrativa passa a representar apenas um ilícito no qual as características "penais" estão presentes, porém em proporções mais brandas. Ou, em outras palavras, consiste em uma infração marcada apenas por um conteúdo de culpabilidade e ilicitude mais suaves, quando em comparação com a infração criminal, muito embora esse mesmo conteúdo, em termos essenciais, em nada se distinga daquele exigido em âmbito penal.[21] Também as infrações administrativas buscam tutelar bem jurídicos, e também elas podem realizar esta tarefa em relação a bens jurídico individuais – por conseguinte, em oposição à crítica de que tutelariam apenas valores supra-individuais –, como ocorre em âmbito viário, onde, no mais das vezes, o ilícito está orientado a evitar situações de perigo à vida, à saúde e à propriedade. A particularidade, prossegue Mistch, estaria em um bem jurídico de menor valor ou em uma exposição menos prejudicial – como, *v.g.*, uma hipótese de perigo abstrato ao invés de concreto, ou um ato preparatório no lugar de tentativa –, ou, ainda, em uma menor censurabilidade do fato, muitas vezes realizado por comodidade, esquecimento ou descuido. O que, por sua vez, redundaria em uma sanção pecuniária

19. ROXIN, Claus. ob. cit., [n.17], p. 54.

20. Idem, ibidem.

21. MITSCH, Wolfgang. ob. cit., [n.15], p. 16 s.

sem caráter etiquetante, voltada a lembrar e reforçar, na forma de uma advertência, os deveres, *in casu*, violados.[22]

Uma tal distinção de acento quantitativo encontra-se mitigada em algumas elaborações, em razão do reconhecimento de uma dimensão também qualitativa. Muito embora o § 1 OWiG (Lei das Contra-ordenações) considere como contra-ordenação as infrações sancionadas com penas pecuniárias de natureza administrativa (*Geldbuße*) – o que confere um grande poder de decisão ao legislador na seleção de condutas, especialmente quando tomado à luz de um critério qualitativo –, reconhece-se, simultaneamente, e segundo, inclusive, a própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*BVerG*), um conjunto de ilícitos que seria privativo do direito penal e, por conseguinte, insuscetível de ser previsto como mera contra-ordenação, sem que, com isso, fosse violado o dever constitucional de proteção dos respectivos bens jurídicos. Este espaço de ilicitude vedado a um regulamento de mera ordenação social, normalmente denominado de âmbito nuclear do direito penal (*Kernbereich*) – *v.g.*, homicídio, estupro, roubo, entre outros – colocaria uma fronteira qualitativa entre os ilícitos administrativo e penal, fazendo com que a distinção meramente quantitativa seja mais bem assumida como um critério misto, quantitativo-qualitativo.[23]

Contudo, esta reivindicada *via de mezzo* pouco ou nada diz acerca do preciso problema sobre o qual ora nos debruçamos. Se, por um lado, o reconhecimento de um âmbito nuclear inalienável busca, de forma clara, reclamar um conteúdo material exclusivo do direito penal, dando origem, até mesmo, a acertadas críticas acerca da sua autodenominação como critério misto, eis que, nesta medida, torna-se nada mais que um critério qualitativo.[24] Por outro, propõe um

22. Idem, p. 17 s.

23. A favor de um critério misto, qualitativo-quantitativo, ROXIN, Claus. ob. cit., [n. 17], p. 59. Para um panorama da questão hoje na Alemanha, ver BOHNERT, Joachim. *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, org. por Karlheinz Boujong. München: Beck, 2000. p. 20 ss.

24. Assim, FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 457, acompanhando a atenta crítica de BOHNERT, Joachim. ob. cit., [n. 23], p. 25.

critério material distintivo apenas no sentido positivo da criminalização, abstendo-se, totalmente, de considerar os limites de legitimidade dessa mesma criminalização, que, por seu turno, estariam jogados em um espaço de indiferença (material), o espaço atribuível a uma distinção meramente quantitativa. Mas, se isso é verdade, é o mesmo que reconhecer, curiosamente e com uma certa perplexidade, limites materiais para o avanço do ilícito de mera ordenação na órbita própria do direito penal, sem, porém, materialmente, nada referir sobre a expansão do direito penal no espaço característico do ilícito contra-ordenacional. O que, quanto a nós, não é outra coisa senão uma nítida inversão da interrogação primeira que, neste breve escrito, e por essa mesma razão, volta a nos preocupar.

No entanto, em que pese o ceticismo da doutrina alemã, as orientações qualitativas têm encontrado novo fôlego em consistentes construções provenientes do espaço de juridicidade português. Em Portugal, onde o pensamento contra-ordenacional teve a sua primeira previsão normativa no DL 232/79, muito embora defendido por Eduardo Correia desde 1962,[25] Figueiredo Dias tem buscado afirmar um critério de distinção qualitativo entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social, a partir de uma interessante construção que se vale do (des)valor ético-social da conduta em si, como elemento distintivo. Segundo o autor, é verdade que não se pode falar em um "ilícito ético-socialmente indiferente" mesmo em âmbito contra-ordenacional. Contudo isso não impede de identificar uma diferença de desvalor ético-social entre os ilícitos penal e de mera ordenação, quando considerados em um momento anterior à valoração normativa, isto é, quando considerada a "conduta em si mesma", antes da atribuição de valor própria da proibição legal. Haveria, aqui, por um lado, condutas que, antes da consideração legislativa, são "axiológico-socialmente relevantes," e que, portanto, dariam origem a ilícitos penais. Por outro, condutas "axiológico-socialmente neutras", "às quais não correspondem um mais amplo desvalor moral, cultural ou

25. Sobre o surgimento do ilícito de mera ordenação social em Portugal, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal.* Parte geral, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 147 s.

social", e que, por isso, originariam ilícitos de mera ordenação. Neste caso, o desvalor ético-social é alcançado apenas após a proibição legal.[26]

Da mesma forma, agora no que tange ao bem jurídico, afirma Figueiredo Dias que não se pode sustentar que nas contra-ordenações não está presente a tutela de bens jurídicos, na medida em que "todo ilícito ofende um 'bem' juridicamente protegido". Mas isso não significa que não seja possível perceber uma diferença entre eles. Para o autor, no ilícito penal, o bem jurídico tem existência independente da proibição, ao passo que, nas contra-ordenações, perfaz-se apenas quando a conduta se conexiona com a proibição legal. Enfim, como se pode perceber, propõe uma distinção claramente material, sem, todavia, advertência que faz o próprio autor, a pretensão de excluir posteriores critérios adicionais de distinção, como o quantitativo.[27]

Porém, ainda mais próxima de nós, está, sem dúvida, a elaboração proposta por Faria Costa. Embora também recepcione a valoração ético-social como critério de central importância na distinção material entre a discursividade penal e administrativa, fá-lo, e bem, a partir de elementos outros que permitem um significativo adensamento do ponto de distinção. A questão é posta em termos de diferentes pólos agregadores que originariam campos de normatividade diferenciados, nos quais a *dignidade penal*, sustentada pela valoração ético-social, surge como pedra angular de distinção.[28] Haveria, aqui, quando considerado sob o olhar interessado da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, relações normativas de primeiro e segundo graus, decorrentes de uma desigual refração da relação onto-antropológica em âmbito normativo. Em um primeiro grau, temos

26. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. ob. cit., [n.25], p. 150.

27. Como exemplo, traz a hipótese da condução de veículos mediante a influência de álcool. Com um grau de alcoolemia entre 0,5 e 0,8, há uma contra-ordenação grave; entre 0,8 e 1,2, há uma contra-ordenação muito grave; e igual ou superior a 1,2 g/l, há um crime. Isso ocorreria porque a partir de 1,2 g/l a conduta se torna ético-socialmente relevante (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. ob. cit., [n.25], p. 151 s.).

28. FARIA COSTA, José de. ob. cit., [n.24], p. 464 s.

a intencionalidade que determina o direito penal (relação de cuidado para com a vida, para com a integridade física etc.), a qual surge da matriz comunitária e é mediatizada pelo detentor do *ius puniendi*, em uma relação dialética, historicamente situada. No segundo, encontramos a intencionalidade própria da mera ordenação social (relação de cuidado para com o correto funcionamento viário, marítimo e aéreo para a manutenção da transparência e fluidez das relações econômicas etc.), que parte do próprio Estado e é por ele mediatizado, em uma lógica de cuidar preventivamente. Prevenir este que, no entanto, não se confunde com o prevenir jurídico-penal.[29] O Estado, bem refere Faria Costa, "cumpre a intencionalidade de *cuidar* da promoção e propulsão dos bens jurídicos, criando uma rede de cuidados construídos, cuja manifestação se apreende através do direito de mera ordenação social".[30]

Uma tal forma de ver as coisas, tomada a partir de pólos agregadores capazes de perceber e expressar diferenças ao nível da refração normativa da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, permite uma melhor compreensão da constante tensão e dinamismo característicos do espaço fronteiriço entre o direito penal e de mera ordenação social, sem, com isso, macular a sua tão pretendida identidade. Em que pese não negarmos o importante papel exercido pela valoração ético-social neste âmbito, o que, como vimos, mesmo no horizonte de teorias de tom quantitativo, tem sido admitido através do reconhecimento de um denominado direito penal nuclear, parece-nos difícil tentar demarcar uma precisa linha material de distinção a partir de um "inteligir" restrito à existência ou não de relevância ético-social. O particular movimento que marca o espaço de fronteira entre as ordens penal e administrativa, propulsor de um constante processo de criminalização-descriminalização, revela a incidência de um sem-número de princípios fundamentais e interesses de política-criminal, que nem sempre explica

29. Idem, p. 465 s.

30. Idem, p. 466 s.

seus resultados segundo um juízo ético-social, positivo ou negativo. Expliquemos. Não há dúvida de que o desvalor ético-social tem que estar presente na recepção de uma determinada conduta como ilícito jurídico-penal. Contudo isso está longe de significar que todas as condutas ético-socialmente desvaliosas devam estar penalmente sancionadas, ou, o que é o mesmo, que a simples permanência nos quadros contra-ordenacionais indique a sua inexistência. Há, por certo, e como já mencionado, outras linhas de força que operam, e devem operar, em um processo de interação que resultará, observados os critérios de legitimidade, na opção por uma ou outra, ou, até mesmo, por nenhuma delas. Por outro lado, e é isso o que deve aqui ficar bastante claro, mesmo tendo preenchido os critérios materiais de entrada em ambos os espaços de juridicidade, e estando, por isso, à disposição do legislador, não há, aqui, uma relação de identidade. Uma leitura a partir da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo permite perceber que a opção por uma ilicitude penal ou administrativa, corresponde, simultaneamente, a uma opção por ordens jurídicas que se refratam em um nível normativo diferenciado, com conseqüências próprias, e nas quais as condutas serão submetidas a uma forte diferenciação de orientação teleológica.

Identificadas tais particularidades normativas e seus pressupostos, restanos, a partir daí, perguntar sobre os requisitos materiais de legitimidade específicos do ilícito penal, de modo a precisar, com mais atenção, a linha limítrofe de expressão válida deste específico espaço de juridicidade.

## 4. Resultado e ilícito penal. A possibilidade de adensamento do critério material através da noção de ofensa a bens jurídico-penais

A distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal ganha contornos próprios quando observada a partir do olhar interessado do direito penal. Não tanto aquilo que o ilícito administrativo ou de mera ordenação social pode constituir em âmbito administrativo, logo, não-penal, mas aquilo que o ilícito penal

possui de particular é que, ao nosso sentir, confere a grande valia da discussão nos dias de hoje, quer em âmbito dogmático, quer em âmbito político-criminal. Não querendo, por certo, menosprezar a importância sobre o conteúdo e, daí também, a conformação possível das regras de mera ordenação, o que está fora de questão, devemos desde já observar que, quanto a nós, o problema relativo à existência de um critério qualitativo de distinção entre o penal e o administrativo alcança atualidade e relevo, em primeiro lugar, enquanto pergunta acerca dos limites materiais do direito penal, sobre a identidade do ilícito penal e, assim, também sobre as condições indispensáveis para que uma determinada conduta seja elevada à condição de ilícito criminal, delimitando, por conseqüência, aquilo que não é suscetível de criminalização, mas não insuscetível de tutela por outros instrumentos estatais, como, *in casu*, o direito administrativo sancionador. É, pois, a partir deste assumido interesse que avançamos as considerações que seguem.

Como temos em outras ocasiões referido e, por tudo até aqui exposto, já é possível auferir – diferentemente de uma certa tendência funcionalista que busca entender e explicar o direito penal a partir das conseqüências jurídicas da sanção criminal –, no seguimento de Faria Costa, uma concepção onto-antropológica a qual toma o direito penal a partir do objeto da norma, do ilícito (*Unrecht*), e que, por conseguinte, conduz a um processo de fundamentação e legitimação muito diverso daquele presente nas correntes de tom funcionalista.[31] Essa concepção ontológica do direito penal, que é percebida e recepcionada juridicamente através do *modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais*, não só (a) atribui ao ilícito uma *posição privilegiada* na estrutura dogmática do crime, eis que portador, por

31. Sobre a concepção onto-antropológica de direito penal, ver, dentre outros trabalhos, FARIA COSTA, José de. ob. cit., [n.24], passim; também, do mesmo autor, *Ilícito típico, resultado e hermenêutica*. Ou o retorno à limpidez do essencial. *Seminário internacional de Direito Penal*. Universidade Lusíada, Lisboa, março de 2000, passim; D'AVILA, Fabio Roberto. ob. cit., [n.3], passim; e, ainda, Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal. *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, org. por Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

excelência, do juízo de desvalor da infração enquanto elemento capaz de traduzir para além da intencionalidade normativa, também à própria função do direito penal,[32] como (b) propõe a noção de *ofensa a bens jurídicos*, a noção de *resultado jurídico* como a pedra angular do ilícito-típico.[33]

Daí a afirmação forte de que *não há crime (legítimo) sem ofensa a um bem jurídico-penal.*[34] Proposição que pretende, para além de expressar um inequívoco ideário político-ideológico, assumir-se como formulação principalmente constitucional. Resultado, é verdade, de uma compreensão político-ideológica estabelecida nos ideais de um Estado laico, liberal, tolerante, pluralista e multicultural, comprometido com a dignidade humana e com o reconhecimento de direitos fundamentais,[35] mas que, ao nosso sentir, corresponde, com exatidão, ao Modelo de Estado proposto pela Constituição Federal de 1988. E não só. Uma exigência constitucional de ofensividade parece possível de ser percebida tanto em um espaço exclusivamente principiológico, como no âmbito das denominadas normas constitucionais de "caráter duplo" (*Doppelcharakter*),[36] entre as quais,

32. No que tange ao ilícito, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal.* Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 223 e 220 ss. E, sobre a relação da tipicidade com a ilicitude, ver, ainda, CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, v. 1, com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999, p. 281; MEZGER, Edmund. *Strafrecht.* 3.ed, Berlin/München: Duncker e Humblot, 1949. p. 197.

33. D'AVILA, Fabio Roberto. ob. cit., [n.3], p. 40 ss.

34. D'AVILA, Fabio Roberto. ob. cit., [n.3], p. 46. Quanto à ressonância do princípio da ofensividade na doutrina italiana, seu espaço de maior expressão, conferir os trabalhos de MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale.* Parte generale. 4. ed., Padova: Cedam, 2001; do mesmo autor: Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale. *Il Diritto Penale alla Svolta di Fine Millenio.* org. por Stefano Canestrari. Torino: Giappichelli, 1998; MARINUCCI, Giorgio; e DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale.* Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica. v. 1, 3. ed., Milano: Giuffrè, 2001.

35. MARINUCCI, Giorgio; e DOLCINI, Emilio. ob. cit., [n. 34], p. 449 ss. e, principalmente, 452.

36. Como normas de caráter duplo entendem-se aquelas que possuem existência, simultaneamente, como regra e princípio (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte.* Baden-Baden: Suhrkamp, 1994, p. 17). Sobre a distinção entre regras e princípios, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.114 s. e 1.239; ALEXY, Robert. *Theorie.* p. 75 ss.

*v.g.*, a própria norma constitucional da liberdade. Podemos observar, a título meramente ilustrativo – eis que não é este, no momento, o objeto do nosso interesse –, a absoluta falta de sentido em se falar de liberdade como direito constitucional fundamental e, simultaneamente, permitir a criminalização irrestrita do seu exercício. Ora, se toda incriminação resulta em uma forte limitação à liberdade de agir – a tipificação é, se bem a vemos, um processo de ponderação de bens, no qual a liberdade cede em prol da tutela de um outro valor como a vida, no homicídio; o patrimônio, no furto, etc.[37] –, esta limitação, de modo a respeitar a condição de direito constitucional fundamental do bem jurídico liberdade, deve atender a pressupostos mínimos, entre eles, a tutela exclusiva de valores dotados de nível constitucional – isto é, de valores que se encontram em uma relação de harmonia com a ordem axiológica jurídico-constitucional – e detentores de um tal conteúdo axiológico, que justifique a forte restrição à liberdade ocasionada pela incriminação. Logo, uma restrição que se faz possível somente quando indispensável para a tutela de particulares bens jurídicos, de bens jurídicos providos de uma significativa e suficiente consistência axiológica, enfim, de bens dotados de dignidade jurídico-penal.[38] Ou, de forma ainda mais clara: a liberdade, enquanto valor constitucional fundamental, somente pode ser restringida quando o seu exercício implicar a ofensa de outro bem em harmonia com a ordem axiológico-constitucional.[39] Meros interesses administrativos insuscetíveis de configurar um bem jurídico-penal estariam, de pronto, e por estas mesmas

37. Também assim, ALEXY, Robert. ob. cit., [n.36], p. 296 ss.

38. Assim, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. ob. cit., [n.25], p. 114 s. Vale sempre lembrar a precisa anotação de Canotilho e Vital Moreira, à luz do texto constitucional português, de que "a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 151).

39. No exato sentido do texto, MARINUCCI, Giorgio; e DOLCINI, Emilio. ob. cit., [n.34], p. 489.

razões, totalmente excluídos da possibilidade de constituir substrato suficiente para o surgimento de uma qualquer incriminação.[40]

Mas, se isso é assim, se a exigência de ofensividade é uma imposição constitucional de legitimidade, dois níveis de valoração se fazem necessários para a verificação e aceitação de um ilícito-típico em âmbito criminal. Um primeiro nível, no qual será verificada a existência de um bem jurídico-penal como objeto de proteção da norma. E um segundo nível, no qual se irá verificar a existência de ofensividade, como resultado (jurídico) da relação entre a conduta típica e o objeto de tutela da norma. Não basta o reconhecimento de um bem jurídico dotado de dignidade penal como objeto de tutela da norma, mas é também necessário que esse mesmo bem jurídico tenha sofrido, no caso concreto, um dano/violação – ofensa própria dos crimes de dano –, ou um perigo/violação, nas formas de concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo – formas de ofensa exigidas, respectivamente, nos crimes de perigo concreto e nos crimes de perigo abstrato.[41] Critérios que, ao nosso sentir, muito têm a nos dizer sobre a diferenciação entre os ilícitos penal e administrativo.

## *4.1 Bem jurídico-penal*

A começar pela noção de bem jurídico-penal, a primeira pergunta que nos devemos fazer é se, de fato, tal categoria está, essencialmente, *sempre* presente tanto no ilícito penal, quanto no ilícito administrativo.

Como vimos, ao contrário das antigas elaborações que tinham aqui a precisa diferença entre o administrativo e o penal, fala-se hoje de uma característica comum. Não só o ilícito penal, mas também o ilícito de mera ordenação social

40. Para um maior aprofundamento sobre os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da ofensividade, ver D'AVILA, Fabio Roberto. ob. cit., [n.3], p. 63 ss.

41. Estamos a nos valer aqui da tipologia de ofensa desenvolvida por Faria Costa: dano/violação e perigo/violação, esta subdividida em concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo (FARIA COSTA, José de. ob. cit., [n.24], p. 644 ss.).

tutelam bens jurídicos. Porém, do que agora estamos aqui a falar não é de bens jurídicos "apenas", e sim de *bens jurídico-penais* que, enquanto categoria, detêm uma série de requisitos próprios para o seu reconhecimento. Daí a necessidade de recolocarmos a pergunta. Afinal, afirmar a existência da tutela de bens jurídicos também em âmbito administrativo, parece-nos inquestionável. Até aqui não vemos problema algum. Afirmar que todo e qualquer ilícito administrativo, sem exceção, tutela bens jurídicos, temos, por outro lado, que só pode ser admitido a partir de um conceito demasiado amplo de bem jurídico, mas é, ainda assim, em certa medida, e levando em consideração as conseqüências de um tal conceito em âmbito não-penal, aceitável – muito embora, e definitivamente, não seja esta a nossa forma de ver as coisas. Entretanto daí a sustentar que todo e qualquer ilícito administrativo possui como objeto de tutela um bem jurídico-penal, ou, mais propriamente, um bem jurídico essencialmente equivalente àquilo que, em direito penal, entende-se por bem jurídico-penal, é, quanto a nós, inadmissível. De que haja ilícitos de mera ordenação que tutelam valores equivalentes à categoria de bem jurídico-penal, não há dúvida. Agora, que esta seja uma característica presente em todo e qualquer ilícito de natureza administrativa, é, ao nossos olhos, totalmente insustentável, sem que, para isso, tenhamos que admitir uma insuportável abertura da categoria de bem jurídico-penal, com sérias conseqüências, sublinhe-se, sérias conseqüências para a sua pretendida função crítica.

O bem jurídico-penal, como bem leciona Figueiredo Dias,[42] além de manter uma relação de analogia material com a Constituição, nos termos já expostos, e de reivindicar um intenso juízo de necessidade de tutela para legitimar a intervenção jurídico-penal, consiste em uma noção trans-sistemática, não-imanente ao sistema, de modo a tornar possível a sua pretensão de servir como padrão crítico de criminalização. Mas não só. Ele deve possuir uma consistência axiológica que permita, a partir daí, um processo de concretização, de corporificação, in-

42. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. ob. cit., [n.25], p. 111 s.

dispensável à análise da ofensa e, por seu turno, também ao sucesso da referida função crítica.[43] Condições que, vale salientar, devem coexistir, de forma necessária, para o reconhecimento de um valor como *bem jurídico-penal.*

Contudo, não nos parece, sinceramente, que este seja o caso da totalidade dos interesses postos em tutela por normas de mera ordenação social. É indiscutível, vale reiterar, que há normas sancionadoras de natureza administrativa que tutelam bens jurídicos dentro dos pressupostos supra-referidos, com exceção, por óbvio, da necessidade de tutela penal. Mas querer disso concluir que o ilícito administrativo, sem exceção, protege valores dessa natureza, já não podemos concordar. Não vemos como meros interesses administrativos ou elementos de facilitação do trabalho da administração pública possam corresponder, sem mais, às exigentes regras para o reconhecimento de um bem jurídico-penal. É claro que esses interesses podem e até devem estar relacionados a determinados valores, uma vez que a tutela de bens jurídicos consiste em "um dos fins últimos e primaciais da ordem jurídica global."[44] Mas isso, por si só, nada diz – pelo contrário, se partimos daí, na precisa observação de Faria Costa, indiferenciamos "não só o direito penal e o 'direito de mera ordenação social', mas também indiferenciamos praticamente todo o direito."[45] Para que possamos traçar linhas de equivalência com a tutela de bens jurídicos oferecida pelo direito penal, esta relação não só não pode ser construída de forma muito mediata, como não deve ter um caráter promocional que, embora absolutamente estranho aos quadros do direito penal, surge como possível e, até mesmo, adequado em âmbito administrativo, em razão da intencionalidade político-jurídica que lhe é própria. Esta nos parece ser, *v.g.*, a hipótese das regras administrativas que regulamentam o estacionamento de veículos (art. 181 do Código de Trânsito Brasileiro). Trata-se de normas que, diferentemente

43. Ver, sobre a concretização de bens coletivos, MARINUCCI, Giorgio; e DOLCINI, Emilio. ob. cit., [n.34], p. 543 ss.

44. FARIA COSTA, José de. ob. cit., [n.24], p. 466, nota 238.

45. Idem, p. 467, nota 238.

do que afirma Roxin, não tanto a conservação do valor "livre comércio e movimentação", aqui demasiadamente distante, mas a promoção do ideal em termos de circulação de veículos e organização viária buscam alcançar.[46] Ou seja, nada mais que uma hipótese clara de uma relação de cuidado-de-perigo de segundo grau. O que, ainda a título de ilustração, não se passa diferentemente nas hipóteses dos arts. 195 e 240 do CTB.[47] E, por outro lado, também não podemos reconhecer em valores demasiadamente voláteis como segurança e ordem, ou, ainda, em objetivos ideais da Administração Pública, os elementos necessários para a sua recepção como bens jurídicos legítimos. Não passam de conceitos onicompreensivos, que tudo abarcam ou podem abarcar, e, por esta exata razão, incapazes de consubstanciar qualquer substrato material minimante crítico.

## *4.2 Ofensividade*

À parte dos problemas relativos ao bem jurídico, uma forte crítica às distinções de natureza meramente formal-quantitativa pode, ainda, ser levada a cabo a partir da noção de ofensividade. Considerando, apenas para fins de argumentação, que não houvesse qualquer diferença em termos de objeto de tutela – ambos os ilícitos tutelariam bens jurídicos essencialmente equivalentes –, poderíamos afirmar que, em termos materiais os ilícitos seriam idênticos, diferenciando-se apenas em termos quantitativos? Em outras palavras: é exigível, em âmbito administrativo, a ocorrência de ofensividade para a legitimação do ilícito, tal qual o fizemos em relação às infrações jurídico-penais?

46. Argumento que, entre nós, se vê reforçado, ao considerar que a legislação de trânsito já prevê, autonomamente, a infração de bloqueio de via com veículo (art. 253 do CTB).

47. "Art. 195. Desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes: Infração – grave; Penalidade – multa." "Art. 240. Deixar o responsável de promover a baixa do registro de veículo irrecuperável ou definitivamente desmontado: Infração – grave; Penalidade – multa; Medida administrativa – Recolhimento do Certificado de Registro e do Certificado de Licenciamento Anual."

Aqui está, pois, um dos principais pontos de distanciamento entre as ilicitudes penal e administrativa. A ofensividade não é, e não deve ser, uma preocupação do ilícito de mera ordenação social. E mais. Embora possa haver normas que atendam a exigência de ofensividade, como, de fato, há, o caráter normalmente bagatelar e prodômico de tais ilícitos faz com que a ofensa não seja, seguramente, a regra.

Devemos observar que, quando falamos em ofensividade, estamos a referir uma exigência de dano ou perigo ao bem jurídico-penal, assente nas formas de dano/violação, concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo, e tendo como categoria-limite de ofensividade, a noção material de cuidado-de-perigo. A ofensa de cuidado-de-perigo, tal qual a concebemos, consiste em uma hipótese de ofensividade que deve ser exigida e acertada no âmbito dos denominados crimes de perigo abstrato, de modo a sobrepor-se a leituras meramente formais, em termos de simples desobediência – hoje, por tudo já exposto, constitucionalmente inadmissíveis –,[48] e a permitir uma importante recuperação hermenêutica da correspondente técnica de tipificação.[49] Trata-se, em termos substanciais, de

48. É sempre oportuno lembrar que, segundo a teoria tradicional, os crimes de perigo abstrato consistem em hipóteses de perigo presumido, *juris et de jure*, nos quais basta a mera correspondência formal do fato com a descrição típica. Contra esta compreensão – ao nosso sentir, claramente inconstitucional –, são muitas as vozes que se levantam na doutrina especializada, dando origem a diferentes tentativas de (re)construção do ilícito-típico de perigo abstrato. Ver, em especial, os trabalhos de SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, *ZStW*, 81 (1969), p. 7 ss.; GALLAS, Wilhelm. Abstrakte und konkrete Gefährdung. *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70 Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972; WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981; MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Auslän. u. Internat. Strafrecht, 1989; MEYER, Andreas H. *Die Gefährlichkeitsdelikte*. Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts. Münster; Hamburg: Lit, 1992; HIRSCH, Hans Joachim. Gefahr und Gefährlichkeit. *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70 Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993; ZIESCHANG, Frank, *Die Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998; MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.

49. No que tange à importância político-criminal dos crimes de perigo abstrato enquanto técnica de tipificação, no atual momento das ciências penais, ver GRASSO, Giovanni. L'anticipazione

uma *interferência, jurídico-penalmente desvaliosa, na esfera de manifestação do bem jurídico*, capaz de representar uma concreta *situação de desvalor*, e, conseqüentemente, consubstanciar um verdadeiro *resultado jurídico*.[50] Concepção que é verificada, no caso concreto, através de um juízo *ex ante*, de *base total*, e mediante um critério *objetivo-normativo*, nomeadamente, uma *possibilidade, não-insignificante, de dano ao bem jurídico*.[51] Logo, em poucas palavras, sem ao menos uma possibilidade, não-insignificante, de dano ao objeto jurídico da norma, sem ao menos uma ofensa de cuidado-de-perigo, não podemos reconhecer a ocorrência de um legítimo ilícito penal.

Uma tal exigência de ofensividade é, todavia, como já referimos, estranha ao espaço de discursividade, próprio do direito administrativo sancionador. E, se isso é certo, fácil é de perceber a sua importância como mais um significativo elemento a indicar a existência de linhas materiais de distinção entre o penal e o administrativo. E não só. Também, e principalmente, a delimitar, de forma intensa, o espaço próprio, embora nem sempre exclusivo, da intervenção jurídico-criminal. Através da ofensividade torna-se possível não apenas reconhecer a existência de infrações que são insuscetíveis de serem recepcionadas, de forma válida, nos quadros das normas penais – exercendo, assim, uma função de orientação legislativa –, como reivindicar, em incriminações já existentes, uma hermenêutica atenta à sua condição de pressuposto constitucional de legitimidade.

Normas de trânsito de natureza pedagógica, na linha das denominadas "ações em massa" (*Massenhandlungen*), são, por esse exato motivo, impossíveis de ser implementadas pelo direito penal, conquanto possam encontrar perfeita re-

della tutela penale: i reati di pericolo e reati di attentato, *RIDirPP*, 1986, p. 718; MARINUCCI, Giorgio. Relazione di sintesi. *Bene giuridico e riforma della parte speciale.* Org. por Afonso M. Stile. Napoli: Jovene, 1985, p. 361; SCHMIDT, Jürgen. *Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährdungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsgutslehre.* Marburg: Elwert Verlag, 1999, p. 1.

50. Também reivindicando um efetivo desvalor de resultado nos crimes de perigo abstrato, WOLTER, Jürgen. ob. cit., [n. 48], p. 356; MARTIN, Jörg. ob. cit., [n.48], p. 83 ss.

51. Sobre a compreensão material da ofensa de cuidado-de-perigo e seu acertamento, ver D'AVILA, Fabio Roberto. ob. cit., [n.3], 159 s.

cepção no espaço das infrações de mera ordenação social. Como bem reconhece Jürgen Schmidt, nas "ações em massa" (*Massenhandlungen*), o questionamento sobre a existência de ofensa ao bem jurídico é irrelevante, na medida em que a sua razão de ser reside em interesses de política criminal, direcionados à obtenção de padrões comportamentais.[52] São normas didáticas de cunho pedagógico, nas quais, falar em ofensividade poderia até mesmo prejudicar os seus objetivos educacionais, a sua pretensão de tabu. Logo normas que, em uma construção como a nossa, diferentemente do tratamento que lhes é dado por significativa doutrina alemã,[53] estariam adstritas, sem qualquer exceção, aos limites do direito administrativo sancionador.

O mesmo deve ser dito, *v.g.*, acerca do porte ilegal de arma de fogo desmuniciada, cuja munição não esteja prontamente acessível – o que, aliás, já foi assim considerado pelo STF, no RHC 81.057 –, ou de acessórios (art. 14 da Lei 10.826/2003), bem como da posse irregular de arma de fogo ou acessórios em residência (art. 12 da Lei 10.826/2003), sempre que, diante das circunstâncias concretas do caso, não for possível afirmar sequer uma possibilidade, não-insignificante, de dano ao bem jurídico. Na ausência de uma ofensa ao objeto jurídico de proteção da norma, não nos resta alternativa senão reconhecer que tais fatos não possuem substrato material suficiente para originar uma reprovação jurídico-criminal, o que, porém, não significa afirmar a sua irrelevância em termos de desvalor ético-social ou impossibilidade de censura, mas apenas que este juízo e as suas conseqüências devem advir de um espaço de regulamentação não-penal, nomeadamente, do direito administrativo sancionador.

Por fim, e para ficarmos apenas com algumas hipóteses particularmente ilustrativas, podemos referir o parágrafo único, do art. 304 do CTB, segundo o

52. SCHMIDT, Jürgen. ob. cit., [n.49], p. 8.

53. Para Roxin, *v.g.*, a punibilidade de tais condutas está justificada por razões de prevenção geral positiva (ROXIN, Claus. ob. cit., [n.17], p. 430). Também, SCHÜNEMANN, Bernd. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte. *JA*, 1975, p. 798; WOLTER, Jürgen. ob. cit., [n.48], p. 319 s.

qual a punição por omissão de socorro deve impor-se mesmo quando a vítima sofra morte instantânea. Partindo-se do pressuposto, no seguimento de significativa doutrina, de que o bem jurídico no crime de omissão de socorro são os bens pessoais vida, integridade física, saúde humana etc., expostos a perigo[54] – e não o mero dever de solidariedade, o que, por uma irremediável equivalência entre os valores informativos do dever e do bem jurídico, tornaria o ilícito-típico em questão em um crime de mera desobediência[55] –, não é possível, evidentemente, reconhecer qualquer hipótese de ofensividade, estando a vítima instantaneamente morta. O que, no entanto, pode receber tratamento jurídico diverso nos quadros da normatividade jurídico-administrativa.

## 5. Considerações finais

De tudo que foi até então exposto, acreditamos ser possível concluir que a relação entre o direito penal e o direito sancionador de natureza administrativa, quando considerada a partir do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, perfaz-se em diferentes espaços normativos, entre os quais, ora objeto do nosso interesse, estão o primeiro e o segundo: (a) o primeiro espaço normativo, vedado ao direito penal, em razão do não atendimento da exigência de ofensa a um bem jurídico-penal, estaria restrito à regulamentação administrativa; (b) o segundo, formado por fatos detentores de ofensividade, representaria um âmbito de inter-

54. Ver, entre nós, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal.* Parte especial. v. 2, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 284 s.; na doutrina portuguesa, CARVALHO, Américo Taipa de. *Comentário conimbricense do Código Penal.* Parte especial, tomo I, org. por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 846 ss.; na doutrina alemã, CRAMER, Peter. STERNBERG-LIEBEN, Detlev. In: SCHÖNKE/SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar.* 26. ed., München: C.H. Beck, 2001, p. 2.468; na doutrina italiana, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. ob. cit., [n.34], p. 607 s.; e na doutrina espanhola, HUERTA TOCILDO, Susana. *Principales novedades de los delitos de omision en el Codigo Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 77 s.

55. Para uma análise da ofensividade no crime de omissão de socorro, ver D'AVILA, Fabio Roberto. ob. cit., [n.3], 338 ss.

venção possível tanto ao direito penal, quanto ao direito administrativo, no qual a forma de intervenção a ser aplicada deverá ser orientada pelos demais princípios de direito e pelos interesses de política criminal, e no qual viria ponderado o aspecto quantitativo. E (c), por fim, haveria ainda um terceiro âmbito – que, pela brevidade deste estudo, não tivemos a oportunidade de considerar –, aquele que diz respeito ao espaço de tutela exclusiva do direito penal, o qual tem sido denominado, na doutrina alemã, de "âmbito nuclear do direito penal", vedado a uma tutela meramente administrativa, e que, todavia, vai aqui referido apenas para fins de sistematização.

À luz de tal orientação, o acento distintivo entre o ilícito penal e o ilícito administrativo sancionador (ou de mera ordenação social) passa a incidir não mais em uma diferença meramente quantitativa, mas *qualitativa*, estabelecida em uma diferente refração normativa da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, que, em âmbito jurídico-penal, encontra densidade na *exigência (constitucional) de ofensa a um bem jurídico-penal*. É, pois, a ofensa a um bem jurídico-penal a fronteira infranqueável de um direito penal legítimo, na qual, ainda hoje, é possível creditar as linhas fortes de sua identidade.

# Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos*

Gabriel Pérez Barberá
Professor na Universidade de Córdoba, Argentina.

**Sumário:** 1. Introducción – 2. Causación y determinación: 2.1 Principios generales. La determinación causal; 2.2 Categorías de determinación y explicación científica: 2.2.1 La explicación científica. La distinción entre explicaciones causales y explicaciones estadísticas o probabilísticas; 2.2.2 La distinción entre leyes causales y leyes estadísticas o probabilísticas; 2.2.3 Origen, requisitos y características de las hipótesis causales y estadísticas; 2.3 La determinación teleológica; 2.4 La paridad científica entre las leyes propias de cada categoría de determinación – 3. El "nexo de determinación" como nueva categoría de la teoría del tipo – 4. Repercusiones en la teoría del delito y en el principio *in dubio pro reo* – 5. Consecuencias político-criminales – 6. Conclusiones .

**Resumo:** Valendo-se de modernas formulações na filosofia da ciência, propõe o autor o reconhecimento de uma nova categoria dogmática – a da determi-

* La versión original de este artículo se llamó *Causalidad y determinabilidad* y fue publicada en AA.VV., *Nuevas formulaciones de las ciencias penales. Libro homenaje a Claus Roxin*, Lerner, Córdoba, 2001, p. 87 y ss. Posteriormente se publicó, en idioma alemán, una versión algo más reducida, pero mejorada en varios puntos y con más referencias bibliográficas, en la *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* (sección alemana) n. 114, año 2002, p. 600 y ss., con el título Kausalität und Determiniertheit. Y recientemente he publicado en la revista *Pensamiento penal y criminológico*, Córdoba (Argentina), 2003, año IV, n. 7, p. 177 y ss., otro artículo titulado Derecho penal y medio ambiente. El supuesto problema causal, en el que se recogen las tesis básicas de los artículos anteriores pero, con todo, se amplía el tratamiento de algunos puntos que en aquellos trabajos habían tenido sólo una consideración marginal. La presente publicación incluye las correcciones y añadidos de la versión alemana, que, hasta ahora, habían quedado inéditos en lengua castellana, así como el desarrollo adicional del artículo citado en último lugar.

nação – que seria mais abrangente que a da causalidade, mas também destinada a descrever o nexo ontológico entre ação e resultado.

**Palavras-chave:** Causalidade Imputação objetiva – Tipicidade – Resultado.

# 1. Introducción

Desde que von LISZT en 1881 introdujera al nexo causal por primera vez en la sistemática del delito,[1] la categoría de la causalidad ha sido objeto de los más disímiles tratamientos en la dogmática jurídico-penal. Su ámbito de aplicación y capacidad de rendimiento han sido ampliados y reducidos a extremos sorprendentes, a punto tal que, de haber llegado a ser el centro de la dogmática del tipo objetivo, pasó a perder prácticamente toda función en ella, según los vaivenes de su evolución histórica. El objetivo central de este trabajo es aportar un esquema conceptual que permita ubicar a la causalidad en un lugar adecuado dentro de la teoría del delito. Según el punto de vista que aquí se defiende, la importancia real de la causalidad para el derecho penal no se ve reflejada por ninguna de esas posiciones extremas; aquí se sostiene que la causalidad, en la teoría del delito, ni ocupa un lugar central ni carece por completo de relevancia.

Los extremos aludidos son el fruto de la concepción filosófica, plenamente identificada con las ideas de HUME, que la dogmática penal alemana dominante toma como base desde hace más de setenta años para el análisis del problema causal.[2] Ese punto de partida es, a mi juicio, equivocado. Prueba de ello son las numerosas perplejidades a las que ha conducido, como enseguida se verá.

En apretada síntesis, puede caracterizarse al enfoque filosófico adoptado mayoritariamente por la ciencia penal alemana con relación a este problema como

1. Cf., al respecto, SCHROEDER, en HOYER (comp.), *Friedrich-Christian Schroeder. Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik.* Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2001, p. 114.

2. Fundamentalmente desde la aparición de la obra de ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände.* Tübingen, 1931.

aquella concepción determinista (para el plano ontológico) que identifica determinismo con causalidad, es decir, que identifica el principio del determinismo universal con el principio de la causación. De allí que la tesis de HUME, que reduce el enunciado causal a una simple correlación entre sucesos, sea especialmente idónea para una comprensión tan amplia de la causalidad.

Yo he preferido adherir a otra concepción, expuesta de modo especialmente brillante por BUNGE,[3] según la cual el principio de la causalidad integra el principio del determinismo universal, pero no lo agota. De acuerdo con este punto de vista, la causalidad es sólo una entre muchas categorías de determinación, ni más ni menos importante que las otras. Cada una de esas categorías, entre las que cabe destacar—además de la causal—a la determinación estadística y la teleológica, tiene su propio ámbito de aplicación y sus propias leyes, y se rige por sus propios principios. Partiendo de esta concepción, se explican de manera plausible algunos problemas que hasta ahora parecían insolubles para la dogmática penal.

En efecto, no sólo razones teóricas sino también prácticas hablan a favor de la necesidad de sostener, respecto de la causalidad, una tesis equilibrada como la que se acaba de insinuar. Pues, como es sabido, existen diversos ámbitos en la dogmática penal en los cuales el criterio de la causalidad lisa y llanamente ha fracasado para la explicación del lado ontológico de los delitos de resultado. Tanto con relación a ciertos círculos de problemas tradicionales, como por ejemplo los relativos a la omisión, la interrupción de acciones salvadoras, la complicidad, la instigación, etc., como con respecto a otros que son hoy de gran actualidad, entre los que pueden mencionarse a los que se relacionan con la responsabilidad por el producto elaborado y las decisiones colegiadas que afectan bienes jurídicos, la explicación causal aparece como demasiado poco fiable como para que, acríticamente, se continúe considerando que mediante ella se puede

3. *La causalidad.* El principio de causalidad en la ciencia moderna. trad. RODRÍGUEZ del original en inglés *Causality.* The place of the causal principle in modern science. (1959), (1. ed. en esta editorial, revisada por el autor), Buenos Aires: Sudamericana, 1997.

dar cuenta del nexo ontológico entre resultado y acción propio de los fenómenos mencionados. Y lo mismo vale para ciertos delitos en particular, como la estafa y la coacción, entre otros.

En todos esos casos es evidente que se trata de sucesos que, desde el punto de vista ontológico, no admiten una explicación causal. Pero dado que la impunidad para esas constelaciones, fundada en la falta de causalidad, no es una solución que pueda ser tomada en serio, existe un interés urgente – insisto: teórico y práctico – en lograr un enfoque que permita obtener explicaciones ontológicas concluyentes tanto para sucesos determinados causalmente como para aquellos cuyo nexo de determinación (ontológico) *no es causal.*

## 2. Causación y determinación

Este trabajo constituye, exclusivamente, un aporte a la dogmática de los delitos de resultado. Pues sólo en estos delitos, como es obvio, cabe plantearse el problema de la relación ontológica que existe entre un suceso (la conducta del autor) y otro (el resultado penalmente relevante).[4] Ahora bien: ¿es verdad que esa relación es necesariamente de índole causal? ¿Es verdad que todo resultado penalmente relevante tiene siempre una *causa*? Brevemente: ¿es la causalidad un presupuesto ontológico *necesario* en *todos* los casos en que se trata de un delito de resultado? De estos interrogantes me ocuparé en los puntos que siguen.

### *2.1 Principios generales. La determinación causal*

Todo delito de resultado tiene, necesariamente, un presupuesto ontológico. Este es mi punto de partida.[5] Pero contestaré negativamente las preguntas for-

4. Por "suceso" se entiende, siempre, un cambio sucedido en el mundo; cf., al respecto, von WRIGHT, *Norm and Action.* London, 1963, capítulo II, p. 5 y ss.

5. Así también, expresamente, WOHLERS, *Generelle Kausalität als Problem richterlicher Überzeugungsbildung*, JuS 1995, p. 1.019.

muladas en el párrafo anterior. Si la relación entre el resultado típico y su antecedente ontológico puede expresarse mediante el condicional "si *p* entonces *q*" (p à q), donde el consecuente *q* es el resultado típico, sostendré que el antecedente *p* no tiene por qué ser una causa, aunque *puede* serlo. Esta tesis permitirá derivar una serie de conclusiones que estimo sumamente útiles para la solución de muchos de los difíciles problemas que plantea esta "parte ontológica" del llamado tipo objetivo.

Para que lo afirmado en el párrafo anterior resulte inteligible es necesario establecer algunas estipulaciones. En orden a ello seguiré el esquema conceptual trazado por BUNGE en su clásico libro sobre la causalidad, citado aquí ya en la introducción.[6] A mi juicio, ese marco teórico, elaborado en 1959 y revisado y ratificado por su autor en 1997,[7] permite solucionar muy adecuadamente los problemas aludidos. Sus tesis configuran el marco axiomático de la propuesta teórica que desarrollo en este trabajo.

Según BUNGE, el principio de causalidad es sólo una parte del principio de determinación. Este autor defiende, para el mundo físico, la tesis determinista que denomina "determinismo general", y que define como "aquella teoría ontológica cuyos componentes necesarios y suficientes son: *el principio genético* o principio de productividad, según el cual nada puede surgir de la nada ni convertirse en nada;[8] y *el principio de legalidad*, según el cual nada sucede en forma incondicional ni completamente irregular, o sea, de modo ilegal o arbitrario".[9] Entiende que "ambos principios pueden ser fundidos en uno solo, a saber: *Todo es determinado según leyes por alguna otra cosa*", y concluye que "este enunciado puede llamarse el *principio de determinación*", el cual constituye "un supuesto filosófico de la ciencia".[10]

6. Ver *supra*, nota 3.

7. Cf. el Prólogo a la presente edición del propio BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 7 y s.

8. El principio genético se remonta a LUCRECIUS (99-55 a.C.); cf. al respecto EISLER., *Philosophen-Lexicon*, 1912, p. 434 y s.

9. Cf. BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 48; bastardillas en el original.

10. Ibid., p. 48 y s.; bastardillas en el original.

El principio causal, por su parte, constituye "sólo una entre muchas categorías de determinación",[11] como la estadística, la teleológica, la estructural etc. Aquel "se aplica, esencialmente, cuando la determinación se realiza en forma *unívoca* o inequívoca por condiciones *externas*".[12] Más precisamente, para que un enunciado pueda considerarse causal, es necesario que presente los siguientes componentes esenciales: "*condicionalidad, univocidad, dependencia unilateral* del efecto con respecto a la causa, *invariabilidad* de la conexión y *productividad* o naturaleza genética del vínculo".[13] Para BUNGE, entonces, la formulación adecuada del principio causal debe presentar la forma siguiente: "*Si ocurre C, entonces (y sólo entonces) E es siempre producido por él*".[14] Para decirlo en términos muy simples: de acuerdo con esta concepción, a la que adhiero, un agente causal debe tener, necesariamente, "naturaleza activa y productiva";[15] concretamente: debe tratarse de una causa *eficiente*, a la que se considera "como un agente que obra en forma extrínseca".[16]

Lo dicho permite afirmar que, en la ciencia moderna, es perfectamente válida la caracterización de causa como *fuerza*. Es más, si esta caracterización no es posible, lo que debe inferirse es que *no se está ante un agente causal*.[17] La palabra "fuerza" es empleada aquí no en un sentido metafórico (v.gr. "fuerza social", etc.)

11. Ibid., p. 37.

12. Ibid., p. 49; bastardillas en el original.

13. Ibid., p. 79; bastardillas en el original.

14. Ibid.; bastardillas y paréntesis en el original. Aquí no puedo reproducir las razones de esta fórmula, que BUNGE explica con todo detalle en pp. 61-85, adonde remito.

15. Ibid., p. 71.

16. Ibid., p. 85. Aquí mismo destaca BUNGE que este concepto de causa es, de hecho, el único que el pensamiento moderno ha conservado de las tradicionales cuatro "causas" aristotélicas (la formal, la material, la eficiente y la final; cf. ARISTÓTELES, *Metafísica.* Lib. I, cap. III, 983.ª, b).

17. Enérgicamente en contra de esta concepción, en la dogmática penal actual, PUPPE, *Nomos Kommentar*, 2. ed., 5. entrega, Baden-Baden, 1998. [en adelante NK- PUPPE], previo al § 13, nm. 84, p. 63; moderado, pero también en contra, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I.* 3. ed., München, 1997, 11/4, p. 293 (hay versión castellana *de* la 2. ed. a cargo de LUZÓN PEÑA y otros. Madrid: Civitas, 1997; en esta versión cf. 11/4, p. 347); a favor de la tesis del texto se pronuncia WOHLERS, op. cit. (nota 5), p. 1.019; también KAHLO. *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten.* Berlin, 1990, p. 282 y s., fundamentando su posición en KANT.

sino estrictamente físico, esto es, como aquello que puede cambiar la velocidad de un cuerpo, o bien como un agente situado fuera de un sistema que puede cambiar el estado de ese sistema. Como es sabido, el concepto de fuerza comprende el de energía, puesto que la energía "describe la capacidad de producir trabajo [en sentido físico]", y el trabajo presupone el empleo de una fuerza.[18] El hecho de que se acepte que en ciertos ámbitos, como por ejemplo en la mecánica (sea la clásica, la relativa o la cuántica) no todo es explicable conforme a la presencia de fuerzas extrínsecas, no tiene por qué conducir a inferir que la causalidad no se vincula en absoluto con la idea de fuerza, sino, simplemente, a aceptar que en la mecánica el principio causal tiene un campo de aplicación limitado, y que muchos de sus fenómenos deben explicarse en términos no causales.[19]

Conforme al punto de vista aquí adoptado, queda claro que el principio causal tiene condición ontológica, y no debe confundirse con el principio de razón suficiente, que es de condición *gnoseológica*: "dar razones ya no se considera lo mismo que asignar causas".[20] También debe enfatizarse que, atento su

18. Acerca de los conceptos de "fuerza", "trabajo" y "energía" cf. por ejemplo TIPLER, *Physik*. 3. reimpresión, Heidelberg, 2000 (traducido del inglés al alemán por BAUMGARTNER y otros); sobre la historia del concepto de fuerza en la física y en la filosofía de la ciencia cf. MITTELSTRASS (comp.). *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, t. II, 1995, p. 490 y s.

19. Cf. al respecto, la detallada exposición de BUNGE, op. cit. (nota 3), pp. 157-169.

20. Cf. BUNGE, op. cit. (nota 3), pp. 324, 327. NINO, por su parte, sostiene que "la conexión entre razones y acciones no sólo *puede* sino que *debe* ser de índole causal" (cf. su *Introducción a la filosofía de la acción humana*. Buenos Aires: Eudeba, 1987. p. 87; bastardillas en el original). Cabe advertir, no obstante, que NINO y BUNGE no hablan de lo mismo, pues mientras el primero se refiere a las razones relevantes empíricamente para una explicación de la acción en el plano descriptivo ("razón explicativa"), el segundo, en este punto, se refiere a las razones relevantes normativamente para la justificación de la acción ("razones justificativas"); sobre esta distinción respecto del término "razón" cf. REDONDO, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 27 y s. y 64 y ss.). Aquí lo que interesa es, únicamente, el plano empírico-descriptivo. Respecto a este plano, no existe acuerdo entre los filósofos acerca del carácter causal o no causal de las razones o de los motivos respecto de la acción (cf. REDONDO [op. cit. en esta nota], p. 25, nota 12, al pie). De acuerdo con la tesis de BUNGE, adoptada en este trabajo, esa relación *no es causal*, como no lo es tampoco, en lo que hace a la acción, la relación entre intención y resultado (opina lo contrario REDONDO [op. cit. en esta nota], p. 33, siguiendo a DAVIDSON; cf. también p. 35, nota 6, al pie, p. 51 y ss. y p. 132).

naturaleza ontológica, no puede ser correcto reducir el principio causal a una mera relación lógica. La causalidad "atañe a un rasgo de la realidad y no puede en consecuencia resolverse *a priori* por medios puramente lógicos: puede analizarse con la ayuda de la lógica, pero no puede reducirse a términos lógicos".[21] De acuerdo con BUNGE, "una prueba elemental de que el problema causal no es del dominio de la lógica, es que las leyes de la naturaleza, causales o no, en modo alguno son *lógicamente* necesarias... [L]os *enunciados* legales son verdades contingentes... pues carecen de la certeza que se supone característica de los enunciados analíticos (verdades necesarias)".[22]

Este concepto de causación implica el rechazo de, por lo menos, las siguientes tesis sobre la causalidad: la de la "doctrina racionalista" (kantiana), según la cual el principio causal es sólo "una necesidad del pensamiento (...), un principio regulador a priori y por ello un presupuesto y no un resultado de la ciencia";[23] y, especialmente, la de la "teoría empirista" (humeana), que "reduce la causalidad a la conjunción externa o sucesión de acontecimientos o, mejor dicho, a la concomitancia o a la sucesión temporal de experiencias".[24]

Por cierto que no es ni puede ser meta de este trabajo una discusión exhaustiva con las tesis de KANT y HUME sobre el principio causal. Ahora bien,

21. BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 337; cf. también COPI, *Introducción a la lógica*. trad. MÍGUEZ. 4. ed., Buenos Aires: Eudeba, 1999, p. 422. Correcta en este sentido la aclaración de PUPPE de que su análisis en términos de condiciones necesarias y suficientes para la individualización de causas particulares es empírica, no lógica (cf. su reciente obra *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*. Baden-Baden, 2000, p. 37). Su concepción de causa particular como "componente necesario de una condición suficiente" (lo cual en rigor significaría "condición necesaria de una condición suficiente", o sea "condición contribuyente", merece, por otra parte, plena aprobación (cf. NK-PUPPE, cit. [nota 17], previo al § 13, nm. 96, p. 74 y s.; DE LA MISMA, op. cit. [en esta nota], p. 71).

22. BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 337 y s.; bastardillas y paréntesis en el original.

23. Ibid., p. 50 y s.

24. Ibid., p. 53. Sobre el punto de vista de HUME resulta de interés, asimismo, la exposición de STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie. Band I: Wissenschaftliche Erklärung und Begründung*, Berlin-Heidelberg-New York, 1969, p. 438 y ss.

dado la ya indicada popularidad de la que ha gozado la tesis de HUME entre los penalistas,[25] conviene dedicar algunas líneas a su crítica.

De acuerdo con la teoría humeana, el principio de causalidad puede expresarse con el enunciado "*Si C, entonces (y sólo entonces) siempre E*".[26] Sin embargo, esta fórmula es insuficiente como enunciado auténticamente causal, porque "no afirma una conexión *genética*, sino una asociación externa, una *coincidencia invariable*"[27] Se identifica, pues, causalidad con *conjunción constante*, en sentido ontológico, no lógico, o sea, no como "afirmación conjunta de dos proposiciones", sino como "ocurrencia concomitante de dos sucesos".[28]

Con un ejemplo muy simple, BUNGE demuestra lo inadecuada que resulta esta formulación como reconstrucción conceptual del vínculo causal: tanto la proposición que reza "las guerras causan trastornos" cuanto la que afirma "las manzanas rojas son dulces" "(...) responden a la fórmula general *Si C, entonces [y sólo entonces] siempre E*".[29] Sin embargo, es obvio que sólo la primera expresa una relación causal; la segunda, en cambio, "expresa una correlación". Y en esto reside, precisamente, la debilidad de la concepción de HUME: "ella expresa una relación,

25. Cf. ya TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*. Naumburg a. S., 1904, p. 20; desde luego también ENGISCH, que la asumiera y popularizara (cf. op. cit. [nota 2], p. 20 y s.); según su fórmula de la condición conforme a leyes causales (*Formel der gesetzmässigen Bedingung*), desarrollada por primera vez en esta obra, para determinar la existencia de un curso causal simplemente hay que constatar si el suceso en cuestión es "subsumible" en alguna ley causal natural. De esta manera, la idea de causalidad queda reducida a una mera correlación temporal entre sucesos regida por una ley natural. Y esta es, en esencia, la tesis principal de HUME, como en seguida se verá. De allí que puede decirse que, pese a que la fórmula de ENGISCH es presentada generalmente como un simple "recurso metódico" para la *constatación* de la relación de causalidad (cf., por ejemplo, KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. ed., München, 2000, 4/8, p. 24), lo cierto es que ella se corresponde con una determinada noción *conceptual* del principio causal, a la que da por supuesta: concretamente aquella que niega en él un componente genético o productivo. Actualmente, HUME es invocado y defendido expresamente por PUPPE (cf. op. cit. [nota 21], p. 61).

26. BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 70.

27. Ibid., p. 71; bastardilla en el original.

28. Ibid., nota a pie n. 16.

29. Ibid., p. 73; bastardilla en el original; el agregado entre corchetes me pertenece.

no una conexión...; no da testimonio ni de la univocidad ni del carácter *genético* de la relación entre C y E. No manifiesta la productividad o eficacia de la causación: en suma, no dice que el efecto es *producido* por la causa, sino tan sólo que está regularmente *asociado* con ella", con lo cual confunde a la causación con uno de los criterios para su verificación.[30]

Lo expuesto creo que es suficiente para demostrar que la opinión sostenida por una parte de la doctrina, según la cual en filosofía de la ciencia la idea de causalidad como *fuerza*, como causa eficiente, ha sido largamente superada (concretamente desde HUME), no sólo no posee la autoevidencia que se le pretende asignar sino que, tanto histórica como conceptualmente, es manifiestamente incorrecta.[31] Esta concepción humeana puede resumirse así: causa y efecto se vinculan exclusivamente a través de leyes naturales (causales); entre ambos no hay ninguna fuerza misteriosa, imposible de medir y de demostrar: la relación de causalidad se agota en esa vinculación legal.[32]

30. Ibid., pp. 73, 76 y 77; bastardillas en el original. Fuera de todo lo dicho, cabe aclarar aquí que la concepción de HUME no es rechazable *in totum*. Su gran mérito fue, como lo señala STEGMÜLLER, dejar en claro que "una proposición causal singular contiene una afirmación implícita sobre la existencia de determinadas regularidades conforme a leyes" (*el mismo*, op. cit. [nota 24], p. 442). Precisamente este mérito es el que fue absolutizado por ENGISCH, y a partir de él por la doctrina alemana dominante, que redujo el principio causal a una relación legal, eliminando de él el componente genético. *Infra*, en el texto, abordo esta cuestión con más detalle.

31. En la literatura actual, quien rechaza con más énfasis la identificación de la idea de causa con la de fuerza es PUPPE (cf. op. cit. [nota 21], pp. 37 y ss. y 60 y ss.; DE LA MISMA, NK- PUPPE, cit. [nota 17], previo al § 13, nm. 84, p. 63. Hasta donde he podido ver, en lo que respecta a la dogmática penal, uno de los primeros autores que negara esta vinculación entre causa y fuerza fue TRAEGER (op. cit. [nota 25], p. 20 y ss.); tiempo después haría lo propio ENGISCH (cf. op. cit. [nota 2], p. 19 y s., y p. 31). En cuanto a TRAEGER, cabe aclarar que primero niega enfáticamente que el concepto de causa aluda a una fuerza (p. 20); pero luego opta por conservar el uso del término "fuerza" siempre que se lo entienda del mismo modo (humeano) en que, según él, debe entenderse el concepto de causa, esto es, como "un concepto abstracto, que pone de manifiesto cómo dos o más cuerpos, bajo determinadas condiciones, se comportan entre sí"; se trata, pues, de un mero "concepto relacional" (*Beziehungsbegriff*) (p. 21). Salta a la vista que las explicaciones de TRAEGER y BUNGE sobre la tesis de HUME son absolutamente coincidentes.

32. Así, siempre en conexión con ENGISCH, PUPPE, *Anmerkung zum Urteil des BGH v. 6.7.1990*, JR 1992, p. 31; LA MISMA, NK- PUPPE, cit. (nota 17), previo al § 13, nm. 85, p. 63; LA MISMA, op. cit. (nota 21), p. 61.; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2. ed., Berlin-New York, 1993, 7/12, p.

Estos autores cometen, pues, el mismo error que HUME: identifican el concepto de causa con uno de los criterios para su verificación, a saber, la observación de fenómenos consecutivos. Por otra parte, nadie objeta que causa y efecto se vinculan entre sí a través de una *ley* (causal). Esto, como se ha visto,[33] no sólo no es negado sino que es enfatizado por quienes postulan un concepto causal vinculado a la idea de "fuerza" (o, mejor dicho, al principio genético o de virtud productiva). De hecho – y tal como se ha demostrado – un concepto de causa que exija *los dos requisitos*, esto es, tanto una vinculación legal (principio de legalidad) como una productiva (principio genético), es el que resulta más plausible. Pues el principio causal forma parte del principio del determinismo general, y éste se define tanto en función del principio genético como del principio de legalidad: "todo es determinado *según leyes* por alguna otra cosa".[34]

En la dogmática penal el principio genético ha sido rechazado, sobre todo – y como ya se indicara –, mediante el argumento de que el vínculo que él establecería entre causa y efecto no es observable ni medible.[35] A mi modo de ver,

188 (hay versión castellana a cargo de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Madrid: Marcial Pons. 1997; en esta versión cf. p. 229). JESCHECK/WEIGEND destacan que la fórmula de ENGISCH opera en el plano de la *verificación* de un nexo causal, y no en el plano conceptual (cf. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. ed., Berlin, 1996, § 28, II, 4, p. 283 [hay versión castellana de la 4.ª ed. a cargo de MANZANARES SAMANIEGO. Granada: Comares, 1993; en esta versión cf. p. 255; téngase en cuenta que recientemente ha sido publicada la traducción de la 5. ed. del JESCHECK/WEIGEND, a cargo de OLMEDO CARDENETE. Granada: Comares, 2002]); también KÜHL pone de relieve que la fórmula de la condición conforme a leyes causales, al igual que la fórmula de la *conditio sine qua non*, constituye un mero "recurso metódico" para la *constatación* de la causalidad (cf. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. ed., München, 2000, 4/8, p. 24). Pero lo cierto es que, como se dijo (ver *supra*, nota 25), la fórmula de ENGISCH presupone un determinado *concepto* de causa, que es el que se acaba de resumir en el texto. También ROXIN, invocando a JESCHECK, otorga a la fórmula de ENGISCH una pura función de constatación o verificación (cf. op. cit. [nota 17], 11/14, p. 297; en la versión castellana, 11/14, p. 351); pero luego va más allá y, de manera similar a PUPPE, se inclina abiertamente en favor de un concepto de causa desprovisto de todo componente genético (cf. op. cit. [nota 17], 11/32, p. 306 y s. [en la versión castellana, 11/29, p. 358]).

33. Ver *supra*, nota 30.

34. Ver *supra*, en el texto, antes de la llamada a pie n. 10.

35. Cf. las referencias bibliográficas citadas *supra*, en notas 30 y 31.

sin embargo, esta opinión no resiste el menor análisis. Tanto la física actual como la ciencia jurídica trabajan permanentemente con conceptos o términos teóricos que se refieren a fenómenos no observables, sin por ello dejar de ser disciplinas científicas (antes bien: *por ello lo son*).[36] "Fuerza" es un término teórico, que permite explicar fenómenos físicos y que es empleado por los físicos sin ninguna dificultad. ¿Por qué entonces han de oponer dificultades los juristas?[37] Para comprobar lo inobservable ha de partirse siempre de indicadores observables (así, por ejemplo, cuando un penalista quiere comprobar que el autor poseía cierto conocimiento al momento del hecho, o un físico la existencia del núcleo atómico). Del mismo modo, en lo que respecta a la "fuerza" o vínculo genético, él primero *se supone*, y luego se lo prueba,[38] teniéndose en cuenta los fenómenos observables que aparecen como premisas-datos en el *explanans* de un esquema nomológico-deductivo de explicación científica,[39] y que hablan a favor de la existencia de la relación genética aludida.

36. Sobre los conceptos o términos teóricos y el mayor poder explicativo – y por ende mayor carácter científico – de las teorías que los emplean, cf. especialmente, entre la numerosa literatura de filosofía de la ciencia que se ocupa del tema, CARNAP, *Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaft*, trad. al alemán del original en inglés (*Philosophical Foundations of Physics.* New York, 1966) por HOERING, Nymphenburger Verlagshandlung, München, 1969, p. 225 y ss. (existe también versión castellana, a la que no pude tener acceso al momento de la redacción de este trabajo: *Fundamentación lógica de la física.* Buenos Aires: Sudamericana, 1973); cf. asimismo POPPER, *Das Wachstum der wissenschaftlichen Erkenntnis* (1960), en, DEL MISMO, *Lesebuch*, 2. ed. compilación a cargo de MILLER, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1997, p. 154 y ss., esp. p. 156 y ss.

37. Se podría responder: el jurista objeta no desde su campo de saber, sino adhiriendo a determinadas concepciones filosóficas. Pero convendría no olvidar que la concepción filosófica que podría avalar esta objeción sería, a lo sumo, alguna de las más torpes versiones del empirismo, superadas desde hace mucho en teoría de la ciencia. Para la superación de *ese* empirismo resulta fundamental la contribución de QUINE, sobre todo el artículo Dos dogmas del empirismo, publicado en *Desde un punto de vista lógico.* Trad. M. SACRISTÁN, Barcelona, 1962; en este sentido se pronuncia TARUFFO en, DEL MISMO, *La prueba de los hechos.* trad. J. FERRER BELTRÁN, Madrid: Trotta, 2002, p. 31 y s., nota al pie n. 24.

38. Cf. al respecto, BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 383: "Las regularidades rara vez se *observan*: por lo general se *infieren* o reconstruyen, o sea, que primero se suponen y luego se prueban" (bastardillas del original).

39. Al respecto véase *infra*, II, 2.

Tomemos por ejemplo la siguiente hipótesis: "la muerte de A fue causada por un proyectil de un arma de fuego que perforó su corazón: la herida fue, pues, causada por una fuerza extrínseca". La existencia de esa fuerza, de ese vínculo genético o productivo, puede darse por probada empíricamente a partir de la observación de un suceso externo (el disparo del arma de fuego) y del cambio operado en el sistema "cuerpo de la víctima". De este modo piensan y trabajan diariamente todos los jueces respecto a esta clase de casos, y desde luego que ellos pueden estar seguros de que su modo de pensar y de trabajar de ninguna manera es anticientífica o metafísica.

Esta aclaración creo que libera al requisito genético o productivo del prejuicio mencionado, que lo recluye últimamente en un desprestigio injustificado dentro de la dogmática penal alemana. De ello resulta que la fórmula de ENGISCH de la condición conforme a leyes, en tanto método para la *constatación* de una relación de causalidad, es correcta siempre que se entienda que los enunciados legales a incluir en la explicación contienen un (presupuesto) componente genético o productivo, el cual, por cierto, como toda hipótesis, debe ser luego puesto a prueba. Si, empleándose la metodología indicada, la existencia de ese componente genético no puede comprobarse, entonces es seguro que la explicación causal intentada será insatisfactoria. En tal caso será por lo tanto preferible formular otro tipo de hipótesis, de naturaleza no causal.

Un llamativo ejemplo de explicación causal insatisfactoria es el que ofrece el caso de la omisión: ninguna de las explicaciones causales propuestas hasta ahora por la doctrina o la jurisprudencia ha conformado a los penalistas.[40] Esto debería ser señal suficiente de que, con respecto a este caso, convendría intentar otro tipo de explicación (no causal). Pero como los autores – por alguna razón vinculada a

40. El carácter probabilístico de toda explicación ontológica relacionada con los casos de omisión impropia constituye uno de los obstáculos insalvables para admitir explicaciones causales (que tienen siempre carácter universal) en esta constelación. De allí la insatisfacción que se produce cuando se sostiene que la explicación ontológica de las omisiones impropias tiene un carácter *causal*.

una desconfianza infundada en contra de otra clase de explicaciones– no se resignan a abandonar el paradigma causal, han preferido construir un concepto de causa que les permita explicar ontológicamente el fenómeno de la omisión sin salirse de la categoría de determinación que les es familiar.

Y ese es el camino que ha seguido gran parte de la doctrina,[41] que, en lugar de ensayar otro tipo de explicaciones para ese y otros fenómenos, ha optado por cambiar la formulación del enunciado causal, eliminando de él el componente genético, tal como ha sido descripto más arriba. Así PUPPE, por ejemplo, sostiene que "*todo hecho, es decir, todo estado de cosas que sea verdadero y que pueda describirse mediante proposiciones, puede ser una causa*".[42] Pero, como es obvio, este concepto se identifica plenamente – y de hecho PUPPE así lo reconoce – con la tesis de HUME sobre el principio causal, y por lo tanto le caben los mismos reproches: PUPPE, si quiere ser consecuente, tendrá que aceptar que la "rojez" de las manzanas puede ser una causa de su dulzura.[43]

Claro que esta explicación (causal) de la dulzura de las manzanas no le resultará satisfactoria a nadie (ni siquiera a PUPPE, que ha sostenido que sólo los cambios de estado, y no los estados – las cualidades – requieren una explicación causal).[44] Y

41. Cf., además de las referencias bibliográficas citadas en nota 32, entre otros, JESCHECK, *Leipziger Kommentar*, 11. ed., Berlin-New York, 1993, § 13, nm. 16, p. 68; NK-PUPPE, cit. (nota 17), previo al § 13, nm 105; y HILGENDORF, *Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils*, NStZ 1994, p. 564.

42. Op. cit. (nota 21), p. 63 (bastardilla en el original).

43. Cf. BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 73. En materia de omisión impropia se agrega la mencionada dificultad insalvable (ver nota 40) de que el antecedente (según PUPPE: el estado de cosas verdadero susceptible de ser descripto mediante proposiciones) sólo puede relacionarse *probabilísticamente* con el consecuente, con lo cual se renuncia a una de las características definitorias de la explicación causal: el carácter universal de las leyes que intervienen en ella (sobre esto ver *infra*, II, 2, b).

44. Cf. PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, ZStW 92 (1980), p. 880: "Debe simplemente entenderse al resultado no como estado sino como cambio de estados, y por cierto como un cambio perjudicial para un bien jurídico... Sólo debe explicarse (causalmente) (...) la modificación perjudicial del estado" (el paréntesis me pertenece). Sobre la concepción de PUPPE de resultado como "modificación perjudicial del objeto del bien jurídico" me ocupo con detalle en PÉREZ BARBERÁ, *El resultado como consecuente en una relación causal*, NDP 2001/B, Buenos Aires, p. 613 y ss., esp. p. 622 y ss.

esa sola insatisfacción, como se dijo, debería constituir un importante llamado de atención en el sentido de que ese concepto de causa resulta muy cuestionable. Por eso es que al enunciado causal debe agregársele el componente genético: porque sólo cuando las leyes que se designan como causales tienen este componente se obtienen explicaciones (causales) satisfactorias.

Por supuesto que a PUPPE no se le escapa que, además de las causales, son posibles otra clase de explicaciones. Por el contrario, si la concepción de esta autora resulta interesante es precisamente porque ella deja en claro que ciertos sucesos no deben ser explicados causalmente, sino "mediante reglas de probabilidad", como lo demuestra su aclaración terminológica respecto del problema de las decisiones colegiadas, ámbito en el cual, en efecto, es evidente que no se trata de relaciones causa-efecto. En tales ocasiones, según PUPPE, tiene lugar una vinculación que "también podemos denominar causalidad, pese a que debemos ser conscientes de que ella constituye un tipo completamente distinto al de la causalidad natural."[45] Es decir, acepta que la explicación causal no es la única posible para los sucesos que ocurren en el mundo, pero mantiene el lenguaje causal para designar otras clases de explicaciones.

Tal opción lingüística, empero, no es inocua, pues impide distinguir con claridad cuáles son las otras clases de explicaciones y qué leyes y principios las rigen. En síntesis: no facilita la posibilidad de diferenciar entre causalidad y determinación, ni la de apreciar la relación de especie a género, respectivamente, que existe entre estas dos categorías. La renuncia al componente genético en las explicaciones causales y el uso de un lenguaje causal para toda clase de explicación empírica conduce a una extrema ampliación del campo de validez del principio causal, con lo cual la concepción de PUPPE se conecta con la de la filosofía escolástica, que representó "la edad de oro de la causalidad:

45. PUPPE, op. cit. (nota 21), p. 59. Lo que PUPPE pasa por alto es que si en estos casos se trata de algo "completamente distinto (...) (a) la causalidad natural" es, justamente, porque en tales supuestos no se puede dar por supuesto el componente genético.

a todo se le asignó una causa y hasta las quimeras se explicaron muy detalladamente en términos causales".[46]

No es plausible, en consecuencia, insistir con explicaciones causales en ámbitos en los que éstas, más que explicar, confunden. Antes bien es preferible la suposición de que, en esos ámbitos, los sucesos se explican ontológicamente en virtud de otras categorías, diferentes a la causal. Esta hipótesis tiene, *a priori* –y también para el derecho penal–, una capacidad de rendimiento (o poder explicativo) mayor que la anterior, porque *dice* más que la anterior, y por eso merece ya preferencia.

## *2.2 Categorías de determinación y explicación científica*

Según la hipótesis que considero preferible, entonces, todo está *determinado* por algo, pero no todo está *causado* por algo. La causalidad constituye sólo una de las categorías posibles de la determinación en general, y, como dice con razón BUNGE, ciertamente ni la más importante ni la más insignificante.[47] Además de la determinación causal puede mencionarse la determinación estadística, la teleológica, la dialéctica, la estructural o totalista, la determinación por interacción, la autodeterminación cuantitativa, etc.[48] En lo que atañe al derecho –y en particular al derecho penal– son tres las categorías de determinación que, a mi juicio, pueden tener una importante aplicación práctica: la causal, la estadística y la teleológica (o teleológico-probabilística, como sería preferible denominarla).

La función de las categorías de determinación es explicar sucesos ontológica o empíricamente. La explicación resultante será causal o estadística (o probabilística) según cuál sea la categoría de determinación aplicable. A su

46. BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 318 y s.

47. Op. cit. (nota 3), p. 467. BUNGE resume la pretensión de su enfoque diciendo que con él quiere "indicar el lugar a la vez modesto y sin embargo indispensable que la causación ocupa en el contexto, más amplio, del determinismo general" (p. 42).

48. Cf. BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 37 y ss.

vez, quedó dicho que cada categoría de determinación es regida por sus propias leyes: causales, estadísticas, etc., según el caso. Antes de continuar avanzando es necesario, entonces, detenerse a clarificar con algo más de precisión los conceptos empleados hasta aquí, a saber: el concepto de *explicación* (científica), en particular el de explicación causal y el de explicación estadística o probabilística, así como el de ley causal y ley estadística o probabilística (las leyes y explicaciones teleológicas son, como se verá enseguida, una subclase de las estadísticas o probabilísticas).

### *2.2.1 La explicación científica. La distinción entre explicaciones causales y explicaciones estadísticas o probabilísticas*

Existe general acuerdo en filosofía de la ciencia en que una explicación es científica si se adecua al esquema o método nomológico-deductivo, presentado sistemáticamente por primera vez por HEMPEL y OPPENHEIM –aunque POPPER se atribuye también la respectiva paternidad–, y que consiste, como es sabido, en llevar adelante los siguientes pasos: *a)* determinar con precisión *aquello que se quiere explicar* (que es siempre una hipótesis, se denomina *explanandum* y constituye la conclusión de una deducción); *b)* seleccionar los datos empíricos que se consideran relevantes para su explicación; y *c)* seleccionar las leyes generales (que también son siempre hipótesis) que se consideran pertinentes para relacionar los datos empíricos. El resultado de estas dos últimas operaciones es *lo que explica* (que se denomina *explanans* y conforma las premisas de la deducción).[49]

49. Cf. HEMPEL/OPPENHEIM, *La lógica de la explicación*. trad. Míguez y otros del original en inglés (1948), en *La explicación científica*. Estudios sobre la filosofía de la ciencia, Barcelona: Paidós, 1979, p. 247 y ss.; POPPER, en efecto, había propuesto ya el mismo método varios años antes (en 1935), aunque sin la fundamentación exhaustiva que luego le proporcionaran HEMPEL y OPPENHEIM (cf. POPPER, *Logik der Forschung*, 10. ed. [1. ed. 1935], Mohr-Siebeck, Tübingen, 1994, p. 31 y ss.); una exposición muy didáctica del modelo nomológico-deductivo de explicación científica ofrecen, entre otros, KLIMOVSKY/HIDALGO, *La inexplicable sociedad*. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales, Buenos Aires: A-Z, 1998, p. 27 y ss.

La relación de los datos con las leyes correspondientes permite inferir, deductiva o inductivamente, según el caso, lo que se quiere explicar. La presencia de leyes en las premisas es lo que da parte del nombre al método: nomológico = *nomos* (ley, en griego). El método, por su parte, será deductivo o inductivo según el carácter de las leyes generales presentes en el *explanans*. Si las leyes son universales (causales), la inferencia del *explanans* al *explanandum* será deductiva, y se simboliza así:

| | |
|---|---|
| $D_1, D_2, D_3, D_n$ (premisas-datos) | *explanans* (lo que explica) |
| $L_1, L_2, L_3, L_n$ (premisas-leyes causales) | |
| Hipótesis | *explanandum* (lo que se explica) |

En el supuesto graficado arriba, como se trata de una deducción, la conclusión se sigue necesariamente de las premisas, o – lo que es lo mismo – está contenida en aquellas. Como ejemplo puede servir el siguiente. El *explanandum* "La puerta de madera se dilata en verano" se explica en función de las premisas-datos: "madera", "calor" etc., y de la premisa-ley (universal o causal) "todo cuerpo se dilata con el calor".[50]

Si, en cambio, las leyes generales del *explanans* no son universales (i.e. son leyes estadísticas o probabilísticas) la inferencia en cuestión será inductiva, y la simbolización estandarizada en tal caso es la siguiente:

| | |
|---|---|
| $D_1, D_2, D_3, D_n$ (premisas-datos) | *explanans* (lo que explica) |
| $L_1, L_2, L_3, L_n$ (premisas-leyes estadísticas) | |
| Hipótesis | [entonces es probable que...] *explanandum* (lo que se explica) |

En este segundo supuesto, la línea doble que separa a las premisas de la conclusión indica, precisamente, que la inferencia en cuestión es inductiva, de allí que resulta necesario agregar el adverbio modal de probabilidad encerrado entre corchetes. Aquí la conclusión no se sigue necesariamente de las premisas; entre

50. Cf. HEMPEL/OPPENHEIM, op. cit. (nota 49), p. 248 y ss.

ambas lo que existe es una *relación de apoyo*: las premisas no contienen la conclusión, sino que apoyan a ésta en un determinado grado.[51]

Al igual que en las explicaciones nomológico-deductivas aplicables a hipótesis causales (universales), en la explicación estadística o nomológico-inductiva hay premisas-datos y premisas-leyes (estadísticas) que conforman un *explanans*. Pero su particularidad reside en que, en ellas, el *explanandum* se obtiene por inducción, no por deducción. Así, por ejemplo, el *explanandum* "X se curó de la enfermedad E", constituye un enunciado que se infiere inductivamente de (o se explica con) las premisas-datos "X padece la enfermedad E" y "el médico M suministró a X la droga D", junto con la premisa-ley (estadística o probabilística) "la droga D cura a la enfermedad E en un elevado número de casos (o con alta probabilidad)".[52]

Ahora podemos entonces afirmar, con más precisión: una explicación es causal si las leyes que integran el *explanans* son leyes causales. Y es estadística o probabilística si las leyes que integran el *explanans* son leyes estadísticas o probabilísticas. Corresponde, entonces, caracterizar las leyes causales y las estadísticas.

### *2.2.2 La distinción entre leyes causales y leyes estadísticas o probabilísticas*

Las leyes causales, técnicamente, son generalizaciones empíricas universales de segundo nivel, pues generalizan ciertas proposiciones básicas o de primer nivel, que surgen de la simple observación.[53] Un ejemplo de proposición básica es: "la fuente de calor F dilata al cuerpo C". Una ley causal es la generalización del fenómeno del que da cuenta una proposición empírica básica de primer nivel, pero no cualquier generalización, sino una generalización *universal*, que usual-

51. Cf. HEMPEL, *Aspectos de la explicación científica*. Trad. MÍGUEZ del original en inglés (1965), en, DEL MISMO, op. cit. (nota 49), p. 377 y ss.

52. Ibid.; cf. también KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit. (nota 49), p. 51 y ss.

53. Cf. al respecto KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit. (nota 49), p. 105 y ss.

mente tiene la forma de un enunciado condicional.[54] Ejemplo: "si un cuerpo recibe calor, entonces ese cuerpo *siempre* se dilata". En las leyes causales, el primer término del consecuente del condicional es un adverbio de tiempo o de modo equivalente a un cuantificador universal (como "siempre" o "necesariamente"). Recuérdese, en tal sentido, el ejemplo de enunciado causal típico dado por BUNGE: "Si ocurre C, entonces E es *siempre* (o *necesariamente*) producido por C". Dado el carácter universal de las leyes causales, presentan ellas la característica definitoria de que un solo contraejemplo basta para refutarlas o falsarlas.

Por su parte, una ley estadística o probabilística (en este contexto ambos términos son sinónimos) es una generalización empírica *no universal* de segundo nivel. Ese carácter no universal se expresa mediante el empleo del adverbio modal "probablemente" u otras expresiones equivalentes, si se trata de un enunciado comparativo, o con el giro "grado *x* de probabilidad" u otro equivalente, si se trata de un enunciado cuantitativo.[55]

Así como las explicaciones causales se caracterizan – dado el carácter universal de las leyes que intervienen en ellas – por el hecho de que un único contraejemplo es suficiente para refutarlas, las explicaciones estadísticas o probabilísticas, por el contrario, tienen la propiedad de que el hallazgo de un contraejemplo, o incluso de varios, no es suficiente para refutarlas o falsarlas. Así, en el caso descripto más arriba, la explicación dada a la cura de X puede ser acertada y concluyente aun cuando la droga D no haya curado a la enfermedad E en algunos casos.

### *2.2.3 Origen, requisitos y características de las hipótesis causales y estadísticas*

Más allá de que ciertos enunciados *se expliquen* por deducción y otros por inducción, según el tipo de leyes que intervenga en la explicación, de ninguna

54. Cf. HEMPEL, op. cit. (nota 49), p. 265 y s.

55. Cf. HEMPEL, op. cit. (nota 51), p. 377.

manera debe creerse que las hipótesis generales universales (o "leyes causales") *se obtienen* deductivamente, y que las hipótesis generales no universales (o "leyes estadísticas") *se obtienen* inductivamente. *Ambas se obtienen inductivamente.* Veámoslo con dos ejemplos.

i) La observación 1 dice: "dejo a un cuerpo sin sustento en el aire y éste cae"; las observaciones 2, 3, 4, etc. dicen lo mismo. Ninguna observación ha refutado a 1, pero es imposible – empíricamente – repetir hasta el infinito las observaciones. No obstante, hasta que la refutación o la falsación no ocurra decimos que podemos formular una ley causal (universal): "todo cuerpo dejado sin sustento en el aire, cae" (o: "si un cuerpo es dejado sin sustento en el aire, entonces el cuerpo siempre cae").

ii) Las observaciones 1 a 70 dicen: "fumar produjo cáncer de pulmón"; las observaciones 71 a 100 dicen: "fumar no produjo cáncer de pulmón". Decimos entonces que podemos formular una ley estadística (no universal): "existe una probabilidad de 70 % de que fumar produzca cáncer de pulmón".

Los dos ejemplos muestran que ambas leyes surgen (inductivamente) de una serie de observaciones. Lo que permite formular una ley universal (causal) es el hecho de la no ocurrencia de ningún contraejemplo, i.e. la inexistencia de falsación o refutación, al menos hasta el momento de la formulación de la ley. Lo que permite formular una ley estadística o probabilística, por su parte, es la posibilidad de realizar una generalización empírica *no obstante la existencia de contraejemplos*. La condición mínima para que esa posibilidad quede habilitada (y justificada) es que exista "relevancia estadística". Este concepto es muy importante y se explica a continuación.

Hay relevancia estadística cuando la relación de probabilidad entre premisas explicativas y conclusión a explicar es mayor que la probabilidad de partida de la conclusión. Ejemplo: entre la hipótesis "el señor X no está embarazado" y el dato "el señor X toma regularmente la píldora anticonceptiva" no hay relevancia estadística, pues la probabilidad-cero de la hipótesis-conclusión no es aumenta-

da con ese dato-premisa (completamente distinta sería la situación, desde luego, si la hipótesis dijera que la *señora* X está embarazada).[56]

Fuera de ello, la posibilidad y/o necesidad de formular leyes causales y estadísticas viene condicionada por el contexto. Normalmente es posible *y necesario* formular leyes causales en contextos en los que interviene un número reducido de variables, pues ello reduce la posibilidad de contraejemplos. En contextos en los que, por el contrario, interviene un número elevado de variables, la formulación de leyes causales no sólo es imposible sino también incorrecta, pues las explicaciones intentadas con ellas, a causa de la ubicuidad de las refutaciones, no tendrían poder explicativo. Aquí cabe preguntarse: ¿esto significa que esos sucesos carecen de explicación? Si respondemos negativamente, entonces estamos admitiendo que existen otro tipo de explicaciones además de las causales, y que esas explicaciones – llamadas "estadísticas" o "probabilísticas"– son tan seguras o precisas en este contexto (y también: tan imperfectas) como las explicaciones causales lo son en el suyo.[57]

Los ámbitos en los que interviene un número elevado de variables suelen denominarse "ámbitos indeterminados", así como se denomina "ámbitos determinados" a aquellos en los que interviene un número reducido de variables. En los primeros reina la explicación estadística o probabilística; en los segundos, la causal. Aquí denominaremos a los primeros "ámbitos determinados estadísticamente", y, a los segundos, "ámbitos determinados causalmente", pues, conforme a la hipótesis de partida de este trabajo, *todo* está determinado por algo. Lo que cambia es la categoría de determinación.

La economía, la medicina, la ecología, la sociología empírica, etc., son ámbitos en los que interviene un número muy elevado de variables relevantes con relación a cada suceso. Si intentáramos explicarlos con leyes causales, fracasaríamos

56. El ejemplo es de SALMON; cf. al respecto PÉREZ BARBERÁ, *Kausalität und Determiniertheit*, en ZStW 114 (2002), p. 612 y s., con las pertinentes referencias bibliográficas.

57. Así también BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 446.

inmediatamente en nuestro cometido. Sin embargo, no creo que ningún economista, médico, ecólogo o sociólogo esté dispuesto a aceptar que en sus respectivos ámbitos no es posible explicar o predecir sucesos. Si así fuera, ninguna de estas disciplinas siquiera existiría. Pero lo cierto es que ahí están. ¿Cómo trabajan, pues, estas disciplinas científicamente? Pues formulando hipótesis de carácter estadístico o probabilístico y empleando leyes estadísticas o probabilísticas para explicarlas o predecirlas (sobre la diferencia entre explicación y predicción no corresponde detenerse aquí). El empleo de leyes causales en tales ámbitos es, insisto, imposible, pero es perfectamente posible *explicar* los sucesos que ocurren en ellos: resulta forzoso entonces admitir que son posibles otra clase de explicaciones además de las causales, y es claro que el derecho penal no puede sustraerse a esta conclusión.

En efecto, así como provocaría perplejidad la formulación de una hipótesis probabilística en un ámbito de escasas variables intervinientes, también provocaría perplejidad una hipótesis causal en un ámbito de elevado número de variables. Comprobémoslo con ejemplos: la hipótesis "es *probable* que si dejo a esta piedra en el aire sin ninguna sustentación ella caiga al suelo", es tan inapropiada como la que reza "*con toda seguridad* comer tantos huevos fritos le provocó a X ese infarto". La primera es demasiado cautelosa donde no tiene que serlo, y la segunda un tanto temeraria donde debería ser más cautelosa. En definitiva, ninguna de las dos resulta satisfactoria. Ello ocurre porque ninguna respeta las reglas de juego que cada ámbito impone a las hipótesis – y a las explicaciones – correspondientes.

Con relación al primer ámbito (al determinado causalmente), las variables intervinientes (masa, gravitación) son tan escasas que, tras algunas pruebas con el resultado "cae la piedra", *tenemos que* arriesgar una hipótesis causal (universal); no hacerlo y, con exceso de cautela, formular en ese contexto una hipótesis probabilística, nos haría quedar como tontos frente a nuestros oyentes ocasionales y nos impediría una orientación correcta en el mundo, pues semejante hipótesis despierta expectativas que, por no existir posibilidades objetivas esperables de que sean satisfechas, operan como estorbo para una orientación cognitiva adecuada.

No podemos, en efecto, deambular por el mundo esperando el momento en que la piedra dejada en el aire sin sustentación *suba*. Pero eso es lo que haríamos si nos tomáramos en serio una generalización empírica que rece que es (sólo) *probable* que todo cuerpo dejado en el aire sin sustentación caiga a tierra, porque ello implica reconocer la posibilidad de que alguna vez – *ceteris paribus* – la piedra no caiga. Dejando de lado ciertas concepciones epistemológicas escéptico-radicales, bien puede decirse que, en la vida cotidiana, una enorme cantidad de nuestros movimientos, desde los más automatizados hasta los reflexivos, vienen precedidos de hipótesis causales (universales): cuando movemos hacia atrás la silla para sentarnos *sabemos*, con toda seguridad, que ella se desplazará hacia atrás; cuando realizamos un movimiento determinado en la caja de cambios de nuestro automóvil sabemos que ello provocará un cambio en la velocidad del vehículo etc.

En este contexto, entonces, realizamos hipótesis causales no sólo porque ellas son posibles, sino porque son *necesarias y excluyentes* de toda otra clase de hipótesis. En este ámbito, hipótesis *no* causales serían inmediatamente dejadas de lado por no tener poder explicativo y resultar fácilmente refutables o falsables: bastaría una serie finita pero suficientemente prolongada de experiencias sin ningún resultado adverso para demostrar que es *seguro* –y no solamente probable– que la piedra caerá.[58]

Con relación al segundo ámbito (al determinado estadísticamente) ocurre la inversa: allí las variables intervinientes son tantas (nivel de colesterol, sí, pero también: diámetro de las arterias, peso, presencia de estrés, consumo de cigarrillos, estilo de vida, predisposición del organismo, etc.) que centrar la explicación en

58. Como sucede con todos los conceptos comparativos, es decir, aquellos entre los cuales existe una diferencia de grado y no de índole, siempre hay un ámbito en que ambos conceptos se excluyen entre sí clasificatoriamente, i.e. alguna vez la diferencia pasa a ser de índole: "más caliente que" alguna vez es "caliente". Del mismo modo, entre "seguro" y "probable" hay una relación de grado, pero alguna vez la distinción es de índole. En ese ámbito en que la diferencia es de índole, demostrar que algo no es probable sino seguro, o viceversa, implica falsar el enunciado que afirma lo contrario. Sobre la distinción entre conceptos clasificatorios, comparativos y métricos o cuantitativos cf., entre muchos, DÍEZ/MOULINES, *Fundamentos de filosofía de la ciencia*. 2. ed., Barcelona: Ariel, 1999, p. 98 y ss.

una sola de ellas resulta temerario. Aquí sí es necesario ir con un poco de cautela. Afirmar como seguro que la ingesta de huevos fritos es lo que le provocó a X un infarto resulta temerario aun si X comiera efectivamente una docena de huevos fritos todos los días, porque ello implicaría dejar absolutamente de lado muchas otras variables relevantes, cuya consideración puede tener un efecto fulminante de refutación o falsación. Pero, al mismo tiempo, resultaría absurdo que, por no ser seguro que la gran ingesta de huevos fritos haya provocado el infarto, relativicemos la relevancia de ese dato a tal punto que terminemos afirmando que no es posible explicar concluyentemente el infarto mediante él.

De allí que en esta clase de ámbitos *se impone*, como necesaria y excluyente, la explicación probabilística. De lo contrario tendríamos que, o bien admitir que los sucesos ocurridos en esta clase de contextos no admiten explicación alguna, o bien aceptar una generalización empírica del tipo "comer muchos huevos fritos produce necesariamente un infarto"; cualquiera de las dos opciones nos haría quedar como tontos frente a nuestros colegas médicos y, de hecho, nos impediría ser médicos, por las mismas razones respecto a una orientación cognitiva adecuada aludidas anteriormente en orden al ámbito causal. En estos otros ámbitos de variables múltiples, hipótesis *no* probabilísticas (i.e.: causales), no sólo tienen poco o nulo poder explicativo, sino que resultan muy sencillamente falsables. De allí que ellas *deban* ser dejadas de lado en este contexto, al igual que las probabilísticas en los contextos causales.

## *2.3 La determinación teleológica*

De lo dicho hasta aquí puede inferirse que, de todas las categorías de determinación posibles, la causal y la estadística o probabilística son las que con mayor rendimiento pueden ser aplicadas en el campo del derecho penal. Con todo, cabe sumar a ellas una más: la determinación *teleológica*, cuyas principales características se exponen a continuación.

Esta categoría de determinación se caracteriza, específicamente, por explicar *ontológicamente* la ocurrencia de un suceso en términos de razones, motivos, propósitos u objetivos.[59] En ocasiones se ha sostenido que las explicaciones teleológicas son, en verdad, reconducibles a explicaciones causales. Pero así como ni en las ciencias naturales ni en las sociales cabe forzar explicaciones teleológicas respecto de sucesos que pueden y deben ser explicados causalmente, tampoco es correcto – en ningún campo científico – forzar explicaciones causales respecto de sucesos que pueden y deben ser explicados teleológicamente.

Las explicaciones auténticamente teleológicas *no son, por lo tanto, reconducibles a explicaciones causales.*[60] En primer lugar porque, como ya se dijo, los motivos y razones no son causas. Y en segundo lugar – y esto es fundamental – porque las leyes teleológicas, que son las que intervienen en una explicación de esta clase, son, sin

59. Conviene recordar aquí que mediante razones se puede tanto justificar normativamente una acción cuanto explicarla ontológica o empíricamente (ver *supra*, nota 20). Debe, por lo tanto, quedar claro que en este punto el término "teleológico" hace referencia a un tipo de *explicación ontológica* de ciertas acciones humanas, y en nada se vincula con el método de interpretación teleológica de la ley o con el método teleológico de construcción dogmática empleado por algunos autores.

60. A primera vista parecería que STEGMÜLLER opina exactamente lo contrario, pues él afirma que una auténtica explicación teleológica *se caracteriza* por ser reducible a una explicación causal (cf. op. cit. [nota 24], p. 531 y ss.). Pero tal afirmación resulta, simplemente, de su diferente opción terminológica. En p. 533, nota 10 al pie, STEGMÜLLER aclara expresamente que habla de "explicación causal" en su sentido más amplio, que él identifica con una explicación que incluya en sus premisas leyes estrictas, causales o no causales, además de los datos. Lo que este autor denomina "explicación causal" es, pues, lo que usualmente se entiende por "explicación nomológico-deductiva". En los resultados hay, por tanto, coincidencia: lo que STEGMÜLLER afirma, en realidad, es que las explicaciones teleológicas auténticas son reconstruibles conforme al método nomológico-deductivo, que es justamente lo que en seguida sostengo en el texto. Aclarado esto, corresponde de todas formas enfatizar que no debería identificarse a la explicación nomológico-deductiva o a la explicación científica en sí con la explicación causal, tal como de hecho sucede a menudo en filosofía de la ciencia. Quizá se trate sólo de una cuestión terminológica (cf. al respecto BECKERMANN, "Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie", n. VI, 1975, p. 292 y ss.), pero lo cierto es que la elección de las palabras trae consigo consecuencias conceptuales significativas. Una inadecuada opción terminológica puede dificultar la constatación de distinciones materiales importantes. Los autores que emplean la voz "causalidad" *para todo* se ven obligados a complementar ese término con giros y aclaraciones sumamente confusos cuando se refieren a sucesos determinados estadísticamente; ejemplos: "causal en el sentido más amplio" (STEGMÜLLER, cit.), o "causal en sentido amplio, incluyendo hipótesis estadísticas" (KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*. Berlin, 1980, p. 22), o "causalidad probabilística" (SUPPES, *A probabilistic Theory of Causality*. Amsterdam, 1970) etc.

excepción, leyes estadísticas o probabilísticas. De allí que, como ya dije, sea incluso preferible denominar a esta categoría de determinación *teleológico-probabilística*, pues ella constituye, en rigor, una sub-clase de la determinación estadística, sólo que con características tan particulares en lo que respecta a sus premisas-datos que tornan conveniente su escisión. Cada vez que se mencione a la categoría de determinación o a la explicación "teleológica" deberá entenderse, pues, que se está haciendo referencia a la determinación o explicación "teleológico-probabilística".[61]

Es cierto que los términos "motivos", "razones", "propósitos" y otros similares son extremadamente ambiguos.[62] Pero ello no debe constituir una objeción fundamental en contra del empleo de explicaciones teleológicas, pues lo cierto es que "los motivos y razones que un individuo tiene para actuar son elementos fundamentales (...) para explicar (y predecir) (...) su comportamiento".[63] Le corresponderá por tanto a la filosofía proponer definiciones claras de estos conceptos, pues las disciplinas particulares – especialmente las sociales – no pueden prescindir de ellos a la hora de explicar cierta clase de sucesos.

La explicación teleológica es reconstruible, al igual que la causal, conforme al método nomológico-deductivo.[64] Habrá una explicación teleológica, por tanto, cuando las premisas-datos sean razones, motivos, propósitos etc, y las premisas-leyes sean leyes teleológicas, que, como se dijo, son siempre leyes

61. Para evitar confusiones terminológicas he optado aquí por la palabra "probabilística", pero bien podría utilizarse la voz "estadística", pues, como se vio, en este contexto ambos términos son sinónimos.

62. Cf., por ejemplo, NINO, op. cit. (nota 20), p. 79: "(...) cualquier conclusión filosófica que se pretenda extraer tomando en cuenta la estructura de estos conceptos se ve obscurecida por la ambigüedad sistemática y la notoria imprecisión de las expresiones lingüísticas pertinentes: las palabras 'motivo' y 'razón' tienen múltiples significados de notoria vaguedad que se confunden muchas veces entre sí y otras veces se superponen con el de expresiones... como 'intención', 'propósito', 'deseos', etcétera". Cf. también REDONDO, op. cit. (nota 20), pp. 25 y ss., 31 y s. y 51 y ss.

63. NINO, ibid. (el paréntesis es del original).

64. Cf. KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit. (nota 49), p. 78 y s.; STEGMÜLLER, op. cit. (nota 24), p. 530 y s. Fuera de lo ya dicho respecto de este autor en nota 60, debe destacarse que en p. 535 y s. lleva a cabo una detallada demostración de cómo una explicación teleológica se reconstruye conforme al método nomológico-deductivo.

probabilísticas o estadísticas. Debe, por tanto, rechazarse la concepción de la teleología basada en la idea aristotélica de causa final, según la cual un suceso del presente se explicaría por un suceso ubicable en el futuro. Pues lo cierto es que los motivos, razones, etc. (las premisas-datos) existen o bien antes del suceso a explicar o bien durante él. Y la ley teleológica se postulará también en función de datos ya existentes, ubicables en el pasado, como sucede con toda ley científica.

Ejemplo: el *explanandum* "X prepara en una academia el examen de una materia", se explica en función del propósito de X de aprobar esa materia (premisa-dato) y de la ley teleológica "quien se propone algo realiza normalmente las acciones adecuadas para lograrlo". El propósito existe ya al momento del suceso, y la ley se postula en función de la observación repetida de hechos similares en el pasado.[65] El adverbio "normalmente", presente en el enunciado legal, acentúa su carácter estadístico o probabilístico.

Este tipo de determinación puede cumplir una función fundamental en aquellos sectores jurídicos en los cuales entran en consideración datos subjetivos, como el de la instigación, la autoría mediata, la complicidad, la omisión impropia, etc.

Ejemplo: Si A se ha propuesto matar a C mediante B, quien actúa en error como instrumento de A y de hecho mata a C con un disparo de arma de fuego, cabe preguntarse si puede decirse que A ha *causado* la muerte de C. Y la respuesta es obviamente negativa. Pero sí puede afirmarse que la muerte de C fue *determinada* teleológicamente por A (y causalmente por B). ¿Por qué? Se trata de dos clases diferentes de explicaciones ontológicas: la teleológica y la causal. En la explicación teleológica, la premisa-dato es el propósito de A de matar a C mediante B; y allí la premisa-ley reza: "quien quiere matar a otro mediatamente, puede lograrlo si emplea a alguien como instrumento". Esta explicación es teleológica porque la premisa-dato es un fin subjetivo y la premisa-ley es probabilística. En

65. Cf. KLIMOVSKY/HIDALGO, ibid. nota anterior; también STEGMÜLLER, ibid. nota anterior. Ninguno de estos autores destaca, sin embargo, el carácter probabilístico de las leyes teleológicas.

la explicación causal, en cambio, la premisa-dato es el disparo de B con un arma de fuego a la cabeza de C; y la premisa-ley reza: "si la cabeza de una persona es atravesada por una bala, aquella muere". Esta explicación es causal porque la premisa-dato es un suceso empírico externo y la premisa-ley es, justamente, causal, por su carácter universal y por el componente genético que contiene.

## *2.4 La paridad científica entre las leyes propias de cada categoría de determinación*

BUNGE aclara que las distintas categorías de determinación son mutuamente irreducibles, pero que, no obstante, están relacionadas entre sí, de modo que "ningún tipo de determinación actúa en forma pura, con exclusión de todos los demás, salvo en casos ideales".[66] Pero si bien considera que "con ello no se obtendría ninguna estratificación bien definida", no obstante admite que "podría tratarse de caracterizar los diferentes sectores de la realidad según el *predominio* relativo de las diversas categorías de determinación".[67]

Es posible, por lo tanto, sostener que en derecho penal la categoría de la causalidad sólo debe aplicarse en aquellos grupos de casos en que manifieste su "predominio relativo" con relación a las demás categorías de determinación. En los demás, en donde ese predominio lo tenga, por ejemplo, una determinación estadística o una teleológica, lo correcto no será hablar de causalidad (o de determinación causal), sino de determinación estadística o teleológica, respectivamente, y lo que habrá que brindar en tales casos no es una explicación causal del suceso, sino una explicación estadística o teleológica.

Respecto de la praxis, cabe preguntarse cómo ha de resolver el juez en cada caso concreto qué categoría de determinación corresponde aplicar. La respuesta es muy sencilla: conforme al número y clase de variables intervinientes en el caso

66. Op. cit. (nota 3), p. 20.

67. Ibid., p. 41; bastardilla en el original.

el juez ensayará el tipo de explicación que le resulte a primera vista más plausible, para lo cual formulará una hipótesis o bien causal, o bien probabilística o bien teleológica (hasta aquí se está todavía dentro del denominado contexto de descubrimiento).[68] Luego pondrá a prueba la explicación ensayada y la tendrá por válida o la descartará según resulte concluyente o insatisfactoria, respectivamente (contexto de justificación).[69] El carácter insatisfactorio de una explicación es, pues, el síntoma principal a tomar en cuenta para inferir que se está empleando una categoría de determinación inadecuada y concluir que, por lo tanto, es necesario acudir a otra. Llegados a este punto, no sería muy útil ni adecuado que nos preguntemos acerca de qué es lo que determina que se considere satisfactoria o insatisfactoria a una explicación. Ello se vincula con nuestras representaciones y nuestras suposiciones acerca del mundo – que son justamente las que tienen que ponerse a prueba – y con el lenguaje elegido para expresar esas suposiciones.

Cada categoría de determinación, como se ha visto, se rige por sus propias leyes: causales, estadísticas o teleológicas, según el caso. En tal sentido, es importante advertir en contra de ciertos prejuicios, según los cuales sólo las leyes causales, por ser universales, garantizan una determinación segura. Esto es falso. Fuera de que *ninguna* ley científica conduce a algo más que a meras hipótesis,[70] debe recordarse siempre que en ciencia existen, simplemente, diversos tipos de leyes, y ellas no están ordenadas según un rango. Ninguna es más importante que la otra. Cada una tiene su específico ámbito de dominio, y eso es todo. En este sentido,

68. Sobre la distinción entre "contexto de descubrimiento" y "contexto de justificación" (que proviene de REICHENBACH, *La filosofía científica*. México-Buenos Aires, 1953), cf. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 2. reimpresión, Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 136, de donde se tomó la referencia bibliográfica anterior; cf. también KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit. (nota 49), p. 17 y s.

69. Ibid. nota anterior.

70. Fundamental al respecto POPPER, *Das Problem der Induktion* (1953, 1974), en op. cit. (nota 36), p. 96: "todas nuestras leyes generales o teorías son para siempre suposiciones, presunciones, hipótesis"; en el mismo sentido BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 451.

una determinación estadística, por ejemplo, no tiene por qué considerarse menos segura que una determinación causal.[71]

Las siguientes palabras de BUNGE son, al respecto, sumamente ilustrativas: las leyes estadísticas "...no son *más* incompletas que otras clases de leyes científicas: con la salvedad de que en ellas esa insuficiencia es de otra índole, y eso es todo. En realidad, todos los tipos de enunciados legales... permiten formular predicciones... que son a la vez cualitativamente incompletas y cuantitativamente inexactas. La diferencia entre los tipos de predicción que proporcionan las diversas variedades de ley científica es de *índole* y no de mayor o menor grado de integridad o de exactitud".[72]

KLIMOVSKY e HIDALGO resaltan la importancia de la explicación estadística, pero no obstante sostienen que ella no parece "tan perfecta e imponente" como la explicación nomológico-deductiva de tipo causal, pues, según la opinión de estos autores, "su contribución al entendimiento de lo que ocurre es menos directo" que el que ofrecerían las explicaciones causales.[73]

Esta matización, sin embargo, debe ser rechazada. Contra ella apunta, en primer lugar, precisamente el argumento de BUNGE transcripto más arriba. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la teoría de la ciencia ha demostrado que, respecto de los casos extremos de probabilidad 1 (= casi seguridad de que el suceso ocurrirá) y de probabilidad 0 (= casi seguridad de que el suceso no ocurrirá), las explicaciones estadísticas proporcionan muchas veces más certidumbre que las causales.[74] En tercer lugar, ha de resaltarse la enorme importancia práctica de las explicaciones estadísticas, sin las cuales directamente *no tendrían sentido* disciplinas como la economía, la sociología empírica y la medicina, por sólo

71. Exactamente lo mismo sostiene KNAUER, *Die Kollegialentscheidungen im Strafrecht*. München, 2001, p. 111.

72. BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 446; bastardillas en el original.

73. Cf., DE LOS MISMOS, op. cit. (nota 49), p. 58.

74. Cf., sobre ello, BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 448 y s.

mencionar tres áreas donde las explicaciones estadísticas son prácticamente excluyentes.[75] Y en cuarto lugar, podría agregarse que la mecánica cuántica habría tornado plausible la hipótesis de que "las verdaderas leyes fundamentales del mundo... tengan *un irreducible carácter estadístico*".[76]

Aquí, sin embargo, cabe advertir también en contra del prejuicio inverso, que realza el valor de la explicación estadística y minimiza o directamente rechaza el de la causal. Así, por ejemplo, con apoyo en el argumento cuántico citado en el párrafo anterior, se ha afirmado recientemente en la dogmática penal alemana que la física moderna "ha liberado su visión del mundo de la idea de explicación causal-determinística".[77] Pero respecto de ese argumento cuántico cabe señalar que él sólo es plausible si se parte de la interpretación tradicional de la mecánica cuántica, tal como la presentara, por ejemplo, HEISENBERG.[78] Pero hay otras interpretaciones de la mecánica cuántica, como la de BOHM, que son empíricamente equivalentes a la tradicional e incluyen un importante componente causal.[79] Es cierto que en la filosofía de la ciencia actual predomina un punto de vista favorable a las explicaciones estadísticas, según el cual la causalidad no sería otra cosa que un caso de probabilidad 1, es decir: también la causalidad habría de determinarse conforme a leyes estadísticas o probabilísticas. Pero, como se ha visto, esa concepción no es unánime y, en todo caso, configura un enfoque que no le es útil en absoluto al derecho penal. En efecto, esta disciplina se ocupa por regla de fenómenos de la vida cotidiana que, como se indicara más arriba, no sólo pueden sino que deben ser explicados causalmente para evitar caer en perplejidades que

75. Cf., al respecto, STEGMÜLLER, op. cit. (nota 24), p. 638.

76. STEGMÜLLER, ibid.

77. KNAUER, op. cit. (nota 71), p. 110.

78. Cf. *The Physical Principles of the Quantum Theory.* Chicago, 1930, cit. por BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 484.

79. Cf. BOHM, A Suggested Interpretation of the Quantum Theory in Terms of Hidden Variabels. *Physical Review*, 85 (1952), cit. por BUNGE, op. cit. (nota 3), p. 485.

sólo provocarían confusión intersubjetiva.[80] Tanto la exageración causalista como la exageración estadística representan dos visiones extremas del mundo que no encuentran un sustento terminante en los resultados actuales de la ciencia.

On lo dicho creo que es suficiente para considerar demostrada la paridad científica *a priori* entre leyes causales y estadísticas en particular, y entre todas las leyes científico-naturales en general. Pero quisiera agregar algo más respecto de la diferencia de índole entre explicaciones causales y estadísticas remarcada por BUNGE. A mi juicio, se trata también de una diferencia de *pretensión*: una explicación causal pretende tener siempre validez universal; una explicación estadística, en cambio, no pretende esto nunca. Así lo muestra el tipo de relación lógica que existe entre las premisas y la conclusión de una y otra clase de explicación.[81] En ámbitos de dominio causal se requieren hipótesis explicativas con pretensión de validez universal; en ámbitos de dominio estadístico esto *no se requiere*. Por eso es que la posibilidad o imposibilidad de formulación de los respectivos enunciados legales en términos universales no debe ser utilizada como parámetro para asignar mérito o demérito a una y otra clase de ley *comparativamente*, pues los ámbitos de dominio correspondientes no son comparables.

Conviene reconocer, en suma, que la ocurrencia de un suceso en el mundo puede admitir diversas explicaciones ontológicas, que la causal es sólo una de ellas, y que ella es tan segura (o insegura) como cualquier otra explicación posible (estadística, teleológica, etc.).

## 3. El "nexo de determinación" como nueva categoría de la teoría del tipo

Quisiera, por lo tanto, proponer una nueva categoría para la teoría del delito, a ubicar en la llamada tipicidad objetiva: la del *nexo de determinación*. Ella es una

80. Cf. la advertencia en este mismo sentido de ROXIN en, DEL MISMO, op. cit. (nota 17), 11/3, p. 292.

81. COPI hace referencia también a la "pretensión" de un razonamiento deductivo en comparación con la de un razonamiento inductivo para explicar la diferencia lógica entre uno y otro (cf. op. cit. [nota 21], p. 25).

categoría ontológica (naturalística), cuya función es explicar la ocurrencia de sucesos en el mundo del ser, y en la cual tienen su sede las distintas categorías de determinación, especialmente la causal, la estadística y la teleológica. Al caso concreto se aplicará una u otra según cuál tenga en él un predominio relativo.

Así, dentro del ámbito del denominado tipo objetivo, la pregunta más general a realizarse antes de pasar a las cuestiones normativas que usualmente se resuelven en la categoría de la imputación objetiva no será ya: "¿fue el resultado R *causado* por el autor A?", sino: "¿fue el resultado R *determinado* por el autor A?"; y en caso afirmativo la pregunta que sigue es: "¿por qué categoría de determinación fue determinado el resultado R?". La cuestión del nexo de determinación, esto es, la necesidad de que el resultado penalmente relevante haya sido determinado ontológicamente por la acción del autor, constituye, por lo tanto, el presupuesto ontológico *general* de la imputación jurídico-penal en los delitos de resultado, y no la causalidad, como se ha sostenido hasta ahora. Esta última sólo tendrá el carácter de presupuesto ontológico específico en aquellos supuestos en que ella sea la categoría de determinación a aplicar.

El carácter exclusivamente ontológico que aquí se le atribuye a la determinación implica afirmar que los límites entre determinación e imputación objetiva *no son difusos*, como pretende sostenerse en algunos recientes trabajos sobre causalidad en Alemania.[82] De hecho, tales límites *no deben* ser difusos si no quiere violarse el llamado "abismo lógico" de HUME. La opinión contraria se basa en una evidente falacia normativista, que es tan ingenua como la falacia naturalista en las que se

82. Cf., por ejemplo, las recientes afirmaciones en este sentido de KNAUER, para quien la "causalidad... no puede sustraerse a una valoración normativa. En este sentido, los límites con la imputación objetiva son difusos. Una separación entre una causalidad puramente naturalística y una imputación objetiva puramente valorativa no es, por lo tanto, posible" (op. cit. [nota 71], p. 115). Más información sobre esta tendencia actual de la dogmática penal alemana a normativizar la causalidad aporto en PÉREZ BARBERÁ, op. cit. (nota 44), apartados 2 y 3. Allí expongo críticamente las opiniones en este sentido de, por ejemplo, JAKOBS (op. cit. [nota 31], 7/16, p. 189 y s. (versión castellana, p. 230 y s.) y HILGENDORF (*Zur Lehre vom "Erfolg in seiner konkreten Gestalt"*, GA 1995, p. 531 y ss., esp. p. 533).

apoyaban las teorías individualizadoras de la causalidad, e implica volver a sostener el absurdo de que existe algo así como una específica causalidad jurídico-normativa.

La categoría del nexo de determinación – y con ella la de la causalidad – es *jurídica* en tanto integra, también, una teoría jurídica (la del delito); pero aún dentro de ella sigue siendo tan ontológica como lo es dentro de la teoría (ontológica) del determinismo general.[83] Contra este súbito advenimiento de un normativismo ingenuo ya se ha advertido en la ciencia jurídico-penal alemana,[84] y creo que idénticas prevenciones valen para la dogmática penal hispanoamericana. Vale la pena recordar aquí una importante afirmación de ROXIN: "La separación de causalidad [en rigor: de determinación] e imputación es un logro dogmático que no se debería volver a abandonar precipitadamente".[85]

## 4. Repercusiones en la teoría del delito y en el principio *in dubio pro reo*

La adopción del punto de vista aquí defendido trae aparejada, desde luego, numerosas consecuencias en distintos ámbitos de la teoría del delito, sobre las cuales, por cuestiones de espacio, me es imposible referirme aquí. Algunas de ellas han sido tratadas, sin embargo – e incluso con bastante exhaustividad –, en mis trabajos anteriores sobre el tema, citados en la primer nota a pie de este artículo, a los cuales puede remitirse el lector.

Pero en este lugar – dado la importancia capital del tema – no puede dejar de abordarse la cuestión de cómo repercute la concepción aquí desarrollada en el

83. Sobre la diferencia entre "jurídico" y "normativo" véase PÉREZ BARBERÁ, Causalidad y determinabilidad. *Nuevas formulaciones de las ciencias penales.* Libro homenaje a Claus Roxin. Córdoba: Lerner, 2001, apartado III, punto 1, con referencias bibliográficas.

84. Cf., por ejemplo, PUPPE, op. cit. (nota 21), p. 4 y s.; también SCHÜNEMANN, Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (comps.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte.* Heidelberg, 1995, p. 52.

85. Op. cit. (nota 17), 11/21, p. 302; en la versión castellana, 11/18, p. 353 (el agregado entre corchetes me pertenece).

principio *in dubio pro reo* cuando se trata de ámbitos determinados estadística o probabilísticamente. Este principio, como es sabido, exige *certeza* para la constatación de las circunstancias de hecho, entre las cuales cabe contar al nexo de determinación. Ahora bien, ¿puede brindar certeza una explicación estadística o probabilística? ¿No es la certeza, por definición, un grado de convicción que sólo pueden proporcionar las explicaciones causales? La respuesta a ambas preguntas ha de ser negativa, pero para que ello resulte comprensible es necesario, antes que nada, especificar qué debe entenderse por "certeza".

Ya no es ninguna novedad que la expresión "certeza" tiene siempre carácter aproximativo o regulativo (y no verificatorio, como todavía creen muchos juristas). FERRAJOLI, con razón, considera a la verdad procesal, precisamente, como "verdad aproximativa", y en tal sentido dice: "...la verdad 'cierta', 'objetiva' o 'absoluta', representa siempre la 'expresión de un ideal' inalcanzable"; "...la idea contraria... es en realidad una ingenuidad epistemológica...".[86] De allí que no sea acertada la afirmación de que el *in dubio pro reo* "no es en absoluto aplicable" en ámbitos estadísticos.[87] Lo correcto es sostener que el principio del *in dubio pro reo* debe amoldarse a las particularidades epistemológicas de cada ámbito de determinación.[88]

86. FERRAJOLI, *Derecho y razón.* trad. ANDRÉS IBÁÑEZ y otros. Madrid: Trotta, 1997, p. 50.

87. Así, PUPPE, op. cit. (nota 21), p. 93.

88. "En rigor, si se pensara que el juicio penal debe alcanzar la verdad 'objetiva' y se tomase al pie de la letra el principio *in dubio pro reo*, los márgenes de incertidumbre irreducibles que caracterizan a la verdad procesal deberían comportar la ilegitimidad de cualquier condena y, por tanto, la parálisis de la función judicial" (FERRAJOLI, op. cit. [nota 86], p. 62); cf. también STRATENWERTH, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung. *Festschrift für Gallas.* Berlin-New York, 1973, p. 231 y ss. En este sentido resulta inadecuada la concepción de FREUND (cf. su *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*, Heidelberg, 1987, esp. p. 56 y ss.), que pretende elaborar criterios normativos que legitimen el margen o riesgo de error que puede tener una condena, atento a la imposibilidad por principio de acceder a la verdad "objetiva" o "absoluta". Pero creer que de lo que se trata en este contexto es de un margen o riesgo de *error* implica, en realidad, la *aceptación* y no la negación de la posibilidad, epistemológicamente ingenua, de acceso a la verdad objetiva. El problema es que FREUND utiliza el concepto de verdad objetiva más como criterio verificador que como principio regulativo. No se trata – como pretende FREUND – de determinar, conforme a criterios normativos, cuándo un (supuestamente inevitable y objetivo) riesgo de condena errónea es legítimo, sino de saber, conforme a los conocimientos empíricos disponibles, cuándo una explicación ontológica no permite dudar.

La verdad es que, si se revisa con cuidado la praxis de los tribunales, podrá comprobarse con facilidad que los jueces, más allá de que eventualmente *afirmen* lo contrario, en la práctica nunca quiebran el principio epistémico señalado; jamás, ni siquiera en los ámbitos más estrictamente causales, llegan al absurdo de autoexigirse alcanzar una "certeza absoluta" para poder emitir una sentencia de condena. Entonces, si es sabido que cada vez que *se habla* de certeza en ámbitos determinados causalmente se admite – al menos tácitamente – el mero carácter aproximativo o regulativo de esa expresión, ¿por qué no podrá hablarse de certeza, con esa misma limitación, también en ámbitos determinados estadística o probabilísticamente? Lo cierto es que "certeza", para todo juez (y también para una concepción epistemológica plausible), no significa otra cosa que el grado de convicción que adquiere a partir de aquella configuración de la prueba que le permite estar seguro acerca de la existencia, en el pasado, de ciertos hechos, es decir, que le da *razones suficientes para creer*, i.e., para tener una *creencia justificada* de que algo efectivamente ocurrió.[89] Y esa seguridad subjetiva, si no quiere ser arbitraria o absurda, deberá construirse con base en las características epistémicas propias del ámbito fáctico a juzgar.

En ámbitos de determinación causal, por lo tanto, "certeza" significa que el enunciado que conforma el *explanandum* de la explicación no ha podido hasta el momento ser falsado. Sigue siendo una hipótesis, apoyada en leyes que también son hipótesis, pero se trata de una hipótesis que ha adquirido tal grado de verosimilitud que el juez no puede, respecto de ella, permitirse dudar. Pero sí podrá y deberá dudar si se presenta tan sólo *un* caso que pueda tener *algún efecto* falsante (si la falsación es total obviamente no habrá tampoco lugar para la duda, pues será seguro que la hipótesis es falsa). Esto es lo que resulta de la pretensión de universalidad de las hipótesis causales.

89. Sobre la noción de "creencia justificada" cf. DANCY, *Introducción a la epistemología contemporánea*. trad. PRADES CELMA. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 23 y ss., 39 y ss.

Por su parte, en ámbitos de determinación estadística, "certeza" significa que el enunciado que conforma el *explanandum* mantiene una correlación estadística *fuerte* con los antecedentes fácticos y legales del *explanans*. "Correlación estadística fuerte", que también podemos denominar "correlación estadística segura", significa, como sostienen KLIMOVSKY e HIDALGO, que *no existe ninguna variable de prueba que demuestre la irrelevancia del antecedente* (conformado por el *explanans*) *respecto del consecuente* (conformado por el *explanandum*).[90]

La propuesta que se defiende desde aquí no conduce a resultados completamente novedosos para la praxis, sino que, como se dijo, brinda un marco teórico que permite fundamentar adecuadamente ciertos resultados a los que la jurisprudencia ya ha arribado. El Tribunal Supremo Federal alemán y el Tribunal Supremo español, por ejemplo, defendieron ya una doctrina muy similar en las famosas sentencias del pulverizador para cuero y del aceite de colza, respectivamente, sólo que, en ambos casos, con una fundamentación incorrecta, pues continúa adherida al paradigma causal.[91]

Por otra parte, la tesis sostenida aquí de la correlación estadística segura (= certeza estadística) por inexistencia de variables probatorias que enerven la

90. KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit. (nota 49), p. 58; los agregados entre corchetes me pertenecen.

91. Con la fundamentación desarrollada aquí, en cambio, los resultados de BGHSt 37, 106 (*Ledersprayfall*) y de TS español, 23.04.1992 (caso del aceite de colza, aludido al comienzo de este trabajo) adquieren un adecuado sustento teórico, pues sólo habiéndose puesto en claro cuáles son las características definitorias de una explicación estadística se entiende por qué no es necesaria para una explicación de este tipo la prueba de una supuesta relación causa-efecto entre la sustancia supuestamente tóxica y el daño a la salud (como lo exige, por ejemplo, PUPPE, op. cit. [nota 31], p. 31; el punto de vista contrario, sostenido por el BGH alemán y el TS español en estos fallos, es defendido, entre otros, por KUHLEN, *Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte*, NStZ 1990, p. 567, cuya obra *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, fue de hecho citada en apoyo por el BGH en la sentencia de este caso del *Lederspray*). Basta, como lo sostuvieron en esencia estas dos decisiones, con que se descarte toda variable de prueba que demuestre la irrelevancia o la no relevancia de la correlación estadística establecida (ya se dijo que, en esta materia, la jurisprudencia –en particular el voto de BACIGALUPO ZAPATER en el caso del aceite de colza– se adelantó en años a la doctrina). Desde luego que el rótulo de "causalidad general", con el que suele designarse a esta exigencia jurisprudencial (cf. al respecto, entre otros, WOHLERS, op. cit. [nota 5]; VOLK, *Kausalität im Strafrecht*, NStZ 1996, p. 108), es completamente inadecuado, pues aquí no se presenta un problema de determinación causal, sino de determinación estadística.

relevancia estadística indicada, constituye nada más que una manera consecuente de aplicar el tradicional principio de razón suficiente en esta clase de ámbitos. En efecto, según este principio – que es el que abre la puerta a la idea de *creencia justificada* como meta cognitiva del proceso – existirá razón suficiente respecto de una conclusión inductiva precisamente cuando las premisas no sólo apoyen esa conclusión sino que, además, *excluyan* la posibilidad de una conclusión distinta con ese mismo grado de apoyo.[92] Se trata, por lo demás, de aquello que, para la prueba de los hechos, *Freund*, siguiendo a *Engisch*, ha denominado "modelo de exclusión de hipótesis alternativas".[93] Todo ello apunta a lo mismo: la meta probatoria principal es la exclusión de variables de prueba que permitan debilitar el apoyo inductivo en que se basa la hipótesis que fundamenta la condena.

Insisto: nada impide que se emplee la palabra *certeza* en ámbitos determinados estadística o probabilísticamente, pues, como ya se dijo, así como desde siempre se ha hablado de certeza en ámbitos causales aunque se acepte que la "verdad objetiva o absoluta" no es más que un ideal (es decir, aunque se acepte que no es posible acceder a tal certeza), también es posible definir una *certeza estadística*, por más que tampoco se pueda acceder a esa certeza o verdad objetiva o absoluta, que en el campo estadístico cumple exactamente el mismo papel de ideal regulativo que en el campo causal.

La certeza exigida por el *in dubio pro reo* será, por lo tanto, la que se corresponda con cada categoría de determinación. En consecuencia, en los ámbitos determinados estadísticamente el juez sólo podrá permitirse dudar cuando la correlación estadística sea lo suficientemente débil como para tornar, precisamente,

92. Esto es, de hecho, lo que quiere decir la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en su comprensión tradicional del principio de razón suficiente; cf. por ejemplo, entre muchos otros fallos, TSJ Córdoba, Sala Penal, sentencia n. 13 del 27.05.1985, causa "Acevedo", donde se dice: "Esta última hipótesis [cuando se requiere certeza] exigirá que la prueba en la que se basen las conclusiones a que se arribe en la sentencia sólo puedan dar fundamentos a esas conclusiones y no a otras".

93. Cf. FREUND, op. cit. (nota 88), p. 23 y ss.

dudosa la relevancia de los antecedentes fácticos y legales respecto del consecuente. Y obviamente esto no tiene por qué ocurrir ante la sola posibilidad hipotética o incluso la presencia real de un caso aislado en contra (de un contraejemplo), o incluso de varios, pues la certeza que puede proporcionar un enunciado estadístico no depende de su grado (cuantitativo) de probabilidad, sino, como se dijo, de que sea absolutamente segura la relevancia estadística del antecedente respecto del consecuente. Esto es lo que resulta de la *no* pretensión de universalidad de las hipótesis estadísticas.

Para que esto último se comprenda bien, vale la pena traer a colación el aporte de CARNAP que citan KLIMOVSKY e HIDALGO. CARNAP sostiene que para que una explicación estadística sea aceptable no es necesario, siquiera, que el número probabilístico que proporciona la hipótesis sea un número alto. Y da el siguiente ejemplo: "a un paciente se le administra una droga que determina una probabilidad de 5 % para sus efectos curativos, y el enfermo se cura. ¿Estamos aquí ante una explicación? Carnap sostiene que sí. Si hasta ahora ninguna droga había curado al enfermo ¿cómo puede entenderse que de repente esto se haya logrado? Pues porque se le ha administrado una droga que cura esa enfermedad en ciertas ocasiones. Aunque el número probabilístico sea bajo, sin embargo se ha ensayado y el caso ha resultado favorable".[94]

Sintéticamente: para que una explicación estadística o probabilística sea segura, esto es, proporcione certeza procesal, no es necesario que el grado de probabilidad de la hipótesis formulada sea alto, sino que basta con que exista una correlación estadística fuerte (o segura) entre antecedente y consecuente, esto es, *que ninguna variable de prueba demuestre la irrelevancia estadística del antecedente respecto del consecuente.*

Por último, vale acotar que esta teoría que acabo de esbozar, que podríamos denominar "*teoría de la relevancia estadística segura*", también redefine

94. Cf. KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit. (nota 49), p. 54.

y soluciona – a mi modo de ver plausiblemente – la eterna discusión en dogmática penal entre la teoría del incremento del riesgo y la teoría de la evitabilidad, especialmente en cuanto a la relación entre los resultados de estas teorías y el principio *in dubio pro reo*. Pero aquí no dispongo de espacio para abordar este problema; quien esté interesado en él puede consultar mi artículo "Causalidad y determinabilidad", citado en la primera nota a pie de este artículo.

## 5. Consecuencias político-criminales

No se me escapa que, en buena medida, la teoría expuesta aquí ha de brindar legitimidad a *condenas*. Pero antes de, por ello, calificar a estas ideas como contrarias a un derecho penal de mínima intervención, quisiera que se tengan en cuenta dos cosas. La primera ya fue señalada en el texto: muchas de esas condenas ya ocurren en la praxis, pues – por sólo poner un ejemplo – ningún tribunal estaría dispuesto a absolver a un imputado acusado de un delito de comisión por omisión con el argumento de que no hay causalidad en la omisión;[95] para esas constelaciones tradicionales, entonces, esta concepción simplemente aportará herramientas para una fundamentación más adecuada de condenas que ya de hecho ocurren. Y la segunda se relaciona con lo siguiente: si en algún ámbito cabe esperar cambios significativos en la disposición de los jueces a emitir sentencias de condena gracias a las ideas desarrolladas aquí, es seguro que ese ámbito no será (o al menos no en una medida significativa) el del derecho penal nuclear o el que afecta a la clásica criminalidad menor, sino el de ciertas áreas del derecho penal no convencional, que por lo general afecta a la denominada criminalidad de cuello blanco, como las relativas a los delitos contra el medio ambiente, los delitos económicos, los delitos informáticos, etc., que es precisamente donde el derecho penal de hoy debería invertir sus principales esfuerzos. No creo, en suma, que sea político-cri-

95. En el mismo sentido, PUPPE, op. cit. (nota 21), p. 61; recordar, además, los antecedentes jurisprudenciales de los casos del aceite de colza, del pulverizador para cueros, de la talidomida, etcétera.

minalmente equitativo que un objetivo plausible como lo es el de mínima intervención penal sea apropiado discursivamente por los partidarios de un *statu quo* en materia de distribución de las penas.[96]

## 6. Conclusiones

A lo largo del trabajo se han ido obteniendo múltiples conclusiones. Las más importantes son las siguientes:

a) La causalidad es sólo una categoría de determinación más entre otras que forman parte de una categoría más amplia que es la determinación. Todo está determinado ontológicamente por algo, pero no todo está causado por algo. En los casos que corresponda, por lo tanto, la explicación ontológica del resultado penalmente relevante deberá llevarse a cabo a través de categorías de determinación diferentes a la causal, como, especialmente, la estadística y la teleológica, las que, en sus ámbitos de dominio, son tan seguras y confiables como la causal en el suyo.

b) La determinación, y no la causalidad, es el presupuesto ontológico más general de los delitos de resultado.

96. Una exposición tan cáustica como acertada de la perversión implícita contenida en esta clase de planteos puede verse en SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, GA 1995, p. 206 y ss. (hay versión castellana a cargo de CANCIO MELIÁ, Univ. Externado de Colombia, 1996; en esta versión la cita corresponde a la p. 20 y ss).

# Notas ao crime de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D da Lei 6.385/76)

José Leite Filho

Procurador da República, especialista em ciências criminais pela UFSC e pós-graduado em Direito Penal Econômico e europeu pela Universidade de Coimbra.

**Sumário:** Introdução – 1. Constituição e regulação econômica: 1.1 A experiência brasileira; 1.2 O Sistema Financeiro Nacional: estrutura e funções; 1.3 Mercado de capitais: legitimidade da intervenção penal e estruturação – 2. O tipo de injusto: 2.1 Generalidades; 2.2 O bem jurídico protegido; 2.3 Tipo objetivo: 2.3.1 Sujeitos ativo e passivo; 2.3.2 A ação física; 2.3.3 Informação relevante; 2.3.4 Valores mobiliários; 2.3.5 Ausência de resultado; 2.4 Pena e ação penal – 3. Conclusão – 4. Bibliografia.

**Resumo:** O ensaio analisa o crime de uso indevido de informação privilegiada, definido no art. 27-D, da Lei 6.385/76, acrescido pela Lei 10.303/2001. A abordagem é feita sob a perspectiva dos princípios atinentes ao direito penal econômico, em face da natureza coletiva do bem jurídico para o qual ilícito é vocacionado a proteger. Previamente à delimitação dos contornos dogmáticos do crime, o ensaio aborda de forma panorâmica o sistema financeiro nacional, com ênfase centrada no mercado de valores mobiliários, setor protegido pela incriminação.

**Abstract:** The assay analyzes the crime of improper use of privileged information, defined in the article 27/D, of law 6385/76. The boarding is made under the perspective of the relation principles to the economic criminal law, in face of the collective nature of the legally protected interest for which the illicit

one vacationed to protect. Previously to delimitation of the dogma contours of the crime, the assay approaches of panoramic form the national financial system, with emphasis centered in the securities, sector protected for the accusation.

**Palavras-chave:** Direito penal – Direito penal econômico – Informação privilegiada – Uso indevido.

## Introdução

O crime de uso indevido de informação privilegiada constitui novidade no direito brasileiro. Sua introdução na ordem jurídica ocorreu pela Lei 10.303/2001, que acrescentou o capítulo VII-B à Lei 6.385, de 07.12.1976, que dispõe sobre o *mercado de valores mobiliários* e cria a Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal destinada a normatizar e controlar o setor. Encontra-se tipificado no art. 27-D da Lei 6.385/76, ao lado dos crimes de manipulação do mercado (art. 27-C) e de exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função, no âmbito do mercado de valores mobiliários (art. 27-E).

Por se inserir no quadro geral de atividades lesivas à ordem econômica, o crime de uso indevido de informação privilegiada merece reflexão centrada em paradigma diverso do modelo até então dominante na doutrina penal brasileira, de natureza liberal-individualista.[1] Sua análise deve se orientar por duas ordens de fatores predominantes: o relevante papel assumido pelo Estado na seara econômica, a partir, nomeadamente, da Constituição Federal de 1988, e a condensação de princípios norteadores do direito penal econômico, parcela da ordem jurídico-penal destinada à tutela de bens jurídicos supra-individuais.[2]

1. STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *(Neo) Constitucionalismo:* ontem, os códigos; hoje, as Constituições. Porto Alegre: IHJ, 2004, p. 243/284.

2. A propósito, conferir COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1, p. 347/364.

A tarefa apresenta-se facilitada, de um lado, por se tratar de matéria incriminadora sem precedentes na ordem jurídica local – afirmação que se aprofunda adiante –, fato que permite superar o vício hermenêutico consistente em analisar o presente com os olhos postos exclusivamente no passado, espécie de interpretação retrospectiva, limitadora do potencial normativo do texto.[3]

Este mesmo fator – a originalidade normativa do ilícito –, contudo, impõe ao intérprete a dificuldade de exercer a dogmática sem controle referencial no direito local, circunstância que reclama aportes de direito comparado, de forma a permitir intelecção adequada e coerente da norma.[4] Assim é que, permeando todo o ensaio, será abordada – ainda que brevemente – a experiência portuguesa na tutela do mercado de valores mobiliários, em referência ao ilícito de *insider trading*.

Nada há de aleatório na escolha do paradigma português. Mostraram-se relevantes para a decisão: i) a raiz romano-germânica do direito nestes dois países;[5] ii) os laços de origem que os unem, aproximando costumes; iii) a esclarecedora abordagem feita ao ilícito objeto do ensaio, sob a ótica lusitana, pelo prof. Manuel da Costa Andrade;[6]

3. Denunciada entre nós pelo prof. José Carlos Barbosa Moreira, para quem a interpretação retrospectiva é "(...) uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira (...), pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo." Apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

4. A contradição entre o fato de louvar-se a ausência de anteriores referentes normativos, no direito pátrio, de forma a se evitar o vício interpretativo denunciado como retrospectivo, para depois se afirmar a necessidade de recorrência ao direito comparado, com o fim de compreender o sentido e o alcance da norma, é somente aparente. Aproveito o ponto para citar o prof. José de Faria Costa: "Esse olhar para trás, que pertence àquilo que é conatural ao sentido reflexivo e profundo do modo-de-ser humano, deve ser valorado e praticado dentro de uma perspectiva de espiral hermenêutica. Fica-se sempre perto do lugar de retorno mas nunca se lá está; nunca salutarmente se lá chega. Por isso, quando retornamos já o fazemos, em um outro tempo e em outro lugar – e não pode uma tal compreensão das coisas, é evidente, ser entendida, estreitamente, em sentido fenomenológico –, mais ricos e envolvidos em novas circunstâncias e em novos problemas" (Ilícito-típico, resultado e hermenêutica: ou o retorno à limpidez do essencial, ano 12, n. 1, p. 8, *RPCC*, jan.-mar. 2002). O que se afasta é a postura de congelamento, de aceitação, do intérprete, qual dogma, do que se já construiu.

5. DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 58 e 61.

6. Por ocasião da aula proferida no curso de especialização do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, em São Paulo, no dia 17.09.2004.

e, notadamente, iv) as proximidades normativas na construção do tipo de injusto, verificadas no Brasil (art. 27-D da Lei 6.385/76) e em Portugal (art. 378 do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo DL 486/99).

A análise do tipo será precedida de incursão panorâmica no sistema financeiro brasileiro – enquanto parcela da ordem econômica –, pelo seu perfil constitucional e infraconstitucional, com ênfase no *mercado de valores mobiliários*, afinal âmbito de incidência da norma penal incriminadora.

O ensaio se justifica na necessidade de imprimir candência ao debate do tema, merecedor de pouca atenção da doutrina no país, fato que projeta reflexos negativos na operatividade da norma, com graves conseqüências no que se refere à efetiva tutela do bem jurídico eleito.[7] Conspira a favor do cidadão a definição – breve que seja – do âmbito material de proteção da norma penal e do núcleo da conduta apta à sua violação.

## 1. Constituição e regulação econômica

A regulação do fenômeno econômico nas constituições é produto do constitucionalismo moderno, cuja representatividade histórico-normativa pode ser creditada às Constituições Mexicana de 1917 e Alemã (ou Constituição de

7. A título de informação, ainda não se tem notícia de processo penal destinado a apurar o crime de uso indevido de informação privilegiada na Justiça Federal brasileira, competente para o exame da matéria por violar, o ilícito referido, interesses tutelados exclusivamente por autarquia federal – a Comissão de Valores Mobiliários –, na forma do art. 109, IV, da CF/88. A afirmação ampara-se em consulta efetuada no sítio do Conselho da Justiça Federal – CJF (www.justicafederal.gov.br), que hospeda página de pesquisa de jurisprudência de todos os Tribunais Regionais Federais do país. A mesma carência de efetividade observa-se no âmbito administrativo. Recente matéria jornalística noticiou que, pela primeira vez na história, a CVM punira caso de *insider information* (Folha Online, Seção Dinheiro, de 04.11.2004, sítio na internet do jornal *Folha de São Paulo*: www.folha.uol.com.br). A informação contida na matéria choca-se com dado fornecido por Maria Isabel do Prado Bocater, Diretora da CVM, noticiando, na altura de 1999, a existência de dezessete penalidades no âmbito daquela autarquia por *insider trading* (*O exercício do poder de polícia e regulador da CVM* – Aperfeiçoamentos recentes. Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética, 1999. p. 211/216). Inobstante a divergência, o grave do caso está em que, no âmbito administrativo, o *insider trading*, como ilícito administrativo e civil, já encontra previsão desde 1976 na Lei 6.404 (Lei das S/A), art. 155, § 1.º.

Weimar) de 1919. O constitucionalismo clássico, orientado pelo liberalismo político e econômico, conheceu apenas duas vertentes de estruturação material do texto constitucional: os direitos e garantias individuais e a organização dos poderes. Raul Machado Horta cita como exemplos desse fenômeno a Constituição Norte-Americana de 1787 e as Constituições Francesas do período revolucionário inaugurado em 1789, omissas em relação ao tema, salvo remissões pontuais.[8]

Atribui-se a mudança de paradigma – do absenteísmo à regulação – ao declínio do liberalismo econômico, enquanto doutrina direcionada a "repelir a presença do Estado na atividade econômica, que deveria expandir-se na livre concorrência da economia do mercado".[9] Sob este mito – da auto-regulação dos mercados – ergueram-se monopólios, experimentou-se cíclicas crises econômicas e recrudesceu o conflito capital x trabalho.[10]

O ponto é sobremaneira esclarecido – por abordar os fatores históricos que conduziram à gênese da intervenção estatal na economia, permitindo identificar os alicerces do direito penal econômico – no seguinte trecho, do prof. José de Faria Costa:

"O domínio do económico sofre, em época histórica bem determinada, uma hipervalorização de independência – catalogada na célebre frase *laissez faire, laissez passer* – em relação a outros campos da vida social o que, em termos de uma praxeografia social, também esta bem recortada, implica uma disfunção quando não uma verdadeira sujeição de algum aparelho do Estado ao poder económico se aquele colide, frontalmente, com a potestas económica. Mas, se este tipo de capitalismo foi sofrendo apesar de toda a sua força rompente, pequenas limitações no seu espaço de actuação, só com a 1ª Guerra Mundial é que vem a sentir

8. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey., 2003. p. 251.

9. Idem, p. 252.

10. VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria geral do direito econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 14.

profundamente – não de maneira estrutural – a acção de uma entidade até aí intencionalmente olhada como envergando a capa para a neutralidade: o Estado. E se este é o primeiro momento de uma nova e não-aparente dinâmica de dois campos interconexos – cuja relacionação já existia, sendo, todavia, esbatido o seu impacto devido à inexistência de um conflito aberto, justamente porque os fins estaduais se tornaram indiferentes à vida económica – poucos anos volvidos – noutro grande momento de crise mundial: a 2ª Guerra – irrompe uma tendência cuja raiz se centra no político e no fim de influir mais alargadamente no processo económico. *Com* estes e *por* estes dois momentos vem a surgir o então incipiente direito penal económico."[11]

A ruptura trouxe à tona o Estado-Providência (*welfare state*), de cariz nitidamente regulador. Assinala Pablo Lucas Verdú, a propósito, que o direito constitucional econômico – voltado ao estudo da Ordem Econômica, daí advindo –, é produto típico da pressão social-democrata das Assembléias Constituintes.[12] Sua conformação, outrossim, ocorre por normas eminentemente programáticas, e expressa a transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito.[13]

## *1.1 A experiência brasileira*

A primeira Constituição brasileira a identificar e materializar, como setor próprio, regras de conteúdo econômico foi a de 1934, embora tenha associado o fenômeno à Ordem Social. Abriu-se título próprio nas Constituições de 1937, 1946 e 1967, designado Ordem Econômica e Social. A Constituição de 1937, abolindo títulos, resumiu a designação para Ordem Econômica, embora tenha tratado no seu interior a matéria atinente à Ordem Social.

11. COSTA, José de Faria. *Breves reflexões sobre o Decreto-Lei 207-B/75 e o direito penal económico.* Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1, p. 278.

12. VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político.* Madrid: Tecnos, 1984. v. 4, p. 92.

13. HORTA, Raul Machado. Op. cit., p. 259.

A Constituição de 1988 desvinculou a Ordem Social da Ordem Econômica. As regras econômicas foram sistematizadas no Título VII, denominado "Da Ordem Econômica e Financeira."

A Ordem Social, de singular amplitude, abrangendo capítulos reguladores da Seguridade Social, Educação, Cultura e Desporto, Saúde, Ciência e Tecnologia, Comunicação Social, Meio Ambiente, Família, Criança, Adolescente e Idoso e Índios, foi estruturada no Título VIII.[14] A Ordem Econômica e Financeira divide-se, na Constituição, em quatro Capítulos. O Capítulo I destina-se aos Princípios Gerais; o Capítulo II trata da Política Urbana; a Política Agrícola e Fundiária constitui tema do Capítulo III.

O Capítulo IV disciplina o Sistema Financeiro Nacional. Compõe-se de artigo único (192, da CF/88), assim redigido:

"O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram".

A relevância da estatuição principiológica do sistema financeiro na constituição está em que, para o desenvolvimento da economia, e sua conseqüente *materialização social* – razão maior da ordem econômica[15] – mostra-se imprescin-

14. Parece evidente que a Constituição, ao modelar o Estado brasileiro para a prestação de condições materiais mínimas de sobrevivência digna aos seus cidadãos, aproximou-se do que se denomina Estado de Bem-Estar Social, posto se fale na sua superação, à vista de postulados neoliberais que doutrinam a auto-regulação do mercado, hoje global, com a conseqüente desregulamentação econômica. Crucial estabelecer que, após o advento da Constituição de 1988, sucessivas emendas constitucionais procederam, a título de reajuste, à supressão e modificação de dispositivos da ordem econômica, alterando-a substancialmente (assim, as emendas 6/95, 7/95, 9/95, 13/96, 19/98 e 40/2003).

15. A materialização social a que se refere o texto está no sentido de que toda prosperidade econômica há vincular-se à concreção da dignidade da pessoa humana, vetor axiológico fundante da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, da CF/88), e que se projeta socialmente na regulação da Ordem Econômica e Financeira (art. 170, *caput*, da CF/88), de vez que, segundo esse dispositivo, a ordem econômica, *fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.* A própria asseguração da

dível estabelecer setor de mercado destinado aos serviços de intermediação financeira, com o fim de permitir, "dentro das melhores condições possíveis, a realização dos fluxos de fundos entre tomadores e poupadores de recursos na economia."[16]

O atual perfil infraconstitucional do sistema financeiro brasileiro remonta a 1964, período posterior ao golpe militar, quando foram criados o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil, o sistema de poupança, o sistema financeiro da habitação e a Comissão de Valores Mobiliários.[17] Os marcos regulatórios desse sistema se apóiam na Lei de Reforma Bancária (Lei 4.595/64), na antiga Lei do Mercado de Capitais (Lei 4.728/65) e na Lei da Comissão de Valores Mobiliários (Lei 6.385/76).

## *1.2 O Sistema Financeiro Nacional: estrutura e funções*

A estrutura do Sistema Financeiro Nacional, do ponto de vista das funções por ele desempenhadas, compreende três setores: o setor *normativo*, o setor *monetário* e o setor *não-monetário*.[18] Integram o setor *normativo* o Conselho Monetário Nacional (CMN), o Banco Central do Brasil (BACEN) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).[19]

A Comissão de Valores Mobiliários estrutura-se sob a forma de autarquia federal, vinculada ao Ministério da Fazenda. Possui feição de agência reguladora, com poderes normativos, de fiscalização e sancionador.[20]

propriedade enquanto direito fundamental vincula-se ao cumprimento de sua função social (art. 5.º, XXII e XXIII, CF/88).

16. ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado financeiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 74.

17. SANT'ANA, José Antônio. *Economia Monetária*. Brasília: UnB. 1997, p. 73.

18. Cf. ASSAF NETO, Alexandre. Op. cit., p. 76; e SANT'ANA, José Antônio. Op. cit., p. 75/79.

19. Para noção detalhada das funções desempenhadas pelos dois primeiros, conferir SANT'ANA, José Antonio. Op. cit., p. 73/75; e ASSAF NETO, Alexandre. Op. cit., p. 77/79.

20. A importância do correto – e eficaz – exercício desses poderes para a higidez do mercado está em que, no âmbito civil, fixou-se, pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, no julgamento da ApCív 14.058-7, de 1988, a responsabilidade (objetiva) da CVM por descumprimento do dever fiscalizador, devendo indenizar prejuízos ocasionados a acionistas minoritários.

As finalidades da CVM acham-se descritas no art. 4.º da Lei 6.385/76, dentre as quais avulta – para os estreitos fins deste ensaio – a proteção dos titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra emissões irregulares de valores mobiliários; atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários, bem como o uso de informação relevante não divulgada no mercado de valores mobiliários, assegurando o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido.[21]

O setor *monetário* é composto por intermediários (instituições financeiras) que emitem moeda escritural, mediante operação de empréstimo dos valores arrecadados da poupança popular (cria-se direito a partir dos recursos contabilizados no passivo como depósitos a vista). Referidas operações são levadas a cabo por bancos comerciais e bancos múltiplos.

Reserva-se para o setor *não-monetário* as instituições financeiras que não emitem moeda, tendo em conta o esquema acima proposto, assim como as instituições auxiliares. Integram-no as instituições que operam com captação de poupança para investimento no setor habitacional (Caixas Econômicas); as sociedades de crédito, financiamento e investimento (financeiras); os bancos de investimento e desenvolvimento (de que é exemplo o BNDES), e as bolsas de valores, sociedades civis sem fins lucrativos, com patrimônio constituído por títulos adquiridos por sociedades corretoras, em cujo ambiente se desenvolve atividade típica do mercado de capitais.

## *1.3 Mercado de capitais: legitimidade da intervenção penal e estruturação*

O mercado de capitais, como visto, constitui setor do sistema financeiro nacional, vinculando-se, principiologicamente, às decisões políticas fundamen-

21. VERGARA, Henrique Rezende. A regulação do mercado de valores mobiliários. In Rogério Emilio de Andrade (Coord.). *Regulação pública da economia no Brasil.* Campinas: Edicamp, 2003. p. 383.

tais estabelecidas para a ordem econômica pelo constituinte originário, nomeadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1.º, III, e art. 170, *caput*), pela função de vetor axiológico que desempenha na condução do sistema.

A fixação da dignidade da pessoa humana como princípio fundante da República (art. 1.º, III, da CF/88) e norteador da atividade econômica, condensado – neste último caso – na afirmação de que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da *justiça social* (art. 170, da CF/88) permite afirmar que se acham – ordem econômica e dignidade humana – em função de meio e fim. Aquela somente se legitima quando voltada para a realização dos valores elegidos como pilares da sociedade brasileira.[22]

A aplicação desse ideal instrumental – por mandamento constitucional – ao mercado de capitais tem amparo na relevância ímpar desempenhada por este nicho de mercado na política de desenvolvimento econômico (e, por extensão, social). Ao operar com a poupança popular, o mercado bursátil permite o incremento da taxa interna de poupança sem necessidade de socorrer-se – os países em desenvolvimento – a financiamentos externos para realização de investimentos.[23]

A pretensão legitimadora da tutela sancionatória deste setor de mercado – a partir do que se estabeleceu acima – encontra absoluta concreção no texto que segue, do prof. Frederico de Lacerda da Costa Pinto:

"A proteção destas funções económicas é, de acordo com o texto constitucional, uma 'incumbência prioritária do Estado' que deve, nomeadamente, assegurar o 'funcionamento eficiente dos mercados' e a repressão das 'práticas lesivas do interesse geral' (art. 81º, alínea *e*) da Constituição). Se quisermos generalizar

22. O raciocínio encampa doutrina de Eros Roberto Grau, Ministro do STF, para quem – cuidando especificamente da regulação da concorrência, e afastando premissas ideológicas – "*no Brasil, na vigência da Constituição de 1988, o antitruste é instrumento de implementação de políticas públicas*". No prefácio à obra de Paula A. Forgione. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

23. LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Apud CHEDIAK, Julian Fonseca Pena. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 545.

esta via de legitimação da tutela sancionatória, podemos afirmar que o Estado tem o dever de zelar pela proteção de bens *supra* individuais afetos a um programa de desenvolvimento económico. Estes bens podem ser apresentados como 'bens jurídicos intermédios' (por exemplo, as condições de investimento e de aplicação das poupanças) relativamente a outros bens directamente integrados em esferas jurídicas pessoais (como seja o patrimônio)."[24]

Embora se considere que, no nosso sistema, a justificativa para a tutela penal não se encontra na obrigação *sic et simpliciter* de coibir ilícitos à ordem econômica,[25] mas nos fins em que se fundamentam o setor financeiro em geral (dignidade da pessoa humana), caracterizando o dever de coibir conseqüência indispensável da relevância que o sistema constitucional defere à concreção daquele valor primeiro, as considerações feitas se encaixam perfeitamente ao paradigma constitucional brasileiro.

O modelo de funcionamento do mercado de capitais entre nós tem clara inspiração norte-americana.[26] Na sua composição entronizam-se a figura do empresário (agente deficitário), que necessita de recursos; do investidor (agente superavitário), que dispõe de recursos ociosos; e do intermediário, que tem por função aproximar empresário e investidor, em ambiente de negociação, aquele impelido pela carência de financiamento e este por oportunidade de investimentos.[27] Do ponto de vista das principais modalidades de financiamento realizadas e dos instrumentos financeiros negociados em âmbito nacional, o setor compreen-

24. COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. Crimes económicos e mercados financeiros. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 10, n. 39, p. 32, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul. set. 2002.

25. De que é exemplo claro o § 5.º do art. 173 da CF/88: "A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular."

26. Para visão e compreensão histórica do modelo norte-americano, a partir da criação da *Securities and Exchange Commission – SEC*, em 1933, cf. VERGARA, Henrique Rezende. Op. cit., p. 379/381.

27. VERGARA, Henrique Resende. Op. cit., p. 378.

de atividades as mais diversas.[28] Interessa ao estudo, entretanto, fixar os contornos do mercado de valores mobiliários, nele inserido, porque é à ele que a norma penal em estudo dispensa tutela.[29]

O mercado de valores mobiliários se edifica em derredor da atividade de captação pública de recursos de agentes poupadores mediante emissão de valores mobiliários, assim definidos em lei, por sociedades de capital aberto.

O produto "valor mobiliário" desempenha função central no mercado. A partir dele se estrutura toda a fiscalização e controle desse setor do sistema financeiro (art. 1.º da Lei 6.385/76).

A emissão de valores mobiliários para captação pública de recursos constitui atividade privativa das empresas constituídas sob a forma de sociedades anônimas (ou companhias) registradas na Comissão de Valores Mobiliários – CVM (parágrafo único do art. 4.º da Lei 6.404/76). Esse segmento do mercado de valores mobiliários designa-se institucionalizado. No segmento não-institucionalizado negociam-se ações das sociedades anônimas fechadas, de estrutura familiar. Neste segmento as operações de compra e venda s ão diretas, sem intermediação dos agentes financeiros, não se submetendo, por essa razão, ao controle das autoridades.[30]

No segmento institucionalizado "as ações são negociados na bolsa de valores no mercado primário e no mercado secundário. No mercado primário, a

28. Para adequado conhecimento desses produtos, inclusive os negociados em âmbito internacional, cf. ASSAF NETO, Alexandre. Op. cit., p. 124/134.

29. As demais atividades financeiras desenvolvidas no mercado de capitais encontram proteção penal na Lei 7.492/86 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) ou no Código Penal (art. 177, § 1.º e incisos). A Lei 6.385/76, na qual se acha definido o crime de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D), dispõe apenas acerca do mercado de valores mobiliários. Embora o Capítulo VII-B da referida Lei – em que se insere o crime de *insider trading* – esteja intitulado como *Dos Crimes Contra o Mercado de Capitais*, parece evidente que o termo foi utilizado de modo equivocado, utilizando o legislador como sinônimas palavras designativas de gênero e espécie. O mercado de valores mobiliários constitui apenas *parte* das atividades financeiras desenvolvidas no âmbito do mercado de capitais, que oferece aos agentes econômicos, entre outros produtos, financiamentos a médio e longo prazo para capital de giro, arrendamento mercantil etc.

30. SANT'ANA, José Antônio. Op. cit., p. 78.

empresa vende as suas ações. Há, portanto, uma transferência de fundos dos poupadores para as empresas. No mercado secundário, as ações são trocadas entre os investidores. O mercado secundário dá liquidez para as ações emitidas pelas empresas, pois quando o investidor compra uma ação nova, ele está pensando na possibilidade de vendê-la mais tarde para obter lucro."[31]

Foi precisamente esse ambiente financeiro que o legislador objetivou proteger penalmente com a tipificação dos crimes de manipulação do mercado (art. 27-C); uso indevido de informações privilegiadas (art. 27-D); e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função (art. 27-E), o segundo dos quais analisado adiante.

# 2. O tipo de injusto

## *2.1 Generalidades*

O crime de uso indevido de informação privilegiada está assim redigido, *verbis*:

"Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime." (art. 27-D, Lei 6.385/76)

O ilícito em questão foi introduzido na Lei 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, pela Lei 10.303/2001, que procedeu também a ajustes na Lei 6.404/76, denominada Lei das S/A.[32]

31. Idem, p. 79.

32. Para análise da completa tramitação do referido diploma legal no Congresso Nacional, cf. CARVALHOSA, Modesto e EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7/30.

Afirmou-se inicialmente que o crime constitui novidade no direito brasileiro, carente de precedente normativo que se possa apontar como abrangente da área de tutela e do bem jurídico resguardados pela novel incriminação.

O assunto, todavia, guarda polêmica, principalmente pela séria conseqüência que advém da assunção do referido posicionamento (atipicidade dos fatos pretéritos à edição da Lei 10.303/2001).

Ante a ausência de norma penal específica, Norma Jonssen Pereira propôs a subsunção do *insider trading* na figura penal do estelionato (art. 171 do CP). Após comentar a ausência de tipificação do fato na legislação penal brasileira, a autora conclui da seguinte maneira, *verbis*:

"A despeito da quase total ausência de análise da tipificação penal do *insider trading*, um só caminho, a nosso ver, se oferece para tentar-se tal: sua qualificação como crime de estelionato, que é um crime que abrange uma enorme gama de situações."[33]

O fenômeno consistente em aproveitar o crime de estelionato como *delito-quadro*, face à sua construção típico-normativa, para nele pretender subsumir fatos que, em tese, não chegam a possuir tipificação, não é produto exclusivo da doutrina local. O prof. Manuel da Costa Andrade refere que, em Portugal, chegou-se a suscitar punição pela burla (art. 217 do Código Penal português, similar ao estelionato no Brasil) da fraude a subvenções,[34] enquanto fato não tipificado autonomamente como crime, a despeito de sérias e coerentes críticas centradas na distinção do bem jurídico protegido (supra-individual, aqui) e na conduta da vítima (que, na burla, produz autolesão inconsciente do seu patrimônio).[35]

33. *Aspectos jurídicos do insider trading*. Disponível em: http://www.cvm.gov.br. Acesso em 09.12.2004.

34. Para o conceito material de subvenção, cf. ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os crimes de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção e de desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado. *Direito penal econômico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1999. v. 1, p. 336/337.

35. Aula proferida em 16.09.2004, no Curso de Especialização em Direito Penal Econômico.

Martínez Florez, em análise ao sistema originariamente surgido nos EUA com a *Securities Exchange Act*, de 1934, e a propósito da punição do *insider trading*, igualmente sustentada na fraude, à época, relata:

"(...) el afán – seguramente necesario ante la falta de uma prohibición expresa – por encuadrar el uso incorrecto de información privilegiada em los moldes del fraude será una de las causas fundamentales de las graves incoherencias de la construcción administrativa y judicial, de las disfuncionalidades del sistema y de las enormes dificuldades para su aplicación práctica y quizás también (lo que es mucho más importante), de que se obtengan unos resultados que no son los propios que debe perseguir uma legislación federal sobre valores."[36]

Idênticas objeções, atinentes ao bem jurídico e à conduta típica, podem ser feitas em relação à subsunção do *insider trading* no tipo de estelionato. A pretensão de resguardar bem jurídico de feição supra-individual, 'atinente ao interesse da economia no seu todo'[37] – qual o que resta violado pela conduta daquele que usa indevidamente informação privilegiada, negociando valores mobiliários – em norma penal voltada para a proteção do patrimônio individual – de que é exemplo o estelionato –, bem como de tentar compatibilizar a fraude com o núcleo da ação física que, nos diversos sistemas, constitui o tipo de *insider trading*, esgarça o sentido literal possível do texto penal, com implicações sensíveis no 'âmbito da matéria proibida, do concurso, do *locus delicti*, etc.'[38]

No Código Penal (Dec.-lei 2.848/40) há norma incriminadora direcionada especificamente para a tutela do mercado de valores mobiliários.

Trata-se do art. 177, § 1.º, II, que dispõe: "§ 1.º Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular: (...) II – o diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títu-

36. Apud RODRÍGUEZ, Luis Ramón Ruiz. El abuso de información privilegiada em derecho español, com referencias a la normativa bursátil argentina. Paz Mercedes De la Cuesta Aguado (Coord.). *Derecho penal econômico*. Mendoza: Edicionez Jurídicas Cuyo, 2003. p. 199.

37. SCHMIDT-HIEBER *apud* ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 332.

38. ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 333.

los da sociedade". Este tipo, explicitamente subsidiário, também encontra previsão na Lei de Crimes Contra a Economia Popular (art. 3.º, VI, da Lei 1.521/51).[39] Os dois ilícitos sintetizam hipótese fática similar ao crime de manipulação de mercado, previsto no art. 27-C da Lei 6.385/1976, coincidindo, em todos, parte da matéria de proibição, fato que reclama definição dogmática do âmbito de incidência de cada qual.[40] Não se pode, contudo – salvo mercê de grave licença hermenêutica –, indicá-los como antecedentes normativos válidos para o uso indevido de informação privilegiada.

Este fato não passou despercebido a Paulo José da Costa Júnior e a Cesare Pedrazzi. Referindo-se ao *insider* na legislação francesa (especificamente na Lei 70-1.208, de 23.12.1970), os autores esclarecem ser "punível a mera exploração especulativa de informações privilegiadas, independentemente do uso de meios capazes de influir sobre as cotações", silenciando, todavia, acerca de sua previsão como crime no Brasil.[41]

A percepção de que o *insider trading* – como introduzido na ordem jurídica pela Lei 10.303/2001 – representa *novatio legis* incriminadora cresce à medida que se analisam os diplomas legais definidores, no país, de crimes contra a ordem econômica. A pretérita Lei do Mercado de Capitais (Lei 4.728/65) não prevê hipótese legal adequada à subsunção. Também não se encontra previsão normativa do *insider trading* nas Leis 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional; 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor; 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; 8.176/1991, que define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis; e 9.279/96, que define crimes contra a propriedade industrial e intelectual, incluindo os de concorrência desleal.

39. Com a seguinte redação: "Art. 3.º São também crimes desta natureza (contra a economia popular): (...) VI – provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício".

40. Relativamente ao possível campo de aplicação dos dois primeiros, indicando distinções, cf. PEDRAZZI, Cesare; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 147/148.

41. PEDRAZZI, Cesare; COSTA JUNIOR, Paulo José da. Op. cit., p. 146.

Por fim, poder-se-ia argumentar com o possível enquadramento do *insider trading* nos crimes contra a inviolabilidade dos segredos, previstos na Seção IV, do Capítulo VI do Título I (Parte Especial), do Código Penal brasileiro, dada a feição de sua execução, que envolve uso de informação *não divulgada a público*. Aqui o direito comparado fornece relevante apoio hermenêutico. O prof. Manuel da Costa Andrade, a partir do referencial representado pelo art. 196 do Código Penal português (aproveitamento indevido de segredo),[42] e tendo em conta a transposição para o direito interno dos países membros da União Européia da Diretiva 89/592/CEE, de 13.11.1989, relativa à coordenação das regulamentações respeitantes às operações de iniciados, refere o propósito de parte da doutrina de subsumir naquele tipo de injusto o *insider trading*, criticando a postura, *verbis*:

"Defendida por um sector da doutrina (*v.g.*, SAMSON, *SK* § 204 2; ULSENHEIMER, *NJW* 1975, 2000, ss.), a subsunção do *insider-trading* na factualidade típica do aproveitamento indevido de segredo conta igualmente com a oposição de uma corrente significativa de autores. Contra ela argumenta, por exemplo, LENCKNER, que '*o aproveitamento de um segredo* não se confunde pura e simplesmente com o aproveitamento económico do conhecimento de um segredo' (S/S/LENCKNER § 204 3). Em abono da tese exclusiva recorda, por seu turno, TRÄGER que o agente – *v. g.* o *insider* que aproveita o conhecimento de razões que permitem antecipar a alta das ações da sociedade para proceder à sua compra – 'não afecta por princípio os interesses da sociedade' (*LK* § 204 6).

"No direito português vigente é notoriamente maior o peso dos argumentos que sustentam a tese negativa. Desde logo, argumentos atinentes à *conduta típica* e pertinentemente assinaladas por LENCKNER ou TRÄGER. Acrescem argumentos igualmente decisivos e atinentes tanto ao *bem jurídico* como ao *objecto*

42. Assim redigido: "Quem, sem consentimento, se aproveitar de segredo relativo à actividade comercial, industrial, profissional ou artística alheia, de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, e provocar deste modo prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias."

*de ação*. Por um lado, a proibição do *insider trading* visa salvaguardar interesses ou valores próprios do mercado de valores mobiliários (transparência, confiança, igualdade...) que não se identificam com o património do portador do segredo. Por outro lado, aquela incriminação basta-se com a '*informação privilegiada*' – definida como '*informação não tornada pública*' (n. 3 do art. 666.º da CMVM) – que não se identifica com o sigilo (profissional), o objecto da ação pressuposto pelo art. 196.º."[43]

Afora as dificuldades citadas, atinentes ao bem jurídico protegido e ao objeto da ação – todas absolutamente pertinentes –, acrescente-se que não há, no Código Penal brasileiro, na Seção destinada aos crimes contra a inviolabilidade dos segredos, construção típico-normativa idêntica ou aproximada do art. 196 do Código Penal português. A tutela dispensada pelo Código ao segredo profissional resume-se à punição contra a revelação indevida (art. 154, violação do segredo profissional).

Este o panorama legislativo brasileiro que antecede a entrada em vigor do crime de uso indevido de informação privilegiada, ocorrida em 01.11.2001, data em que é publicada, no Diário Oficial da União, a Lei 10.303, de 31.10.2001.

## *2.2 O bem jurídico protegido*

A linha evolutiva do conceito de bem jurídico, a partir do direito penal clássico, de feição liberal, para o direito penal econômico (ou secundário), inegavelmente interventor e de legitimidade muita vez contestada,[44] guarda acentuado perfil ideológico.[45]

43. *Comentário conimbricence ao código penal*. Parte especial. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 1999. t. I, p. 807/808.

44. Cf. CORREIA, Eduardo. *Introdução ao direito penal económico*. Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1, p. 296/297.

45. Para um panorama aprofundado do assunto, cf., por todos, ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei n. 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico. *Direito penal económico*. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra, 1985. p. 69/106.

As bases desta evolução deixam-se sentir na seguinte passagem, do prof. Figueiredo Dias:

"(...) bens jurídicos há que, sendo concretização dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias, se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem *como tal*, formando o corpo daquilo que com razão se designará por 'direito penal clássico ou de justiça'. Como outros bens jurídicos há que, sendo concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos sociais e à organização económica, se relacionam com a actuação da personalidade do homem *como fenómeno social*, em comunidade e em dependência recíproca dela: ainda estes pertencem ao direito penal, em regra de carácter secundário, especial, extravagante ou económico-social."[46]

O referencial teórico citado descortina a noção de bem jurídico supra-individual, categoria jurídica inerente à própria significação do denominado direito penal econômico[47] enquanto conjunto de "*infracções que lesam o interesse estadual na existência e manutenção da ordenação económica estabelecida pelo estado, atingindo esta ordenação no seu conjunto ou nos seus ramos particulares, como pressuposto necessário da capacidade do estado para realizar as suas superiores tarefas económicas.*"[48]

Assim se passa relativamente ao uso indevido de informação privilegiada, incriminação voltada iniludivelmente para a tutela de bem jurídico coletivo, como se observa adiante.

A afirmação contida no texto, aliás, é tributária do fato de que é impossível afastar do fenômeno hermenêutico a ideologia, que entranha o intérprete de tal modo que, mesmo este professando tendência à neutralidade, finda por dar vazão a valores pré-concebidos, porque a neutralidade em si já traduz comprometimento com certo modelo jurídico (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 256).

46. *O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social.* Op. cit., p. 23.

47. De fato, referem os professores José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade, em notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Sobre a concepção... p. 350), que "foi a partir da natureza colectiva ou supra-individual dos interesses ou bens jurídicos que outros participantes ou relatórios nacionais procuraram definir materialmente o crime contra a economia. Com destaque para os representantes da República Federal da Alemanha, na linha, de resto, de uma tradição que remonta a Lindemann e hoje representada sobretudo por autores como Tiedemann".

48. EBENHARDT SCHMIDT *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 89.

Ruiz Rodríguez[49] resenha posições antagônicas acerca do bem jurídico protegido pelo *insider trading*, variando a concepção a partir do modelo adotado em cada país. Afirma o citado autor que nos Estados Unidos a jurisprudência justifica a tutela com base ora na teoria da igualdade de acesso (*equal acess theory*), ora fundamentada no dever de fidelidade (*fiduciary duty theory*), ora ainda na teoria da apropriação indevida (*misappropriation theory*), e, por fim, na proteção do investidor que contrata diretamente com o *insider*, caso em que somente são merecedores de proteção, mediante tipos de lesão, os bens jurídicos individuais. Esclarece ainda que na Europa as posições doutrinárias e as iniciativas legislativas, tanto no âmbito estatal como no da União Européia tem centrado foco nos interesses coletivos, situando-os na mesma altura ou em superposição aos interesses individuais. Desse modo, constarão como protegidos pela norma, dependendo do enfoque, o princípio da igualdade de oportunidades de acesso ao mercado de valores mobiliários; a confiança dos investidores nesse nicho de mercado; o próprio sistema de mercado de valores, consolidado no seu bom funcionamento ou na sua credibilidade; ou, como solução intermédia, a combinação de diversos interesses, tanto supra-individuais como individuais – dos particulares ofendidos, numa construção de tipo pluriofensivo.

Acerca do bem jurídico protegido no art. 285 do Código Penal espanhol, que tipifica o *insider trading* naquele país, Carlos Suárez González menciona que "el uso abusivo de información privilegiada es un comportamiento que perturba el normal funcionamiento del mercado de valores (...). Ciertamente que la falta de igualdade de oportunidades afecta la libre competencia pero lo que se ve perturbada es la confianza en el propio funcionamiento del mercado bursátil."[50]

O paradigma normativo português (art. 378.º do CdVM de 1999) – aqui já à luz da doutrina de Frederico de Lacerda da Costa Pinto –, visa proteger a "fun-

49. RODRÍGUEZ, Luis Ramón Ruiz. Op. cit., p. 199/200.

50. *Comentarios al código penal*. In Augustin Jorge Barreiro (Coord.). Madrid: Civitas, 1997. p. 822.

ção pública da informação enquanto justo critério de distribuição do risco do negócio no mercado de valores mobiliários." O autor faz explícita opção pela defesa dos pressupostos de funcionamento daquele setor da economia nacional, em contraposição à defesa do próprio mercado em si, deixando claro que "a norma sanciona uma situação de distorção da livre concorrência por assimetria quanto à posse e uso de informações relevantes. O agente que comete o ilícito em causa antecipa-se aos demais intervenientes do mercado com base na informação que dispõe, e, dessa forma, não corre os mesmos riscos inerentes ao funcionamento do mercado a que os demais investidores se sujeitam."[51]

Observa-se, do já exposto, que as considerações acerca do bem jurídico protegido na incriminação em causa transitam por dois caminhos não necessariamente antagônicos, mas conexos pela função – instrumental! – de proteção que um desempenha face ao outro.[52] De fato, para parte da doutrina são os pressupostos de organização e funcionamento do mercado de valores mobiliários que merecem proteção, identificados tanto na igualdade entre os investidores; na confiança destes no mercado; como na função negocial da informação e a justa distribuição do risco dos negócios. Para outro setor, o bem jurídico tutelável pela norma identifica-se na própria integridade do mercado de valores mobiliários,[53] enquanto mercado indispensável para o funcionamento da economia.

Inegável que todos os fatores evidenciados no primeiro plano guardam relevância para o mercado bursátil, porque, sem eles – ou do desvirtuamento de-

51. Op. cit., p. 43/44.

52. Ambos, todavia, de índole coletiva, pelo que já se descarta qualquer concepção de cunho individualista, a propósito do bem jurídico protegido, à vista da limitação considerável que tal visão das coisas representa ao 'sentido ideológico da incriminação', como lembra Frederico de Lacerda da Costa Pinto (op. cit., p. 43), e, outrossim, em face da construção formal do ilícito no Brasil – fato adiante melhor esclarecido – que não inclui a lesão a investidores ou ao mercado como resultados típico-normativos.

53. Hipótese suscitada pelo prof. Manuel da Costa Andrade em aula proferida no dia 17.09.2004, no curso de especialização do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, em São Paulo, a título de resenha dogmática das opiniões sobre o assunto, e não especificamente como posicionamento pessoal.

les – pode decorrer a ruína do setor. Certo, porém, é que, na equação entre o fim – integridade do mercado – e o meio – pressupostos para o seu correto funcionamento – entende-se, já tendo em conta a norma contida no art. 27-D da Lei 6.385/76, prevalecer aquele como bem jurídico digno de tutela penal.

No sistema interno, é a integridade do mercado de valores mobiliários que a norma penal visa a proteger, tanto em razão da consideração acima lançada, como porque, no plano constitucional, é o próprio mercado de valores mobiliários que, no integrar o sistema financeiro – e desempenhar no seu interior a relevante função de financiador da economia e do bem estar social que o crescimento econômico pode alavancar – agrega o valor correspondente à dignidade de tutela penal.[54]

A definição proposta coincide com a formulada por Carlos Suárez González, para quem, vale repetir, o bem jurídico está no próprio '*funcionamiento del mercado bursátil*'.

## *2.3 Tipo objetivo*

### *2.3.1 Sujeitos ativo e passivo*

O uso indevido de informação privilegiada é crime próprio ou especial. Reclama especial condição do agente para ocorrer.

O tipo objetivo de ilícito exige, como consideração relativa ao agente, que deva manter sigilo em relação à informação privilegiada. A expressão é designativa de dever jurídico pré-existente, próprio a quem, na estrutura das empresas, tenha acesso a tais informações.

A propósito de ilícitos dessa natureza, Roxin leciona que "en los *delitos especiales* sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad ('cualificación de autor'). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición

54. Sobre o princípio da 'dignidade penal', cf. ANDRADE, Manuel da Costa. A 'dignidade penal' e a 'carência de tutela penal' como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. RPCC. Ano 2, n. 2, p. 173/209, abr. jun. 1992.

de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de 'delitos de infracción de deber'.[55]

Precisamente a hipótese do *insider trading* tipificado no art. 27-D da Lei 6.385/76, antes transcrito, em que se exige, como condição especial referida ao agente – vale repetir – que esteja investido do dever de manter sigilo acerca da informação relevante. A caracterização do ilícito como próprio (ou especial), entre nós, aliás, segue – se não de forma intencional, pelo menos como referência à correta opção legislativa –, a tradição portuguesa e espanhola.

Alude o prof. Manuel da Costa Andrade[56] que o tipo descrito no art. 278.º do CdVM traduz crime próprio, abrangente tanto do *insider* primário (caracterizado nos números 1 e 2 da aludida infração, respectivamente designados *corporate insiders*, que integram a sociedade corporativa; e *temporary insiders*, que desempenham trabalho ocasional para a empresa, como advogados, e.g.); como do *insider* secundário, que recebe do *insider* primário a informação privilegiada (sujeito ativo descrito no n. 3 do artigo em causa).[57]

55. ROXIN, Claus. *Derecho penal.* Parte general. Madrid: Thomson/Civitas. 2003. t. I, p. 338. O grifo está no original.

56. Por ocasião da aula proferida no dia 17.09.2004, já citada.

57. O art. 278.º do CdVM está assim redigido: "1 – Quem disponha de informação privilegiada devido à sua qualidade de titular de um órgão de administração ou de fiscalização de um emitente ou de titular de uma participação no respectivo capital e a transmita a alguém fora do âmbito normal das suas funções ou, com base nessa informação, negoceie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. 2 – Na mesma pena incorre quem disponha de informação privilegiada em razão do trabalho ou serviço que preste, com carácter permanente ou ocasional, a essa ou outra entidade ou em virtude de profissão ou função pública que exerça, e a transmita a alguém fora do âmbito normal das suas funções ou, com base nessa informação, negoceie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem. 3 – Qualquer pessoa não abrangida pelos números anteriores que, tendo conhecimento de uma informação privilegiada cuja fonte seja alguma das pessoas referidas nos n.os. 1 e 2, a transmita a outrem, ou, com base nessa informação, negoceie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, é punida com pena de prisão até dois anos ou pena de

Na Espanha, Ruiz Rodríguez refere que "*el CP de 1995, siguiendo la opción del ACP de 1991, crea un tipo especial, aquel que exige que los sujetos activos estén especialmente caracterizados (...); al CP le basta com que se haya tenido acceso a la información con ocasión del ejercício de su actividad profesional, con lo que se amplia el espectro de sujetos.*[58] A idêntica conclusão chega Carlos Suárez González.[59]

Identifica-se no paradigma português tendência compromissória em alargar o espectro de agentes do ilícito sem perder de mira, todavia, o referencial da quebra do dever fiduciário, negando-se, contudo, a inclusão como sujeito ativo de indivíduos integrantes de relações de 'quase confiança' (como a existente entre repórteres econômicos e seus leitores, e. g.).[60]

Todavia, o que há de diverso entre o sistema interno e os sistemas português e espanhol é apenas a forma de regulação normativa da matéria, chegando todos a idêntico resultado, no ponto. Aqui, o legislador não designou no tipo penal, diversamente do que fizeram os legisladores daqueles dois países, os agentes suscetíveis de praticar o fato criminoso, preferindo adotar a técnica do reenvio, utilizando-se de norma penal em branco, fato aliás usual na regulação jurídico-penal de matérias como a hipótese em causa.[61]

Para além da consideração acerca da legitimidade de utilização desta técnica legislativa, fato é que, ao estabelecer como condição especial ao agente da infração que ele negocie valores mobiliários utilizando informação privilegiada

multa até 240 dias. 4 – Entende-se por informação privilegiada toda a informação não tornada pública que, sendo precisa e dizendo respeito a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros, seria idónea, se lhe fosse dada publicidade, para influenciar de maneira sensível o seu preço no mercado. 5 – O disposto neste artigo não se aplica quando as operações sejam efectuadas pelo Banco Central Europeu, por um Estado, pelo seu banco central ou por qualquer outro organismo designado pelo Estado, por razões de política monetária, cambial ou de gestão da dívida pública. 6 – A tentativa de qualquer dos ilícitos descritos é punível."

58. Op. cit., p. 209.

59. Op. cit., p. 823.

60. Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Op. cit., p. 40.

61. TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985. p. 35.

da qual deveria manter sigilo,[62] o legislador tornou necessária a complementação da norma penal primária, de modo a identificar-se no sistema qual(is) o(s) agente(s) que se sujeita(m) à específica condição.

Embora extrapenal, o reenvio, no plano interno, dá-se para norma de igual estatura da norma penal incriminadora, que estabelece dever de lealdade para certos agentes em relação às informações obtidas no interior das companhias emitentes (Lei 6.404/76, ou Lei das S/A).

Assim, enquadram-se no sistema interno como sujeito ativo do crime de uso indevido de informação privilegiada todos aqueles a quem a lei – no caso as Leis 6.404/76, 6.385/76 e a LC 105/2001 – atribuiu o referido dever, identificados em rol taxativo: a) os administradores (art. 155, I e §§); b) os conselheiros e diretores (art. 145); c) os integrantes de órgãos técnicos e consultivos (art. 160); d) os subordinados ou terceiros da confiança dos administradores, designados também por *tipees*, 'que acederam á informação privilegiada por mediação dos *insiders*'[63] (art. 155, § 2.º); e) os membros do conselho fiscal; f) os acionistas controladores e minoritários (art. 22, V, Lei 6.385/76); g) as pessoas que prestam serviço à companhia e que tenham igualmente por lei dever de sigilo (v. g., advogados, contadores, auditores externos); h) os agentes privados que participam internamente do mercado de capitais (integrantes de distribuidoras e corretoras de valores mobiliários, sociedades de crédito, investimento e financiamento, administradoras de mercado de balcão organizado e bolsas de valores e de mercadorias e futuros); e i) os agentes públicos encarregados da fiscalização do setor (integrantes da CVM ou do CMN, e. g.). Nestes dois últimos exemplos, os agentes podem vir a receber a informação antes do mercado, devendo igualmente leal-

62. A referência legal a dever de sigilo é imprópria porque não se trata, em verdade, de sigilo, mas de '*informação não tornada pública*', frente à qual estabelece a lei *dever de lealdade*. A propósito, cf. COSTA ANDRADE. *Comentário conimbricence ao código penal*. Parte especial. Coimbra: Coimbra, 1999. t. I, p. 808.

63. COSTA ANDRADE. Op. cit., p. 807.

dade às funções públicas de que se acham investido, bem como dever de sigilo por força da LC 105/2001 (art. 1.º, § 1.º, e incisos).

No plano normativo interno, cite-se ainda a Instrução CVM 358, de 03.01.2002, que, no art. 13, elenca as pessoas que podem ser consideradas *insiders* para o efeito da proibição. De todo modo, sobreleva notar que a referida norma há de servir apenas como critério interpretativo, dada a existência de disciplinamento da matéria por lei formal.

Há quem entenda, todavia, que o crime descrito no art. 27-D da Lei 6.385/76 é comum. A tese se sustenta no § 4.º do art. 155 da Lei das S/A, assim redigido: "É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários." Afirma-se que o citado dispositivo estendeu o dever de sigilo (*rectius*: lealdade) à generalidade das pessoas, bastando a tanto o conhecimento da informação relevante.[64]

Não parece ser esse, a princípio, o sentido do texto. Não há na sua construção normativa atribuição de dever de lealdade (ou mesmo de sigilo) às pessoas que, ocasionalmente, tenham acesso à informação privilegiada. A norma veda a utilização da informação no mercado de valores mobiliários, mas não chega a atribuir dever de lealdade ou de sigilo, porque, como se sabe, este é inerente à condição de *insider*.

Não há sentido, ainda, em considerar que o dever de guardar sigilo, designado no tipo, nasce com a incriminação, de forma a atribuí-lo a toda e qualquer pessoa que tenha acesso a tais informações – seja por que forma isto ocorra –, e, a partir deste fato, classificar de comum o ilícito. Se pretendesse o legislador esta-

64. SANCTIS, Fausto Martin. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003. p. 110.

belecer espécie de crime comum, a locução "e da qual deva guardar sigilo" seria desnecessária, porque o investidor comum, desconectado formal e materialmente de qualquer estrutura empresarial, não tem esse dever, salvo se se considerar, como aventado, que a obrigação nasce com a incriminação, fato que, já se sabe por lição de Roxin, não existe.

Acompanham a intelecção desenvolvida, no sentido de que o fato em causa traduz crime próprio (ou especial), Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, para quem "o delito de uso de informação privilegiada, previsto no art. 27-D, é próprio: só pode ser cometido pelas pessoas que tenham a obrigação de guardar sigilo (...). Já na esfera administrativa, nos termos da Instrução CVM 358, podem ser punidos não só aqueles que, em virtude de cargo ou posição, tenham acesso á informação privilegiada como também qualquer pessoa que tenha conhecimento da informação, sabendo que é privilegiada e ainda não foi divulgada ao mercado (art. 13, §§ 1.º e 2.º)". Esta última linha de orientação, aliás, traduz a interpretação adequada do § 4.º do art. 155 (Lei das S/A), antes citado.

A tese de que se trata de crime comum, todavia, se analisada sob a perspectiva da *misappropriation theory*, de origem norte-americana, não é inteiramente destituída de sentido, posto conflite com o sistema até então declinado como ideal ao ilícito, do ponto de vista do bem jurídico tutelado. Para a *misappropriation theory*, 'aquele que usa uma informação privilegiada cometeria um acto de ilegítima apropriação dessa informação em relação ao seu proprietário originário'.[65] E, sem maiores esforços hermenêuticos, a intelecção acima pode ser identificada no § 4.º do art. 155 da Lei das S/A.

O inconveniente, na referida idéia – para além das considerações já feitas –, está em que o art. 27-D não distinguiu o agente, como o fez a lei portuguesa, pelo *desvalor da ação*. Em Portugal o legislador agregou maior carga negativa à condu-

65. Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Op. cit., p. 40. Referido autor noticia ainda que esta concepção foi acolhida há pouco tempo pela Suprema Corte dos EUA, no caso *United States v. O'Hagan* (1997).

ta do sujeito que viola dever fiduciário (n. 1 e 2 do art. 278.º), apenando-os mais severamente do que aquele que acede à informação sem violá-lo (n. 3). Assim, a se adotar a tese de crime comum, serão sancionados identicamente sujeitos que se encontram em situações distintas do ponto de vista do desvalor da ação.

O crime – ainda no que pertine ao agente – é unissubjetivo: pode ser praticado pelo agente individualmente, admitindo o concurso eventual de pessoas, na forma do art. 29 do CP. O agente poderá se servir, inclusive, de interposta pessoa para a prática delitiva. Este *extraneus* de que se servir o *insider* como 'laranja', ou que, em conjunto com ele, negocie valores mobiliários, comete o crime em causa – mesmo se tratando de infração própria – desde que tenha ciência cumulativa de que a informação que o motiva a investir é a) relevante; b) está sendo utilizada antes de a generalidade dos investidores à ela acederem; e c) que seu uso decorre de infração ao dever de lealdade do *insider*, elementar que se comunica ao primeiro por força do art. 30 do CP.

Por fim, a natureza coletiva do bem jurídico afetado pela violação da norma conduz o Estado à situação de sujeito passivo, porque lhe incumbe, por mandamento constitucional, a defesa destes interesses (art. 173, §§ 4.º e 5.º e 174, *caput*).

### *2.3.2 A ação física*

O núcleo do tipo é composto pelo verbo transitivo utilizar, designativo de tornar útil ou empregar utilmente; aproveitar; fazer uso de; servir-se ou valer-se de; usar. A *utilização* a que se refere o núcleo do tipo está no sentido de fazer uso; valer-se da informação privilegiada, mediante negociação com valores mobiliários.

A técnica empregada não foi das melhores. A utilização da informação privilegiada somente guarda sentido quando vinculada ao verbo negociar. Em verdade, o núcleo da ação está na negociação com valores mobiliários dispondo – o *insider* – de informação privilegiada, e não na utilização pura e simples desta, que, aliás, pode verificar-se por vários modos.

A apreensão do comportamento proibido – de difícil intelecção, por se tratar de crime que aparece em 'contexto lícito'[66] e pela acentuada utilização da técnica do reenvio –, restaria facilitada se o núcleo verbal descritivo da ação residisse no verbo negociar, enquanto forma especial de utilização da informação.[67]

O crime apresenta-se, portanto, como de execução vinculada. O processo executório encontra-se narrado no tipo de injusto. Não será qualquer ato de disposição da informação que permitirá a incidência da norma. A utilização da informação relevante ainda não divulgada ao mercado somente adquirirá relevo penal se realizada por meio de negociação com valores mobiliários.

Ainda nesse contexto, a Lei Penal brasileira não pune de modo autônomo – como o faz a portuguesa – *a transmissão da informação a outrem fora do âmbito normal das funções, se dessa disposi*ção da informação não resulta negociação com valores mobiliários. Este fato pode caracterizar ofensa ao dever de lealdade (art. 155 da Lei 6.404/76), com reflexos de ordem civil, administrativa e penal, inclusive, no que se refere à tutela da inviolabilidade dos segredos (art. 153, CP, *e.g.*), mas se mostra irrelevante *no* âmbito do *insider trading*.

Por outro lado, ao exigir o tipo que a utilização da informação relevante não divulgada previamente a público ocorra mediante efetiva negociação, dá-se por excluído do âmbito de proteção da norma a omissão consistente em manutenção da posição acionária, e. g., ainda que baseada na referida informação. Esta, aliás, a orientação firmada pelo prof. Manuel da Costa Andrade, frente ao ilícito português.[68]

A ação ou ato de negociar pode protrair-se no espaço e no tempo, admitindo, por essa razão, tentativa.

66. Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Op. cit., p. 38.

67. Técnica, aliás, utilizada na redação do paradigma português (art. 278.º do CdVM), em que o núcleo da conduta reside nos verbos "transmitir...", "negociar...", ou "ordenar a subscrição...".

68. Por ocasião da aula proferida no dia 17.09.2004, já citada.

## *2.3.3 Informação relevante*

A integral compreensão da área de tutela passa ainda pela definição do que seja informação relevante, e da função por ela desempenhada no mercado de valores mobiliários.

É assente em doutrina que o mercado de valores mobiliários se orienta pelo princípio do *full disclosure*, conceitualmente traduzido como imperativo de divulgação de informações em níveis adequados, qualitativa e quantitativamente, para o público investidor,[69] no pressuposto de que, a partir da informação, o público esteja melhor esclarecido para aquilatar o risco do investimento.

Desempenha o referido princípio função limitativa da própria atividade regulatória estatal. Cumprido o dever de informar – do qual decorre, aliás, no que se refere ao acesso à informação, uma igualdade apenas formal –, mostra-se vedado ao ente regulador avaliar a qualidade do investimento, designado controle de mérito.[70] Este dever de informar, contudo, somente transparece diante da informação designada como relevante. Cuida-se de elementar normativa, em que a determinação do conteúdo se alcança pela consulta ao significado comercial do termo.[71] O recurso ao sentido privatístico da norma deve, contudo, vincular-se teleologicamente à necessidade de aplicação da norma penal em causa, de modo a evitar a transformação do direito penal em mero "*catálogo de sanciones que se anexiona a la infración de derechos y obligaciones mercantis y civiles*".[72]

O conceito de informação relevante, no direito brasileiro, vem estabelecido no art. 155, § 1.º da Lei 6.404/76 (Lei das S/A). É relevante a informação "capaz de influir de modo ponderável na cotação dos valores mobiliários".

69. VERGARA. Op. cit., p. 387.

70. Idem, ibidem.

71. Laborou de modo diverso do legislador português, que, como vimos, em nota de n. 57, estabeleceu na própria norma penal o conceito de informação privilegiada.

72. RUIZ RODRIGUEZ. Op. cit., p. 215.

A CVM, por meio da Instrução 358/2002, art. 2.º, estabelece conceito-quadro de informação relevante tendo em conta o marco normativo representado pelo art. 155, § 1.º da Lei das S/A. No parágrafo único do referido artigo elenca rol exemplificativo de ato ou fato potencialmente relevante, merecedores de divulgação ao mercado, representando tanto decisões dos órgãos da companhia como fatos ocorridos em seus negócios.[73]

Importa ter em conta que os exemplos e o conceito fornecido pela CVM somente adquirem relevância penal quanto suscetíveis de, no caso concreto, subsumir a noção de informação relevante prevista em lei formal, servindo, na seara penal, de importante critério hermenêutico do art. 155, § 1.º, da Lei 6.404/76.

A informação relevante, para integrar o tipo, deve reunir os seguintes caracteres: a) não ter sido tornada pública, ou, pelo menos, que tenha sido divulgada somente após seu uso; e b) ser idônea a, com a devida publicidade, influenciar de modo ponderável na cotação de valores mobiliários (*price-sensitive*). As duas características citadas, recolhidas de Frederico de Lacerda da Costa Pinto,[74] preenchem o conceito legal de informação relevante descrito no art. 155, § 1.º da Lei das S/A. Aquele autor, contudo, em face do conceito de informação privilegiada veiculado na norma portuguesa, acrescenta ainda a necessidade de que a informação tenha "um caráter preciso" e que "respeite a uma ou várias entidades emitentes de valores mobiliários ou a um ou mais valores mobiliários". Tais caracteres não se encontram previstos na norma contida no art. 155, § 1.º da Lei das S/A, devendo, contudo servir de referente hermenêutico para a solução do caso concreto, já que, de fato, a informação relevante para a cotação dos valores mobiliários "*solo puede serla aquella información que ostenta um carácter concreto y confidencial, pues de no ser concreta ni confidencial carecería de potencial lesivo em relación con el interés tutelado.*"[75]

73. CARVALHOSA, Modesto e EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 547.

74. Op. cit., p. 45.

75. SUAREZ GONZALEZ. Op. cit., p. 824.

Por fim, embora seja certo que o tipo não exige, de modo explícito, que o autor aceda à informação relevante de forma reservada, esta condição há de ser compreendida na sua caracterização, porque constitui conseqüência lógica do entendimento de que se trata, a infração, de crime próprio.

### *2.3.4 Valores mobiliários*

Integra o tipo como elemento normativo também relacionado à atividade bursátil o termo "valores mobiliários". Esta elementar desempenha, em conjunto com a informação relevante, a base sobre a qual se estrutura o núcleo do comportamento proibido, compreendido como o fato de alguém negociar valores mobiliários a partir de informação relevante a que teve acesso reservadamente, antes de a generalidade do mercado a poder conhecer.

A utilização pelo legislador de elementar normativa, na hipótese, não enfraquece nem dificulta a intelecção do injusto. O sistema já possui referencial normativo idôneo a permitir o alcance, com razoável grau de correção e segurança, do significado da expressão 'valores mobiliários'.

Noutro ponto já se viu que a tutela penal do mercado de valores mobiliários também ocorre, internamente, por outros ilícitos, dentre os quais avulta o previsto no art. 7.º da Lei 7.492/86, que define como crime, *verbis*:

"Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, *títulos ou valores mobiliários*: I – falsos ou falsificados; II – sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes do registro ou irregularmente registrados; III – sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação; IV – sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa."

A propósito deste crime, e do significado da expressão 'valores mobiliários' para os fins da incriminação, leciona Rodolfo Tigre Maia, *verbis*:

"As 'moedas' por excelência que circulam no mercado financeiro são os títulos e valores mobiliários. Estes são, como acentuamos, documentos emitidos

pelas sociedades anônimas vocacionados à captação de recursos financeiros de terceiros no mercado (...). A citada norma legal (...), no que tange aos aspectos ora enfocados, deve ser interpretada em conjunto com a Lei federal 6.385/76, que ao dispor 'sobre o mercado de valores mobiliários e criar a Comissão de Valores Mobiliários', regulou a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado e sua negociação e intermediação."[76]

Também aqui, como emerge da transcrição, é no mercado de capitais que se recolhe subsídios para compreensão do que seja valores mobiliários, de forma a se iluminar o âmbito da tutela penal. Essa definição vem exposta no art. 2.º da Lei 6.385/76, que identifica amplo rol de valores mobiliários submetidos ao controle da CVM. A definição supra, resultante de modificação introduzida pela Lei 10.303/2001, teve por méritos – não apenas sob a ótica comercial e administrativa, mas também penal – i) extinguir a anterior competência delegada no artigo ao Conselho Monetário Nacional para, mediante ato administrativo, determinar quais títulos emitidos por companhias poderiam ser considerados valores mobiliários, ii) bem como estabelecer um conceito-quadro de valor mobiliário (inciso IX do art. 2.º), com marcos gerais delimitadores definidos na própria lei.

Constituem, enfim, valores mobiliários na ordem interna: I – as ações, debêntures e bônus de subscrição; II – os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II; III – os certificados de depósito de valores mobiliários; IV – as cédulas de debêntures; V – as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; VI – as notas comerciais; VII – os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; VIII – outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e IX – quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de

76. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional.* São Paulo: Malheiros, 1999. p. 73.

parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

O tipo não refere, outrossim, o *ambiente* em que há de ocorrer a negociação dos títulos nominados, para fins de restrição da área de tutela, como o fez de modo taxativo o legislador no crime de manipulação de mercado, definido no art. 27-C. Este fato conduz à conclusão de que "não é necessário que a negociação ocorra no mercado, seja primário ou secundário, caracterizando-se o ilícito também nas transações privadas, fora de bolsa e sem a interveniência de instituição financeira."[77]

### *2.3.5 Ausência de resultado*

O tipo faz referência a vantagem indevida, mas não exige sua ocorrência para a consumação. Cuida-se, portanto, de crime de mera atividade, em que a realização do tipo coincide com o último ato de execução, inexistindo produção de resultado separado espacial e temporalmente da conduta.[78]

Com efeito. O ato ou ação de negociar valores mobiliários, tendo prévio conhecimento de informação relevante não divulgada anteriormente ao mercado, esgota a factualidade típica. A consideração acerca da vantagem indevida está redigida em sentido potencial: utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, *capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida*, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários. O uso que se faz da informação relevante, mediante negociação, deve ser *capaz* potencialmente de gerar vantagem indevida, mas sua ocorrência, para a configuração típica, não é exigível.

77. CARVALHOSA, Modesto e EIZIRIK, Nelson. Op. cit., p. 547.

78. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 328. Conforme observação deste mesmo autor, não se deve confundir a ausência de resultado a que se reportam os ilícitos de mera atividade com resultado jurídico, presente em todos os crimes.

Uma tal compreensão das coisas tem a vantagem de seguir a racionalidade do mercado, de vez que, neste setor, as vantagens nem sempre são alcançáveis de forma instantânea (sequer a curto prazo), demandando evolução da conjuntura econômica para se aferir a viabilidade do negócio. Nesse contexto, condicionar a consumação do crime à obtenção de vantagem exigiria protrair no tempo – em completa situação de insegurança – a verificação do tipo.

Por outro lado, cuidando-se de infração em que o bem jurídico tutelado nada tem a ver com eventuais interesses particulares, não teria sentido encaixá-los na estrutura típica, fazendo-os condicionantes da consumação.

Por interpretação sistemática também se chega a tal conclusão. O crime de estelionato, definido no art. 171 do CP – adequado exemplo de ilícito patrimonial de resultado – serve de contraste. A pretensão do legislador de estabelecer crime material, no qual, sem a obtenção de vantagem, não se consuma o ilícito, vem estampada logo no início da referida infração: obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio (...) mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

Nesta perspectiva, o uso indevido de informação privilegiada traduz crime de perigo abstrato. Não contempla o tipo objetivo qualquer consideração acerca de eventual lesão ou perigo de lesão ao funcionamento do mercado de capitais. Aqui, a perigosidade excessiva que a ação típica representa à integridade do mercado bursátil justifica a penalização. Nesta ordem de idéias, pelo relevo social decorrente da condição de depositário da poupança popular que o setor ostenta – nos últimos tempos excessivamente estimulado pelo poder público –, não se deve exigir do legislador que somente intervenha penalmente para a tutela do bem jurídico indicado após consumada a lesão.[79]

79. A legitimidade de criminalizações desse jaez "*só se podem, verdadeiramente, justificar quando, se bem que unicamente através de um cuidado-de-perigo, se quer ainda proteger um bem jurídico com dignidade penal*" (COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 641). À dignidade penal do mercado de capitais, tal como estruturado na Constituição Federal, já se referiu o texto, supra. A consideração feita, outrossim, não está no sentido de um possível retorno à doutrina da Escola de Kiel, nem se coaduna com uma concepção de *injusto pessoal* a que chegou o finalismo de Welzel (cf. TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo: Revista dos Tribu-

De todo modo, no campo da criminalidade econômica, os crimes de perigo (*Gefährdungsdelikte; délits de mise em danger*) gozam de elevado grau de eficiência repressiva, não podendo ser desconsiderados pelo legislador por ocasião da eleição do modo acerca do qual se estabelecerá a área de tutela nesses ilícitos.[80]

Outrossim, a afirmação de que o crime é de mera conduta, e que não possui, na estrutura típica, consideração de resultado, conduz a outra conclusão: a de que somente admite realização *comissiva*. De fato, adverte JESCHECK que "*em los delitos de omisión imprópia al 'garante' le es impuesto um deber de evitar el resultado. El acaecimiento de éste pertenece al tipo y el garante que infringe dicho dever es responsabilizado penalmente por el resultado típico sobrevenido. Los delitos de omisión impropia son, por ello, el equivalente a los delitos de resultado.*"[81]

Por outro lado, o núcleo da conduta (= negociar) contrapõe-se logicamente à omissão própria. Sobre o assunto, em face da norma espanhola: "*El término usar implica negociar, intervenir en el mercado realizando alguna de las conductas que el artículo 81.2 LMV recoge. Se trata de realizar contrataciones que son incompatibles com las formas omisivas y que exigen intervenir en el mercado siempre con conductas activas.*"[82]

## 2.4 *Pena e ação penal*

A pena cominada ao crime é de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, que pode chegar a até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida.

nais, 1980. p. 71). A afirmação de que 'a perigosidade excessiva que a ação típica representa à integridade do mercado bursátil justifica a penalização' não implica concluir pela inexistência de ofensa ao bem jurídico tutelado, nem que o ilícito visa à exclusiva proteção de uma dada moral. A conduta proibida prende-se teleologicamente a um bem jurídico digno, cuja lesão – existente no plano ontológico – é, todavia, de difícil mensuração jurídica. Não se podendo aquilatar o grau da ofensa irrogada à integridade do mercado, parece justo admitir ao legislador prescindir, no tipo objetivo, da indicação de resultado material.

80. COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 356.

81. JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 652. Os grifos se acham no original.

82. RUIZ RODRIGUEZ. Op. cit., p. 219.

A pena privativa de liberdade foi fixada em grau médio, admitindo, dado o limite mínimo de 1 (um) ano, a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95. Como dificilmente se aplicará no grau máximo, admite substituição por pena restritiva de direitos.

À pena de multa fixou-se limite máximo diverso do padrão adotado na parte geral do CP, de no máximo 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, calculado o dia-multa à razão de 5 (cinco) salários mínimos (art. 49). A orientação seguida coaduna-se com a política criminal que centra na pena pecuniária forte poder dissuasório em matéria de criminalidade econômica.

A ação penal, em consonância com a natureza supra-individual do bem jurídico tutelado, é pública incondicionada.

## 3. Conclusão

A incriminação estudada exsurge em contexto absolutamente necessário, pela carência de proteção penal a que estava exposto o mercado bursátil no que se refere à conduta vedada, de potencial negativo demasiado alto. Sua aparição na ordem jurídica pode ser debitada em grande parte ao fenômeno de intensa criminalização por que tem passado o setor econômico, como forma de suprir o déficit de legitimidade do direito penal, tradicionalmente vocacionado à proteção do indivíduo e do patrimônio individual.

A efetiva proteção do mercado de valores mobiliários e das virtualidades econômicas e sociais que enseja pela via do direito penal, ao fim, não se choca com os postulados do direito penal mínimo, se compreendido como intrínseca à sua noção a existência de mecanismos de tutela do que Ferrajoli designou por "direitos sociais máximos".

## 4. Bibliografia

ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário conimbricence ao código penal.* Parte especial. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 1999. t. I.

_____. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico. *Direito penal económico*. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra, 1985.

_____. DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os crimes de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção e de desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado. *Direito penal econômico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1999. v. 2.

_____. COSTA, José de Faria. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico. *Direito penal econômico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1.

_____. A 'dignidade penal' e a 'carência de tutela penal' como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. *RPCC*. Coimbra: Coimbra ano 2, n. 2, abr.-jun. 1992.

ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado financeiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOCATER, Maria Isabel do Prado. O exercício do poder de polícia e regulador da CVM – Aperfeiçoamentos recentes. *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999.

CARVALHOSA; Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHEDIAK, Julian Fonseca Pena. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal económico. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1.

COSTA, José de Faria. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica: ou o retorno à limpidez do essencial. *RPCC*. Coimbra: Coimbra ano 12, n. 1, jan.-mar. 2002.

_____. *O perigo em direito penal*. Comibra: Coimbra, 1992.

_____. Breves reflexões sobre o Decreto-Lei n. 207-B/75 e o direito penal económico. *Direito penal econômico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. *Direito penal econômico e europeu*: textos doutrinários. Comibra: Coimbra, 1998. v. 1.

FORGIONE, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GONZALEZ, Carlos Suarez. *Comentarios al código penal*. In: Augustin Jorge Barreiro (Coord.). Madrid: Civitas, 1997.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

PEDRAZZI, Cesare; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

PEREIRA, Norma Jonssen. *Aspectos jurídicos do insider trading*. Disponível em http://www.cvm.gov.br. Acesso em 09.12.2004.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Crimes económicos e mercados financeiros. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 10, n. 39, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul.-set. 2002.

RODRÍGUEZ, Luis Ramón Ruiz. El abuso de información privilegiada em derecho español, com referencias a la normativa bursátil argentina. In Paz

Mercedes De la Cuesta Aguado (Coord.). *Derecho penal econômico*. Mendoza: Edicionez Jurídicas Cuyo, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Thomson/Civitas, 2003. t. I.

SANCTIS, Fausto Martin. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003.

SANT'ANA, José Antônio. *Economia Monetária*. Brasília: UnB, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *(Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições*. Porto Alegre: IHJ, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Tecnos, 1984. v. 4.

VERGARA, Henrique Rezende. A regulação do mercado de valores mobiliários. In Rogério Emilio de Andrade (Coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2003.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

# Derecho penal y guerra: ¿intervención punible del gobierno alemán en la guerra de Irak?[1-2]

Kai Ambos

Catedrático [Prof. Titular] de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional de la la Universidad Georg-August de Gotinga, Alemania Federal; Director del Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional.

**Sumario:** Introducción – 1. Intervención en el ámbito macro y en el ámbito micro – 2. Fundamentos de derecho penal internacional: 2.1 En cuanto a la punibilidad de la "guerra de agresión"; 2.2 Intervención en el "ámbito micro"; 2.3 Intervención en el "ámbito macro"; 2.4 Resultado: ¿complicidad punible de la RFA por Derecho Penal internacional? – 3. Preparación de una guerra de agresión en el sentido del § 80: 3.1 Ámbito macro: intervención de Alemania en una guerra de agresión: 3.2 Ámbito micro: intervención punible individual en la preparación de una guerra de agresión: 3.2.1 Autoría individual al interior del Estado cómplice; 3.2.2 Participación individual al interior del Estado cómplice; 3.2.3 La faz subjetiva – 4. Conclusiones.

**Resumo:** O estudo analisa a possível punibilidade do governo alemão pela participação na guerra dos EUA contra o Iraque. Se bem que a Alemanha publicamente se tenha negado a participar ativamente nesta guerra, havia certas atividades de apoio que podem ser consideradas relevantes. Na primeira parte o artigo examina o delito de agressão no Direito Penal Internacional distinguindo en-

1. Traducción del original *Strafrecht und Krieg:* strafbare Beteiligung der Bundesregierung am Irak-Krieg?, libro homenaje a Eser, 2005, realizada por Rodrigo Aldoney Ramírez, LL.M., Friburgo de Brisgovia/Gotinga; revisión por el autor.

2. Agradezco al licenciado en Derecho Sr. Dennis Miller (Gotinga/Hannóver) por la valiosa ayuda.

tre o âmbito macro e micro (I., II.). Na segunda parte se analisa o § 80 do CP alemão que penaliza a preparação de uma guerra de agressão e se pergunta se as atividades alemãs de apoio preenchem este tipo penal.

**Palavras-chave:** Iraque – Guerra – Delito de agressão – Concurso de pessoas – Cumplicidade.

Albin Eser ha dirigido una y otra vez la mirada desde los problemas puramente dogmáticos del Derecho Penal y Procesal Penal hacia los problemas actuales político-criminales de nuestro tiempo. Como director del Instituto Max-Planck para Derecho Penal extranjero e internacional, se ha dedicado progresivamente a temas de "derechos humanos", ya sea intercediendo decididamente en favor de una justicia penal acorde a los derechos humanos,[3] por la persecución de graves violaciones a los derechos humanos[4] o en favor de la nueva Corte Penal Internacional (CPI)[5] o promoviendo, de acuerdo a sus posibilidades, numerosos proyectos sobre la situación del respeto a los derechos humanos en Latinoamérica.[6] Sin embargo, Eser también ha intervenido en forma práctica en estos ámbitos, ya sea como coiniciador de un proyecto alternativo para el estatuto del CPI[7] o como

3. Cfr. *Menschengerechte Strafjustiz im Zeitalter von Europäisierung und Globalisierung*, libro homenaje a Waltos, 2002, p. 169; entre otros, en español en: Universidad Nacional de la Educación a Distancia (ed.), *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, 2001, p. 15.

4. Cfr. por ejemplo *Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt:* ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, libro homenaje a Trechsel, 2002, p. 15.

5. Cfr. por ejemplo *Auf dem Weg zu einem Internationalen Strafgerichtshof*, libro homenaje a Spinellis, 2001, p. 339.

6. Al autor le fue posible concluir, entre 1992 y 2003, cuatro proyectos de investigación en el Instituto Max-Planck gracias al apoyo decidido de Eser, cfr. Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997; Ambos/Maier/Woischnik (eds.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, 2000; Ambos/Gómez Colomer/Vogler (eds.), *La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*, 2003; Ambos/Malarino (eds.), *La persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España*, 2003.

7. Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)/International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC)/Max Planck Institut for Foreign and International Criminal Law (MPI), Draft Statute for an International Criminal Court – Alternative to the ILC Draft (Siracusa

coredactor de la "Declaración de Friburgo sobre la posición de la fiscalía en un Tribunal Penal internacional permanente".[8] El punto cúlmine de estas actividades lo constituye de momento, sin duda, la elección de Eser como juez *ad litem*[9] del tribunal para la ex-Yugoslavia, respecto de la cual recibió ya, en la primera votación, la necesaria aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas.[10] También las cuestiones jurídicas asociadas a la guerra de Irak han sido y siguen siendo de gran importancia para el homenajeado, de modo que el autor de estas líneas puede estarse seguro del especial interés del homenajeado por el siguiente artículo. ¡Es por ello que se dedica esta contribución a Albin Eser con los mejores deseos!

## Introducción

El Fiscal General Federal (GBA) ante el Tribunal Supremo alemán negó, el 21 de marzo de 2003, la sospecha inicial de una conducta delictiva del Gobierno Federal alemán según el § 80 del Código Penal[11] por su intervención en la guerra de Irak.[12] En concreto se trataba de la concesión de derechos de utilización, sobrevuelo y transporte en favor de los EEUU y de la intervención de soldados

Draft), prepared by a Committee of Experts, Siracusa/Freiburg i.Br., July 1995 (Siracusa Draft I); los mismos, 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with suggested modifications (updated Siracusa-Draft), prepared by a Committee of Experts, Siracusa/Freiburg i.Br./Chicago, 15 de marzo de 1996 (Siracusa Draft II). Al respecto también Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2004, pp. 476, 483 y ss.

8. Cfr. Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, 2000, pp. 667 y ss. (en inglés, francés, español y alemán).

9. Los jueces *ad litem* son elegidos por cuatro años y luego designados por el presidente del Tribunal para la ex-Yugoslavia (ICTY), según las necesidades, en determinados procesos con las mismas facultades que los jueces permanentes (cfr. art. 13 *ter* y *quater* estatuto del ICTY, www.un.org/icty).

10. Eser obtuvo en la elección del 12.06.2001, ya en la primera votación, 129 de los 171 votos válidamente emitidos. Su período de funciones dura hasta el 11.06.2005. En setiembre de 2004 comenzó ejercer el cargo en La Haya.

11. Parágrafos sin especificación corresponden al Código Penal alemán.

12. Comunicación/Comunicado de prensa del 21 de marzo de 2003 publicado, inclusive los motivos, en JZ ("Juristenzeitung") 2003, p. 908 con comentario de Kreß.

alemanes en vuelos AWACS de la OTAN sobre territorio turco. Con esa decisión el § 80 salió de la sombra de un Derecho Penal meramente simbólico[13] y debería gozar también a futuro de una reconocimiento no sólo teórico, atendido el creciente compromiso militar de la República Federal de Alemania (RFA) en el marco de conflictos internacionales. *Kreß* fue el primero en presentar una amplia e innovadora investigación de Derecho Penal nacional e internacional[14] en la cual se tratan, prácticamente de modo exhaustivo, todas las cuestiones fundamentales de Derecho Penal internacional necesarias para la comprensión del § 80. De modo que en estas líneas se abordarán las preguntas que plantea el § 80 en torno a la teoría de la intervención punible[NdelTr] y especialmente en consideración a las medidas de apoyo otorgadas por la RFA. En tal sentido, el origen de Derecho Penal internacional del § 80 hace naturalmente inevitable una fundamentación *penal internacional*. Al respecto, debe distinguirse entre una intervención en el ámbito macro y una en el ámbito micro (*infra* I.) y, sobre la base de esta dicotomía, examinarse la punibilidad internacional e interna por las mencionadas medidas de apoyo (*infra* II. y III.).

## 1. Intervención en el ámbito macro y en el ámbito micro

A fin de poder dar suficiente cuenta de la "naturaleza mixta de la agresión tanto como fenómeno interestatal como también jurídico-individual",[15] surge la

13. LK-Laufhütte11, § 80, previo n.m. 1; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben26, § 80, n.m. 1. NK-Paeffgen, § 80, n.m. 2 con ulteriores referencias, hace presente la escasa relevancia práctica de la prescripción.

14. *ZStW* 115 (2003), p. 294. El comentario en JZ 2003, p. 911 representa esencialmente una versión resumida de las explicaciones en *ZStW* 115 (2003), pp. 334 y ss., por lo que acá se citará en principio solamente el último trabajo referido.

NdelTr. En el texto se designa con el término *intervención* (y sus correspondientes formas verbales y sustantivas) el concepto englobador de toda forma – principal o accesoria – de aportación al hecho (en el original: "Beteiligung") y que frecuentemente se designa también con la expresión *participación* (en sentido amplio). Este último término (y sus correspondientes formas verbales y sustantivas) se reserva en el texto a la intervención en calidad de inductor o cómplice (en el original: "Teilnahme").

15. Hummrich, *Der völkerrechtliche Straftatbestand der Aggression*, 2001, p. 149.

posibilidad de distinguir entre dos planos de intervención. Por un lado, en la aquí denominada *intervención en el ámbito macro*, puede intervenir en una guerra de agresión un *Estado*, vale decir, puede ya sea dirigir una guerra de agresión *propia* – en cierto modo como autor – o puede cooperar o inducir a una guerra de agresión *ajena* – en cierto modo como partícipe. En tal sentido, podemos hablar también del plano de la intervención punible *estatal*. Si el término de la intervención sólo abarca la intervención "activa" como agresor ("Estado-autor") o si, asimismo, abarca la "pasiva" como agredido ("Estado-víctima"), puede aún quedar abierto en este punto (*cfr. infra* III. 1.). Por otro lado, en la aquí denominada *intervención en el ámbito micro*, pueden los miembros de un Estado beligerante o que apoyan una guerra ajena ser autores o partícipes del respectivo delito, siendo de momento irrelevante si resulta punible ya la preparación o recién el desencadenamiento de la guerra de agresión. En tal sentido, podemos hablar también del plano de la intervención *individual*.

En el supuesto de intervención "activa" son concebibles, por lo tanto, un total de cuatro constelaciones jurídico-penales relevantes *individualmente*:

- autoría individual al interior del "Estado-autor"
- participación individual al interior del "Estado-autor"
- autoría individual al interior del "Estado-cómplice"
- participación individual al interior del "Estado-cómplice"

Si se reconoce, aun más allá, la posibilidad de una intervención "pasiva", también es concebible, en principio, la situación de una intervención (individual) en el "Estado-víctima". Sin embargo, sólo sería posible una punibilidad en caso de una intervención (individual) en la guerra de agresión del Estado autor o cómplice desde el territorio del Estado-víctima. A modo de ejemplo, si la RFA es atacada por un Estado, entra en consideración una responsabilidad penal individual por intervención en una guerra de agresión sólo para aquellos que actúan de parte de este Estado-autor. Aquellos que intervienen de parte de la RFA como Estado-víctima sólo hacen uso del derecho de autodefensa derivado, según el

artículo 51 del Estatuto de la ONU. Por ende, esta constelación no presenta nuevos problemas en cuanto a la intervención punible, por lo que la intervención pasiva no requiere, ya por tal motivo, de un tratamiento separado.[16]

## 2. Fundamentos de derecho penal internacional

### *2.1 En cuanto a la punibilidad de la "guerra de agresión"*

Consideraciones en torno a la intervención en la guerra de agresión suponen, en primer lugar, una claridad respecto del objeto a relacionar con la intervención, *scil.* el *concepto de guerra de agresión* o también denominada *agresión*. El hecho de que se trate de un concepto penal internacional[17] no debiera requerir, precisamente en Alemania, de una fundamentación especial aunque, de todos modos, haga necesarias algunas consideraciones básicas propias de esta rama del Derecho.

Si bien la punibilidad penal internacional de la guerra de agresión es indiscutida, en principio, desde Nuremberg[18] y ha sido reforzada por el artículo 5

16. En cuanto a la problemática de la jurisdicción competente al actuar desde el extranjero (§ 5 n. 1) cfr. Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 343 y ss.

17. Cfr. Hummrich (nota 13), pp. 86 y ss.; Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 307 y ss.; LK-Laufhütte11, § 80, n.m. 2. Cfr. también GBA JZ 2003, pp. 909 y ss. Al respecto de otra opinión Müller, *Die Pönalisierung des Angriffskrieges im GG und StGB der Bundesrepublik Deutschland*, tesis doctoral Heidelberg 1970, pp. 64 y s., 83 y ss., especialmente p. 89, el que determina el concepto de guerra de agresión únicamente a partir del art. 26 párrafo 1 GG (Constitución Federal alemana).

18. Cfr. Werle, *Völkerstrafrecht*, 2003, ns.ms. 1150 y ss. (1154, 1156); Cassese, *International Criminal Law*, 2003, p. 113 (con referencia al fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua); Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 295 y ss.; el mismo, *Journ. of Int. Criminal Justice* 2 (2004), p. 348 s.; Müller-Schieke, *Leiden Journal of International Law* (LJIL) 14 (2001), pp. 414 y s., 428; Gaja, en: Cassese/Gaeta/Jones (eds.), *The Rome Statute of the ICC*, v. 1, 2002, p. 431; Griffiths, *International Criminal Law Review* (Int.Cr.L.Rev.) 2 (2002), pp. 303 y ss.; en cambio, la toma de posición de la delegación de los EEUU en la PrepCom en AJIL 95 (2001), p. 400 contradice la opinión de que la resolución 3314 haya sido o sea expresión de Derecho internacional consuetudinario; crítico al respecto Cassese, op. cit. Más allá aun, Ronneberg, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen den Frieden*, tesis doctoral, Würzburg 1998, p. 202, niega que exista siquiera una punibilidad de Derecho Internacional consuetudinario de la guerra de agresión. Schuster, *Criminal Law Forum* (CLF) 14 (2003), pp. 50 y s., aboga por la eliminación de la guerra de agresión del Estatuto de la CPI.

párrafo 1 (d) del Estatuto de la CPI,[19] no existe acuerdo en cuanto a los contornos exactos del tipo de la agresión. Si bien el grupo de trabajo de la Comisión Preparatoria de la CPI (*Preparatory Commission* – PrepCom) y ahora de la Asamblea de Estados (*Assembly of State Parties* – ASP), constituidas a partir del art. 5 párrafo 2 del Estatuto de la CPI, ha elaborado hasta ahora numerosas propuestas, no ha presentado una definición susceptible de consenso.[20] Acorde a la distinción, relevante para el Derecho Penal internacional, entre prohibición de Derecho Internacional y punibilidad de Derecho Internacional se debe distinguir, respecto de la guerra de agresión, entre *conductas* de agresión contrarias al Derecho Internacional (*acts of aggression*) y la guerra de agresión *punible* en Derecho Internacional (*war of aggression*), o sea, un *crimen* de agresión (*crime of aggression*). En tal sentido, las conductas de agresión contrarias al Derecho Internacional, como las que pueden hallarse en el anexo de la famosa resolución 3314 (XXXIX) de la Asamblea General de la ONU,[21] no implican siempre la existencia de una guerra de agresión punible, o sea, de un crimen de agresión.[22] Esto ya resulta de la circunstancia de que el art. 5 (2) de la resolución 3314 define la "war of aggression"

19. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) del 17 de julio de 1998, publicado en BGBl. [boletín oficial de legislación alemana, n. del tr.] 2000 II, pp. 1.394 y ss.

20. Respecto del estado de las negociaciones y de las propuestas del "Working Group on the Crime of Aggression" cfr. el "Discussion paper proposed by the Coordinator", en: Report de la PrepCom del 24 de julio de 2002 (Addendum. Part. II. Proposals for a provision on the crime of aggression, UN-Doc. PCNICC/2002/2/Add.2), así como www.un.org/law/icc/documents/aggression/aggressiondocs.htm.; también publicado en Clark, LJIL 15 (2002), pp. 887 y ss; asimismo en www.icc.cpi.int/library/basicdocuments/ICCASP2_EN.pdf, pp. 9, 234. En cuanto a la discusión y al desarrollo de Derecho Internacional cfr. también Bruha, *Die Definition der Aggression*, 1980; Ronneberg (nota 16); Hummrich (nota 13). Instructivo respecto de las negociaciones en curso Clark, op. cit.; Westdickenberg/Fixson, en: Frowein/Scharioth/Winkelmann/Wolfrum (eds.), *Verhandeln für den Frieden*, 2003, pp. 483 y ss.; Schuster, *CLF* 14 (2003), pp. 1 y ss.; Politi/Nesi (eds.), *The ICC and the crime of aggression*, 2004.

21. 14 de diciembre de 1974, U.N. GAOR, 29th session, supplement 31, pp. 142 y ss.; versión alemana por ej. en AK-Sonnen, § 80, n.m. 17.

22. Cfr. Bruha (nota 18), pp. 127 y s.; Hummrich (nota 13), pp. 87 y s.; Triffterer/Zimmermann, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, Art. 5, n.m. 19; Westdickenberg/Fixson (nota 18), pp. 485 y s., 490; Werle (nota 16), n.m. 1164; Müller-Schieke, LJIL 14 (2001), pp. 417 y s.; Griffiths, *Int. Cr. L. Rev.* 2 (2002), p. 362.

por separado como "*crime* against international peace",[23] con lo que se pretendía marcar la diferencia respecto de las (meras) conductas de agresión que solamente conllevan responsabilidad del Estado por el ilícito internacional cometido. La punibilidad penal de Derecho Internacional supone, por lo tanto, una *calificación de la conducta de agresión*. Es así como el mencionado grupo de trabajo de la CPI exige una conducta de agresión que "by its character, *gravity* and scale, constitutes a *flagrant* violation of the Charter of the United Nations."[24] Este requisito es compartido por lo que puede considerarse opinión mayoritaria en la doctrina, al exigirse que se sobrepase un cierto umbral de violencia ("treshold"), ya sea mediante una lesión flagrante o unívoca de la prohibición internacional de la violencia,[25] mediante una cierta extensión e intensidad de las conductas violentas[26] o a través de algo mayor que una mera utilización de violencia "de minimis".[27] Si se intenta concretizar la implícita restricción objetiva del tipo, se estará intentando delimitar las *conductas de agresión* que alcanzan o que aun sobrepasan este umbral de violencia de aquellas inferiores, meramente constitutivas de *conductas hostiles*. Será difícil hallar en este punto criterios abstractos, sin embargo, se puede sostener, en todo caso, que las conductas de índole preparatoria (como la concentración de tropas en la frontera, el rearme) o de menor intensidad (como, por ejemplo, escaramuzas fronterizas menores, ingresos esporádicos a territorio soberano ajeno para la persecución de sublevados) no constituyen una guerra de agresión punible.[28]

23. Respecto de este término también Müller-Schieke, LJIL 14 (2001), pp. 418 y s.; crítico Clark, LJIL 15 (2002), p. 878, que lo considera un "unhelpful concept".

24. Discussion paper (nota 18), Nr. 1 (destacado por el autor).

25. Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 299, 302 y ss. (306); Clark, *LJIL* 15 (2002), pp. 876 y s.; Hummrich (nota 13), pp. 217 y s. Cfr. también *GBA JZ* 2003, p. 911: "lesión evidente de la prohibición de violencia".

26. Werle (nota 16), n.m. 1162.

27. Griffiths, *Int.Cr.L.Rev.* 2 (2002), pp. 319 y s., 366, 372: "use of force which is more than de minimis...".

28. Parecido Werle (nota 16), ns.ms. 1156, 1164; Cassese (nota 16), p. 114; Griffiths, *Int.Cr.L.Rev.* 2 (2002), pp. 319 y s.

Por lo demás, la punibilidad de *actos preparatorios* tampoco es reconocida por la costumbre internacional, al menos cuando ni siquiera alcanzan una tentativa de guerra de agresión.[29] Por lo tanto, la punibilidad por la intervención en la "planificación" (planning) y en la "preparación" (preparation) de una conducta de agresión (calificada), propuesta por el grupo de trabajo de la CPI,[30] supone que la agresión haya alcanzado, al menos, el estado de tentativa.

Una restricción adicional del tipo resulta de entender la agresión en sentido clásico como "state crime", vale decir, exigiendo un conflicto armado internacional en el cual un Estado ataca a otro.[31] En este caso quedarían excluidos del tipo tanto conductas de agresión interna, por ejemplo, en contra de determinados grupos étnicos, como también conductas de agresión de actores no estatales. Si bien es cierto que prácticamente resulta imposible controvertir esta restricción del tipo desde la perspectiva del Derecho Internacional consuetudinario, resulta cuestionable si es apropiada, lo que no puede ser profundizado aquí.

Más difícil y controvertida es la pregunta acerca de si el tipo requiere una restricción adicional con miras a un determinado *resultado típico* o una determinada finalidad por parte de los autores. El grupo de trabajo de la CPI propone, en tal sentido, que la conducta de agresión deba tener como finalidad o como resultado la ocupación o anexión del Estado agredido.[32] De ese modo, por una parte, se mezclan presupuestos de punibilidad objetivos y subjetivos: por un lado resultado, por el otro finalidad. Por otra parte, se recurre a la comprensión tradicional de la guerra de agresión, basada en Nuremberg y Tokio, como guerra de ocupación o anexión.[33] En la doctrina se recoge esta propuesta en el sentido de una finalidad

29. Cassese (nota 16), p. 114; Kreß, *ZStW* 115 (2003), p. 298.

30. Discussion paper (nota 18), Nr. 1.

31. Müller-Schieke, *LJIL* 14 (2001), p. 420.

32. Discussion paper (nota 18), Nr. 1, options 1 y 2: "... object or result of establishing a military occupation of, or annexing, the territory of another State or part thereof".

33. Kreß, *ZStW* 115 (2003), p. 303; Werle (nota 16), n.m. 1159.

"trascendente" y "agresiva respecto del hecho completo".[34] Es, sin embargo, muy dudoso si la restricción a la ocupación y a la anexión, como finalidades principales de una guerra de agresión, es apropiada o si, con ello, no se excluyen de la punibilidad penal casos dignos de castigo. Adicionalmente, una tal "subjetivización" del tipo no es, sin más, compatible con la opinión absolutamente mayoritaria que una "intención en sentido técnico" no es necesaria, sino que es suficiente el dolo general.[35] Volveremos sobre ambas cuestiones (*infra* 4.).

La situación jurídica penal internacional descrita explica las aprehensiones constitucionales existentes en cuanto al *principio de certeza legal*. Sin embargo, la progresiva concreción del tipo muestra también que la calificación del término "guerra de agresión" como inconstitucional[36] es excesiva, especialmente si se considera la relativización general del principio desde una certeza o determinación legal a una determinabilidad.[37] Por ello, la doctrina absolutamente mayoritaria contradice acertadamente el veredicto de inconstitucionalidad mediante la restricción a casos inequívocos.[38] Eso obviamente no cambia en nada que la cruz con que carga todo tipo

34. Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 304 y ss. (306 y ss.); Werle (nota 16), n.m. 1159 y ss.

35. Werle (nota 16), n.m. 1170. Cfr. asimismo Clark, *LJIL* 15 (2002), p. 874; Griffiths, *Int. Cr. L. Rev.* 2 (2002), pp. 369 y ss.; Cassese (nota 16), pp. 115 y s.; Kreß, *ZStW* 115 (2003), p. 312; Müller-Schieke, *LJIL* 14 (2001), pp. 420 y ss.; De otra opinión Hummrich (nota 13), pp. 218 y s.

36. Así NK-Paeffgen, § 80, n.m. 13; anteriormente ya Schroeder, *JZ* 1969, p. 47 el que, sin embargo, modificó su parecer con la resolución 3314, cfr. Maurach/Schroeder/Maiwald, *Strafrecht* BT, tomo 2, § 90, n.m. 2. Según Steinhausen, *Der Straftatbestand des Friedensverrats (§ 80 StGB) und die Erfordernisse des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG)*, tesis doctoral, Colonia 1969, pp. 124 y ss., 129, la norma se encuentra "en el límite inferior de lo que en la ley... se puede aceptar como constitucional". Crítico también Müller (nota 5), pp. 85 y ss. (p. 89) el que, sin embargo, mantiene finalmente esta pregunta abierta, ya que quiere determinar el término constitucionalmente. Asimismo lo deja abierto Hummrich (nota 13), p. 89 el que, por lo demás, no ve una mayor ayuda en la resolución 3314 (pp. 87 y ss.). Kreß, *ZStW* 115 (2003), p. 313, quiere dejar que se aclare la pregunta mediante "decisión judicial constitucional".

37. Cfr. Roxin, AT I, 3. ed. 1997, § 5, ns.ms. 67 y ss.; respecto de la jurisprudencia de la Corte Europea de DDHH en relación con el art. 7 Convención Europea de DDHH cfr. en este sentido Ambos, *KritV* 2003, pp. 39 y s.

38. Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben26, § 80, n.m. 4; AK-Sonnen, § 80, n.m. 18; Lackner/Kühl24, § 80, n.m. 2; LK-Laufhütte11, § 80, n.m. 2; SK-Rudolphi6, § 80, n.m. 3; Werle

penal de guerra de agresión sea la falta de definición del concepto mismo en el Derecho Internacional. La codificación interna se convierte así en un *tipo penal en blanco* que además es *accesorio al Derecho Penal internacional*[39] dependiendo, por lo tanto, de la dinámica del desarrollo del Derecho Penal internacional.

## 2.2 *Intervención en el "ámbito micro"*

En el ámbito micro de la intervención *individual* es reconocido hoy en día que, en el caso de la guerra de agresión, se trata de un *crimen de dirigentes*,[40] es decir, que este delito sólo puede cometerse por las élites funcionales políticas o militares, por los miembros del círculo de dirigentes más estrecho. En tal sentido, resulta relevante que el autor se encuentre en una posición en la cual esté efectivamente ("effectively") en condiciones "to excercise control over or to direct the political or military action of a State...".[41] Por lo tanto, no interesa su posición formal como miembro del gobierno, de lo cual, a su vez, resulta que también pueden ser autores las élites funcionales económicas.[42]

(nota 16), n.m. 1180. A favor de la certeza de, al menos, el "núcleo terminológico" Klug, en: Baumann, *Mißlingt die Strafrechtsreform?*, 1969, p. 165.

39. La denominación de NK-Paeffgen, § 80, n.m. 12, como un "concepto accesorio en función de la resolución de la ONU" es algo impreciso, ya que se trata de la facultad soberana de definición del Consejo de Seguridad de la ONU. Sin embargo, mientras éste ejerza alguna influencia relevante para el tipo legal, por ejemplo, con miras a la imputación de una conducta de agresión a un Estado (cfr. Art. 23 (2) del Draft Statute der International Law Commission [ILC] for an International Criminal Court [ICC], Report of the ILC on the work of its forty-sixth session, pp. 43 y ss.) o con miras a la determinación de una conducta de agresión (Discussion Paper (nota 18), n. 5), deberá efectivamente hablarse de un concepto accesorio en función del Consejo de Seguridad. Cfr. también Hummrich (nota 13), pp. 222 y ss.; Müller-Schieke, *LJIL* 14 (2001), pp. 421 y ss.; Clark, *LJIL* 15 (2002), pp. 869 y ss.; Werle (nota 16), ns.ms. 1177 y s.; Griffiths, *Int.Cr.L.Rev.* 2 (2002), pp. 310 y ss.; Gaja (nota 16), pp. 432 y ss.

40. Westdickenberg/Fixson (nota 18), pp. 503 y ss. con ulteriores referencias; Kreß, *ZStW* 115 (2003), p. 334; Werle (nota 16), n.m. 1165; Müller-Schieke, *LJIL* 14 (2001), pp. 419 y ss.; Clark, *LJIL* 15 (2002), p. 873; Schuster, *CLF* 14 (2003), p. 21; antes ya Dahm, *Völkerrecht*, t. III, 1961, p. 306.

41. Cfr. Discussion paper (nota 18), n. 1.

42. Así de manera convincente Clark, *LJIL* 15 (2002), pp. 873 y s. con nota 51.

Otra pregunta, hasta ahora no aclarada y que ya fue discutida de forma polémica en Nuremberg y Tokio,[43] dice relación con un posible "carácter amplio de *delito especial*"[44] de la guerra de agresión como resultado de la limitación del círculo de los autores y, con ello, la primacía de la parte especial y la inaplicabilidad de las reglas generales de la participación del artículo 25 párrafo 3 ECPI,[45] de modo que los intervinientes en un plano medio o inferior como *extranei* no sean punibles y, en última consecuencia, no lo sean siquiera como cómplices de una guerra de agresión.[46]

El Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg consideró punible la "colaboración" con el plan hitleriano de la guerra de agresión en la medida que se conociesen sus fines.[47] Al respecto, no circunscribió *a limine* el círculo de posibles autores a los acusados como criminales de guerra principales, sino que se refirió en general a "hombres de Estado, dirigentes militares, diplomáticos y hombres de negocios".[48] De modo que no es posible deducir, en el juicio respecto de los criminales de guerra principales, una limitación de la punibilidad al plano dirigencial (nacionalsocialista) inmediato, especialmente porque se pueden formular dudas respecto de la pertenencia al plano dirigencial de todos los "criminales de guerra principales".[49] En los doce juicios posteriores de Nuremberg se trató, por regla general, de personas relevantes en la dictadura nacionalsocialista, sin

43. Cfr. las referencias en Ambos, *AT*, (nota 5), pp. 136 y ss.

44. Kreß, *ZStW* 115 (2003), p. 336.

45. Así Discussion paper (nota 18), n. 3; asintiendo Clark, *LJIL* 15 (2002), p. 884.

46. Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 336 y s.; en cuanto a la consecuencia también Westdickenberg/Fixson (nota 18), p. 505; dejando abierto el punto Vogel, *ZStW* 114 (2002), p. 424; en términos parecidos en favor de la inaplicabilidad del art. 25 ECPI y de una comisión exclusivamente en carácter de autor Hummrich (nota 13), p. 214; a favor de una punibilidad con una fundamentación político-criminal Triffterer, en Hankel/Stuby (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, pp. 231 y s.

47. TMI, *Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher*, 1947, t. I, p. 189 (pp. 252 y s.).

48. Ibid., p. 252.

49. Cfr. respecto del rol y función de los acusados en el sistema nacionalsocialista ibid., pp. 314 y ss.

embargo, de ningún modo todos ellos pertenecieron al círculo de dirigentes más estrecho de Hitler (piénsese solamente en el proceso en contra de juristas que afectó a funcionarios públicos del ministerio de justicia del *Reich*). Por lo demás, se consideraron de modo muy amplio los presupuestos para una punición por una guerra de agresión como intervención activa, participación, promoción, etc.[50]

El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) hizo depender la condena por conspiración ("conspiracy"), para la realización de una guerra de agresión, de la posibilidad (objetiva) de una intervención en la planificación y del conocimiento (subjetivo) de los planes de agresión.[51] Si bien al respecto tuvo presente la posición y función del acusado, más bien consideró la posición de dirigente para fundamentar un deber activo de evitación en razón de una posición de garante, y no para una restricción *a limine* del círculo de autores, especialmente porque no se delimitó claramente el "policy-level" del de los funcionarios públicos de nivel medio. Incluso se discutió controvertidamente mediante un *obiter dicta* la cuestión de la punibilidad de simples soldados por participación en la guerra de agresión. Mientras que el presidente del tribunal *Webb* abogaba por la punibilidad de todos los partícipes – "no matter how high or low rank or status"[52] – el juez *Röling* se opuso decididamente a ello.[53]

Un análisis pormenorizado de los casos precedentes de orden penal internacional *no* fundamenta, por ende, sin más la conclusión a la que arriba especialmente *Kreß*[54] de una impunidad de los intervinientes que no pertenezcan al nivel de dirigentes. Más bien admite la conclusión contraria, que también otras personas pueden realizar una aportación al hecho constitutivo de una guerra de agresión que

50. Referencias en Ambos, *AT* (nota 5), p. 92; una lista de los procesos se encuentra en ibid., p. 878

51. Cfr. respecto de lo que sigue Ambos, *AT* (nota 5), pp. 137 y s.

52. Voto especial en: Röling/Rüter (eds.), *Tokyo Judgment* t. I, 1977, p. 469 (p. 475)

53. Voto especial en: Röling/Rüter (eds.), *Tokyo Judgment* t. II, 1977, p. 1041 (p. 1117): "No soldier who merely executed government policy should be regarded as a criminal, as guilty of the crime against peace."

54. Supra nota 43.

sea relevante desde la perspectiva penal internacional. Si se examina detenidamente se puede apreciar que la caracterización tradicional penal internacional de la guerra de agresión como crimen de dirigentes, tanto en el pasado como en el presente, no se ocupa en absoluto de la punibilidad por participación, en el sentido del modelo diferenciador, ya que se basa en el modelo unitario de intervención punible, centrado en el autor.[55] Al respecto, no se ha modificado nada con el reconocimiento del modelo funcional y unitario de participación en el art. 25 del Estatuto de la CPI,[56] ya que dicha disposición no ha de aplicarse, en absoluto, al tipo de guerra de agresión. Sin embargo, la propuesta del Grupo de Trabajo de la CPI resulta contradictoria precisamente en este punto: por una parte se acentúa el carácter de crimen de dirigentes de la guerra de agresión, centrándose con ello en el dirigente-autor al describirse al que "comete" ("commits") el crimen de la guerra de agresión. Por otra, sin embargo, "comete" el tipo *cualquiera* que "*participa*" activamente en la planificación, preparación, etc.,[57] abarcándose, por lo tanto, toda aportación al hecho.[58] ¿Por qué no debieran *en tal medida* recibir aplicación, al interior del círculo de dirigentes, las reglas generales de responsabilidad por participación en un delito especial?[59] Volveremos sobre el punto en el marco del § 80 (III. 2.).

## *2.3 Intervención en el "ámbito macro"*

En el ámbito macro, vale decir, en la participación *estatal*, debe distinguirse entre el Derecho internacional referente a los *conflictos* (armados), el Derecho internacional *de los hechos ilícitos estatales* y el Derecho *Penal* internacional.

55. Ambos, *AT* (nota 5), p. 362 y passim.

56. Cfr. Ambos, *AT* (nota 5), pp. 543 y ss.

57. Discussion paper (nota 18), n. 1: "participates actively in the planning, preparation, initiation or execution of an act of aggression...".

58. Acertado Clark, *LJIL* 15 (2002), p. 875.

59. Esta pregunta parece estar nuevamente abierta, luego del "Intersessional" del Grupo de Trabajo del 21 al 23 de junio de 2004 en Princeton (EEUU), ya que allí, ahora sí, se consideró como posible la aplicación del art. 25 a la guerra de agresión (esta información se la debo agradecer a Claus Kreß).

En el *Derecho internacional de los conflictos* (Derecho humanitario en sentido estricto) un Estado es partícipe de una guerra cuando es parte en un conflicto armado internacional.[60] La teoría penal de la participación carece, en este sentido, en principio de importancia, por cuanto se trata del Estado como actor colectivo. Consideraciones en torno al grado y tipo de participación de personas individuales solamente pueden jugar un rol, cuando mucho, al tratarse la cuestión (de relevancia para el Derecho internacional de los conflictos) de la internacionalización de un conflicto mediante el control por un tercer Estado de una parte propiamente intraestatal.[61]

Al contrario, el Derecho internacional delictivo sí puede utilizarse fecundamente para el tratamiento de preguntas de intervención penal. Esto porque en este ámbito – y apoyado en el art. 16 del borrador de la comisión de Derecho Internacional de la ONU (International Law Commission – ILC) de noviembre de 2001[62] como también en el idéntico art. 16 de la resolución 56/83 del Consejo General de la ONU sobre la responsabilidad del Estado[63] – puede considerarse como reconocida la prohibición de la *complicidad* en un hecho ilícito internacional estatal.[64] Según dichas disposiciones un Estado es responsable por la complicidad con o el apoyo a una conducta antijurídica de acuerdo al Derecho

60. Ipsen/Ipsen, *Völkerrecht*, 5. ed. 2004, § 64, n.m. 1; Vitzthum/Bothe, *Völkerrecht*, 2. ed. 2001, pp. 642 y ss.

61. Cfr. en tal sentido, respecto del caso Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia y el caso Tadic ante el Tribunal para la ex-Yugoslavia, Ambos, Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt, en: Hasse/Müller/Schneider (eds.), *Humanitäres Völkerrecht*, 2001, p. 325 (pp. 332 y ss.) con ulteriores referencias.

62. ILC, Report on the Work of its Fifty-Third Session (2001), *Official Records of the General Assembly, Fifty-Sixth Session*, Supplement n. 10 (A/56/10), ch. IV. E. 1.; al respecto Pellet en: Vohrah et al. (ed.), *Man's Inhumanity to Man*, libro homenaje a Cassese, 2003, p. 655. Respecto de una versión anterior Yearbook ILC 1978, v. 2.2., pp. 98 y ss.

63. U.N. Dokument A/RES/56/83, 12.12.2001; en la versión del servicio de traducción alemán ante las Naciones Unidas bajo www.un.org/Depts/german/gv-56/band1/56bd-6.pdf, pp. 530 y ss.

64. Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. ed. 1984, pp. 866 y s.; Ipsen/Ipsen (nota 57), § 40, ns.ms. 1, 42; Vitzthum/Schröder (nota 57), p. 501.

internacional, cuando copulativamente presta ayuda con conocimiento de las circunstancias de esta conducta y además esta conducta también hubiese sido antijurídica en este ámbito, de haberla cometido el propio estado cooperador. Sin embargo, no se encuentra en el Derecho internacional delictual una prohibición a la *inducción* a una conducta antijurídica según el Derecho internacional,[65] de modo que puede hablarse, usando una terminología continental-europea, (solamente) de una prohibición de participación limitada.

Ahora ¿es posible transferir este resultado al *Derecho Penal internacional*? Vale decir, ¿puede considerarse, junto a una *prohibición* de la complicidad en el Derecho internacional (delictual), una *punibilidad* de Derecho internacional de la complicidad con una guerra de agresión? De la jurisprudencia internacional de Nuremberg y Tokio no se puede, *en tal sentido*, extraer conclusiones, ya que no se enjuició la dirección de la guerra por una coalición de Estados con aportaciones *susceptibles de ser escalonadas*. Esta fue precisamente la situación en la guerra de Irak, donde una coalición de Estados "de buena voluntad" condujo – en cierto modo a título de autor – la guerra propiamente tal y un gran número de Estados – en cierto modo a título de cómplices – realizó diversas conductas de apoyo. Ya a partir de esta constelación se puede apreciar que la punibilidad de los "Estados cómplices", o más exactamente de las personas allí responsables, no puede fracasar por el carácter de delito de sujeto especial del crimen de la guerra de agresión, por cuanto con ello no se busca la impunidad de estas personas directivas, sino que – ¡en el mejor de los casos! – de los partícipes que se ubican más abajo en la jerarquía. Expresado de otro modo: la finalidad de la punibilidad de la guerra de agresión – castigo de los dirigentes responsables – exige realmente una punibilidad del personal dirigencial también del Estado cómplice.[66]

65. Kommentar ILC (nota 59), ch. IV. E. 2., p. 154. Al respecto parece que la ILC estima la inducción/incitación (incitement) como menos grave que la complicidad (aid or assistance).

66. En cuanto al resulta igual Kreß, *ZStW* 115 (2003), p. 336.

Esta punibilidad presupone tres aspectos:

• la existencia de un hecho principal punible en forma de una guerra de agresión de el o los Estado(s) autor(es);

• la conducta de apoyo relevante desde el punto de vista del Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales del Estado cómplice (en el sentido del art. 16 del borrador del ILC);

• la ocasión imputable de la conducta de apoyo por parte de la dirección (política).

## *2.4 Resultado: ¿complicidad punible de la RFA por Derecho Penal internacional?*

La punibilidad de Derecho internacional de la concesión de derechos de utilización, transporte y sobrevuelo en favor de los EEUU para la conducción de la guerra contra Irak depende, según las explicaciones anteriores, decisivamente de la calificación que se haga de esa guerra. Si bien existe un consenso amplio respecto de su *antijuricidad* internacional,[67] con ello aún no se responde la cuestión en torno a su *punibilidad* internacional. En todo caso, ya no se plantea, como sí se hacía en Nuremberg, el problema de la irretroactividad[68] ya que la punibilidad de una guerra de agresión se reconoce en principio, según se ha explicado anteriormente.[69] Sin embargo, la falta de contornos del tipo de Derecho internacional consuetudinario existente y su falta de codificación en el ámbito contractual internacional dificultan el examen de la punibilidad, sino acaso la imposibilitan. Si bien la antijuricidad de Derecho internacional del empleo de la violencia de la coalición de guerra contra Irak puede ser un indicio para un comportamiento relevante desde la perspectiva penal internacional, ésta antijuricidad no sustituye

67. Con detalle Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 313 y ss. (p. 331); cfr. también las referencias en Ambos/Arnold (eds.), *Der Irak-Krieg und das Recht*, 2003.

68. Cfr. en tal sentido Ambos, *AT* (nota 5), notas 111 y s.

69. Supra 1. en la nota 16.

la prueba de una *calificación* de la conducta de agresión en el sentido descrito *supra* de la superación de cierto *umbral de violencia*.[70] Una lesión *inequívoca* o *flagrante* de la prohibición de violencia y, con ello, de una guerra de agresión, deberá negarse en todo caso cuando, siguiendo a *Kreß*, se estima que existe una justificación del empleo de la violencia que "no es completamente insostenible".[71] La debilidad de esta posición consiste claramente en la invocación de la premisa de una justificación de Derecho internacional del empleo de la violencia de la coalición de guerra, que el propio *Kreß* considera "difícil de sostener"[72] y que es contraria a la opinión mayoritaria en la doctrina en el Derecho internacional.[73]

Queda entonces solamente la diferenciación entre antijuricidad de Derecho internacional del empleo de la violencia la cual, en cuanto al resultado, también es sostenida por *Kreß*[74] y el carácter inequívoco o flagrante de la antijuricidad de Derecho internacional, que recién torna el empleo de la violencia en el crimen internacional de la guerra de agresión. Sin embargo, ¿sigue siendo esta diferenciación, casi quisquillosa, susceptible de ser fundamentada racionalmente y comprensible en la práctica? ¿Se ofrece de este modo a un tribunal como la CPI un parámetro confiable y aplicable para la delimitación del empleo de violencia meramente antijurídica o ya relevante penalmente desde la perspectiva del Derecho internacional? ¿O acaso no otorga más bien un apoyo a quienes prefieren entregar la decisión de la pregunta central del crimen de agresión, *scil.* la comprobación de conductas de agresión calificadas, al Consejo

70. Cfr. supra 1 en las notas 20 y ss.

71. Kreß, *JZ* 2003, p. 916; detallado el mismo, *ZStW* 115 (2003), pp. 328 y s., 331, en cuanto a que la opinión jurídica de la coalición para la guerra no es "insostenible"; igualmente Simma, *SZ* del 1./2.2.03, p. 11 (= Ambos/Arnold (nota 64), p. 396), defiende la posición que señala que la resolución 1441 sería "ambigua" y "un producto del arte jurídico, un típico caso de una fórmula de compromiso".

72. Kreß, *JZ* 2003, p. 916.

73. Cfr. ya las referencias en nota 64.

74. Kreß, *ZStW* 115 (2003), p. 331.

de Seguridad de la ONU, es decir, a quienes quieren decidir la cuestión de forma exclusivamente política?

En oposición a este intento de desarrollar un parámetro objetivo de delimitación, la *subjetivización* del tipo ya descrita, en el sentido de una *finalidad* específicamente agresiva o antijurídica para el Derecho internacional[75] tiene, al fin y al cabo, la ventaja de otorgar, al menos *prima facie*, un criterio de delimitación más unívoco. De entenderse esta finalidad, siguiendo a *Werle*, en el sentido de una ocupación, anexión o subordinación del Estado agredido, difícilmente se podrá achacar esto a la coalición de guerra, al menos no como *finalidad principal o última* del empleo de la violencia.[76] Con una observación más exacta es posible, sin embargo, formular numerosas objeciones a esta concepción. En primer lugar, esta concepción se ve confrontada al *problema práctico-procesal* referido a cómo debe determinarse el objetivo de un determinado empleo de la violencia. Si se quiere confiar solamente en las declaraciones de la dirección de los estados beligerantes,[77] fácilmente se estará expuesto al reproche de la ingenuidad e inocencia en relación con las "verdaderas" finalidades del empleo de la violencia. Sin embargo, estas verdaderas finalidades – en concreto, por ejemplo, el reproche del cambio de régimen y la explotación de los recursos petrolíferos de Irak – generalmente tampoco pueden probarse de manera confiable.[78] Seguidamente, se presenta la cuestión de cómo ha de *llenarse concretamente* el requerimiento de una finalidad "agresiva" específica. Ya se señaló *supra*[79] que la limitación a finalidades tradicionales de las guerras de agresión, *scil.* la ocupación y la anexión, probablemente

75. *Supra* nota 30.

76. Así Werle (nota 16), n.m. 1161. También Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 331 y ss., estima que la necesaria finalidad, específicamente contraria al Derecho Penal internacional, no estaría dada.

77. Así probablemente Werle (nota 16), n.m. 1159.

78. Cfr. en tal sentido también Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 331 y s., quien parte de la "finalidad declarada" de la coalición para la guerra, *scil.* el desarme de Irak, respecto de lo cual incluso resulta dudoso *a cuál* declaración y *de quién* debe estarse. Al fin y al cabo Wolfowitz, el ministro de defensa subrogante de los EEUU, sostuvo luego de concluida la guerra, en entrevista con *Vanity Fair* (9 de mayo de 2003): "The truth is that for reasons that have a lot to do with the U.S. government bureaucracy we settled on the one issue that everyone could agree on which was weapons of mass destruction as the core reason".

79. Supra 1. en nota 33.

no den cuenta de nuevas formas de agresión. Incluso *Kreß* formula dudas razonables en tal sentido, cuando considera preferible ver el injusto adicional "en la (avisada) lesión de la integridad territorial o de la independencia política (entendidas en sentido estricto) del Estado tenido como objetivo."[80] Finalmente, se presentan numerosos problemas intrincados en relación con la *concepción de la intención* que se encuentra detrás de este concepto. Cuando *Werle* no quiere exigir una "intención en sentido técnico",[81] se presenta inmediatamente la pregunta de cómo quiere comprender sino la exigencia de una finalidad agresiva, defendida por él. ¿Acaso no se trata de un elemento subjetivo del tipo más allá del dolo, que transforma la guerra de agresión en un delito de intención o finalidad equivalente al genocidio?[82] Si se incorpora entonces esta exigencia en la dogmática general sobre la intención, deberá al mismo tiempo distinguirse entre finalidades intermedias, accesorias y últimas de la conducta típica. Según es sabido, no sólo existe una intención respecto de las finalidades últimas o principales del comportamiento típico, sino que también respecto de aquellas intermedias o accesorias, cuando éstas son causadas concientemente y representan resultados (intermedios) deseados en relación con la finalidad última.[83] De este modo, se podrá sostener, que no es posible considerar la subordinación u ocupación de Irak como finalidad última o principal de la coalición de guerra. Sin embargo, por otra parte, resulta difícil cuestionar que representa una finalidad intermedia y un estadio de paso *con miras a la finalidad última* de la desmilitarización y democratización y que, en tal medida, fue cometida "intencionalmente".[84]

De todo ello se sigue que al menos no es posible negar ni afirmar, con una fundamentación incuestionable, la existencia de una guerra de agresión. El Fiscal

80. Kreß, *ZStW* 115 (2003), p. 307.

81. Werle (nota 16), n.m. 1170.

82. Cfr. en tal sentido respecto de la discusión altamente dogmática sobre el genocidio: Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 178 y ss. (p. 179), pp. 231 y ss. (pp. 258 y ss.); la misma, *ZStW* 112 (2000), p. 394 y s. así como Ambos, *AT* (nota 5), pp. 789 y ss., con ulteriores referencias.

83. Cfr. Roxin (nota 35), § 12, ns.ms. 7 y ss. (ns. ms. 10 y s.).

84. En principio también así Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 332 y s.

General Federal evitó la respuesta a esta pregunta mediante la restricción del § 80 por vía teleológica y basada en el Derecho internacional de los conflictos. Estimó que, de este modo, podía dejar abierta tanto la cuestión en torno a si las conductas de apoyo de la RFA constituyen una conducta de agresión, en el sentido del art. 3 (f) de la resolución 3314,[85] como también la pregunta respecto de la admisibilidad en el Derecho internacional de la aplicación de la violencia por parte de la coalición de guerra.[86] Sin embargo, es imprescindible dar respuesta a esta cuestión a fin de poder dilucidar la pregunta aquí planteada acerca de la complicidad de la RFA en una guerra de agresión punible internacionalmente. Si se niega la existencia de una guerra de agresión, quedaría excluida una complicidad de la RFA por faltar un hecho principal relevante desde el punto de vista penal internacional. Si se reconoce su existencia, resulta fácil fundamentar la relevancia para el Derecho Penal internacional de las conductas de apoyo de la RFA como complicidad en una guerra de agresión ajena: por un lado, la concesión de derechos de sobrevuelo, entre otros, representa una conducta de complicidad reconocida en el Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales,[87] por otro, la dirección del Estado, mediante el gobierno federal, ha ocasionado de manera imputable las conductas de apoyo.

## 3. Preparación de una guerra de agresión en el sentido del § 80

### *3.1 Ámbito macro: intervención de Alemania en una guerra de agresión*

La opinión mayoritaria entiende la "intervención" de la RFA en una guerra de agresión no sólo en un sentido activo, sino que también en uno pasivo, por lo

85. Art. 3 (f) abarca la puesta a disposición del territorio nacional soberano para la realización de conductas de agresión.

86. *GBAJZ* 2003, pp. 910 y s.

87. Así también el comentario del *ILC* (nota 59), ch. IV. E. 2., pp. 157 y s, *inter alia*, haciendo referencias al apoyo alemán a la intervención en el Líbano; antes ya el comentario al Art. 27 del proyecto de la ILC sobre la responsabilidad de los Estados (nota 59), p. 102, n. 13.

que incluye la hipótesis de un ataque a la RFA.[88] Al respecto, esta opinión recurre a la voluntad del legislador, ya que las actas legislativas hablan de una "guerra de agresión, en la que ha de ser agredida la RFA, como también...en la que ha de ser agresora...".[89] Seguidamente, se argumenta a través del fin de protección del § 80. Éste también protegería justamente la paz internacional, la que sería amenazada independientemente de si la agresión se dirige en contra o surge desde Alemania.[90] Si esta opinión dominante es acertada o no, puede quedar abierto acá.[91] En nuestro contexto sólo es de relevancia que con ello se favorece una comprensión de *Derecho internacional de los conflictos* en el sentido expuesto *supra* (II. 3.), ya que según ésta sólo interesa la posición del país partícipe como parte del conflicto, independientemente de si es agresor o agredido. El Fiscal General Federal también argumenta desde una perspectiva del Derecho internacional de los conflictos cuando presupone para la conducta típica "que la RFA deba participar como *fuerza estatal conductora de una guerra* bajo implementación de sus fuerzas armadas o de

88. LK-Laufhütte11, § 80, n.m. 3; AK-Sonnen, § 80, ns.ms. 12, 22; Tröndle/Fischer52, § 80, n.m. 4; Lackner/Kühl24, § 80, n.m. 2; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben26, § 80, n.m. 2 [de otro modo aun Stree en la edición anterior]; NK-Paeffgen, § 80, n.m. 18; Steinhausen (nota 34), pp. 89 y ss.; Müller (nota 15), pp. 92 y s.; Werle (nota 16), n.m. 1180 (pero contradictorio en n.m. 118 al final); sin resolver en MüKo-Classen, § 80, n.m. 29. Con opinión distinta Schroeder, *JZ* 1967, p. 47; Maurach/Schroeder/Maiwald (nota 34), § 90, n.m. 6.

89. Cita de la BT-Drucksache [publicación del parlamento federal alemán, n. del Tr.] V/2860, p. 2. Así también Wulf, Maaßen, Güde, Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. período de elecciones, 100ª sesión, p. 1987; opinión distinta, sin embargo, Arndt, ibíd. Respecto de las contradicciones en las deliberaciones Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 345 y s.

90. Cfr. Steinhausen (nota 34), pp. 90 y s.

91. Schroeder, *JZ* 1967, p. 47, ya señaló tempranamente que la valoración y/o tendencia incluida en el concepto de "guerra de agresión" impedía considerar a la víctima como interviniente, por lo que el § 80 sólo podía abarcar una agresión (activa) de la República Federal de Alemania (de acuerdo Schönke/Schröder-Stree25, § 80, n.m. 2; Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 338, 348). A favor de la opinión dominante está, sin embargo, al fin y al cabo, la circunstancia que una limitación a la guerra de agresión activa puede ser formulada con mayor claridad, cfr. en tal sentido, solamente Baumann et al., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*. BT. Politisches Strafrecht, 1968, p. 5: "Friedensverrat: Wer es unternimmt, Streitkräfte der BR Deutschland zu einem Angriffskrieg oder zu einem bewaffneten Überfalls auf ein Gebiet außerhalb der BR einzusetzen, oder wer einen solchen Einsatz vorbereitet, wird wegen Friedensverrats ... bestraft" (extraído desde AK-Sonnen § 80 n.m. 5).

forma *comparablemente* masiva."[92] La perspectiva de *Derecho internacional de los conflictos* tiene, por cierto, la consecuencia ulterior, que meras actuaciones de apoyo en favor de una parte del conflicto – como la de Alemania en la guerra de Irak – por regla general, no pueden abarcarse por la "intervención" en el sentido del § 80.[93] Esto porque, desde la perspectiva del Derecho internacional de los conflictos, se debe distinguir entre una co-dirección de la guerra ("cobelligerency") y una mera prestación de ayuda en favor de la parte que dirige la guerra. Mientras que con aquella se transforma un Estado en una de las partes que dirige la guerra, con ésta no se sobrepasa el umbral relevante de participación desde la perspectiva del Derecho internacional de los conflictos.[94]

Esta consecuencia podrá ser la deseada desde la perspectiva de los responsables de las decisiones políticas y del Fiscal General Federal, ya que con ello se puede rechazar el § 80 sin aclarar la posible existencia de una guerra de agresión[95] y de las preguntas subsecuentes en torno a la intervención punible individual;[96] ella es, sin embargo, por varias razones insatisfactoria. Desde una perspectiva de la *sistemática penal* se crea para el § 80 una dogmática penal especial de Derecho internacional de los conflictos que deja sin efecto las reglas generales de intervención punible. En contra del concepto de intervención punible del § 28 II, se limita la participación en el § 80 a el o los autores, vale decir, a los Estados autores, que a su vez son partes del conflicto y se excluye de la responsabilidad penal a aquellos que, perteneciendo a la cúpula de dirigentes en los Estados cómplices, apoyan la guerra de agresión. Resulta cuestionable, desde el punto de vista del Derecho internacional y de la política-criminal, que a partir de esta po-

92. *GBA JZ* 2003, pp. 911 (destacado por el autor).

93. En cuanto al resultado igualmente Steinhausen (n.34), p. 89; Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 337 s.; así también probablemente Müller (n. 15), p. 93 al final.

94. Cfr. Steinhausen (n. 34), p. 89, el que en este sentido habla de una neutralidad "benévola" y/o "discriminatoria"; así también Kreß, *ZStW* 115 (2003), p. 338.

95. Cfr. supra II. 4. en n. 82 y ss.

96. Al respecto inmediatamente *infra* 2.

sición sea punible la preparación de una guerra *en contra* de la RFA, pero no lo sea la participación alemana en una guerra agresión *ajena*, un comportamiento, por ende, que al menos desde la perspectiva de las víctimas de la agresión presenta un mayor desvalor de injusto que la preparación en calidad de autor de una guerra en contra de la RFA. Finalmente, ha de considerarse, desde la perspectiva del *fin de protección* de la norma, que el § 80 al menos debe proteger también la paz mundial *de* guerras de agresión alemanas,[97] vale decir, que junto a la legítima componente egoísta incluye también una altruista. Desde este punto de vista, sin embargo, es difícil comprender que se sancione solamente la preparación en calidad de autor y no la complicidad a la preparación de una guerra de agresión. Al fin y al cabo la literatura constitucional mayoritaria parte de la afirmación que el art. 26 GG (Constitución federal alemana, n. del tr.) prohíbe la complicidad en una guerra ajena con fines contrarios al Derecho internacional.[98] De ello resulta, como sostiene correctamente *Kreß*, que "forma parte de la teleología del § 80, en relación con el art. 26 GG, el promover que Alemania no extienda su mano para apoyar guerras de agresión ajenas".[99] Por todas estas razones, ha de sustituirse un concepto de intervención punible basada en el Derecho internacional de los conflictos, por uno del *Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales*. Esto, porque el Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales reconoce una participación en forma de complicidad – ¡no así de inducción! – respecto de una conducta contraria al Derecho internacional (cfr. *supra* II. 3.) y abarca, de ese modo, también el apoyo de una guerra de agresión ajena por parte de un Estado cómplice.

97. Güde, Arndt, Protokolle (n. 86), p. 1987; cfr. también Klug (n. 36), p. 167; Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 345 y ss. (p. 348); *GBA JZ* 2003, p. 911 ("evitar que desde suelo alemán vuelva a desencadenarse una guerra"); en favor de una protección mediata de la paz mundial: NK-Paeffgen, § 80, n.m. 1; Kreß, op. cit., p. 348.

98. Cfr. Dreier/Pernice, GG, tomo 2, art. 26, n.m. 17; Doehring, *Handbuch des Staatsrechts*, t. VII, § 178, n.m. 34; Maunz/Dürig, GG, art. 26, n.m. 29.

99. Kreß, *ZStW* 115 (2003), p. 339.

## *3.2 Ámbito micro: intervención punible individual en la preparación de una guerra de agresión*

Si se sigue la argumentación recién expuesta y, de ese modo, se parte de la base que en el ámbito macro es posible una complicidad a una guerra de agresión ajena, se presenta en el ámbito micro, *en este sentido*, la pregunta respecto de la participación individual en el Estado cómplice. Se trata, por ende, de las últimas dos de las cuatro constelaciones penales *individuales* presentadas inicialmente (*supra* I.):

- autoría individual al interior del "Estado cómplice" y
- participación individual al interior del "Estado cómplice"

Al respecto, no tiene incidencia en la pregunta sobre la participación individual el lugar de comisión del hecho, vale decir, Estado del autor o del cómplice.

### *3.2.1 Autoría individual al interior del Estado cómplice*

En el caso de una guerra de agresión se trata, desde una perspectiva penal internacional, de un delito de dirigentes (*supra* II. 2.). El legislador federal alemán quiso ratificar esta valoración, eso si, sin limitar expresamente el ámbito de los autores a las personas dirigentes.[100] En cambio, el § 80 aparece a primera vista como un delito común ("el que")[101] cuyo círculo de autores se quiere restringir mediante el, en este sentido doblemente limitante, requisito de la producción causal del peligro de una guerra.[102] Según la doctrina dominante, entran en consideración como autores solamente personas que, en razón de su autoridad o posición clave se encuentran, en realidad, en una situación de poder provocar un peligro de guerra

100. Cfr. Güde, Arndt y Maaßen, *Protokolle* (n. 86), pp. 1.983f.

101. Respecto de la problemática de los extranjeros como autores del § 80 véase Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 342 y ss.

102. Junto a la restricción con miras al círculo de autores alcanzado de ese modo, este elemento del tipo lleva *per se* a una restricción, toda vez que se interpreta desde una perspectiva del Derecho internacional de los conflictos (cfr. Kreß, *JZ* 2003, p. 914).

para la RFA.[103] En realidad, se trata de las personas ya perseguidas en Nuremberg y mencionadas en el § 85 DDR-StGB (Código Penal de la República Democrática de Alemania, n. del tr.) que se encuentran en "una función responsable sea estatal, política, militar o económica". Por eso, el legislador habría hecho mejor en limitar el ámbito de los autores a estas personas y transformar, de tal modo, el § 80 en un verdadero delito de sujeto especial, en vez de uno pseudo especial.[104]

Sea como fuere, está claro que personas que se encuentran al margen del ámbito de dirección como "*extranei* a la dirección" no pueden ser, en todo caso, autores en el sentido del § 80. Por supuesto, los *intranei* pueden estar relacionados en forma de coautoría.[105]

### *3.2.2 Participación individual al interior del Estado cómplice*

Se discute si es, en general, posible una participación punible en el § 80. La discusión se basa en la peculiar configuración de la regulación como pseudo delito especial. Por lo tanto, también en este sentido es preferible la construcción como un verdadero delito especial. Esto porque, mientras en éstos se aplican las reglas de participación generales, especialmente la relajación de la accesoriedad del § 28, resulta con muy buenas razones discutible en el § 80, ya que la admisión de una punibilidad de *extranei* como partícipe burlaría la limitación deseada a los *intranei*.[106] La posición contraria, que pretende aplicar las reglas de participación

103. NK-Paeffgen, § 80, n.m. 24; LK-Laufhütte11, § 80, n.m. 9; SK-Rudolphi6, § 80, n.m. 10; AK-Sonnen, § 80, n.m. 31; Maurach/Schroeder/Maiwald (n. 34), § 90, n.m. 8; Tröndle/Fischer52, § 80, n.m. 9; de modo indirecto probablemente también Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben26, § 80, n.m. 6 ("medidas de especial peso"). En contra de la restricción a representantes del poder estatal MüKo-Classen, § 80, n.m. 34. Cfr. también Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 340 y s.

104. Crítico también Schroeder, *JZ* 1969, pp. 47 y s.

105. Por lo que las aprehensiones de Schroeder, *JZ* 1969, p. 48 no convencen: siempre, pues, debe tratarse de un coautor dirigente!

106. Así originalmente LK-Willms10, § 80, n.m. 9; de acuerdo SK-Rudolphi6, § 80, n.m. 10; NK-Paeffgen, § 80, n.m. 26; Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 340 y s. El posterior argumento, que no

en forma ilimitada,[107] excede la estructura típica específica del § 80. *Sonnen* mostró una salida a este dilema proponiendo una diferenciación entre autoría y participación *al interior* de los *intranei*.[108] De ese modo, se mantiene la limitación de la punibilidad a personas dirigentes; sin embargo, se distingue al interior de *este* grupo según autoría o participación. En principio, esto resulta convincente en cuanto a la construcción, ya que efectivamente existen al interior del grupo de dirigentes distintas competencias y responsabilidades.[109] Así, al Canciller Federal, como Jefe de Estado, le corresponde una mayor responsabilidad en razón de su competencia directiva que al respectivo ministro del ramo; éste a su vez, por ejemplo, el ministro de defensa y/o de relaciones exteriores, carga con una mayor responsabilidad respecto de una decisión militar que el ministro de transportes o del medio ambiente. Más allá habrá que distinguir en relación con las personas que no pertenecen formalmente al gabinete ministerial, pero que, como asesores o expertos, tienen una influencia determinante sobre las decisiones del gabinete. Este grupo de personas se extiende mucho más allá del entorno inmediato del gabinete y se ubica en parte en la administración pública especializada, de preferencia en los servicios secretos y de seguridad. Sin embargo, con ello ya se hace patente un primer problema *práctico* al intentar un criterio diferenciador al interior de los *intranei*: la estratificación según distintas formas de intervención, perfectamente posible en cuanto a su construcción, no siempre se puede llevar a cabo en forma abstracta con suficiente precisión como para poder permitir una diferenciación entre las distintas formas de intervención. Los conocidos problemas en la diferenciación entre autoría y participación (complicidad) se potencian. Sin embargo, debe

sería posible una participación en conductas preparatorias (LK-Willms10, §§ 80, n.m. 9, 83, n.m. 11), no convence en cuanto a su construcción y, además, es cuestionado (cfr. solamente Jescheck/Weigend, *Strafrecht-AT*5, § 49, VI. 3).

107. LK-Laufhütte11, § 80, n.m. 9; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben26, § 80, n.m. 6; MüKo-Classen, § 80, n.m. 34; Tröndle/Fischer52, § 80, n.m. 9.

108. AK-Sonnen, § 80, n.m. 32.

109. Parecido NK-Paeffgen, § 80, n.m. 26.

reconocerse a su vez, que la *inseguridad en la diferenciación* no se limita a la participación al interior de los *intranei*, sino que representa una dificultad estructural propia de un tipo concebido como crimen de dirigentes, ya que no se puede establecer en forma abstracta con una seguridad definitiva quién pertenece al plano de dirigentes y quién no. El problema ya fue descrito *supra* al tratarse de la exégesis de las fuentes del Derecho Penal internacional (II.2.).

Un siguiente problema consiste en que el § 80, mediante la *preparación* de la guerra de agresión, basa la punibilidad en una conducta típica que, desde la mera complicidad hasta la autoría, abarca todo lo que objetivamente es apto para provocar una guerra de agresión.[110] La reducción teleológica a conductas de un especial peso[111] no modifica nada en cuanto a que una conducta típica, concebida de un modo tan amplio, es sumamente inadecuada para dar cuenta de las valoraciones diferenciadas de la dogmática de la intervención punible. Expresado de otro modo: si la conducta típica efectiva del § 80 acoge todas las formas de intervención, las diferenciaciones dogmáticas respecto de la intervención punible se tornan sin sentido ya que todo interviniente, independientemente de su aportación al hecho, siempre puede ser (solamente) preparador de una guerra de agresión.[112] Si se analiza con exactitud, la configuración del § 80 se orienta por un modelo unitario de autoría en el cual, por cierto, el preparador sólo es autor por la construcción típica, siendo en realidad solamente partícipe, ya que, precisamente, por regla general, conductas de preparación fundamentan únicamente una participación y no una autoría. La "autoría" del § 80 es, en esencia, una participación; autoría puede ser, en esencia, sólo la dirección de una guerra de agresión. ¡la que precisamente no es abarcada por el § 80! En tal sentido puede afirmarse, por ende, que el § 80 establece un modelo unitario de *participación*.

110. LK-Laufhütte11, § 80, n.m. 4; NK-Paeffgen, § 80, n.m. 14; Maurach/Schroeder/Maiwald (n. 34), § 90, n.m. 7: "toda promoción objetiva". También Müller (n. 15), p. 90; Hummrich, (n. 13), p. 208.

111. LK-Laufhütte11, § 80, n.m. 4; NK-Paeffgen, § 80, n.m. 14; Maurach/Schroeder/Maiwald (n. 34), § 90, n.m. 7; también *GBAJZ* 2003, p. 911.

112. Parecido seguramente Kreß, *ZStW* 115 (2003), p. 341.

Obviando esta dificultad práctica y dogmática, la proposición de *Sonnen* sí indica sobre un problema del § 80 que, ya desde una perspectiva de justicia, requiere una solución, *scil.* La alta *penalidad* que amenaza a todos los actos preparatorios subsumibles bajo el § 80. La restricción típica a conductas de especial peso otorga aquí sólo una ayuda insuficiente, no tanto por indeterminación, sino que, en mayor medida, porque sólo extrae un ámbito pequeño de actos preparatorios del tipo legal y con ello mantiene, dentro del ámbito de lo punible, un espectro amplio de actos de preparación de diversa índole que posiblemente no merezcan todos una pena mínima de 10 años. Si, en tal caso, el juez de primera instancia es de la opinión que un determinado acto de preparación equivale en su contenido de injusto sólo a una conducta de complicidad, resulta posible una aplicación analógica y orientada a los resultados del § 27 II y, con ello, una atenuación conforme al § 49. La propuesta, en tal sentido, de *Kreß*[113] merece, por lo tanto, aprobación. Sin embargo, debería diferenciarse con exactitud entre el plano macro y micro: la atenuación de la pena no se refiere a la complicidad estatal en el ámbito macro, sino que al carácter cooperador de los actos individuales preparatorios en el ámbito micro. La comparación hecha por *Kreß*[114] respecto del peso de los actos preparatorios puede, hasta cierto punto, confundir, ya que precisamente no se trata de una conducta de poco peso – ¡qué ya estaría excluida del tipo! – sino que de una conducta preparatoria en el sentido del § 80 que, sin embargo, no justifica una pena mínima de 10 años.

### *3.3.3 La faz subjetiva*

Según la doctrina dominante el "autor", en el sentido del § 80, debe actuar sólo con dolo eventual en relación con la calidad de su conducta para la preparación

113. Kreß, *ZStW* 115 (2003), pp. 341 y s.

114. Ibid. con n. 238.

de una guerra de agresión y la consiguiente causación de un peligro de guerra.[115] Si bien es posible construir el § 80 como un delito de intención en forma de un delito de resultado cortado, tomando en consideración la *intención* perturbadora de la paz del art. 26 GG[116] o la finalidad especial de la guerra de agresión discutida a nivel del Derecho Penal internacional[117] no convence, sin embargo, esta construcción desde la perspectiva de la dogmática penal. Porque si el § 80 se refiere efectivamente a una conducta de preparación con miras a la verdadera guerra de agresión, entonces los "autores" del § 80, como ya se ha señalado *supra*, son en realidad partícipes (cómplices) y, como tales, deben solamente conocer las intenciones particulares del autor principal – autor de la verdadera guerra de agresión – y no poseerlas ellos mismos. En tal sentido, vale aquí lo mismo que respecto de la intención destructora en el genocidio: el cómplice sólo debe conocerla, vale decir, saber que actúa como parte de un acto completo con carácter de genocidio, no así querer, él mismo, destruir al grupo protegido.[118] Por lo demás, la subjetivización de los delitos políticos como la agresión siempre alberga el peligro de un Derecho Penal sancionador de meras convicciones. NdelTr-119 Finalmente, acá también valen las objeciones presentadas en la discusión desde la perspectiva del Derecho Penal internacional.[120]

115. Cfr. LK-Laufhütte11, § 80, n.m. 8; NK-Paeffgen, § 80, n.m. 23; AK-Sonnen, § 80, n.m. 29; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben26, § 80, n.m. 8; SK-Rudolphi6, § 80, n.m. 9.

116. Maunz/Dürig, GG, art. 26, n.m. 15; Müller, (n. 15), pp. 95 y s.

117. Cfr. ya supra II. 1. con nota 30 y 4. con nota 72 y ss.

118. Cfr. Ambos, *AT* (n. 5), p. 789 y ss. (pp. 794 y s.) con ulteriores referencias; el mismo en: Vohrah et al., (n. 59), p. 11 (pp. 18 y ss., 23). Igualmente Vest, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 243 (con n. 33), pp. 248, 265, 385; Eser, en: Cassese/Gaeta/Jones (nota 16), p. 806; Werle, (n. 16), n.m. 416; Jones, en Vohrah et al., op. cit., p. 467 (p. 479).

NdelTr. El original emplea acá el término "Gesinnungsstrafrecht", empleado frecuentemente a propósito de la problemática de la extensión de los tipos a ciertos credos o convicciones políticas, de modo que no puede equipararse completamente con la noción de *Derecho Penal de autor* opuesto a un *Derecho Penal del hecho* y que abarca una gama más amplia de problemas relacionados con los límites al ius puniendi.

119. Cfr. ya Schroeder, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, pp. 297 y ss.

120. Cfr. supra II. 4. con nota 72 y ss.

## 4. Conclusiones

En el otorgamiento de conductas de apoyo a una guerra de agresión ajena por parte de la RFA, como en el caso de la guerra de Irak, es posible reconocer una punibilidad de miembros del gobierno federal[121] cuando se ocasiona un peligro de una guerra para la RFA por medio de las conductas de apoyo y los intervinientes han actuado al respecto dolosamente. En este sentido, ha de reconocerse (y en ello coincidir con el Fiscal General Federal),[122] que el elemento típico de la causación de un peligro de guerra, en los casos de complicidad estatal, sólo debería poder afirmarse en casos excepcionales. De todos modos, es válido en principio: en un caso tal la RFA actúa en el *ámbito macro*, desde la perspectiva correcta penal internacional, como Estado cómplice. Aquellos que participan individualmente de las decisiones de apoyo pueden – en el ámbito micro, tanto en el estado autor como en el cómplice – actuar como autores o partícipes, en la medida que puedan ser incluidos en el plano directivo. Las aportaciones de los *intranei* pueden ser escalonadas *entre ellas*, mientras que *a limine* queda excluida la punibilidad de los *extranei*. Si uno de los *intranei* presta una aportación en términos de complicidad, puede considerarse una atenuación de la pena según los §§ 27 II y 49, en la me-

121. La problemática de la causalidad e imputación de las diferentes aportaciones en el marco de tomas de decisión colectivas no puede ser profundizada acá. Sin embargo, debiera estar claro que, por un lado, la *aprobación* de un acuerdo de apoyo fundamenta una responsabilidad del aprobante mientras que, por otro lado, el *rechazo* de tal acuerdo excluye la responsabilidad ya que el rechazante escapa mediante su rechazo de la decisión en favor del hecho producido por el colectivo y por ello no le son imputables las conductas típicas basadas en tal decisión (cfr. Jakobs, libro homenaje a Miyazawa (1995), pp. 421 y ss.; diferenciado, sin embargo, En cuanto al resultado también Dencker, en: Amelung (ed.), *Verantwortung* (2000), pp. 63 y ss. (pp. 68 y s., 70); Rodríguez Montañés, libro homenaje a Roxin (2001), pp. 310 y ss. (pp. 316 y ss.); Schönke/Schröder-Cramer/Heine26, § 25, n.m. 76b). Todas las demás configuraciones de casos son controvertidas y presentan, a la vez, cuestiones complejas de causalidad (cumulativa) y de imputación objetiva (cfr. *Jakobs*, op. cit., pp. 419 y ss.; *Dencker*, op. cit., pp. 63 y ss.; el mismo, *Kausalität und Gesamttat*, 1995, pp. 179 y ss., pp. 217 y ss. [pp. 219, 224 y s.]), respecto de lo cual sería determinante si el comportamiento en la votación, individualmente considerado, aumenta el riesgo para la ocurrencia del resultado global (sobre ello también Vest, [nota 115], pp. 324 y ss.). Con detalle respecto de esta problemática también Knauer, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, 2001, pp. 83 y ss., 159 y ss. y passim.

122. *GBA JZ* 2003, p. 911.

dida que la aportación sea realmente de un peso suficiente como para ser considerada como conducta preparatoria en el sentido del § 80.

El problema de la aplicabilidad práctica del § 80 se encuentra principalmente en que el tipo es *accesorio desde el punto de vista del Derecho Penal internacional*, ya que la punibilidad depende de una guerra de agresión (ajena), es decir, de un término que debe determinarse de conformidad al Derecho Penal internacional (II.1.). Por lo tanto, la punibilidad del dirigente (*intranei*) del Estado cómplice queda excluida cuando no se está en presencia de una guerra de agresión, desde el punto de vista del Derecho Penal internacional. Su existencia sólo puede calificarse en la actualidad de forma hipotética por carecerse de una definición asegurada en el Derecho Penal internacional (II.4.). Por cierto, esto significa para el futuro que la intervención en guerras contrarias al Derecho Penal internacional *puede* llevar perfectamente a una punibilidad por la preparación de una guerra agresión en el sentido del § 80.

# Los delitos genéticos: ¿función preventiva o función (meramente) simbólica?*

Sergio Romeo Malanda
Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano.
Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco.

**Sumario:** 1. Introducción – 2. La criminalidad genética en la llamada "sociedad del riesgo": 2.1 La tendencia expansionista del derecho penal y su trascendencia para la biotecnologia; 2.2 La criminalización de las intervenciones genéticas sobre los seres humanos. Algunos ejemplos en el Derecho comparado – 3. Función simbólica del derecho penal y función "exclusivamente" simbólica del derecho penal: 3.1 La función simbólica como manifestación de la función preventivo-general positiva del derecho penal; 3.2 Crítica a la función "exclusivamente" simbólica del derecho penal; 3.3 Función simbólica del derecho penal y criminalización de las intervenciones genéticas: hacia una modernización del derecho penal también en el ámbito biotecnológico – 4. La correcta técnica legislativa como forma de evitar la exclusividad del simbolismo en los delitos genéticos: 4.1 La correcta delimitación de los bienes jurídicos dignos de protección: 4.1.1 Primera hipótesis: bienes jurídicos colectivos; 4.1.2 Segunda hipótesis: bienes jurídicos individuales; 4.2 Otros elementos que deben tenerse en cuenta para una correcta técnica legislativa *de lege ferenda* – 5. Bibliografia.

**Resumen:** El propósito de este artículo es analizar si la criminalización de ciertos comportamientos en el ámbito de la genética humana busca la protección

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación "Derecho penal y nuevas tecnologías: sobre los intentos de adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico", con código de Referencia SEJ 2005-07489, subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia, y del que es investigador principal el profesor Carlos M. Romeo Casabona.

real y efectiva de bienes jurídicos o, por el contrario, su finalidad es exclusivamente simbólica. Para ello, el trabajo se divide en dos partes claramente diferenciadas. Por un lado, pone de manifiesto cómo la función simbólica es inherente al derecho penal y debe valorarse positivamente. Los problemas surgen cuando el lesgislador crea un nuevo delito con esa única finalidad. Y es precisamente en ámbitos novedosos, como la genética humana, donde se corre un especial riesgo en pretender utilizar el derecho penal para calmar los temores de la sociedad. Por otra parte, si bien se admite que el derecho penal preventivo es compatible con la punición de algunas conductas relacionadas con las intervenciones genéticas en el ser humano, la respuesta definitiva a favor o en contra de la existencia de estos delitos queda pendiente de la valoración de cómo los plasme el legislador en el texto legal. Por ello, la segunda parte de este trabajo analiza las técnicas legislativas de tipificación penal, pues la efectividad preventiva de estos delitos, su justificación político-criminal y que pueda tacharse o no a los mismos por su efecto meramente simbólico dependerá, en último extremo, de que se hayan satisfecho correctamente en su tipificación unas premisas de técnica legislativa.

**Palabras-clave:** Bienes jurídicos – Biotecnología – Delitos de acumulación – Expansión del derecho penal – Función simbólica – Funciones de la pena – Modernización del derecho penal – Política criminal – Principio de mínima intervención – Sociedad del riesgo – Técnica legislativa.

## 1. Introducción

El desarrollo de la ciencia y la aplicación de sus logros o resultados, en concreto de las técnicas de la ingeniería genética recombinante, normalmente vinculadas a las de reproducción asistida, han provocado un cúmulo de consecuencias paradójicas que pueden traducirse tanto en la posibilidad inmediata de resolver problemas importantes que aquejan a los seres humanos, cuanto en la posibilidad de generar

otros más que lleguen a ser fatales, no sólo para las personas sino para la especie humana en su conjunto.[1] De esta forma, lo que hasta hace poco se mantenía como el paradigma que identificaba en general todo avance científico como un beneficio para la humanidad se ha venido abajo, pues hoy en día, a raíz del desarrollo en áreas del conocimiento humano como la genética, y que tienen más directamente que ver con la vida humana, la situación de neutralidad de la ciencia ha cambiado con respecto a sus consecuencias. Y es que ya nadie pone en duda que si bien el avance tecnológico ha sido un instrumento que históricamente ha permitido al hombre alcanzar importantes cotas de satisfacción de necesidades y de disfrute de derechos, hoy día también conlleva un potencial riesgo para el mismo ser humano y su entorno.

Por esta circunstancia se plantea el interrogante de cómo conciliar los beneficios generados por el desarrollo de la ciencia sin limitar la investigación y el progreso intrínseco de ésta para el hombre y los riesgos intolerables para la humanidad en su conjunto.

Las intervenciones que ha realizado el derecho a este respecto se han caracterizado por su precipitación, explicable en gran medida por la opción de ofrecer tranquilidad a través de las normas jurídicas (también de las normas penales), antes que a través de la promoción del debate que desmitifique el tema y deslinde adecuadamente realidad y ficción. La conjunción de todas estas circunstancias se refleja en los problemas que presentan la gran mayoría de las legislaciones que han abordado estas cuestiones: dificultades interpretativas, incoherencias dentro de ellas mismas y también con otras ramas del mismo ordenamiento jurídico, etc.

En la actualidad existe un importante debate en la ciencia del derecho penal acerca del papel que esta rama del derecho debe jugar en la compleja sociedad en la que nos ha tocado vivir.

1. Así lo reconoció también la Asociación Internacional de Derecho penal, en la reunión celebrada en Viena en el año 1988, dentro del Coloquio sobre *Derecho penal y técnicas biomédicas modernas*.

Por un lado, existe la indiscutible tendencia actualmente vigente en la mayoría de las sociedades de dar respuesta a todos los problemas provocados por el desarrollo económico, tecnológico, etc., a través del derecho penal. En este contexto, se entiende que la sociedad solicite y el legislador intervenga para llenar el vacío o laguna penal que las modernas biotecnologías han originado, ya sea a través de la tipificación de nuevas modalidades lesivas para bienes jurídicos tradicionales (individuales o colectivos), ya sea a través de la configuración de nuevos bienes jurídicos (individuales o colectivos). Se trata del fruto de una moderna concepción del derecho penal, que lo sitúa como un elemento más de la política del Estado, donde el principio de ofensividad se emplea como un criterio fundamentalmente criminalizador, que ni siquiera exige una reflexión mínima acerca de los nuevos objetos jurídicos de protección o de las nuevas modalidades lesivas que se pretende tipificar.

Frente a esta tendencia, existe un importante sector de la doctrina penalista que pone en duda la conveniencia e, incluso, la eficacia misma del recurso del derecho penal para hacer frente a los comportamientos indeseables socialmente que pueden derivarse de las biotecnologías. Esta discusión habría que situarla en otra más amplia en la que se discute la legitimidad de la intervención del derecho penal para hacer frente a los nuevos peligros y riesgos vinculados con actividades más complejas en la vida social: la actividad económica y financiera; las actividades industriales y biotecnológicas; la expansión de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, etc.

Este discurso despenalizador insiste en que los caminos que hay que transitar en los sectores que he mencionado – por consiguiente, también en la biotecnología humana – son muy diferentes: controles sociales, formales y no formales, de muy diversa naturaleza y recursos jurídicos vinculados fundamentalmente al derecho administrativo, de modo que quedaría un espacio muy limitado para el derecho penal, incluso ninguno para las posiciones más extremas.

Así pues, es absolutamente necesario aclarar cuál debe ser el papel del derecho penal del siglo XXI, cuál debe ser la forma del derecho de enfrentarse a los nuevos avances técnicos y científicos y a una nueva sociedad tecnificada y globalizada que no se parece en nada a aquélla en la que se desarrolló el tan de moda derecho penal liberal. En otros términos, nos referimos a si se cree aún en la eficacia y en la capacidad garantista de los principios clásicos del derecho penal, o si bien nos hemos rendido frente a la constatación de que el instrumento más lesivo de que dispone el Estado, la *ultima ratio*, ha devenido modernamente en *prima ratio*, y que las garantías consolidadas a partir de la Ilustración, no sólo como defensa del ciudadano, sino también como legitimación misma de la intervención punitiva, ahora no son sino un mero obstáculo.

A la luz de tales consideraciones, en el presente trabajo se analizará el papel que le corresponde jugar al derecho penal ante el continuo avance de las ciencias biológicas, en especial de la genética. O dicho de otra manera, hasta que punto esta rama del derecho está capacitada para cumplir los fines a los que debe servir, en especial, su función primordial de protección de bienes jurídicos. Así pues, comenzaré con una exposición general de la tendencia existente en la actualidad a incluir en las legislaciones penales una serie de delitos relativos a las intervenciones genéticas sobre seres humanos,[2] lo cual se ha incluido dentro de la tendencia criminalizadora que ha supuesto la calificación de la sociedad moderna como "sociedad del riesgo". Tras ello, me centraré en el análisis de dos cuestiones trascendentales: en primer lugar, si el derecho penal puede desempeñar en este

2. Con el empleo del término *intervenciones genéticas* se pretende abarcar otros supuestos, además de las manipulaciones genéticas. Esto es, junto a las modificaciones del patrimonio genético, me quiero referir igualmente a otras intervenciones de tanta importancia como son las técnicas de clonación, en sus diferentes variantes, es decir, todas aquellas conductas que sin suponer una modificación del genoma, si requieren intervenciones sobre el mismo, esto es, conductas que implican un manejo del material genético y conllevan, en consecuencia, una serie de actuaciones sobre éste. En consecuencia, no tiene cabida en este estudio un análisis particularizado de las técnicas de reproducción asistida, aunque puedan tener cierta importancia en unión con la ingeniería genética, por suponer un importante apoyo a la misma.

ámbito con plenas garantías su función de protección de bienes jurídicos o si, por el contrario, tendrá un papel exclusivamente simbólico; y en segundo término, expondré los elementos que, a mi juicio, deberá respetar la legislación penal aprobada al afecto para no ser tachada de exclusivamente simbólica, uno de los cuales es, sin lugar a duda, la correcta determinación de los bienes jurídicos dignos de protección, pues una correcta técnica legislativa debe tener, en todo caso, presente cual o cuales son los bienes jurídicos de referencia, para proceder a la redacción de un tipo penal que pueda servir de forma efectiva a su tutela.

## 2. La criminalidad genética en la llamada "sociedad del riesgo"

### *2.1 La tendencia expansionista del derecho penal y su trascendencia para la biotecnología*

Probablemente una de las cuestiones de debate más interesantes en la actualidad en el seno de la doctrina penalista es la referente al papel del derecho penal en la sociedad moderna.

De esta forma, como ya avanzaba más arriba, frente a las continuas críticas a las tendencias expansionistas (reales) del derecho penal, surgen otras voces que propugnan una modernización del mismo que asuma e integre los nuevos riesgos sociales desconocidos hasta ahora, de tal forma que se justifique la criminalización de nuevas conductas que protejan bienes jurídicos distintos a los estrictamente personales (vida, integridad personal, libertad, honor etc.) y patrimoniales. La sociedad está cambiando y ello supone necesariamente una modificación de las formas de enfrentarse a los nuevos riesgos, para las personas pero también para la comunidad, que aparecen en este contexto. Lo contrario, es decir, seguir manteniendo una postura anclada en los principios tradicionales, puede suponer la configuración de un sistema jurídico que no sirva para dar solución a los nuevos conflictos emergentes. El sistema penal, se dice, asume un nuevo cometido: la prevención de

riesgos de procedencia humana que eluden el "control" de las instituciones y entrañan amenazas para los usuarios, consumidores, medio ambiente, etc.[3]

Y es que la sociedad actual se caracteriza por una serie de problemas (surgidos con relación al medio ambiente, la biotecnología, la globalización económica, las tecnologías de la comunicación, etc.) que no pueden ser bien resueltos con los esquemas tradicionales del derecho penal clásico, pero que precisan una respuesta urgente.[4] Surge así el llamado "derecho penal del riesgo", entendido como un derecho penal adaptado a las nuevas exigencias planteadas por la sociedad moderna caracterizada como una "sociedad del riesgo", fuertemente industrializada y tecnologizada, amenazada por nuevas fuentes de peligro creadas, entre otros, por la intervención del ser humano, en la que se encontraría sin duda alguna la biotecnología, y en especial la biotecnología basada en la ingeniería genética.

En definitiva, se ha constatado la necesidad de construir un derecho penal "moderno" más idóneo para resolver estas cuestiones. El ámbito principal donde se produce esta renovación del derecho penal es fundamentalmente, aunque no exclusivamente, en la parte especial del código penal[5] (delitos derivados del uso de la informática, delitos relativos a la manipulación genética, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, delitos relativos a la protección de la flora y la fauna, entre otros). Pero ello no debe extrañarnos pues, como pone de relieve Corcoy Bidasolo, "(e)s lógico que en una sociedad distinta surjan nuevas formas de criminalidad, porque el crimen va unido al hombre y todos los medios que sirven y que son útiles para el desarrollo del hombre y de la sociedad – informática, industrialización, comunicación, genética... –, también se pueden utilizar de modo contrario a los intereses generales".[6] Así pues, en estas materias, el nuevo código

3. Suárez González, *La función del derecho penal*, p. 373.

4. Martín Uranga, *La función del derecho penal moderno*, p. 317.

5. Vid. Hassemer, Rasgos y crisis del derecho penal moderno, pp. 236 y 241; Gracia Martín, *La modernización y expansión del derecho penal*, p. 58.

6. Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 189. En cualquier caso, hay que reconocer que la llamada modernización del derecho penal no se refiere única y exclusivamente (es más, ésta no

penal tiende más a penalizar las nuevas conductas que a despenalizarlas, esto es, a ampliar o incorporar nuevos tipos penales. La duda que surge es si con este planteamiento no se están debilitando algunos de los principios básicos y garantías del derecho penal clásico, que son además derechos fundamentales a los que no se ha de renunciar por ser consustanciales al Estado de derecho.[7]

Es por ello que quienes critican esta "modernización" del derecho penal, esta adecuación de esta rama del derecho a la nueva realidad social, se opongan encarecidamente a todas las manifestaciones del mismo, entre las que pueden citarse, a modo de ejemplo, la anticipación de la tutela de los bienes jurídicos por medio de la configuración de tipos de peligro abstracto y la elaboración de delitos protectores de bienes jurídicos de naturaleza colectiva o supraindividual.[8] Dentro de esta crítica se encuentra también la consideración de muchas de estas nuevas conductas delictivas como "exclusivamente" simbólicas y carentes de toda eficacia.[9]

Conforme a esta idea de reducir el ámbito de lo punible, se ha ido desarrollando la teoría del *big crunch*, que en derecho penal consistiría en propugnar una reducción del ámbito de lo delictivo, que incluso debería llegar a un regreso a la situación existente en el momento del nacimiento del derecho penal clásico, circunscrito a la tutela directa de bienes altamente personales y del patrimonio.[10]

sería su característica más destacada) al mero incremento formal o cuantitativo del número de delitos, tal y como bien señala GRACIA MARTÍN, *La modernización y expansión del derecho penal*, p. 128. Ciertamente, la criminalidad genética estaría alejada del núcleo duro de la "modernización", especialmente porque los bienes jurídicos que van a verse afectados serán esencialmente individuales, nuevos o ya existentes (que ahora podrán ser objeto de agresión con métodos diferentes), de tal forma que ese nuevo derecho penal moderno que se propugna, únicamente guarda relación con nuestro ámbito de estudio en la cuestión (si se quiere, menor, pero no, por ello, carente de relevancia) referida en la ampliación de la legislación penal con nuevas figuras delictivas que guardan relación con nuevas realidades sociales que hasta ahora no eran objeto de atención por parte del derecho penal, pero no se verán trastocadas, al menos de una forma trascendental, las instituciones jurídico-penales clásicas.

7. MARTÍN URANGA, *La función del derecho penal moderno*, p. 318.

8. Cfr. HASSEMER, Rasgos y crisis del derecho penal moderno, pp. 241 y s.

9. Para HASSEMER, "Das symbolische am symbolischen Strafrecht", p. 1.004, "(e)l derecho penal simbólico es fruto [*ein Kind*] de la modernización del derecho penal".

10. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La selección de bienes jurídico-penales, p. 396.

Así pues, las peculiaridades más importantes de esta corriente de pensamiento se circunscriben en torno a dos aspectos, que son complementarios entre sí: de un lado, se pretende restringir la selección de bienes jurídico-penales a aquellos bienes que se califican de "clásicos", en la medida en que se articulan sobre la base de la protección de los derechos básicos del individuo; de otro lado, se trata de respetar a ultranza todas las reglas de imputación y todos los principios político-criminales de garantía característicos del derecho penal clásico o de la ilustración.[11]

Tales críticas a la "modernización" del derecho penal únicamente pueden ser asumidas en parte. En el nuevo contexto social en el que nos movemos, el derecho penal del siglo XXI debe acomodarse a estas nuevas circunstancias, eso sí, sin excederse. Siempre debe existir un límite que separe una expansión asumible de una intervención excesiva del ámbito punitivo, pero no es posible rechazar como punto de partida, aludiendo a principios tradicionales incompatibles con las nuevas tendencias sociales, toda intervención del derecho penal que se oponga a los patrones clásicos del mismo. Así pues, no puede descartarse de raíz la inclusión en el moderno derecho penal de delitos que responden a la protección de bienes jurídicos de carácter supraindividual y tampoco debe rechazarse *per se* la existencia de delitos de peligro.[12]

Esto se ha puesto muy claramente de manifiesto en relación con los delitos socioeconómicos y en general con la nueva criminalidad surgida en torno a la nueva sociedad globalizada. Los riesgos que ello supone para la convivencia pacífica se han acrecentado y se ha facilitado la aparición de nuevas realidades que pueden atentar contra dicha convivencia y, en definitiva, contra el bienestar social.[13] Pero también son un claro exponente de ello los nuevos riesgos que surgen en torno a la llamada "sociedad tecnológica", en concreto los significativos avances en materia informática y científica, en la que la ingeniería genética ocupa un lugar destacado.

11. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 93; HASSEMER, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", pp. 235 y ss.

12. Así también, CEREZO MIR, *Los delitos de peligro abstracto*, p. 56.

13. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, pp. 25 y ss.; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 25 y ss.

Así pues, nuevos riesgos deben conllevar necesariamente nuevas medidas para enfrentarse a los mismos y un cambio de mentalidad con relación a los mecanismos tradicionales ya existentes, que deberán acomodarse a los nuevos tiempos, procurando en todo caso que no pierdan su razón de ser y su fundamento último, pero teniendo en cuenta que una postura muy restrictiva puede ser absolutamente ineficaz para enfrentarse a estas nuevas realidades sociales. Como afirma Mendoza Buergo, "(n)o cabe duda que resulta un reto para el derecho penal responder eficazmente a todas ellas sin perder la propia identidad ni deformar las categorías y principios que inspiran una atribución de responsabilidad a la vez dogmáticamente adecuada, así como politico-criminalmente justa y garantista".[14]

## *2.2 La criminalización de las intervenciones genéticas sobre los seres humanos. Algunos ejemplos en el Derecho comparado*

Desde la aprobación en Alemania de la Ley de protección de embriones (*Embryonenschutzgesetz*) en el año 1990,[15] que recogía en su artículado una serie de conductas delictivas y que incluía algunas referidas a las intervenciones genéticas,[16] han ido surgiendo en todo el mundo normas penales en este mismo sentido.[17]

14. MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 114, quien, no obstante, pone de manifiesto en otro lugar las dificultades de llegar a una solución conciliadora entre ambos polos de tensión (vid. pp. 62 y ss.)

15. Ciertamente, dos años antes, el legislador español había regulado esta misma materia en dos leyes, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnica de reproducción asistida, y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos. Pero aunque tales normas establecían un catálogo de infracciones y sanciones (donde se incluían también conductas relativas a las intervenciones genéticas), éstas tenían la condición de sanciones administrativas y no penales.

16. El § 5 sanciona la modificación artificial de células de la vía germinal humana, y el § 6 la clonación. En ambos supuestos, la pena prevista es de hasta cinco años de prisión o multa.

17. Tales normas han sido incluidas indistintamente en los códigos penales o en leyes penales especiales. En la actualidad existe un debate en el seno de la doctrina sobre el continente más

Centrándome únicamente en las intervenciones genéticas de las que me ocupo en este trabajo, esto es, las manipulaciones genéticas y la clonación, a continuación señalaré, sin ánimo de exhaustividad, diversos ejemplos de legislaciones que han empezado a incorporar en su acervo normativo, con mayor o menor fortuna, tipos penales que prohiben y castigan tales conductas.

Comenzando por nuestro país, el código penal de 1995 recoge por vez primera en el Título V del Libro II una seríe de delitos bajo el epígrafe genérico de "delitos relativos a la manipulación genética", título éste que se ha visto ligeramente modificado posteriormente a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal. Ahora interesan especialmente los arts. 159 y 160.3. El primero de ellos dispone lo siguiente: "*1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. 2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años*". Por su parte, el art. 160.3 CP señala que *"con la misma pena* [prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años] *se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza*".

En el ámbito europeo, además de las referidas legislaciones española y alemana, otros Estados han optado igualmente por la incriminación de ciertas conductas que supongan la alteraciones del genotipo de los seres humanos o la creación de seres humanos clónicos. Este es el caso de Bélgica,[18] Eslo-

adecuado de tales disposiciones. Vid. ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas y derecho penal,* Capítulo IV, Apartado III.

18. La Ley de 11 de mayo de 2003, *relativa a la inestigación con embriones in vitro*, prohibe las manipulaciones genéticas no patológicas sobre embriones y la clonación humana reproductiva, que es sancionada con una pena de prisión de uno a cinco años, y/o una multa de mil a cien mil euros (arts. 5.4, 6 y 13).

vaquia,[19] Estonia,[20] Francia,[21] Islandia,[22] Italia,[23] Noruega[24] o Reino Unido.[25] También en América Latina puede apreciarse una clara tendencia legislativa dirigida a la elaboración de tipos penales en la línea de los ya mencionados, en los cuales se aprecia una cierta influencia de la legislación española. Así: Colombia,[26] Brasil,[27] México[28] o Perú.[29] Finalmente, también puede hacerse refe-

19. El código penal (tras la reforma efectuada en septiembre de 2003) incluye entre sus delitos "*cualquier intervención que pretenda crear un ser humano en cualquier estado de desarrollo genéticamente idéntico a otro ser humano, vivo o muerto*" (art. 246 a). La pena prevista es de tres a ocho años de prisión o multa. En ciertas circunstancias, la pena privativa de libertad podría ascender hasta los doce años.

20. El § 130 del código penal considera delito la clonación humana y lo castiga con una pena de multa de hasta tres años de prisión.

21. El código penal frances incluye, tras la reforma llevada a cabo por medio de la Ley 2004-800, de 6 de agosto de 2004, una serie de delitos relativos a la genética. Así, dentro del Título I del Libro II ("De los delitos contra la especie humana"), el Cápitulo I lleva por título "de los delitos eugenésicos y de clonación reproductiva" (arts. 214-1 y ss.). Las penas, dependiendo de la conducta de que se trate, puede llegar hasta la cadena perpetua, y las multas pueden ascender a siete millones y medio de euros. La sanción prevista en el art. 214-2 para el delito de clonación, es de treinta años de privación de libertad, junto a la multa mencionada. Con la misma pena se castiga a quien lleve a cabo prácticas eugenésicas dirigidas a la selección de personas (art. 214-1)

22. La *Artificial fertilisation* act de 29 de mayo de 1996 prohibe la clonación, la cual puede ser castigada con pena de prisión de hasta tres meses (arts. 12.d) y 14).

23. El art. 13.3.c) (en relación con el art. 13.4) de la *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, aprobada el 10 de febrero de 2004, prevé una pena de prisión de seis años y multa de entre cincuenta mil y ciento cincuenta mil euros, para la clonación (tanto reproductiva como no reproductiva –el sujeto pasivo es el embrión creado mediante la transferencia nuclear).

24. La Ley 56, de 5 de agosto de 1994, *sobre las aplicaciones biotecnológicas en medicina*, sanciona con una pena privativa de libertad de hasta tres meses o multa, la modificación del genoma de embriones humanos (art. 7.1).

25. La *Human reproductive cloning* act de 2001, castiga con una pena de prisión de hasta diez años y/o multa a quien transfiera a una mujer un embrión humano creado de forma diferente a la fecundación (art. 1)

26. El *codigo penal* colombiano, que guarda un enorme paralelismo con la regulación española, considera delitos la manipulación de genes humanos con alteración del genotipo (art. 132 – prisión de uno a cinco años), y la generación de seres humanos por clonación (art. 133 – prisión de dos a seis años).

27. La Ley 11.105, de 24 de marzo de 2005, sobre bioseguridad, recoge en su artículado una serie de conductas delictivas, entre las que se encuentran la práctica de ingeniería genética en una célula germinal humana, un cigoto humano o un embrión humano (art. 25 – prisión de uno a cuatro años y multa), y la clonación humana (art. 26 – prisión de dos a cinco años y multa).

28. De acuerdo con el art. 154 del *código penal para el Distrito Federal*, de 16 de julio de 2002, "*se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para*

rencia a otros Estados que, en esta misma línea, consideran delito las conductas señaladas: Australia,[30] Israel[31] o Japón.[32]

## 3. Función simbólica del derecho penal y función "exclusivamente" simbólica del derecho penal

### *3.1 La función simbólica como manifestación de la función preventivo-general positiva del derecho penal*

Según el profesor Silva Sánchez, junto a los fines que el derecho penal debe cumplir y que, en parte importante, cumple, también se dan unas "funciones" del mismo que, sin embargo, no lo legitiman, sino que incluso deben valorarse muy negativamente. Entre esas funciones él señala las siguientes: función ético-social,

*desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que: I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo; (...); III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos*".

29. El art. 324 del *código penal* (reforma de 16 de enero de 2002) dice lo siguiente: "*Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8*"

30. La *Prohibition of human cloning* act de 2002 sanciona con una pena de prisión máxima de quince años varias conductas referentes a la clonación, tales como la creación de un embrión clónico, la transferencia del mismo a un útero, o su importación o exportación (arts. 9 y ss.). Por su parte, esta misma Ley prevé una pena de hasta diez años de prisión para quien altere el genotipo de una célula humana, de tal forma que dicha alteración pueda ser transmitida a la descendencia del sujeto cuya célula ha sido alterada (art. 18).

31. El art. 3 de la *Prohibition of genetic intervention (Human cloning and genetic manipulation of reproductive cells)* Law, de 1999, revisada en marzo de 2004, prohibe toda intervención en las células de una persona con los siguientes propósitos: a) clonación humana reproductiva; y b) creación de un ser humano usando células reproductivas que hayan sido sometidas a manipulaciones genéticas. Dichos comportamientos están castigados con una pena de prisión de hasta cuatro años o a una multa.

32. El art. 16 de la Ley de 30 de noviembre de 2000, *relativa a la normativa sobre las técnicas de clonación humana y otras técnicas similares*, establece que "*toda persona que viole las disposiciones contempladas en el artículo 3* [Queda prohibida la transferencia de un embrión clónico somático humano (...) al útero de un humano o animal] *será castigada con una pena de hasta diez años de cárcel o una multa de hasta diez millones de yenes, o bien a ambas penas*". Vid. también art. 4 de las Disposiciones Adicionales.

función simbólica y función de satisfacción de necesidades.[33] Ahora bien, en mi opinión, dicha afirmación debe ser matizada en un doble sentido: *a)* tales funciones no tienen realmente, a mi entender, una entidad propia y diferenciada las unas de las otras. Con algunas matizaciones, todas ellas hacen referencia a la función preventivo-general positiva del derecho penal;[34] y *b)* esta función preventivo general positiva no sólo no puede ser rechazada, sino que cumple un papel de gran relevancia en derecho penal. La crítica puede venir cuando una norma pretende cumplir única y exclusivamente dicha función.[35]

En efecto, en principio puede afirmarse que la pena cumple (o pretende cumplir) una doble función, ampliamente asumida por la doctrina penalista contemporánea:[36] *a)* una *función retributiva*, como castigo a la comisión de un delito, exigiéndose que dicha pena guarde una cierta proporcionalidad con el hecho cometido. Con ello se buscaría una compensación o restauración de la infracción del derecho producida por el delito; y *b)* una *función preventiva*. Se trata ésta de una función utilitaria, cuya misión es la de prevenir delitos como mejor manera de protección de los bienes jurídicos. Así pues, la pena no se justificaría (o no únicamente) como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito (ya) cometido, sino antes que eso, como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. Esta función preventiva de la pena es vista desde una doble perspectiva, como *prevención general* y como *prevención especial*. La prevención general concibe la pena como medio para evitar que surjan delincuentes en la

33. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, pp. 299 y ss.

34. Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 102 y ss.; BARATTA, Rechtsgüterschutzt in der Risikogesellschaft, p. 412; SANTANA VEGA, Funciones del derecho penal, p. 147. Por su parte, CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal PG*, p. 65, si bien mantiene que no cabe identificar función simbólica con prevención general positiva, sí reconoce que esta última "ciertamente, atribuye a toda norma penal una función simbólica".

35. En este sentido, QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el derecho penal*, p. 85.

36. Vid. en general, más ampliamente, sobre la teoría de la pena, ROXIN, *Strafrecht AT I*, pp. 41 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal PG*, pp. 87 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*, pp. 120 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de derecho penal* PG I, pp. 22 y ss.

sociedad, como freno a la delincuencia latente o potencial. Por su parte, la prevención especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada; esta figura se refiere al sujeto que ya ha delinquido y la pena busca evitar que quien ya infringió la ley penal, vuelva a hacerlo en el futuro. A su vez, la función preventiva general de la pena puede adoptar una doble vertiente: la función preventivo general negativa y la función preventivo general positiva, que es la que a nosotros nos interesa en este momento. La primera de ellas (función de prevención general negativa) es una función intimidatoria, la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan, esto es, opera como "coacción psicológica"; por su parte, la función preventivo general positiva o integradora lo que busca es la afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales. De esta forma, la función preventiva no pretendería inculcar únicamente un miedo a la pena, sino también la afirmación del derecho en un Estado social y democrático, la afirmación positiva de las convicciones jurídicas fundamentales. La prevención general positiva es pues una teoría simbólica,[37] que no orienta la pena directamente a la protección de bienes jurídicos sino al fortalecimiento del sistema y a la obtención de la confianza del ciudadano.[38] Para esta teoría, el destinatario de la pena no es el infractor potencial (prevención general "negativa"), ni el delincuente (prevención "especial"), sino el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública, cuya confianza en el sistema (perjudicada por la realización de ciertos comportamientos que considera inaceptables) debe ser fortalecida.

Como indica García-Pablos de Molina, que la pena cumple esta función preventivo general positiva es obvio. Ahora bien, "(e)l problema se plantea cuando

37. Zugaldía Espinar, *Fundamentos de derecho penal*, p. 73.

38. Por esta razón, aunque la pena pueda cumplir también una función "integradora" (y de hecho, la cumple), sin embargo, no puede ser ésta la función esencial del castigo. La pena se justifica y legitima en cuanto instrumento eficaz para la protección de bienes jurídicos, no por su capacidad de integración social. Así, García-Pablos de Molina, *Derecho penal.* Introducción, p. 151.

se pretende legitimar la intervención penal por el sólo cumplimiento de dicha función, con independencia de que la pena proteja los bienes jurídicos".[39]

De esta forma, como decía, la función simbólica es inherente al derecho penal[40] y debe valorarse positivamente.[41] En efecto, el propio establecimiento en las normas penales de prohibiciones o mandatos de determinadas conductas consideradas como criminales, y sancionadas por ello con penas, produce (incluso antes y con independencia de la aplicación de tales normas, aunque más aún con su efectiva aplicación confirmadora de su vigencia) un fuerte efecto simbólico en la conciencia de los ciudadanos.[42] Ya otras formas jurídicas en general cumplen una función simbólica, de marcar – con más o menos precisión – los límites de lo ilícito y lo lícito, con independencia de la eficacia y cumplimiento de la correspondiente regulación. Pero en el caso de normas penales dicha función simbólica es especialmente intensa ya que está señalando los ilícitos criminales, es decir, los más graves y socialmente más intolerables.[43]

Algunos autores vinculan esta función simbólica a la extendida concepción tradicional de la función "ético social" de las normas penales, es decir, la que

39. García-Pablos de Molina, *Derecho penal.* Introducción, p. 148. Como dice Cerezo Mir, *Curso de derecho penal* PG I, p. 31, "(u)n Derecho penal basado en la prevención general, aun no concebida esta como mera intimidación, daría lugar a un incremento constante de las penas de los delitos más graves, o de los que se cometen con mayor frecuencia. Se llegaría fácilmente a penas injustas, desproporcionadas a la gravedad del delito".

40. Así también, Roxin, *Strafrecht* AT I, p. 19; Romeo Casabona, Los delitos relativos a la manipulación genética, p. 337; Jorge Barreiro, Los delitos relativos a la manipulación genética, p. 106; Cuello Contreras, *Derecho penal* PG, p. 64; Quintero Olivares, *Adonde va el derecho penal*, p. 85.

41. Para Diez Ripolles, "El derecho penal simbólico", pp. 5 y s., el efecto simbólico de la pena, entendido como función expresivo-integradora, constituye uno de los pilares fundamentales de la utilización legítima de la pena. Destacan la especial relevancia de la prevención general positiva en relación con las intervenciones genéticas, Sternberg-Lieben, "Gentherapie und Strafrecht", p. 670; Montano, "La responsabilidad de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías biogenéticas", pp. 417 y s.

42. Cfr. Jorge Barreiro, "Delitos contra el medio ambiente", pp. 35 y s.

43. Luzón Peña, "Función simbólica del derecho penal", p. 49. Vid. también, el voto particular del juez Ress a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso *Vo contra Francia*), de 8 de julio de 2004, número marginal 1

considera que el derecho penal debe suponer la consagración de principios éticos básicos y que por ello despliega una "fuerza configuradora de costumbres".[44] En definitiva, se trata de asignar por ello a las normas penales una participación en la misión "educativa" de los ciudadanos por parte de las diversas normas e instancias sociales (anterior a la función "reeducativa" o resocializadora del cumplimiento de las penas y medidas).[45]

Esta postura ha sido duramente criticada por un sector doctrinal, crítica que, a mi entender, no está plenamente justificada, como expondré a continuación. Según estos autores, al derecho penal le incumbiría únicamente la protección de bienes jurídicos, no la moralización de sus ciudadanos ni la mejora ética de la sociedad, más aún cuando la complejidad de la sociedad actual impide advertir claramente cuáles son esos valores sociales generalmente admitidos. En una sociedad plural y democrática – se dice – no puede ser cometido del derecho penal incidir en la esfera interna del individuo, modificando sus esquemas de valores, debiendo ser el ordenamiento moral y el ordenamiento jurídico autónomamente configurados y separados con precisión entre sí, en cuanto poseen criterios valorativos propios y ámbitos de aplicación diferentes.[46]

Ahora bien, en mi opinión, debe quedar fuera de toda duda que el derecho penal puede y debe servir de guía para imponer un determinado sistema de valores.[47] En concreto, dichos valores serán los propios del Estado social y democrático de derecho que establece nuestra Constitución, y no los de un determinado grupo social. Es decir, a las normas penales (también en cierta medida a las no penales, pero muy especialmente a las penales), les corresponde la protección de bienes jurídicos, que son aquellos intereses constitucionales

44. Cfr. Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 106 y ss.

45. Cfr. Cerezo Mir, *Curso de derecho penal* PG I, pp. 23 y s.

46. En este sentido, García-Pablos de Molina, *Derecho penal*. Introducción, pp. 95 y ss.; Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 302, Polaino Navarrete, Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el derecho penal, pp. 109 y ss.

47. Cfr. a este respecto, Romeo Casabona, Prevención *versus* simbolismo, p. 649.

necesarios para garantizar el libre y pleno desarrollo de la personalidad,[48] y dichos bienes jurídicos son los que emanan, de forma expresa o implicta, del texto constitucional y, en todo caso, se identifican en última instancia con los valores que emanan de dicho texto (en especial, libertad, igualdad, justicia y dignidad de la persona). El Estado está obligado a promover y garantizar el respeto a los valores constitucionales, a *educar* a sus ciudadanos en tales valores, y no cabe duda de que una sanción penal, en cuanto que castiga una conducta que atenta contra tales intereses, supone en sí misma una reafirmación de los mismos.

Es evidente que el Estado no puede obligar a sus ciudadanos a que acepten los valores propios de un sistema democrático. Ahora bien, también es cierto que mediante la coacción sí que puede obligar a éstos a que actúen de acuerdo a tales valores, aunque no los compartan.[49] En este sentido, las norma penales son también normas moralizantes, normas que pretender garantizar un sistema de valores, los valores propios de un Estado social y democrático de Derecho, y que pretenden educar a los ciudadanos en dichos valores y obligarles a comportarse de un modo respetuoso con los mismos.

En este sentido, señala Cerezo Mir que "(l)a función del derecho penal consiste esencialmente en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Para fomentar el respeto a los bienes jurídicos, el derecho penal ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso, de habituarles a su cumplimiento (mediante su continuidad) y de apelar, incluso, a sus intereses egoistas por medio de la coacción";[50] y posteriormente añade, con toda razón: "El derecho penal no puede exigir, sin embargo, la moralidad en el aspecto subjetivo, es decir, el cumplimiento de sus normas por la conciencia de su contenido valioso, sino que tiene que conformarse con el acatamiento externo de las mismas aunque

48. Vid. ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas y derecho penal*, Capítulo II, Apartado II. A) b).

49. Así también, ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, p. 93.

50. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal PG I*, p. 16.

se realice por móviles egoistas. La moralidad subjetiva tiene que confiarla necesariamente a la libertad del ciudadano".[51]

En definitiva, la denominada función simbólica está haciendo referencia a la función preventivo-general positiva, que caracteriza al derecho penal y que debe valorarse favorablemente siempre que éste cumpla igualmente el resto de funciones que le son propias,[52] lo cual exige, como acertadamente señala Schroeder, que quede absolutamente claro cuál es el bien jurídico que se está protegiendo en cada norma penal.[53] El problema es cuando el legislador crea un nuevo delito con esa única finalidad (o sin pretenderlo, ese es el resultado producido). Así sucederá cuando las otras funciones que también cumple la pena no tienen eficacia alguna, por ejemplo si el nulo consenso social y la falta de percepción por parte de la comunidad científica de lo pernicioso de su conducta no les impide realizar (o seguir realizando) la conducta prohibida (aunque ahora lo hagan de forma encubierta),[54] lo cual demostraría la absoluta ineficacia de la función preventivo-general negativa de la pena. Y por otra parte, si cometido el hecho delictivo, el Estado no se ha dotado de los medios oportunos para su persecución y sanción (por ejemplo, como diremos posteriormente, por la falta de concienciación del aparato judicial), fallará la función retributiva de la pena. En tal caso, la pena y, en definitiva, el delito, pretende cumplir únicamente una función de prevención general positiva, es decir, una mera función simbólica, lo cual, como desarrollaré

51. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal PG I*, p. 18. En el mismo sentido, ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, pp. 91 y ss.

52. En esencia, también mantiene esta postura HASSEMER, "Das symbolische am symbolischen Strafrecht", pp. 1014 y ss., si bien introduce matices fundamentalmente de carácter terminológico. Así, este autor diferencia entre un derecho penal simbólico (siempre rechazable) y un derecho penal "comunicativo", donde entraría la función preventivo-general positiva, y que reconoce como innata a toda norma penal.

53. SCHROEDER, Die rechtsgüter des embryonenschutzgesetzes, p. 533.

54. Según CORCOY BIDASOLO, Las conductas ilícitas relativas a la genética, p. 156, la cifra negra de la criminalidad en el ámbito de los delitos genéticos podría estar muy por encima de aquélla que se da en otros ámbitos como el del aborto.

a continuación, es absolutamente rechazable. La mera esperanza de eficacia preventivo-general no justifica en modo alguno la creación de un ilícito penal.[55]

## *3.2 Crítica a la función "exclusivamente" simbólica del derecho penal*

Frente a lo anterior, se produce actualmente una corriente muy crítica en relación con la función simbólica del derecho penal. Así, aunque, como hemos dicho, en prácticamente todas las leyes, y también en las penales, se produce un efecto simbólico, aparte de su función instrumental, de operar efectivamente sobre la realidad, el problema es el fenómeno, cada vez más frecuente y extendido, de la absolutización y exclusividad de los elementos o aspectos simbólicos en muchas manifestaciones de la actual legislación penal. Se trata de que muchas leyes penales no van a cumplir en realidad su función instrumental de protección de bienes jurídicos (a través de la prevención) porque no se aplican, sino que se limitan a una función meramente simbólica o "retórica", que sólo opera en la mente de los políticos y de los electores: en los políticos la creación de la norma produce la satisfacción de haber hecho algo, y en los ciudadanos la sensación de tener bajo control el problema.[56] En definitiva, ante el efecto social que provoca una tipificación penal, el legislador, en ocasiones, se deja guiar por el beneficio que tales resultados conocidos puede reportarle, siendo ésta la única causa que motiva la creación de la norma penal.[57] Así, se cita, entre otros casos, como ejemplos de

55. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, La simulación de delito o falta, pp. 5 y s.

56. Cfr. ROXIN, *Strafrecht* AT I, p. 19; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal.* Introducción, pp. 97 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, pp. 304 y s.; LUZÓN PEÑA, Función simbólica del derecho penal, pp. 50 y s.

57. Vid. QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el derecho penal*, pp. 93 y ss., que alude a otras razones más espurias, como sería la intención de distraer la atención de la ciudadanía cuando los problemas agobian al gobierno (pp. 94 y s., con nota 85). A este respecto, entienden SÁNCHEZ MOLERO/SOLER MATUTES, "el delito de manipulación genética", p. 1.685, que los nuevos delitos relativos a la manipulación genética han tenido su origen en la presión social.

legislación básicamente simbólica la creación de nuevos tipos penales (con el riesgo que ello conlleva de crear delitos sin bien jurídico), o el aumento de las penas existentes (infringiéndose, en muchos casos, el principio de proporcionalidad), cuando los anteriores son ya suficientes, o cuando los nuevos no ofrecen perspectivas sustanciales de mejora; o el hecho de trasladar al código penal una norma ya existente en la legislación especial, sólo por el – supuesto – mayor efecto simbólico que ello tiene (lo cual puede dar lugar, en ciertos casos, a problemas en la interpretación de los nuevos tipos penales).[58]

De esta forma, si bien en un primer momento se logra ofrecer la imagen de un legislador atento y decidido a intervenir en el momento en el que la opinión pública lo requiera, utilizando los elementos más persuasivos a su alcance, ello constituye un comportamiento que produce desengaño cuando en verdad se constata la incapacidad para alcanzar una solución al conflicto. Como pone de manifiesto Silva Sánchez, "a la larga lo simbólico no es suficiente. Así, una nueva norma o un incremento de la penalidad que, en principio, han tenido importantes efectos en cuanto al establecimiento o restablecimiento de la confianza de la población en el Ordenamiento jurídico, a medio o largo plazo pierden toda fiabilidad con su inaplicación o su ineficacia",[59] lo cual tendrá como efecto una desconfianza de la población en la administración de justicia y en el sistema penal en su conjunto.[60]

58. CUERDA RIEZU, Límites juridicopenales de las nuevas técnicas genéticas, p. 416, apunta otro caso de legislación exclusivamente simbólica. Se trataría de aquellas regulaciones que establecen "prohibiciones", sin que por ningún lado aparezcan las consecuencias que se derivan de infringir lo prohibido. Como dice este autor, tales prohibiciones "tendrían un valor meramente moralizante".

59. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 307. A esto debe añadirse otra consecuencia igualmente negativa, pues tal y como nos dice PRITTWITZ, *Strafrecht und risiko*, pp. 247 y s., al ofrecerse una falsa apariencia de que las cosas están bajo control, se dejan de adoptar medidas necesarias y urgentes, que sean realmente efectivas. Cfr., en este mismo sentido, JORGE BARREIRO, Delitos contra el medio ambiente, pp. 20 y s.

60. Así, HASSEMER, Derecho penal simbólico, p. 30; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 57. Sobre el descrédito del derecho penal en la sociedad actual, vid. QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el derecho penal*, pp. 17 y ss.

Por tales razones, es claro que debe rechazarse la utilización de las normas penales con finalidad exclusivamente simbólica, es decir, porque a la larga será ineficaz, e incluso contraproducente para la función protectora de bienes jurídicos a través de la prevención general de delitos (en su faceta de intimidación general, pero también en la de reafirmación del derecho y confianza de los ciudadanos en el mismo, que presupone la efectiva aplicación de éste); e igualmente será ineficaz y contraproducente desde la perspectiva de la retribución a efectos de dar al delito una respuesta justa y de restablecimiento del derecho si en definitiva tales normas no se aplican o sólo lo hacen de un modo totalmente insuficiente. En tal caso no se van a cumplir las funciones que hacen necesario, y por ello legitiman, el recurso al derecho penal, y en consecuencia es inadmisible la función exclusivamente simbólica de las normas penales, tanto si el legislador es consciente de que esa es la única función que van a desempeñar, como si no lo fuera.[61]

Además, la prohibición de recurrir a la conminación penal salvo cuando sea estricta y absolutamente necesario, no es sólo un postulado del Estado social y democrático de derecho, sino que constituye, en opinión del Consejo General del Poder Judicial, un criterio económico cuya inaplicación comporta una serie de daños sociales. Estos van desde el perjuicio a las personas que padecen una criminalización innecesaria y deterioro en la convivencia social por saldar conflictos que no lo requieren mediante el instrumento penal, hasta los costes incalculables para la administración de justicia.[62]

Así pues, cuando por las circunstancias concurrentes en una materia objeto de regulación sea previsible que las sanciones penales van a ser inaplicadas o totalmente ineficaces, es preferible, también a efectos simbólicos, la regulación extrapenal de la misma, estableciendo con claridad lo prohibido y lo permitido, y previendo, cuando sea posible, otras sanciones o consecuencias extrapenales con posibilidades reales de aplicación.

61. LUZÓN PEÑA, Función simbólica del derecho penal, pp. 51 y s.

62. Vid. *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto del código penal de 1992*, p. 166.

En cambio, si la función simbólica va unida a la función de protección real y efectiva de bienes jurídicos propia del Derecho penal, dicha función no tiene por qué ser rechazable.[63] El establecimiento del simbolismo de lo criminal de una conducta, es decir, de su grave desvalor y reprobación, es el presupuesto lógico de su prohibición penal y constituye por tanto, a veces incluso con independencia de la dureza de su sanción, el primer paso para la prevención general de esa clase de conductas[64] (aunque el que sea un paso necesario no significa que sea por sí solo suficiente).

Por otra parte, no debe perderse de vista la siguiente consideración realizada por Luzón Peña: "En ocasiones puede suceder que, cuando se creen nuevas figuras delictivas hasta entonces inexistentes pero que político-criminalmente se consideran indispensables por la importancia de los bienes jurídicos afectados, en un primer momento sea previsible una escasa aplicación judicial de los nuevos tipos – por lo habitual, inercias, etc.–, y que incluso el legislador sea consciente de ello, pero que la función simbólica de su incriminación y protección penal sea el primer paso básico e indispensable no sólo para generalizar la convicción entre los ciudadanos de la grave reprobabilidad de esas conductas y disuadirles de su comisión, sino además para que poco a poco vaya calando también entre los jueces la convicción de que se deben imponer las correspondientes sanciones y, con las correspondientes medidas instrumentales coadyuvantes (de medios técnicos, procesales, etc.) se logre a medio plazo la aplicación de tales normas penales".[65]

En el ámbito de la genética, dado lo novedoso de las conductas y el tradicional temor ante lo "nuevo", se corre un especial riesgo en pretender utilizar el derecho penal para calmar los temores (muchas veces infundados) de la sociedad

63. Cfr. DIEZ RIPOLLES, El derecho penal simbólico, p. 3.

64. LUZÓN PEÑA, Función simbólica del derecho penal, p. 52; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 58.

65. LUZÓN PEÑA, Función simbólica del Derecho penal, p. 52. En sentido similar, DEL MORAL, Clonación y derecho penal, pp. 56 y s.

y dar respuesta a una petición más o menos generalizada de prohibición y castigos severos. Todo ello cuando lo que no se pretende es simplemente imponer unos determinados valores o una determinada moral del grupo que tiene la mayoría en el Parlamento. En cualquiera de estos casos, cuando los temores existentes no responden realmente a la realidad científica, y cuando la legislación responde únicamente a dar cobertura a los valores de un determinado grupo social, es muy difícil que aquéllos a quien va dirigida en un primer momento la ley penal, esto es, los posibles autores de los delitos, lleguen a tener conciencia de que tales actos son en sí mismos perniciosos y que realmente no deben llevarlos a cabo, con lo que podría comenzarse una espiral de delincuencia genética encubierta y ajena a cualquier tipo de control y de garantías de seguridad. En definitiva, que nos encontraríamos ante una legislación penal exclusivamente simbólica, absolutamente rechazable como instrumento de política-criminal.[66]

Es por ello que, antes de tomar cualquier tipo de decisión en este campo, es totalmente imprescindible un diálogo serio, abierto a todos los estamentos sociales[67] y de carácter multidisciplinar en el cual tengan cabida especialmente las opiniones de los científicos.[68] Únicamente cuando haya una conciencia generalizada acerca de lo pernicioso de determinadas prácticas, la legislación al respecto, y muy especialmente la legislación penal, dejará de ser exclusivamente simbólica, pues existirá un compromiso a todos los niveles de cumplir y hacer cumplir la Ley.

66. Cfr. JUNG, Biomedizin und Strafrecht, pp. 13 y s.

67. Vid. EGOZCUE, *Percepción social de la biotecnología*, p. 36.

68. CORCOY BIDASOLO, Límites y controles de la investigación genética, pp. 1106 y s. En este sentido, el art. 28 del Convenio sobre derechos humanos y biomedicina establece lo siguiente: "Las Partes en el presente Convenio se encargarán de que las cuestiones fundamentales planteadas por los avances de la biología y la medicina sean objeto de un debate público apropiado, a la luz, en particular, de las implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas pertinentes, y de que sus posibles aplicaciones sean objeto de consultas apropiadas".

## 3.3 *Función simbólica del derecho penal y criminalización de las intervenciones genéticas: hacia una modernización del derecho penal también en el ámbito biotecnológico*

Todo lo anterior hay que tenerlo en cuenta a la hora de criminalizar las intervenciones sobre el genoma humano. Debemos preguntarnos, en consecuencia, si independientemente de lo anterior, la elaboración de tipos penales dirigidos, por ejemplo, a sancionar la clonación reproductiva o determinadas manipulaciones genéticas, tendrían únicamente una función simbólica o pueden cumplir una función más allá del mero simbolismo. Para ello debe tenerse en cuenta la relativa eficacia que pueden alcanzar estas normas, a tenor de la privacidad con la que se llevarán a cabo los comportamientos en ellas contenidos, así como el alto grado de especialización que requeriría su persecución.[69] Pero no por ello dejará de estar justificada la intervención penal.[70] Hay que tener en cuenta que estas alegaciones también podrían mantenerse en relación con otros muchos delitos contenidos en el código penal y nadie duda de la necesidad de su existencia.

Por otra parte, también debe tenerse muy presente la relevancia del bien jurídico protegido. No es tan importante, a nuestro juicio, el hecho de que se trate de conductas que se cometan en un gran número de ocasiones o no. Puede estar justificado sancionar determinadas acciones, por muy escasas que sean, siempre que el bien jurídico que encierran sea de tal importancia que la pena es necesaria para su lograr su efectiva protección.[71] Y es que simbolismo no es lo mismo que no aplicación de la ley penal. Es más, las conductas especialmente graves y lesivas de bienes jurídicos ciertamente importantes son las que menos se producen (o no se han producido nunca), pero no puede dudarse en este caso acerca de la

69. De la Cuesta Arzamendi, Los delitos de "manipulación genética", p. 75; Suárez González, La función del derecho penal, pp. 386 y s.

70. Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética*, p. 108.

71. Cfr. Zierl, Strafrechtliche aspekte der humangenetik, p. 166; Günther, Strafrecht und humangenetik, pp. 274 y ss.

conveniencia de su inclusión en el código penal.[72] Esto mismo sucede con ciertas conductas relativas a algunas intervenciones genéticas. Su clara desvaloración (tanto por la comunidad social como por la científica), así como por la especial importancia de los – nuevos – bienes jurídicos que pueden llegar a verse afectados, exige la intervención del derecho penal y ello aunque tales conductas nunca llegaran a producirse (que a fin de cuentas es los que toda norma sancionadora pretende en último extremo).[73] Como ha señalado Mendoza Buergo, en caso contrario "se incurriría en la *incongruencia valorativa* que supone atender sólo a la eficacia o no de la sanción para conseguir determinada conducta, y no también a la importancia del valor a proteger por uno u otro orden normativo".[74] En suma, la eficacia de la pena es un dato relevante para decidir la incriminación o no de una conducta, pero no el determinante para decidir la legitimidad y necesidad de la intervención penal.

Por otra parte, en el tema que nos ocupa tiene una especial relevancia la cuestión de los denominados "paraísos genéticos". En efecto, puede alegarse para oponerse a la criminalización de ciertas conductas relativas a las intervenciones genéticas, que un determinado país (como podría ser España) no se encuentra entre los Estados en los que es probable que ello suceda, dado el alto nivel de especialización que ello supone y el nivel de desarrollo de esta modalidad científica en dicho país. Ahora bien, como decimos, la criminalización de una conducta no guarda una relación directa con el número de veces que esa conducta se produce, sino con la importancia del bien jurídico al que sirve. En este sentido, la cuestión que ahora estamos analizando es un ejemplo claro de necesidad de

72. Vid. en este mismo sentido, ROMEO CASABONA, Los delitos relativos a la manipulación genética, pp. 337 y s.

73. Así, claramente, CUERDA RIEZU, *El legislador y el derecho penal*, pp. 56 y s. ("si el derecho penal no llega a ser aplicado, entonces es que está teniendo éxito la función de protección de bienes jurídicos"). Como señala ROMEO CASABONA, "Los delitos relativos a la manipulación genética", p. 338, el derecho penal sirve, en este caso, para advertir "de que en adelante las investigaciones no deben discurrir en esa dirección o con esos propósitos, sin que ello signifique tampoco una criminalización de la investigación en esta área (...)".

74. MENDOZA BUERGO, *Los delitos de peligro abstracto*, p. 373.

criminalización, pues es evidente la relevancia (de primer orden) de los bienes jurídicos en juego. Además, el hecho de que tales delitos nunca lleguen a aplicarse puede deberse, precisamente, a la existencia de tales delitos y no a su falta de necesidad. Es decir, con la criminalización de tales conductas se consigue, por un lado, poner de relieve la existencia de unos intereses de primera magnitud que pueden verse lesionados y, por otra parte, evitar que aquellas personas capaces de llevar a cabo tales prácticas o de experimentar con tales fines, se asienten en nuestro país para continuar sus investigaciones si en sus Estados de origen tales acciones sí están prohibidas. Este riesgo de los "paraísos genéticos" requiere, no obstante, de una legislación de carácter supranacional, de tal forma que se evite el "turismo genético" hacia legislaciones menos estrictas que en los países de origen.[75]

Es pues en este caso donde la legislación penal puede mostrar de una forma más evidente y con mayores posibilidades de éxito su función preventivo-general negativa. Es decir, puede evitar que aquellos científicos que no pueden proseguir sus investigaciones en un país determinado se instalen en España para seguir llevando a cabo estas conductas. Y es que la función del Derecho penal no es ya la de mera retribución por la comisión del un hecho delictivo, sino antes de eso, la mera prevención del delito, la cual se consigue, entre otras formas posibles, con la amenaza de una pena a quien realice una determinada acción. Esa función intimidatoria del Derecho penal puede ser especialmente relevante y eficaz en el ámbito de la criminalidad genética, y eso excluye la exclusividad del simbolismo de tales delitos,[76]

75. *Vid.* HIGUERA GUIMERÁ, *El derecho penal y la genética*, pp. 117 y s.; KELLER, Klonen, embryonenschutzgesetz und biomedizin-konvention, p. 490.

76. En este mismo sentido, vid. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 200 ("La pretendida ineficacia no puede fundarse en que se persiguen muy pocos de estos delitos ni en que se siguen realizando actividades delictivas en estos ámbitos, sino que debería de examinarse hasta que punto la creación de estos nuevos delitos no está sirviendo ya para que muchos dejen de realizar estas actividades de forma delictiva"). De igual manera, entiende ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal*, p. 289, que en el delito de clonación "destacan sus previsibles efectos preventivos frente a ciertas líneas de investigación y de experimentación, más que a los hechos penados en sí mismos".

si bien es cierto que en este caso la función simbólica, o de prevención general positiva, es también especialmente significativa.

Ahora bien, pese a que a la hora de sancionar penalmente las intervenciones genéticas se esté pensando más en su posible comisión futura, predominando la función preventiva a la de retribución por las lesiones causadas, para no caer en tipos delictivos con un efecto exclusivamente simbólico debemos encontrarnos ante conductas cuya posibilidad de realización es real y no meros supuestos de ciencia ficción.[77] Únicamente en el primer supuesto halla justificación la intervención punitiva.[78] Los tipos penales creados en este ámbito deben proteger bienes jurídicos cuya efectiva lesión o puesta en peligro pueda ser, cuanto menos, no absolutamente improbable. O lo que es lo mismo, no debe estar absolutamente excluida la posibilidad científica de llevar a cabo aquellas conductas que puedan lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos que intentan protegerse.[79] A este respecto, son muy significativas las palabras del profesor Higuera Guimerá, cuando señala que "el Derecho penal, por prudencia, no puede proteger a la persona frente a la utilización de nuevas tecnologías genéticas que se están descubriendo o se están en la actualidad investigando, pues por otra parte, además, sería absurdo e imposible de hacerlo. No tendría sentido y caminaríamos hacia un deplorable Derecho penal 'invidente' y, por tanto, indiscriminado y un tanto terrorífico".[80] En este sentido, la ley penal va (y así debe ser) por detrás de los logros científicos. Lo único que se exige al legislador, en este sentido, es que sea un legislador atento a las nuevas realidades sociales y científicas para establecer, en su caso, la correspondiente protección penal. El derecho penal no debe dar soluciones,

77. En este mismo sentido, LOSAPPIO, Bioetica e diritto penale, pp. 630 y s.

78. SUÁREZ GONZÁLEZ, La función del derecho penal, p. 383; REGIS PRADO, La tutela del patrimonio genético, p. 1465; KAUFMANN, Humangenetik und fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher Sicht, p. 664.

79. Cfr. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética*, pp. 130 y ss.

80. HIGUERA GUIMERÁ, *El derecho penal y la genética*, p. 56.

por ahora, a supuestos que pueden producirse en el futuro, bastando que el legislador y el jurista estén avisados al respecto.[81]

Así pues, en relación con las intervenciones genéticas que venimos analizando (fundamentalmente las manipulaciones genéticas y la clonación) y los bienes jurídicos que pueden verse afectados, el estado de la ciencia existente en la actualidad no conduce a pensar que ambas posibilidades son supuestos realmente impensables y que no existe la posibilidad real de llevarlos a cabo.[82] Efectivamente se trata de mecanismos en fase de experimentación y con un desarrollo muy básico y probados únicamente en el modelo animal. Pero ello no obsta para poder afirmar que la técnica existe, y una vez vistos los resultados obtenidos en animales la técnica sirve igualmente para ser aplicada a los seres humanos. Cuestiones de carácter ético han impedido hasta el momento dar este salto cualitativo, pero ello no debe impedir que deba establecerse una barrera jurídica para impedir toda tentación de llevarlo a cabo.

Por esta razón, debe rechazarse a priori la afirmación de que la criminalización de determinadas conductas relativas a la ingeniería genética tenga *per se* una exclusiva función simbólica, pues puede servir, por un lado, para poner de manifiesto que existen unos intereses de primer orden que deben ser protegidos, así como para su efectiva protección;[83] y por otra parte, para evitar, mediante la amenaza de una sanción, que personas sin escrúpulos puedan hacer caso omiso a los pronunciamientos de mero contenido ético. Una vez que la técnica está dis-

81. Como señala GÓMEZ SÁNCHEZ, "Las mujeres y la delimitación constitucional de la bioética", p. 624, "no hay que lamentar, como a veces se señala, que el Derecho camine detrás de la realidad social. Sólo así podrá recoger la voluntad general, los problemas y el sentir de los que sean receptores de las normas. Sólo de esta forma podrá el derecho intentar acercarse a lo que debe ser su fin: regular la sociedad tal y como sea querida por aquellos que la componen".

82. BENÍTEZ ORTÚZAR, El ordenamiento jurídico ante la clonación de células humanas, p. 59. En este mismo sentido, señala ROMEO CASABONA, Los delitos relativos a la manipulación genética, p. 338, que "la potencialidad efectiva de que dichas conductas sean practicables en el futuro es asimismo razonablemente previsible".

83. Así también, JORGE BARREIRO, Los delitos relativos a la manipulación genética, p. 106.

ponible (aunque sea en fase de experimentación, como es el caso) la lesión de los bienes jurídicos que pueden verse afectados con su empleo no es absolutamente improbable. Es más, es justamente en esta fase de investigación y experimentación cuando más daños pueden producirse en el sujeto sobre el que se aplican, no siendo las ventajas que puedan presentarse proporcionales a los inconvenientes.

A este respecto, es muy acertada la afirmación de Benítez Ortúzar cuando señala que "de una legislación simplemente simbólica, de prohibición de la clonación como algo futurible e improbable, la cual había sido siempre considerada tanto por los textos internacionales como por las legislaciones nacionales como sinónimos de la creación inducida de seres humanos idénticos, sin una constatación real de las posibilidades de la misma, se ha pasado a la necesidad de una legislación de aplicación real, de una legislación 'efectiva' de tutela de los intereses fundamentales para la sociedad y el individuo, que – como ocurre en cualquier otra realidad social – se aleja de una función exclusivamente simbólica, para considerar la técnica de clonación como un proceso biológico más, y atienda realmente a los fines".[84]

Por otra parte, tampoco deben desconocerse las dificultades y posibles resistencias iniciales en el ámbito judicial para la aplicación de estas normas. Como bien pone de manifiesto el profesor Luzón Peña,[85] aparte del número real de infracciones que se puedan producir y de las dificultades no pequeñas para su denuncia, investigación y comprobación, dado el carácter altamente técnico y especializado del medio en que se producirán, es posible que muchos jueces consideren, al menos al principio, estos preceptos como letra muerta, entre otras razones: *a)* porque no entiendan bien, por falta de formación al respecto, los conceptos técnicos – manipulación de genes, clonación, hibridación, etc.; *b)* porque puede considerarse que se trata de hipótesis bastante irreales y poco menos que

84. Benítez Ortúzar, El ordenamiento jurídico ante la clonación de células humanas, p. 50.

85. Luzón Peña, Función simbólica del derecho penal, pp. 53 y s.

de ciencia-ficción; *c)* por inercia o falta de tradición; *d)* porque no se vean claros los bienes jurídicos protegidos y las razones de su importancia;[86] *e)* porque se puedan considerar excesivas las penas; *f)* porque consideren difícil "poner puertas al campo", es decir, trazar límites a unas técnicas de investigación científica en constante transformación; y *g)* porque además se encuentren con carencia de medios técnicos suficientes para la investigación de esas conductas.

Estas alegaciones, no obstante, no pueden ser en sí mismas suficientes para mantener que los delitos que puedan surgir en el ámbito biotecnológico cumplen únicamente una función simbólica (ya que no llegarían a ser aplicados). De llegar a producirse dicha inaplicación, no será porque su existencia no esté justificada, sino por una deficiente preparación de los aplicadores del derecho en este ámbito (algo similar a lo que sucede en relación con los delitos socioeconómicos o lo que puede ocurrir con la delincuencia informática), que puede (y debe) solventarse, como también indica Luzón Peña, proporcionando y reforzando los medios de que disponga la justicia, y en concreto, "con una debida formación al menos básica en cuestiones de genética y reproducción asistida a los jueces y fiscales, con suficiente asistencia de técnicos y expertos, incluyendo la policía judicial, al servicio de la instrucción y enjuiciamiento de las causas, con la creación, si fuera preciso, de órganos especializados en fiscalía y tribunales (como los que se dan en otras materias de fuerte contenido técnico y alta especialización), o con la introducción de las correspondientes normas procedimentales".[87]

Por otra parte, y en relación con estos aspectos, la eficacia de estos delitos, tanto para apelar a la conciencia y disuadir a potenciales infractores (científicos, investigadores, médicos) como para que los jueces se convenzan y decidan a aplicar las sanciones,[88] dado el carácter altamente transnacional de la investigación

86. Por esta razón es especialmente importante el esfuerzo de clarificación de los bienes jurídicos implicados que está haciendo la doctrina (en nuestro caso, vid. infra. Apartado III).

87. LUZÓN PEÑA, Función simbólica del derecho penal, p. 57.

88. Cfr. a este respecto, JORGE BARREIRO, Delitos contra el medio ambiente, pp. 35 y s.

científica, influiría en gran medida la generalización y uniformidad de las prohibiciones penales o administrativas en los distinto países, al menos en los de nuestro entorno.

En definitiva, los constantes avances sociales y científicos conllevan paralelamente nuevos riesgos hasta ahora desconocidos, debidos esencialmente a la posibilidad de llevar a cabo conductas hasta ahora impensables que pueden lesionar o poner en peligro bienes jurídicos tradicionales, pero también suponen la aparición de nuevos e importantísimos bienes jurídicos que hay que proteger. Ello supone que el derecho, y también el derecho penal, debe adecuarse a estas nuevas circunstancias, lo que conlleva la elaboración de un nuevo derecho que regule los nuevos ámbitos emergentes y establezca unas sanciones en aquellos casos en los que se sobrepasen los límites de actuación establecidos, entrando dicha conducta en el ámbito de lo prohibido. En tal caso, y atendiendo fundamentalmente a la relevancia de tales bienes jurídicos, estará justificada la existencia de normas penales para prevenir y, en su caso, sancionar los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes. Así pues, la modernización del derecho, y en concreto del derecho penal, debe apreciarse también en el sector de la biotecnología.

## 4. La correcta técnica legislativa como forma de evitar la exclusividad del simbolismo en los delitos genéticos

Si bien se ha llegado a la conclusión de que el derecho penal preventivo es compatible con la punición de algunas conductas relacionadas con las intervenciones genéticas en el ser humano cuya represión va a ser difícil y que incluso puede llegarse a la incriminación de hechos que ni siquiera se han demostrado todavía como realizables, pero que con toda probabilidad lo serán en el futuro, la respuesta definitiva a favor o en contra de la existencia de estos delitos queda pendiente de la valoración de cómo los plasme el legislador en el texto legal. Por ello, la segunda parte de este trabajo va a estar referida, siquiera bre-

vemente, a las técnicas legislativas de tipificación penal, asunto éste cuyo estudio ha sido poco explorado por la doctrina.

La efectividad preventiva de estos delitos, su justificación político-criminal y que pueda tacharse o no a los mismos por su efecto meramente simbólico dependerá, en último extremo, de que se hayan satisfecho correctamente en su tipificación unas premisas de técnica legislativa, entre las que se encuentra, como punto de partida, la correcta determinación del bien o bienes jurídicos dignos de protección.

## *4.1 La correcta delimitación de los bienes jurídicos dignos de protección*

El principio de lesividad exige que todo delito ha de comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Así pues, el legislador, para poder crear un tipo penal, debe haber detectado previamente un bien jurídico digno de protección penal. De acuerdo con esto, parece que el proceso lógico de creación de tipos penales será el siguiente: una vez se ha demostrado que un determinado comportamiento impide o dificulta la autorrealización de las personas y su participación en la vida social, se hace necesario buscar y delimitar el bien constitucionalmente relevante afectado en tal situación y proceder a su delimitación. Una vez concretado el bien jurídico protegible y tras considerar que dicho bien jurídico es merecedor y necesita de la intervención penal para su protección,[89] el legislador deberá crear un tipo correctamente formulado, de tal manera que el aplicador del derecho no tenga dudas de que el bien jurídico que se desprende de ese tipo es el que se extrajo del análisis constitucional, pues una incorrecta formulación del tipo puede conllevar la protección de bienes jurídicos no deseados o, incluso, lo que es más grave, la penalización de conductas sin objeto de tutela, por no ser el que se desprende de dicho tipo, constitucionalmente relevante.

89. Para lo cual es imprescindible acudir a las ciencias sociales, como indica CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal PG*, pp. 54 y ss.

En definitiva, en primer lugar hay que tomar la decisión de cuáles son los bienes jurídicos que va a proteger el derecho penal, y frente a qué clase de ataques, para luego describir en el código penal las figuras de delito que a esa finalidad convienen.[90]

Ahora bien, como pone de manifiesto Quintero Olivares, desgraciadamente en los mecanismos propios del proceso legislativo no se opera así. Incluso puede denunciarse que existe una cierta inconsciencia o irreflexión cuando en los debates parlamentarios se decide incorporar o modificar una figura de delito sin antes meditar sobre el bien jurídico que esa figura se dice va a servir.[91]

### *4.1.1 Primera hipótesis: bienes jurídicos colectivos*

La evolución tecnológica (no sólo la biotecnológica) ha venido acompañada del aumento de los riesgos, no ya únicamente para parcelas aisladas de la población, sino incluso para la especie humana en su conjunto. Ahora bien, no cabe duda tampoco de que las potencialidades que la biotecnología ofrece colaboran de una forma especialmente importante en la creación de dicho peligro.[92] A este respecto se ha dicho que "(m)ediante la agresión humana al patrimonio genético

90. QUINTERO OLIVARES, *Manual de derecho penal* PG, p. 283.

91. QUINTERO OLIVARES, *Manual de derecho penal* PG, pp. 283 y s. Como afirma SÁNCHEZ LÁZARO, "Técnica legislativa y derecho penal", p. 4, "(l)a introducción de un precepto en el Código Penal, sea en su parte general o (...) en su parte especial, no puede ser fruto de una reacción política irreflexiva. Un precepto (...) debe explicarse como el resultado de un proceso racional de discusión (...). Y cuando no se procede así, cuando se simplifica el discurso legislativo (...), el desprecio por la labor de quienes elaboran y cuidan de esta rama jurídica tiene consecuencias bien visibles".

En relación con la reforma del Código penal de 1995 operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, RAGUÉS I VALLÈS/GONZÁLEZ FRANCO, Ley Orgánica 15/2003, p. 37, afirman que "la nueva Ley es un excelente ejemplo de cómo en España muchas decisiones político-criminales se adoptan por razones coyunturales y de forma intuitiva, sin que exista un previo análisis empírico y un auténtico debate científico sobre la necesidad de los cambios y sobre las consecuencias que éstos pueden traer".

92. A este respecto, JORGE BARREIRO, Los delitos relativos a la manipulación genética, p. 63.

hereditario de los seres vivos pueden contrariarse, bajo determinadas circunstancias, procesos de evolución de cientos de millones de años de antigüedad y esto puede destruir un equilibrio balanceado en milenios".[93] Así pues, podría estar en peligro la propia supervivencia de la especie humana.

La supervivencia de la especie humana debe ser entendida en un doble sentido. Por un lado deben evitarse aquellas técnicas que puedan suponer, no tanto la desaparición de la vida, sino su evolución no natural hacia otra especie distinta.[94] Ello podría suceder mediante la provocación artificial de modificaciones genéticas en el ser humano, de tal forma que lleguen a sustituirse los caracteres propios de la especie humana por otros, que quizás consigan que los nuevos seres se adapten mejor a las nuevas circunstancias, pero que suponen la extinción de la especie humana tal y como se conoce en la actualidad. La evolución natural es un elemento innato a la especie humana. Así pues, la supervivencia de la especie humana se protege, en un primer término, mediante el respeto a su *identidad* e *integridad genética*[95] (esto es, la intangibilidad del patrimonio genético humano en su vertiente colectiva),[96] lo cual se manifiesta, más concretamente, en la prohibición de determinadas intervenciones genéticas que afectan a la línea germinal del individuo (manipulaciones genéticas perfectivas, hibridación[97] o creación de quimeras),[98] pues ello supone su transmisión a la descendencia.

93. KAUFMANN, *Filosofía del derecho*, pp. 535 y s.

94. Así, ANNAS/ANDREWS/ISASI, Protecting the endangered human, p. 153; SILVER, *Vuelta al eden*, pp. 16 y ss., y 327 y ss.

95. DE FARAMIÑÁN GILBERT, Los bienes intangibles de la especie humana, p. 324, según el cual, "la salvaguardia de su identidad [la identidad genética de cada ser humano] es una condición fundamental para la supervivencia de la especie humana". Así lo pone también claramente de manifiesto CORCOY BIDASOLO, Límites y controles de la investigación genética, p. 1.112, cuando dice que "lo que se pretende proteger es la continuidad de la especie humana protegiendo, en consecuencia, el genoma humano, tal y como es en la actualidad". En el mismo sentido REGIS PRADO, La tutela del patrimonio genético, p. 1.462, nota 40 ("la intangibilidad del patrimonio genético de la humanidad es lo que asegura la propia supervivencia de la especie").

96. Cfr. SPORLEDER DE SOUZA, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 270.

97. Cfr. SPORLEDER DE SOUZA, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, pp. 235 y 271 y ss.

98. Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, pp. 209.

## Los delitos genéticos

Por otro lado nos encontramos ante otro grupo de supuestos que pueden afectar igualmente a la supervivencia de la especie humana pero en un sentido más apocalíptico. No se trata ya de garantizar su integridad genética o biológica, y de este modo su identidad como especie que la diferencia biológicamente de los demás seres vivos, en los términos anteriormente referidos, sino de asegurar su mera existencia biológica en el planeta. A este respecto podemos referirnos a dos grupo de actuaciones de diferente contenido. En primer lugar, y más relacionado con el tema de las intervenciones genéticas, debemos mencionar los riesgos derivados de la clonación reproductiva, la cual puede suponer una pérdida de la diversidad genética y con ello la imposibilidad biológica de adecuación a las nuevas circunstancias. Esto podría conducir, en última instancia, a la desaparición de la especie.[99]

No hay duda de que la supervivencia de la especie humana es un bien jurídico necesitado de protección y que su especial relevancia justifica la intervención del derecho penal.[100] No obstante, si bien es cierto que la doctrina viene poniendo de manifiesto los riesgos existentes para la especie humana en su conjunto que conllevan la clonación reproductiva o las manipulaciones genéticas, no es menos ciertos que ello no se producirá en ningún caso con conductas aisladas. Las intervenciones genéticas aisladas llevadas a cabo sobre los seres humanos tan sólo remotamente pueden afectar a dicho bien jurídico. Nos encontramos claramente ante supuestos evidentes de peligrosidad, lo cual impide la configuración de tales delitos como de peligro para el bien supraindividual referido, pues ellos contravendría claramente los principio de lesividad y proporcionalidad.[101]

99. CORCOY BIDASOLO, Límites y controles de la investigación genética, p. 1.113 y nota 33 ("La diversidad es un requisito de las especie para preservar su sistema inmunológico y, en consecuencia, su supervivencia"); GONÇALVES LOUREIRO, O direito à identidade genética do ser humano, p. 348.

100. Cfr. SCHÜNEMANN, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, p. 193.

101. MENDOZA BUERGO, *Los delitos de peligro abstracto*, p. 387. Así pues, y de acuerdo con un importante sector doctrinal, en relación con los delitos de peligrosidad que aún subsisten en el código penal, entiendo que debe procederse a una interpretación de los mismos en el sentido de

Una sola conducta no aparece *ex ante* como peligrosa para dicho bien jurídico. Es más, muchas conductas tampoco se muestran capaces de llegar a la lesión del mismo. Deberíamos estar ante una actuación masiva y en tal caso, deberían sucederse un importante número de generaciones.[102] Y aún si se cumplen estas condiciones, se desconoce si efectivamente tales acciones realizadas de forma conjunta podrían afectar a la supervivencia de la especie humana. Y lo mismo puede decirse en referencia a las manipulaciones genéticas. Es más, en este caso hay que advertir que tan solo aquéllas que se produzcan en línea germinal tendrán relevancia a los efectos de este bien jurídico. Es evidente que una sola conducta por sí misma ni remotamente aparece como peligrosa para el mismo, sino tan sólo, en su caso, cuando entren el conjunción con otras muchas acciones similares. Esto nos lleva a analizar brevemente la problemática de los delitos de acumulación en derecho penal.

El criterio del daño cumulativo ha sido introducido en la dogmática penal especialmente por Kuhlen, para con ello configurar como "delitos cumulativos" determinados tipos legales protectores del medio ambiente.[103] Con esta denominación se hace referencia a un supuesto especial de delitos de peligro abstracto en los que la acción individual que se castiga no muestra siquiera la peligrosidad abstracta que se presume o se considera motivo de la punición de las conductas individuales en los supuestos tradicionales de delitos de peligro abstracto.

que en ellos, en todo caso, al igual que sucede con los delitos de peligro concreto, se requiere un desvalor de acción. En definitiva, aunque del tipo concreto contenido en la parte especial del código penal no se infiera la necesidad de un peligro *ex ante* para el bien jurídico protegido, ello es, en todo caso, una exigencia necesaria que sí puede inferirse de la parte general, pues como pone de manifiesto ROMEO CASABONA, La peligrosidad y el peligro, p. 951, "lo injusto de los delitos dolosos de acción requiere para que quede constituido el desvalor de la acción que la acción sea peligrosa desde una perspectiva *ex ante*, a la vista de la regulación de la tentativa introducida en el CP de 1995" (arts. 16.1 y 62). De la misma opinión, MIR PUIG, *Derecho penal* PG, p. 234; MENDOZA BUERGO, *Los delitos de peligro abstracto*, pp. 395 y 402 y ss.

102. Cfr. en este mismo sentido, CORCOY BIDASOLO, Límites y controles de la investigación genética, p. 1111; ROMEO CASABONA, Bienes jurídicos implicados en la clonación, p. 148.

103. KUHLEN, Der handlungserfolg der Strafbaren Gewässerverunreinigung, pp. 389 y ss.

Si en los delitos de peligro abstracto no se considera necesaria la constatación de la efectiva peligrosidad de la acción concreta para afectar al bien jurídico, en el caso de los delitos cumulativos ni siquiera tendría sentido tal comprobación, ya que la acción individual no es por sí sola capaz de llegar de afectar al bien jurídico, esto es, *en ningún caso* una acción concreta y aislada va a demostrar una peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico.[104] Y ello es así, no porque el autor u otra persona hayan tomado medidas de precaución para evitar el peligro, sino por la nula carga lesiva de la acción aislada o, al menos, por la escasísima entidad de la peligrosidad que puede implicar, irrelevante en sí misma para el bien jurídico. Sólo en la consideración a la acumulación de múltiples acciones individuales repetidas puede apreciarse una afectación al bien jurídico protegido.[105] Sería necesaria, en definitiva, una repetición en serie de la conducta para llegar a afectar realmente a dicho bien jurídico. En definitiva, bastará una prognosis de realización futura de conductas similares por terceras personas, y que la suma de ellas pueda afectar al bien jurídico, para que la conducta realizada, en sí misma insignificante, sea objeto de reproche penal.[106]

De esta forma, un delito cumulativo no exige que la acción individual conlleve una lesión o una puesta en peligro, sino sólo que ésta pertenezca a una clase de acciones que cuando se realizan un número muy elevado de veces, puede dar lugar a una lesión o a una puesta en peligro, de manera que incluso tal aportación individual ni siquiera es abstractamente peligrosa. Ello nos enfrenta a una imagen del derecho penal de difícil acomodo en las estructuras de imputación del derecho penal basado en la libertad individual.[107]

En definitiva, y refiriéndome ya directamente al tema que nos ocupa, la supervivencia de la especie humana *no puede ser* considerado el bien jurídico

104. Cfr. KUHLEN, Der handlungserfolg der Strafbaren Gewässerverunreinigung, pp. 403 y ss.

105. MENDOZA BUERGO, *Los delitos de peligro abstracto*, pp. 61 y ss.

106. KUHLEN, Der handlungserfolg der Strafbaren Gewässerverunreinigung, pp. 799 y ss.

107. SEELMANN, Atypische zurechnunstrukturen in Umweltstrafrecht, p. 1.262.

protegido en la criminalización de las intervenciones genéticas sobre seres humanos.[108] La supervivencia de la especie humana, lo cual presupone la necesidad de proteger su integridad genética, no se ve afectada con las acciones individuales de clonar seres humanos o manipular los genotipos de los mismos, lo cual no impide considerar que ello suponga una razón más (*ratio legis)* que lleva al legislador a prohibir dicha conducta,[109] pero como sabemos, *ratio legis* y bien jurídico no son conceptos idénticos.[110]

### *4.1.2 Segunda hipótesis: bienes jurídicos individuales*

No es posible encontrar un único bien jurídico que pueda servir como elemento común de referencia para todas las técnicas de ingeniería genética, y ello justamente por la heterogeneidad de conductas posibles. En algunos casos, las intervenciones genéticas sobre el ser humano únicamente van a suponer nuevas y más sofisticadas formas de ataque a bienes jurídicos tradicionales. En otros, sí que podrá advertirse la aparición de nuevos bienes jurídicos, nacidos precisamente como consecuencias de los nuevos avances que se están produciendo en el sector biotecnológico.

Entre los bienes jurídicos tradicionales que van a verse ahora afectados a través de nuevas y más sofisticadas formas de ataque, se encuentran la vida humana

108. De la misma opinión, por razones idénticas a las aquí defendidas, SUÁREZ GONZÁLEZ, "La función del derecho penal", pp. 383 y s. En este mismo sentido, y refiriéndose a esta misma cuestión, señala PUIGPELAT MARTÍ, Clonación, Dignidad humana y Constitución, p. 58, que "(n)o parece razonable prohibir una acción concreta en la medida en que ésta podría tener consecuencias desastrosas si se generaliza. Muchos comportamientos tendrían consecuencias funestas si todos las llevasen a cabo. ¿Qué pasaría si todos los hombres decidiesen que su trabajo sólo puede consistir en cultivar patatas? No parece razonable prohibir esta acción a partir de los peligros que puede tener la generalización de la misma".

109. Cfr. ROMEO CASABONA, Los delitos relativos a la manipulación genética, p. 362, especialmente nota 61.

110. Ello no es óbice para que puedan existir, como se dijo, otras conductas que sí sean peligrosas para dicho bien jurídico (por ejemplo, la creación de armas biológicas de exterminación masiva), lo cual justifica la criminalización de ciertas conductas y su consideración como bien jurídico-penal.

(independiente y dependiente), la integridad (personal y prenatal) o la intimidad (en su vertiente de intimidad genética).

Además de estos bienes jurídicos, la moderna biotecnología ha favorecido la aparición de otros bienes jurídicos de carácter individual de corte más novedoso, como serían la identidad e irrepetibilidad del ser humano (identidad genética) y La inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico del ser humano (integridad genética).

*4.1.2.1 La identidad genética* – Como decía, uno de los nuevos bienes jurídicos que puede verse afectado en el ámbito de las intervenciones genéticas es el de la identidad genética y la irrepetibilidad del ser humano. Es una afirmación mayoritariamente asumida por la doctrina que las técnicas de clonación reproductiva, y más especialmente (pero no sólo), la denominada clonación verdadera,[111] afectará a diversos intereses del futuro hijo, y en especial a la identidad genética nuclear del ser nacido, en cuanto que, desde esta perspectiva, se le priva de la condición de ser único, irrepetible y distinto a otros individuos existentes (vivos o muertos).[112]

Hay que tener en cuenta dos aspectos de gran relevancia: por un lado, que la existencia de seres humanos idénticos es algo natural (gemelos monocigóticos), que ocurre más o menos frecuentemente en la naturaleza y que no supone necesariamente un disvalor, esto es, que la existencia de personas genéticamente idénticas no es por sí negativo ni debe valorarse negativamente;[113] por otra parte,

111. El procedimiento consiste en transferir el núcleo proveniente u obtenido de células de individuos ya nacidos (niños, jóvenes o adultos) a un óvulo no fecundado o un cigoto previamente enucleado. Este óvulo con su núcleo transplantado es estimulado para que prosiga el desarrollo de división celular y para que se desarrolle como si hubiese sido fecundado por un espermatozoide. Cfr. COMITÉ DE EXPERTOS SOBRE BIOÉTICA Y CLONACIÓN, *Informe sobre clonación*, pp. 55 y ss.

112. ROMEO CASABONA, Bienes jurídicos implicados en la clonación, p .148; COMITÉ DE EXPERTOS SOBRE BIOÉTICA Y CLONACIÓN, *Informe sobre clonación*, pp. 191 y ss.

113. Vid. a este respecto, PUIGPELAT MARTÍ, Clonación, dignidad humana y Constitución, p. 58; COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, *I Informe anual*, pp. 40 y s.

que lo que realmente puede ser perjudicial para el nuevo ser no es tanto el hecho de no ser único, sino el ser "idéntico" a otro ser humano existente con anterioridad a él (identidad espacio-temporal) por el temor a una predeterminación del mismo. A este respecto, el Informe Explicativo del Protocolo Adicional del Consejo de Europa, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, señala en un punto 3, que "la clonación deliberada de seres humanos es una amenaza a la identidad humana, pues supone renunciar a la protección mínima contra la predeterminación de la constitución genética humana por un tercero".

En cualquier caso, no debe obviarse que, si bien es indudable que la identidad del ser humano y su condición de irrepetible es el resultado de un cúmulo de factores biológicos y ambientales de lo más variado,[114] no es menos cierto también que su conformación genética es una de las bases de esa irrepetibilidad y que la información genética es un aspecto muy importante de la singularidad del ser humano.[115] Por ello debe considerarse, en principio, a la identidad genética como un interés valorado positivamente y que debe ser, en todo caso, tenido en cuenta, pues si bien es prácticamente imposible crear un ser humano con un genotipo absolutamente idéntico a otro ya existente, no es menos cierto que tales diferencias serían tan insignificantes (quizás habría más diferencias fenotípicas que genotípicas) que podría seguir hablándose de identidad genética.[116]

La identidad genética no se corresponde exactamente con un genotipo único, pues ello no es algo que sea específico de la naturaleza humana. Como decía, no debe olvidarse la existencia de los gemelos monocigóticos, que tienen un

114. Se ha destacado que incluso los gemelos monocigóticos (considerados como individuos genéticamente idénticos), en verdad distan de ser iguales. Difieren no sólo físicamente, sino también psicológicamente, como lo demuestran varios estudios realizados sobre gemelos idénticos. Así, COMITÉ DE EXPERTOS SOBRE BIOÉTICA Y CLONACIÓN, *Informe sobre clonación*, pp. 49 y s.

115. Así, COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, *I Informe anual*, p. 42.

116. COMITÉ DE EXPERTOS SOBRE BIOÉTICA Y CLONACIÓN, *Informe sobre clonación*, p. 151.

genotipo idéntico, lo cual no afecta a su individualidad,[117] ni implica de ningún modo un disvalor de la existencia de tales sujetos.

Así pues, el factor que desencadene la prohibición de la clonación no debe ser el hecho de que un ser humano existente tenga el mismo genotipo de otro.[118] O dicho de otra manera, no es el hecho de no tener un genotipo "compartido" la esencia de la identidad genética, sino el hecho de tener un genotipo "originario", esto es, ser el primer ser humano con dicha composición genética, lo cual supone no tener otro sujeto como referencia de lo que, al menos genéticamente, se es.[119]

En definitiva, la identidad genética debe ponerse en relación, no con el carácter de *único* o no del genotipo, sino con su condición de *originario*, esto es, que independientemente de que haya más sujetos con ese mismo genotipo, todos ellos sean los primeros portadores del mismo, de tal manera que la necesidad de protección de la identidad genética se deriva del hecho de ser un elemento biológico necesario para la protección de la identidad personal, pues la identidad genética entendida en los términos expuestos (con la valoración positiva que encierra en sí misma) es una condición previa para la protección del libre desarrollo de la personalidad del sujeto.[120]

117. Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación*, p. 144. Como dice este informe, "la individuación no la dan los rasgos comunes sino los diferenciantes, y dos seres biológicos se diferencian al menos en una propiedad, que uno es uno y el otro es el otro".

118. Eser/Frühwald/Honnefelder/Markl/Reiter/Tanner/Winnacker, La clonación humana, p. 99.

119. De esta forma, no se ve afectada la llamada identidad genética en el caso de los gemelos monocigóticos que nacen a la vez, pero sí lo estaría aquel "gemelo" que lo hace con una diferencia temporal significativa. Por ejemplo, cuando se ha empleado la tecnología de gemelación artificial, pero sólo se han transferido a la madre parte de los embriones, dejando algunos embriones "gemelos" in vitro, con la intención de transferirlos si el primer intento falla, pero, sin embargo, se logra el embarazo y el nacimiento de un niño. Si a continuación, para lograr un futuro embarazo, se decide emplear tales embriones, los seres humanos así generados carecerán de identidad genética en los términos aquí expuestos.

120. Entendido el bien jurídico en el sentido mencionado, es claro que el único sujeto que puede ser privado de identidad genética es el ser humano clónico, pero no lo será en ningún caso el ser humano clonado (como mantiene Cuerda Riezu, ¿Es punible la clonación terapéutica?, pp. 1.257 y s.: "se altera la identidad e irrepetibilidad tanto del individuo clonado como del individuo original,

La siguiente cuestión es, pues, determinar si este nuevo interés surgido a raíz de los nuevos conocimiento en genética puede alcanzar el rango de bien jurídico, lo que requiere necesariamente su relevancia constitucional.[121]

Además, según vengo defendiendo, el hecho de que un bien jurídico no pueda derivarse explícitamente de un precepto constitucional no impide afirmar su condición de bien jurídico autónomo de carácter implícito por derivarse del valor dignidad humana, consagrado en el art. 10.1 CE, el cual inspira toda la Constitución.[122] De esta forma, podría defenderse la posibilidad de que la identidad (genética) del ser humano, constituye un interés digno de protección jurídica con fundamento en el principio de dignidad.[123]

Así pues, el bien jurídico identidad genética es un bien jurídico implícito en el art. 10.1 CE, esto es, en el libre desarrollo de la personalidad.[124] La adquisición de una identidad personal únicamente puede lograrse si se garantiza el libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, como señalan Valle Muñiz e González González, "la dignidad es negada por la manipulación o dirigismo en el proceso de formación del ser humano y, en todo caso, se imposibilitan *a priori*

en cuanto que cada uno de ellos ya no es único e irrepetible, sino que por el contrario cada uno tiene un genotipo idéntico al del otro"), ya que éste posee en todo caso un *genotipo originario* y, en principio, no se afecta al libre desarrollo de su personalidad. Hecha esta apreciación, quedan eliminadas las objeciones planteadas por CUERDA RIEZU, ¿Es punible la clonación terapéutica?, p. 1258 (fundamentalmente, los problemas derivados de la circunstancias de que el ser humano clonado –que también sería una víctima- haya fallecido ya, o que éste sea el instigador de tales prácticas). Cuestión diferente que es que practicada la clonación sin el conocimiento del sujeto clonado, se produzca un daño moral que pueda ser indemnizable.

121. Vid. ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas y derecho penal,* Capítulo II, Apartado II. B).

122. Vid. ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas y derecho penal,* Capítulo II, Apartado II. B) b) 2.2.2.

123. Cfr. BROHM, Humanbiotechnik, eigentum und menschenwürde, pp. 204 y s.; MANTOVANI, Problemas penales de la manipulación genética, pp. 23 y s.; ESER, ¿Genética, "Gen-ética", Derecho genético?, p. 233; SPORLEDER DE SOUZA, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, pp. 263 y s., y 266; HIGUERA GUIMERÁ, *El derecho penal y la genética,* p. 199.

124. Cfr. NICOLÁS JIMÉNEZ, Objeto y principios del Convenio, p. 87.

las condiciones básicas donde sustentar y hacer posible en un futuro el libre desarrollo de la personalidad".[125]

El profesor Romeo Casabona capta perfectamente la esencia de esta perspectiva, cuando, recuerda que "el componente biológico – genético – no es el único factor o el más decisivo para la conformación de la personalidad, cada individuo tiene su propia historia que va forjando irrepetiblemente desde el nacimiento (...) y en su propio e irrepetible entorno", de lo que deduce que el punto clave de la cuestión es "la compulsión de un cierto determinismo subjetivo sobre el ser repetido, ya no único, promovida por la voluntad de terceros (el profesional, el progenitor), lo que no es menos perturbador, y por ello también debe ser evitado mediante el reconocimiento de un derecho a no ser predeterminado por otros".[126]

El bien jurídico identidad genética se configura así como un bien jurídico complejo de naturaleza objetivo-subjetiva, esto es, alude, por un lado, a aspectos de carácter objetivo, como es la *composición genética* de la persona, pero también tiene un componente subjetivo claro, que consiste en la "destrucción del concepto mismo de personalidad humana – de la esencia o mismidad humana –, ya que no sólo se altera o sustituye (...) la información genética de una persona, sino que se lleva a cabo una duplicación según una información genética ya existente – troquel –. La individualidad de una persona clonada queda completamente suprimida".[127] En definitiva, cuando hablamos aquí de identidad no hacemos referencia a la definición que de ella da el diccionario de la Real Academia Española, como "cualidad de idéntico", sino en su acepción de "conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás", lo cual únicamente puede producirse si se respeta su individualidad *in origine*. Esto supone que la razón de ser de este bien jurídico deba fijarse en la posible afecta-

125. VALLE MUÑIZ; e GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Utilización abusiva de técnicas genéticas, p. 132.

126. ROMEO CASABONA, Bienes jurídicos implicados en la clonación, p. 151.

127. HIGUERA GUIMERÁ, *El derecho penal y la genética*, p. 252. En el mismo sentido, KELLER, Klonen, embryonenschutzgesetz und biomedizin-konvention, pp. 480 y s.

ción a la libertad y, en suma, al libre desarrollo de la personalidad del sujeto privado de identidad genética.[128]

*4.1.2.2 La integridad genética* – Tal y como se desprende de diversos textos internacionales, puede observarse que el interés por la no modificación del genoma humano se centra, no tanto en el valor intrínseco del mismo, como en el hecho de que tales modificaciones vayan dirigidas a la selección de los seres humanos, esto es, suponga, en definitiva, una limitación de su libertad y pretenda coartar la libre determinación de la personalidad de aquéllos cuyo genotipo ha sido "manipulado" o "seleccionado". Esto se ve también claramente en la expresa referencia que tanto la Recomendación 934 (1982), relativa a la ingeniería genética, como el Convenio sobre derechos humanos y biomedicina (art. 13), hacen a la finalidad terapéutica, pues es claro que cuando se pretenda la cura de una enfermedad, el fin último de la modificación genética no será la predeterminación del ser humano sino su beneficio.

En consecuencia, no es difícil apreciar la relevancia constitucional última del bien jurídico analizado, la cual se encontrará, como ocurría con la identidad genética, en el libre desarrollo de la personalidad[129] (10.1 CE), que podría verse afectado cuando se seleccionan determinados caracteres genéticos de una persona a fin de que se adquieran determinadas facultades, que no se tendrían (o al menos no es seguro) de otra forma, lo cual supone un intento de predisponer al ser humano con la adquisición de ciertas habilidades consideradas positivas por la persona que decide la modificación. A este respecto ha señalado el filósofo alemán Jürgen Habermas, que "ninguna persona tiene derecho a disponer de otra persona y a controlar sus posibilidades de acción de tal modo que a la persona dependiente le

128. En este mismo sentido, señala CORCOY BIDASOLO, Límites y controles de la investigación genética, p. 1.115, nota 44, que "en el caso de los seres clónicos no puede menospreciarse el componente subjetivo derivado del conocimiento de su naturaleza que le impediría el libre desarrollo de su personalidad" (en el mismo sentido se pronuncia en su trabajo Las conductas ilícitas relativas a la genética, p. 157, donde más categóricamente afirma que al ser clónico se le privaría de su derecho a la autodeterminación y a la libertad).

129. En la misma línea, ESER, ¿Genética, "Gen-ética", Derecho genético?, p. 233.

sea sustraida una parte esencial de su libertad. Esta condición es vulnerada cuando alguien decide sobre el programa génetico de otra persona".[130]

## *4.2 Otros elementos que deben tenerse en cuenta para una correcta técnica legislativa de* lege ferenda

Una vez que el bien o bienes jurídicos que se desean proteger han sido identificados previamente con toda nitidez, puede ya establecerse qué es lo que se quiere proteger, de modo que habrá de atender a este objetivo en el momento de describir las conductas que se pretendan prohibir, y es que sólo cuando aparece configurado el bien jurídico es posible prever qué conductas pueden presentar un contenido material de peligro para el mismo. Como bien señala Regis Prado, de nada sirve la adopción del postulado de la exclusiva protección de bienes jurídicos si la utilización inadecuada de la técnica legislativa conduce a la elaboración de modelos excesivamente elásticos, capaces de abarcar cualquier comportamiento, aunque no representen lesión real a un bien jurídico protegido.[131] Romeo Casabona enumera y analiza una serie de elementos que deben respetarse para conseguir que los delitos creados con una función de protección de ciertos bienes jurídicos, lleguen a ser aplicables y no se limiten al cumplimiento de una función exclusivamente simbólica.[132] No es este el momento de hacer un detenido análisis de dichos elementos, por lo que me limitaré a realizar una exposición general de los más relevantes.

Entre estos elementos se menciona la necesidad de acotar correctamente el objeto material de la acción, con el fin de delimitar mejor las modalidades diversas que puede presentar la acción objeto de tipificación penal. Otra circunstancia que debe tenerse muy en cuenta es la elección de la estructura típica, atendiendo a los

130. Habermas, La clonación de seres humanos, p. 169.

131. Regis Prado, La tutela del patrimonio genético, p. 1.460.

132. Romeo Casabona, Prevención versus simbolismo, pp. 654 y ss.

hechos cuya comisión se quiere prevenir y al nivel de intervención punitiva, más o menos adelantada. Este análisis conducirá al legislador a elegir si el tipo se estructura como de resultado (de lesión o de peligro) o, por el contrario, de simple o mera actividad, sin conexión a ningún resultado (delitos de peligro abstracto o de peligro abstracto-concreto).[133] Por su parte, en la parte subjetiva de la estructura típica habrá que decidir si se incriminan las conductas imprudentes, de acuerdo con el principio de su castigo excepcional, teniendo en cuenta que la incriminación de las conductas imprudentes debe basarse en el merecimiento de pena, así como en la necesidad de la misma.[134] Y en relación con el tipo doloso habrá que valorar la oportunidad de incluir algún elemento subjetivo de lo injusto.

De igual modo, habrá que determinar cuáles serán los sujetos activos del delito, o dicho de otra forma, las personas a las que cabrá imputar el resultado lesivo para el bien jurídico protegido.[135] Y es que, la naturaleza de estos delitos puede plantear la duda acerca de si deberían ser configurados como delitos especiales, puesto que la conducta que va a producir la lesión de dicho bien jurídico requiere unos conocimientos tan específicos que únicamente un tipo de personas muy concretas va a poder llevarlos a cabo. También habría que decidir si se quiere considerar autora del delito a la mujer que presta su útero para favorecer la existencia un ser humano clónico o cuyo genotipo ha sido previamente modificado, para tomar, en su caso, las medidas de técnica legislativa oportunas.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza de las conductas que van a incriminarse, habrá que prestar un especial cuidado en el respeto del principio de taxatividad penal.[136] De esta forma, habrá que comprobar si el tipo construido

133. Vid. ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas y derecho penal*, Capítulo IV, Apartado V.

134. Idem, Apartado VI. C).

135. Idem, Apartado VI. B)

136. El principio de taxatividad penal forma parte del principio de legalidad penal y puede definirse como "la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas". Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, pp. 40 y ss.

resulta comprensible para los potenciales destinatarios de la norma: la conducta prohibida u ordenada deberá ser clara.[137]

A este respecto, debe destacarse la total falta de uniformidad respecto al léxico empleado para referirse a una misma realidad. Ello se debe a la complejidad del tema y, en ocasiones, a la conveniencia de los propios autores, los cuales no dudan en matizar sus respectivas posiciones acudiendo a la ambigüedad del lenguaje. A ello cabe añadir dos nuevos factores que agudizan la situación planteada. Por un lado, las habituales referencias que suelen realizarse en este tipo de estudios a la regulación legal existente en los países de nuestro entorno, referencias a menudo hechas sin matizar en exceso la identidad de significado y sentido que los términos técnicos utilizados poseen en aquellas legislaciones extranjeras, máxime cuando en la mayoría de las ocasiones, estas leyes suelen dedicar un capítulo inicial a la determinación del sentido que debe darse a los mismos; y por otro lado, la escasa preparación de los ciudadanos para asimilar este tipo de información, debido a la alta complejidad y especificidad científica de la materia, situación que dificulta la propia participación de la sociedad en el debate en el que necesariamente debe tomar parte, así como en la valoración que de ellas hagan.

Es cierto que desde hace algún tiempo es notorio un cierto esfuerzo por parte de la comunidad científica por explicar y aclarar en qué se basan estas nuevas tecnologías y qué consecuencias reales, con sus ventajas e inconvenientes, pueden tener. Este esfuerzo de divulgación es positivo en todos los campos, pero no ha sido suficiente ni eficaz para influir en la percepción global, pues parece que no hay una correlación directa entre la cantidad de información y la calidad de la percepción de las biotecnologías. Es probable que este hecho, dado que afecta a aspectos altamente vivenciales, esté más condicionado por actitudes emocionales

137. Este es, precisamente, uno de los defectos de los que adolecen con mayor frecuencia los delitos relacionados con las biotecnologías. Un ejemplo de ello lo tenemos en el proyecto de código penal español de 1992, en el que empleaba el término "tipo constitucional vital", que nadie sabía lo que era exactamente, y que luego se sustituyo por el más correcto de "genotipo".

que por el conocimiento. Por otra parte, está claro que esta aceptación es cambiante y evoluciona en el tiempo de distinta manera en unos y otros países, y que para muchas personas no es una actitud definitiva.[138]

Esta problemática terminológica y de comprensión real del significado de los conceptos empleados en este campo conlleva un problema jurídico de indudable trascendencia, pues ello supone un ataque frontal a las exigencias de claridad y taxatividad en la determinación de las conductas prohibidas y de las sanciones aplicables derivadas del principio de legalidad. No puede olvidarse que la aplicación de la ley sólo es posible cuando el legislador elabora leyes precisas y claras, de tal forma que las leyes oscuras y la interpretación en sí misma constituye un mal que será aún mayor si los vocablos y giros usados no son accesibles para el ciudadano común.[139]

Finalmente, ha de respetarse en todo caso el principio de mínima intervención en la selección de las conductas que van a ser incriminadas, y el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, ya que, como señala Carbonell Mateu, "los tribunales tienden a no aplicar las penas cuando éstas resultan desproporcionadas".[140] A este respecto, debe procederse a la selección de las conductas con mayor potencialidad lesiva para los bienes jurídicos referidos. Además, la pena y las posibles medidas de seguridad o, en su caso, consecuencias accesorias, deberán ser evaluadas con escrupulosidad por el legislador. Para ello deberá tomar como referencia el bien jurídico que se quiere proteger, la mayor o menor peligrosidad de la conducta que se quiere prohibir y la configuración del delito como de resultado o de mera actividad, la naturaleza del hecho en relación con la condición del sujeto activo del delito (profesional, autoridad o funcionario público). En suma, la mayor o menor gravedad del desvalor de la acción y del

138. EGOZCUE, *Percepción social de la biotecnología*, p. 28.

139. En este sentido, HURTADO POZO, A propósito de la interpretación de la ley penal, p. 491.

140. CARBONELL MATEU, *Derecho penal:* conceptos y principios constitucionales, p. 211.

resultado. Además, deberá ponderarse con el nivel de represión punitiva que domine en el código penal.

En cualquier caso, a pesar de que son conceptualmente claros estos criterios, en la práctica resultan difíciles de concretar. Por un lado, por la variedad de concepciones ético-sociales vigentes en la comunidad en relación con las diversas derivaciones y consecuencias de los descubrimientos y actuaciones sobre el genoma humano, por lo que de momento no es todavía fácil encontrar puntos de acuerdo más o menos generalizados. Por otro lado, perspectivas diversas sobre la concepción que se tenga del derecho penal, pueden provocar que su intervención se adelante o se retrase. Así, si se acentúa su función preventiva, puede dar lugar a la criminalización de conductas que constituyen un mero peligro para los bienes jurídicos que se pretenden proteger; mientras que otras tendencias político-criminales podrían facilitar una contención de la criminalización.

## 5. Bibliografía

ANNAS, George J.; ANDREWS, Lori B.; e ISASI, Rosario M. Protecting the endangered human: toward an International Treaty Prohibiting Cloning and Inheritable Alterations, *American journal of law & medicine*, n. 28, 2002.

BARATTA, Alessandro. Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der risikogesellschaft. zur neubewertung der funktionen des Strafrechts, *Festschrift für Arthur Kaufmann Schreiber zum 70. Geburstag.* Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1993.

BENÍTEZ Ortúzar, Ignacio Francisco. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana.* Madrid: Instituto de Criminología de Madrid-EDERSA, 1997.

_____. El ordenamiento jurídico ante la clonación de células humanas. *Cuadernos de política criminal*, n. 79 (2003).

BROHM, Winfried. Forum: Humanbiotechnik, eigentum und menschenwürde, *Juristische schulung*, n. 3 (1998).

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal:* concepto y principios constitucionales. 3. edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español.* Parte general, I. Introducción, 6. edición, Madrid: Tecnos, 2004.

_____. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo, *Revista de derecho penal y criminología*, n. 10 (2002).

Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida: *I Informe anual.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1998.

Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación: *Informe sobre clonación.* En las fronteras de la vida. Madrid: Ediciones Doce Calles, 1999

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales.* Universidad Pública de Navarra. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas, en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coords.). *El nuevo derecho penal español.* Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Aranzadi, 2001.

_____. Las conductas ilícitas relativas a la genética. *Bioética y derecho.* Barcelona: Consejo General del Poder Judicial-Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2004.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español.* Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito. 3. edición. Madrid: Dykinson, 2002.

CUERDA RIEZU, Antonio. Límites juridicopenales de las nuevas técnicas genéticas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1988.

_____. *El legislador y el derecho penal* (una orientación a los orígenes). Madrid: CERA, 1991.

_____. *¿Es punible o sancionable la clonación terapéutica en España?* En Homenaje al profesor dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

DE FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Miguel. Los bienes intangibles de la especie humana (el genoma humano como patrimonio común de la humanidad). *AA.VV., Héctor Gros Espiell Amicorum Liber.* v. 1, Bruselas: Bruylant, 1997.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Los llamados delitos de "manipulación genética" en el nuevo código penal español de 1995. *Revista de derecho y genoma humano*, n. 5, 1996.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *El principio de legalidad penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

DEL MORAL, Antonio. Clonación y derecho penal. En Carlos José Pérez del Valle (dir.). *Genética y derecho*, Cuadernos de derecho judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Actualidad penal.* n. 1, 2001.

EGOZCUE, Josep (coord.). *Percepción social de la biotecnología.* Barcelona: Fundación Víctor Grífols i Lucas, 2001.

ESER, Albin. ¿Genética, "gen-ética", derecho genético? Reflexiones político-jurídicas sobre la actuación en la herencia humana. En Albin Eser. *Derecho penal, medicina y genética.* Lima: Idemsa, 1998.

ESER, Albin; FRÜHWALD, Wolfgang; HONNEFELDER, Ludger; MARKL, Hubert; REITER, Johannes; TANNER, Widmar; e WINNACKER, Ernst-Ludwig. La clonación humana. Fundamentos biológicos y valoración ético-jurídica. (Traducción de Leire Escajedo San Epifanio). *Revista de derecho y genoma humano.* n. 9, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón.* Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal.* Introducción. 2. edición. Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. Las mujeres y la delimitación constitucional de la bioética. En *AA.VV, Mujer y Constitución en España*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos. O direito à identidade genética do ser humano. *Studia iuridica. Boletin da Facultade de Direito* (Universidad de Coimbra), n. 40, 2000.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GÜNTHER, Hans-Ludwig. Strafrecht und humangenetik. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissensachft.* n. 102, 1990.

HABERMAS, Jürgen. Un argumento contra la clonación de seres humanos (Tres réplicas). *Revista de Occidente.* n. 226, 2000.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Nuevo foro penal.* n. 51, 1991.

_____. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 1992.

_____. Das symbolische am symbolischen strafrecht. En Bernd Schünemann *et al.* (eds.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburstag.* Berlin: Walter de Gruyter, 2001.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe. *El derecho penal y la genética.* Madrid: Trivium, 1995.

HURTADO POZO, José. A propósito de la interpretación de la ley penal. *Doctrina penal.* n. 55, 1991.

JORGE BARREIRO, Agustín. Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto. En Carlos María Romeo Casabona (Ed.). *Genética y derecho penal.* Previsiones en el código penal español de 1995. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Bilbao-Granada: Comares, 2001.

_____. El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995. En Agustín Jorge Barreiro (dir.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español.* Granada: Comares, 2005.

JUNG, Heike. Biomedizin und strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissensachft.* n. 100, 1988.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

KELLER, Rolf. Klonen, embryonenschutzgesetz und biomedizin-konvention. Überlegungen zu neuen natur wissenschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen. En ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike; SCHUMANN, Heribert (eds.). *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburstag.* München: C. H. Beck, 1998.

KUHLEN, Lothar. Der handlungserfolg der strafbaren gewässerverunreinigung (§ 324 StGB). *Goltdammer's archiv für Strafrecht.* 1986.

LOSAPPIO, Giuseppe. Bioetica e diritto penale. *L'indice penale.* n. 2, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética. En Carlos María Romeo Casabona (Ed.). *Genética y derecho penal.* Previsiones en el código penal español de 1995. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Bilbao-Granada: Comares, 2001.

MANTOVANI, Ferrando. Problemas penales de la manipulación genética. *Doctrina penal,* 1986.

MARTÍN URANGA, Amelia. La discusión actual sobre la función del derecho penal moderno. Su trascendencia para la biotecnología. En Juan I. Echano Basaldúa (coord.). *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón.* Bilbao: Universidad de Deusto, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia

al ámbito económico). En RIPOLLÉS, José Luis Diez; CASABONA, Carlos María Romeo; MARTÍN, Luis Gracia; e GUIMERÁ, Juan Felipe Higuera (eds.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo.* Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto.* Granada: Comares, 2001.

_____. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas, 2001.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal.* Parte general. 7. Edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2004.

MONTANO, Pedro J. La responsabilidad de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías biogenéticas. En Jesús María Silva Sánchez (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho penal.* Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar. Objeto y principios del Convenio (Capítulo I). En Carlos María Romeo Casabona (ed.). *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español.* Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Bilbao-Granada: Comares, 2002.

PERIS RIERA, Jaime Miguel. *La regulación penal de la manipulación genética en España* (principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías), Madrid: Civitas, 1995.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal. En RIPOLLÉS, José Luis Diez; CASABONA, Carlos María Romeo; MARTÍN, Luis Gracia; e GUIMERÁ, Juan Felipe Higuera (eds.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo.* Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko.* Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

PUIGPELAT MARTÍ, Francesca. Clonación, dignidad humana y Constitución. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal.* Parte general. 3. edición (con la colaboración de y José Miguel Prats Canut). Pamplona: Aranzadi, 2002.

_____. *Adonde va el derecho penal.* Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles. Madrid: Civitas, 2004.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón; e GONZÁLEZ FRANCO, José Ángel. Ley Orgánica 15/2003. Comentario a la "enésima" reforma del Código Penal. *Iuris*, n. 80, 2004.

REGIS PRADO, Luiz. La tutela del patrimonio genético en el derecho penal brasileño. En RIPOLLÉS, José Luis Diez; CASABONA, Carlos María Romeo; MARTÍN, Luis Gracia; e GUIMERÁ, Juan Felipe Higuera (eds.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo.* Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir., Madrid: Tecnos, 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y derecho penal preventivo.* Barcelona: Bosch, 1986.

_____. Bienes jurídicos implicados en la clonación. *Revista de derecho, criminología y ciencias penales.* n. 2, 2000.

_____. Los llamados delitos relativos a la manipulación genética: ¿Derecho penal simbólico?, En Carlos María Romeo Casabona (dir.), *Genética y derecho.* Estudios de Derecho Penal-36. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

_____. La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente. En RIPOLLÉS, José Luis Diez; CASABONA, Carlos María Romeo; MARTÍN, Luis Gracia; e GUIMERÁ, Juan Felipe Higuera (eds.). *La ciencia*

*del derecho penal ante el nuevo siglo.* Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir., Madrid: Tecnos, 2002.

_____. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética.* Granada: Comares, 2004.

_____. Prevención versus simbolismo en el Derecho penal de las biotecnologías. *Revista de Derecho Penal*, n. 1. Argentina, 2004.

ROMEO MALANDA, Sergio. *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y derecho penal*: consideraciones político-criminales y consecuencias dogmáticas. Cátedra Interuniversitaria de derecho y genoma humano. Bilbao-Granada: Comares, en prensa.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 3. auflage. Munich: C. H. Beck, 1997.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. Técnica legislativa y derecho penal del trabajo. Comentario a la STS de 30 de mayo de 2003. *La Ley.* 15 de septiembre de 2005.

SÁNCHEZ MOLERO, José; e SOLER MATUTES, Pedro. Consideraciones sobre el delito de manipulación genética. *La Ley.* 1997-3.

SANTANA VEGA, Dulce María. Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos. *Actualidad Penal.* n. 9, 2001.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. Die Rechtsgüter des Embryonenschutzgesetzes. En Hans-Heiner Kühne (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa.* Baden-Baden: Nomos Velagsgesellschaft, 1995.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 1996.

SEELMANN, Kurt. Atypische Zurechnunstrukturen in Umweltstrafrecht. *Neue juristische wochenschrift*, 1990.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. La simulación de delito o falta: ¿un delito sin bien jurídico protegido? *La Ley.* 14 de marzo de 2005.

SILVA Sánchez. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: Bosch, 1992.

_____. *La expansión del derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. edición. Madrid: Civitas, 2001.

SILVER, Lee M. *Vuelta al eden.* Más allá de la clonación en un mundo feliz. Madrid: Taurus, 1998.

SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana.* Contributo para a comprensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Gentherapie und Strafrecht. *Juristische Schulung.* n. 9, 1986.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. La función del derecho penal y sus consecuencias para el genoma humano. En Carlos María Romeo Casabona (ed.). *Genética y Derecho Penal.* Previsiones en el código penal español de 1995. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Gumano. Bilbao-Granada: Comares, 2001.

VALLE MUÑIZ, José Manuel; e González González, Marisé. Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal. *Poder Judicial.* n. 26, 1992.

VOß, Monika. *Symbolische Gesetzgebung.* Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten. Ebelsbach: Verlag Rolf Gremer, 1989.

ZIERL, Gerhard. Strafrechtliche aspekte der humangenetik und der fortpfanzungsmedizin. *Deutsche richterzeitung.* n. 5, 1986.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal.* Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos), 3. edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

# Derecho penal economico, criminalidad organizada y Union Europea[1]

Vincenzo Musacchio

Profesor de Derecho Penal economico
en la Facultad de Economía de la Universidad
del Molise (Italia).

**Resumen:** Las dificultades del sistema penal para imputar responsabilidad en los delitos económicos es un tema crucial de nuestra disciplina. Este es precisamente uno de los síntomas de la tan manida "crisis del derecho penal": la imposibilidad de determinar la responsabilidad en sistemas complejos, donde las víctimas son indeterminadas, existe una pluralidad de nexos causales y existen una pluralidad de conductas, algunas dolosas otras culposa, unas activas y otras omisivas. Respecto a los problemas de derecho penal la Union Europea lucha contra la criminalidad de empresa et hay que distinguir la referente a las propuestas hechas para los Estados miembros, de aquella política jurídica ya existente dentro de la propia Union Europea de sancionar a empresas. La Union Europea, siguiendo su complejo proceso de armonización de las normas penales ha dictado una serie de directivas y recomendaciones con el objeto unificar criterios con el objeto de hacer frente a la criminalidad económica y empresarial. El alcance de esto escrito es analizar tales aspectos problemáticos.

1. Comunicación presentada en las Jornadas de Derecho Penal sobre "Reflexiones dogmáticas y político-criminales sobre el derecho penal economico", celebradas en Buenos Aires del 20 al 22 de noviembre de 2003. Trad. de Elena Ramirez Gutierrez de la Universidad de La Plata (Argentina).

**Palabras-clave:** Política criminal – Union Europea – Criminalidad organizada – Responsabilidad – Impresa – Derecho penal.

En esta comunicación me ocuparé de las vinculaciones que existen entre la criminalidad organizada y la criminalidad de empresa, así como de los retos que esta gran criminalidad plantea a la Union Europea y, por efecto rebote, a los países miembros. Se trata pues, de reflexionar cuáles son las interrelaciones criminológicas y politico criminal del binomio criminalidad organizada y criminalidad de empresa y cuál es la respuesta que la Union Europea ha diseñado para hacer frente a ambos tipos de criminalidad. Interesará saber, también, cuáles son los efectos que este diseño político criminal puede tener en los Estados miembros.

Respecto a la política criminal de la Union Europea de lucha contra la criminalidad de empresa hay que distinguir la referente a las propuestas hechas para los Estados miembros, de aquella política jurídica ya existente dentro de la propia Union Europea de sancionar a empresas.

La Union Europea, siguiendo su complejo proceso de armonización de las normas penales ha dictado una serie de directivas y recomendaciones con el objeto unificar criterios con el objeto de hacer frente a la criminalidad económica y empresarial. Dado que la Union Europea se constituyó fundamentalmente como un mercado economico común, el respeto a la libre competencia y, por consiguiente, la necesidad de garantizar la igualdad de condiciones de los agentes económicos (productores, distribuidores, proveedores, consumidores etc...) ha dado lugar a que el comité de ministros sea especialmente sensible con los temas de delincuencia económica.

A través de una serie de Recomendaciones (destacan la Rec (81) 12 y Rec (88) 18) ha instado a los países miembros a prever sanciones punitivas también en el ámbito de la empresa y de la criminalidad económica, teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción, la gravedad de la responsabilidad y de la consecuencia para todos los miembros del colectivo, unido a la necesidad de prevenir nuevos

delitos. La posibilidad de que las empresas se puedan sustraer de una sanción penal o administrativa, es un cálculo con el que suelen jugar los empresarios, de acuerdo al margen de sancionabilidad de las infracciones del mercado interior. Un sistema sancionatorio incongruente dentro del espacio europeo puede propiciar dificultades para los operadores jurídicos y, por tanto, diferencias profundas en la igualdad de condiciones que requiere el mercado para el desarrollo de la libre competencia. Además, puede favorecer mensajes contradictorios a los ciudadanos, con claro desmedro de los fines de prevención general de estos delitos.

Respecto a la política criminal de la Union Europea en materia de criminalidad organizada, como ya se ha puesto de manifiesto, se trata de uno de los temas centrales del ámbito punitivo, conjuntamente con el terrorismo y el tráfico de drogas, sobre todo a partir de Amsterdam. Para ello se ha encargado a un grupo de expertos un Plan de Acción para luchar eficamente contra la delincuencia organizada. Para ello será preciso, por lo menos: primero, que la Europol tuviera poderes operativos y personal cualificado para investigar y perseguir eficarmente a dicha criminalidad. Segundo, la armonización y aproximación de las legislaciones de los países miembros, para no incurrir en vacíos legales e incoherencias.

En este último aspecto debe destacarse el *corpus juris*, que si bien es solamente un informe de expertos sin ninguna validez normativa, establece un conjunto de reglas mínimas penales y procesales para luchar contra el fraude comunitario. No es, claro está, un proyecto de codigo penal comunitario, pero sí creo que tiene un valor innegable, al presentar un mínimo común denominador de principios generales, cimentados en las convenciones europeas de derechos humanos. En realidad, dan buena cuenta de, por los menos, los temas penales mínimos a los que debe buscarse acuerdo, para lograr una represión común. En este cuerpo legal, en el art. 14 se acoge expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con una regla muy similar de vinculación con la persona actuante, como la que existe en la jurisprudencia del TJCE.

En relación al sistema de sanciones ya existente en la Union Europea, esto es, al aparato sancionatorio comunitario hay que señalar lo siguiente.

A parte de las sanciones indirectas, esto es a la potestad que tiene la Union Europea de obligar a los Estados miembros a la tutela de los intereses comunitarios, existe un sistema de sanciones directas.

En materia económica, y en especial en el ámbito agrícola, de la pesca y en materia de libre competencia, la Union Europea tiene potestad legislativa directa sobre los Estados, pudiendo definir infracciones y también sanciones. Las sanciones comunitarias que crea, impone y aplica la propia Comunidad, de manera directa, son las vinculadas a la libre competencia. Según los arts. 85, 86 y 87 del Tratado de Roma (actuales arts. 81, 82 y 83 del TA), el Consejo de Ministros podrá adoptar las directivas y reglamentos necesarios para regular la libertad de competencia al interior de los países miembros, pudiendo garantizarlo mediante multas y multas coercitivas (arts. 47.3, 58.4, 65.5 y 66.6 TCECA y art. 83.2. TA). Esta potestad sancionadora directa de la Comunidad se explica por la importancia que tiene el respeto de las reglas del mercado para la consolidación de un mercado único y en especial los dos campos estratégicos de agricultura y pesca.

Es muy interesante observar varias características de este tipo de sanciones: A) son aplicadas directamente por las Instituciones Europeas: la Comisión investiga los casos de supuesta infracción a la competencia y propone las medidas para poner término a esa situación. En caso que no se ponga fin a dichas infracciones, la Comisión dicta una Decisión motivada por la que se declara procedente o desestima una denuncia sobre abuso de posición dominante en el mercado, concierto de precios entre asociaciones de empresas y demás infracciones a la competencia (art. 85 TCE). Las empresas afectadas pueden demandar la Decisión de la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. B) se aplica fundamentalmente a empresas. Incluso se habla de que las empresas son autores en las infracciones comunitarias. En efecto, las reglas de la competencia se refieren exclusivamente a las empresas como sujetos de regulación del

mercado y, por tanto, sujetos a los que se demanda un comportamiento determinado de no vulnerar las reglas del mercado libre. Entonces, las empresas son sujetos activos en estas infracciones, y también son sujetos pasivos, ya que el bien jurídico que se protege está referido también a las empresas, en la medida que inmediatamente son las principales beneficiarias de dichas reglas y mediatamente al mercado en general. C) utiliza un criterio funcional de empresas, que es económico, lo cual permite resolver el problema de la responsabilidad en grupos de empresas y en caso de transferencia de empresas. El concepto que se maneja es el de "unidad económica", definiéndola como un solo sujeto jurídico determinado por factores personales, materiales e inmateriales, cuya actividad persigue un fin económico. De esta manera se puede imputar los comportamientos ilícitos de la filial a la empresa matriz, en la medida que ésta dirige la unidad económica. Este concepto de unidad económica, también ha servido para resolver los casos de sucesiones y de fusiones empresas, pues se podría dar el caso que una vez realizada la infracción la empresa cambie de razón social o se fusione con otra. Para la sanción se localiza la unidad económica. D) Se han desarrollados criterios subjetivos de imputación especialmente conceptuados para empresas.

En la medida que son empresas los sujetos de la norma de conducta y la norma de sanción, la imputación subjetiva del comportamiento es a la propia empresa, no a las personas físicas que actúan en su nombre. Pero, sí cabe señalar que uno de los aspectos más importantes de la construcción jurídica del TJCE es el de haber separado la responsabilidad de la empresa del de las personas físicas que actúan. De la siguiente manera: 1) Una responsabilidad propia de la empresa, separada de la persona física que actúa. Esto permite independizar la responsabilidad de la empresa de aquella de la persona física totalmente, con lo cual, las circunstancias de exención de la responsabilidad de la persona física, no afectan a la responsabilidad de la persona jurídica. Y, otro efecto importante, es que la sanción se impone de acuerdo al monto económico de la producción de la empresa,

como unidad económica (proporcionalidad en relación a la empresa, no a las personas físicas que actúan). Así: "al determinar la cuantía de las multas, se puede tener en cuenta, entre otros factores, la influencia que la empresa haya podido tener en el mercado, principalmente, en razón de su dimensión y de su potencia económica, de las cuales da indicios el volumen de negocios de la empresa". Tratándose de una asociación de empresas, "la influencia que haya podido ejercer en el mercado, no depende de su propio 'volumen de negocios', que no revela ni su dimensión, ni su potencia económica, sino, en realidad del volumen de negocios de sus miembros, que constituye un dato sobre su dimensión y potencia económica". 2) Criterios de dolo e imprudencia a nivel de empresa y no de la persona física. Para las autoridades de la UE la culpabilidad está construida normativamente, como un "defecto de organización" y puede presentarse en forma dolosa o culposa. Para afirmar el dolo, "no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir la prohibición contenida en dichas normas, es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto o el efecto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia en el mercado". Es decir, no es necesaria la conciencia del ilícito, sino simplemente el conocimiento potencial (debido) de que esa conducta restringe la competencia en el mercado. Las conductas imprudentes quedan para una infracción leve del conocimiento potencial. E) La jurisprudencia del TJCE ha desarrollado una serie de criterios para resolver el tema de qué personas actúan de manera vinculante para la empresa. El criterio que se ha impuesto en la jurisprudencia comunitaria es funcional-económico, no formal: toda persona que actúe por cuenta de la empresa y que tenga capacidad para comprometerla jurídicamente. Este es el criterio también que se ha recogido en el Corpus Juris, art. 14.1: "cuando el delito se realice por el órgano, representante o cualquier persona que actúe en nombre de la entidad o que tenga poder de decisión, de hecho o de derecho". La Comisión y el TJCE han sido pragmáticos, estableciendo que vincula a la empresa la actuación de personas físicas que actúen en representación de la empresa, independientemente de su situación o de su jerarquía.

Como puede observarse, las instituciones europeas ya han diseñado una serie de principios generales en el sistema sancionatorio comunitario referido a empresas.

La naturaleza jurídica de las sanciones que impone la Comunidad de manera directa es un tema nada pacífico. Para la mayoría de autores y para la propia Comisión, se trata de "sanciones administrativas"; pero, el carácter aflictivo (verdadera afección o limitación patrimonial o restrictiva de derechos patrimoniales) y preventivo (tiene un fin preventivo general, buscar que no se vuelva a cometer la infracción), permite clasificarlas como sanciones punitivas o penales en sentido amplio. Este es el modelo seguido por OwiG (Ley de contravenciones e infracciones administrativas) alemana.

Se trata de sanciones administrativas de carácter represivo, adscribibles al modelo punitivo sancionador o del derecho penal administrativo, seguido además en Italia y Portugal. Pero las dificultades se presentan para entenderlo desde la óptica de los países en que no existe este tipo de ordenamiento punitivo-administrativo.

En realidad, esta clasificación parece una solución de compromiso de sanciones que no pueden ser "penales" por la deficiencia democrática del órgano que las define (la Comisión), pero que materialmente lo son, pues tienen todas las características de una pena. Con esto se salvaría dos escollos: se sancionaría con sanciones aflictivas y con fines preventivo generales y, se podría sancionar a las empresas sin plantearse ningún inconveniente con el principio societas delinquere non potest. "No es arriesgado afirmar que en el ámbito comunitario, la persona jurídica está sujeta a sanciones de naturaleza formalmente administrativa, pero sustancialmente idéntica a las de naturaleza penal".

El tema de la naturaleza jurídica de la sanción es importante para establecer las garantías aplicables para la determinación de la responsabilidad y a los efectos de determinar dichos criterios de atribución. En todo caso, en este momento son válidas las garantías materiales y procesales del derecho denal en el derecho de cárteles comunitario.

De todo este proceso de influjo europeo en el derecho penal de los Estados miembros hay un hecho al que poca atención se le ha dado: la comunidad europea desde hace varios años está sancionando a entes colectivos, en especial a empresas. Qué repercusiones tiene esto para los Estados miembros?

Como se sabe, tradicionalmente ha habido grandes diferencias en este tema entre los países del *Common law* que admiten desde el siglo pasado la responsabilidad penal de las corporaciones y los países de tradición de tradición romano-germánica en los que rige el principio *societas delinquere non potest*. Pero en los últimos tiempos ambos sistemas se han ido acercando en lo referente a la responsabilidad penal de las agrupaciones jurídicas, pues mientras los países anglosajones que admitían la responsabilidad penal prácticamente de manera objetiva, empiezan a diseñar sistemas subjetivos de imputación, en los países del *Civil law* se observa la tendencia por acoger en el codigo penal (Francia), en leyes especiales (Italia y Portugal) o en el ordenamiento sancionador punitivo (Alemania), reglas de atribución de infracciones y sanciones a la propia persona jurídica.

El legislador español no ha sido totalmente renuente a esta tendencia, pues ha incorporado las consecuencias accesorias del art. 129 c.p. español. El problema político criminal que plantean es que precisan primero de la imposición de una pena a un sujeto responsable y justamente determinar esto es el escollo principal si efectivamente se quiere no hacer responder a un tercero por el hecho. Y, otra discusión que plantean es que, al no estar definida su naturaleza jurídica, pues en principio ni son penas, ni son medidas, no quedan claros los criterios de atribución.

¿Cómo determinar la proporcionalidad de la consecuencia? ¿Qué sucede si el autor está amparado por una causa de justificación o una causa de inculpabilidad? Son todas interrogantes que el legislador nos ha dejado sin respuesta, el cual, incluso en algún artículo la ha llamado "medida" y hasta "pena". Todo ello muestra que se trató de una solución de compromiso para no abordar a fondo el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas y, más bien, dar una respuesta "práctica" al asunto.

Visto el asunto desde el punto de vista europeo, este es justamente uno de los temas que plantea mayores dificultades para lograr una armonización legislativa, pues países como Italia, alegan problemas de constitucionalidad para la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en España es aún dominante también la doctrina que se manifiesta en contra de su admisión, aunque también ya se empiezan a lanzar voces a su favor.

En todo caso la cuestión fundamental es: si exigimos las mismas garantías y los mismo principios de atribución al sancionar a las empresas que a las personas individuales o nos contentamos con rebajar garantías admitiendo la responsabilidad objetiva para ellas.

Considero que el sistema sancionatorio de la libre competencia de la Union Europea puede ser buena muestra de que sí es posible diseñar categorías y mantener garantías propias a empresas. Además, nos demuestran que estas sanciones que tienen carácter aflictivo y fines preventivos son punitivas en el sentido lato de la palabra.

Esto nos lleva a reflexionar sobre un tema que trasciende el ámbito del derecho comunitario y compromete todo el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. En los últimos tiempos se va atenuando los barreras entre ambos derechos y cada vez es más patente que estamos ante un derecho sancionador general al que debe aplicarse todas los principios materiales y procesales del derecho penal, dejando, de acuerdo al principio de subsidiariedad y fragmentariedad, las infracciones más graves (bienes jurídicos más importantes y lesiones más graves) al derecho penal y las menos graves al derecho administrativo sancionador.

Sin entrar en este tema que llevaría por lo menos una exposición específica, quiero señalar algunos rasgos del Derecho Penal moderno que confirman esta afirmación: 1) Repliegue de la pena privativa de libertad y revitalización de la multa en muchos países. Hay que destacar que la Corte Constitucional francesa ha señalado que la multa es una pena y, por tanto, debe someterse a todos los principios penales. Ello prueba, la adjetivización de "penal" de una sanción es relativa, vista

desde una perspectiva comparatista. 2) En muchos sectores y especialmente en el derecho penal económico, la legislación penal se está convirtiendo en mero instrumento sancionador de cierre del sistema, donde las infracciones son definidas extra-penalmente. En estos ámbitos, el carácter penal o administrativo de la sanción es meramente de oportunidad, de acuerdo a la eficacia, rapidez, necesidad, especialidad, de la intervención. 3) Existencia en el sistema sancionador penal de sanciones que no son definidas como penales, pero que materialmente lo son, porque son aflictivas, preventivas y aplicadas por un juez penal, como son las consecuencias accesorias del art. 129 c.p. aplicables a las personas jurídicas y art. 128 el comiso de las ganancias del delito.

Todo ello nos demuestra dos cuestiones: A) si los contornos entre ambos derechos son difícilmente delineables, estamos tendiendo a un derecho sancionador general en todos los Estados miembros, similar al que se aplica en la Union Europea. B) ese derecho sancionador general debe respetar los principios materiales y procesales del derecho penal, como conquistas ganadas para una intervención racional, en la que necesariamente habrá de revisarse el principio societas delinquere non potest, tal como ya lo ha hecho el derecho de la Union Europea con las empresas en materia de libre concurrencia.

En definitiva, de acuerdo a la política criminal de la Union Europea que ejerce un influjo importante en materia de derecho penal económico que es fundamentalmente empresarial, se impone necesariamente la posibilidad de sancionar penalmente a empresas y otros entes colectivos, cuestión que no es solo posibilidad sino ya es una realidad a la vista de las legislaciones de los últimos años, aún en los países que no la admiten abiertamente. En suma, quiero decir, que si en este momento existen respuestas sancionatorias del ordenamiento jurídico para sancionar a empresas, se trata de delinear criterios claros de atribución, garantías, principios para hacerlo más racionalmente, sin incoherencias en aras de la seguridad jurídica y de la prevención de dichas conductas. Prueba de que esto es posible la tiene el derecho sancionatorio de empresas de la Union Europea.

Entonces, considero que si la tendencia del derecho penal se orienta hacia la división de dos sistemas de imputación, como ya anuncian varios autores, esta clasificación no será fundamentalmente por la cualidad de la pena (aunque este es un elemento también a tener en cuenta, claro está), sino por la determinación de la responsabilidad individual o responsabilidad de sistemas complejos.

Respecto a la lucha de la criminalidad organizada dentro de los países miembros, las diferencias legislativas son abismales, mientras países como Italia o Alemania le han prestado mucha atención, en España, aparte de la legislación antiterrorista y contra la droga sólo se ha dado la LO 5/99 de 13 de enero, modificando la LECrim para dar cobertura legal al agente encubierto en la lucha contra la delincuencia organizada. Además, la ha definido como "la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos que en esa ley se registra. Si observamos la lista, veremos que la mayoría pueden cometerse a través de empresas y otros entes colectivos".

Por último quiero señalar que la lucha contra la delincuencia organizada que amenaza este fin de siglo que se sirve del modelo de relaciones económicas de las sociedades postindustriales, debe hacerse por distintos frentes. Uno de ellos, muy importante es el de diseñar un modelo sancionatorio para empresas y otros entes colectivos con el fin de que los delincuentes no se sirvan de su impunidad para delinquir, ni aprovechen las lagunas legales que le brindan las incoherencias legislativas en los mercados comunes. Pero tan importante como sancionar incluso penalmente a las empresas en los casos graves, al aplicarles sanciones materialmente aflictivas y preventivas, deben rodearse de principios y garantías, para racionalizar la intervención y cumplir a cabalidad con los fines preventivos de las incriminaciones. Este es sin duda una de los retos de la Política Criminal moderna al que debemos responder los penalistas.

Sin duda la nueva criminalidad que está confrontando a los países y al sistema penal en su totalidad es la criminalidad organizada, empresarial, transna-

cional, que utiliza instrumentos sofisticados como los medios de comunicación modernos y las redes comerciales internacionales. El sistema de producción de libre mercado que se ha impuesto en el mundo desde la caída del muro de Berlín, nos ha llevado a la globalización de las relaciones económicas y con ella, a que la criminalidad relacionada con el lucro ilícito pueda moverse a sus anchas por los territorios nacionales aprovechando las redes del comercio internacional.

El tráfico de armas, el tráfico de menores, el tráfico de mujeres, el tráfico de drogas, el tráfico de órganos humanos, el tráfico de mano de obra, el blanqueo de dinero, son todas formas de criminalidad que tienen por característica común, utilizar (o mejor sería decir, explotar) los tejidos del comercio internacional para lograr ganancias ilícitas, las cuales se acrecientan en la medida que tienen que corromper las relaciones legales y tienen que utilizar las relaciones ilegales. Existe pues una correspondencia entre aumento de las ganancias (ilícitas) con la corrupción de las relaciones económicas lícitas y utilización de las ilícitas.

Este mismo fenómeno que se observa en las relaciones económicas internacionales, también es palpable a nivel del interior de las relaciones económicas de los propios Estados y concretamente, en la empresa, principal agente económico de la sociedad moderna. En algunos países de nuestro entorno, como Italia, se ha demostrado que la criminalidad organizada cada vez más se está infiltrando en empresas legales con prestigio en el mercado, para reciclar sus beneficios económicos, al ser este "ciclo productivo" fundamental para su desarrollo económico. Incluso se habla de una "mafia empresarial" o "empresa mafiosa" para denominar a este fenómeno de inmersión del capital ilícitamente obtenido en el capital "sano" de empresas consolidadas. Por su parte, el fenómeno de utilización por parte de asociaciones ilícitas de empresas en apariencia lícitas para obtener provecho económico que luego les sirva para financiar la comisión de delitos, es conocido en España, pues la organización terrorista Eta tenía empresas con ese fin. Esto quiere decir, que la criminalidad organizada no sólo actúa en la economía sumergida como suele creerse, sino también en la economía legal y sólidamente

implantada, aprovechando cualquier resquicio del aparato jurídico para actuar. En los últimos tiempos es cada vez más evidente que la criminalidad organizada necesita de empresas para los diferentes ciclos del delito: comisión de delitos (societarios, de iniciados, etc.), encubrimiento de delitos (lavado de dinero) y financiación de la comisión del delito (empresas para financiar el terrorismo).

Existe pues, una intercomunicación entre organizaciones criminales y sociedades mercantiles, toda vez que poseen características similares, esto es, organización funcional, jerarquías, división del trabajo, profesionalización de sus miembros. No en vano las organizaciones criminales parecen adoptar como punto de referencia los modelos y estructuras del mundo de la industria y los negocios: la racionalización de los medios personales y materiales, la vocación de permanencia para la obtención de un fin de naturaleza predominantemente económica, la expansión de la actividad en otras áreas geográficas, la interrelación con otras organizaciones, la tendencia a reinvertir una parte de los beneficios. Todo ello ha llevado a hablar desde el plano criminológico de la existencia de una verdadera "industria del crimen". Digamos que las organizaciones criminales cumplen las mismas funciones que las sociedades comerciales, sólo que en el mundo ilícito.

Las agrupaciones de empresas y los grupos económicos también son entes del mercado cuyas formas jurídicas pueden prestarse para la corrupción y la intervención de las redes ilícitas, porque en ellos se diluye la responsabilidad individual, las conductas de personas concretas individuales, pasando a ser entes, grupos organizados del mundo empresarial, una unidad económica que actúa de acuerdo a políticas económicas de grupo, pero manteniendo las sociedades integrantes su independencia jurídica. No olvidemos que la Sociedad Anónima nació y se desarrolló al amparo de la irresponsabilidad de sus titulares, las personas individuales, quienes no responden con su patrimonio por las actividades del sujeto jurídico; mientras que las agrupaciones de sociedades, corporaciones o conglomerados de empresas, de gran expansión en el mercado moderno actual, se están desarrollando en los últimos tiempos precisamente porque dichas figuras

económicas son idóneas para optimizar los recursos, reducir costos y repartir riesgos y responsabilidades. Mientras más se complejiza las sociedades, la estructura de la organización se diversifica más y se produce mayor división de trabajo, por lo que el producto final compromete a más intervinientes.

En el ámbito de la responsabilidad penal, se producen problemas importantes para la determinación de la responsabilidad individual cuando el delito es cometido en el contexto de una empresa, por las siguientes características del comportamiento: delegación de funciones, división del trabajo, complejización de los nexos causales, pluralidad de sujetos intervinientes, todo esto produce, en definitiva, una disociación entre quienes actúan y quienes responden penalmente, pudiendo recaer el peso de la responsabilidad en la jerarquía de la organización (responsabilidad del titular de la empresa) o en la base de la misma (responsabilidad de los representantes). Las dificultades del sistema penal para imputar responsabilidad en los delitos económicos es un tema crucial de nuestra disciplina que está siendo denunciado ya por muchos autores como Alessandri y Paliero, entre otros. Este es precisamente uno de los síntomas de la tan manida "crisis del derecho penal": la imposibilidad de determinar la responsabilidad en sistemas complejos, donde las víctimas son indeterminadas, existe una pluralidad de nexos causales y existen una pluralidad de conductas, algunas dolosas otras culposa, unas activas y otras omisivas.

Además, la psicología de grupos enseña que los comportamientos humanos de los sujetos cambian cuando están al interior de un grupo. Sujetos que no se atreverían a realizar determinadas conductas en solitario, sí las realizan cuando están al interior del grupo, al sentirse amparados por la cobertura que le da su pertenencia al mismo. La "colectivización" de la vida moderna, plantea este reto ¿cómo determinar la responsabilidad penal en los grupos organizados?, llámese fundaciones, sindicatos, partidos políticos, empresas, etc. No pretendo aquí y ahora agotar toda esta problemática, sino simplemente replantear su discusión al hilo

de la utilización de estas agrupaciones por la criminalidad organizada y el especial interés que existe en combatirla por parte de la Union Europea.

Por otro lado, el espacio común europeo creado en Maastricht da lugar a la libertad de movimiento tanto de personas como de bienes, pero aún no existe un aparato europeo de represión penal, por lo que se da la paradoja de que se levanta las fronteras para los delincuentes y a la vez se cierran las mismas para los órganos penales. La dificultad tantas veces señalada de no existir normas comunes en materia penal, plantea mayores escollos para hacer frente a la libre circulación de delincuentes y libre circulación del capital ilícito, además de los instrumentos del delito y de la mercancía ilícita. En este espacio común, la criminalidad organizada puede desplazarse prácticamente sin límites.

En suma, desregulación de los mercados financieros, libertad de movimiento de capitales, redes internacionales de comercio, proceso de concentración de capitales, alzamiento de fronteras dentro de los espacios comunes, son todos elementos consustanciales de la economía mundial moderna que pueden ser caldo de cultivo del tráfico ilícito en general y de la criminalidad organizada en particular, ya que para ella su fin principal es la obtención de ganancias utilizando toda laguna jurídica. Con este panorama, los penalistas estamos obligados a proponer una política criminal, esto es, construir una estrategia y elegir una táctica para luchar contra esta criminalidad organizada transnacional, que tantos costes económicos y sociales está teniendo para los países miembros.

Atajarla, en uno de sus núcleos más importantes, cuál es su actuación por medio de empresas, aprovechando el déficit de sancionabilidad en este aspecto, es el propósito de este trabajo.

# O princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial

Cristiane da Rocha Corrêa

Mestre em Direito Processual pela UERJ.
Doutoranda em Direito, Estado e Cidadania
pela Universidade Gama Filho. Promotora de Justiça
no Estado do Rio de Janeiro.

**Sumário:** Introdução – 1. A igualdade no processo: o contraditório – 2. O contraditório e o inquérito policial – 3. Conteúdo do contraditório no inquérito policial – 4. Os exames periciais – 5. A experiência italiana: análise do art. 238 do CPP, à luz do art. 111 da Constituição – 6. Uma modesta proposta – 7. A título de conclusão: a reforma do Código de Processo Penal e o inquérito policial – 8. Referências.

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho é contribuir, ainda que modestamente, para a análise das relações entre a fase investigatória e um dos princípios fundamentais do "processo justo": o contraditório. Mais especificamente, o tema escolhido diz respeito ao contraditório no que concerne aos exames periciais realizados no curso do inquérito, sem a manifestação ou a participação da defesa.

**Palavras-chave:** Processo Penal – Inquérito policial – Princípio do contraditório – Provas – Exames periciais.

# Introdução

Após mais de dezesseis anos de vigência de nossa Constituição Federal, muito já se escreveu sobre suas muitas qualidades e sobre as inegáveis conquistas advindas de sua implementação. Realmente, seguindo a tendência já observada em diversos ordenamentos, a Constituição de 1988 acentua "a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico" de nosso sistema.[1] Seu ponto alto é, sem dúvidas, o extenso rol de direitos fundamentais nela enunciado, o que a coloca em pé de igualdade com as mais modernas cartas de direito.

Diante da experiência constitucional recente, em que toma cada vez mais relevo a previsão de garantias fundamentais do processo, o desenvolvimento e o estudo da teoria geral do direito processual está longe de ater-se a aspectos meramente formais de procedimento, cuidando de estabelecer todo um arcabouço principiológico dirigido indistintamente aos litigantes em processo penal ou civil. A própria idéia de tutela jurisdicional efetiva passa a ser considerada direito fundamental dos litigantes.

De acordo com essa idéia, o processo penal não pode mais ser visto apenas como um mero instrumento a serviço do direito material, já que também as normas processuais, intrinsecamente consideradas, *devem possuir sua própria justiça,* que deve ser aferida caso a caso. O processo penal deixa de ser um mero instrumento pelo qual se tutela o direito de punir do Estado e passa a ser também, e, sobretudo, o instrumento pelo qual se busca tutelar a liberdade jurídica do réu,[2] por intermédio de regras que assegurem a efetividade dos direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos, mesmo aos submetidos à justiça penal.

1. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, p. 264.

2. Grinover, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 22.

É necessário, portanto, que se conciliem na persecução os escopos de segurança e de justiça, indissociáveis em uma concepção atual de processo penal. O processo não deve servir à sobreposição dos direitos do Estado contra o cidadão, mas sim como garantia do cidadão, até mesmo contra o Estado.[3] O Estado deve ser o maior interessado na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e de outros valores cuja preservação é imposta pela ordem constitucional, além do simples interesse em que o processo se desenvolva e encontre seu termo de forma satisfatória.

Contudo, é bastante conhecido o descompasso entre o texto constitucional e a prática do Direito, sobretudo no campo do Processo Penal. Não é somente no texto, mas também no espírito, que nosso Código de Processo Penal deixou de acompanhar as inovações trazidas pela nova ordem constitucional, o que, somado ao conformismo da doutrina tradicional, faz com que se o cidadão sofra as conseqüências da estagnação conceitual dos institutos nesse ramo do Direito.

Se isso se verifica no campo do processo, os prejuízos no âmbito do inquérito policial são ainda maiores, dadas as notas de inquisitoriedade nele presentes, como se verá adiante.

## 1. A igualdade no processo: o contraditório

Este capítulo inicial destina-se a traçar os contornos do princípio do contraditório, buscando revelar seu atual significado e importância para implementação da igualdade material no campo do processo, tornando efetiva a possibilidade de realização da justiça possível no caso concreto.

No ordenamento jurídico italiano, o art. 111 da Constituição, com a redação que lhe foi dada pela reforma de 1999, incorporou todo o esforço interpretativo precedente da Corte Constitucional daquele país no sentido de deli-

3. Suannes, Adauto. *Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 219.

mitar o conteúdo do "*giusto processo*", enunciando os elementos que lhe são essenciais: o contraditório entre as partes em condição de igualdade, a imparcialidade do juiz e a duração razoável do processo. O contraditório, tratado nos dois primeiros "*commi*" do mencionado art. 111, é um dos elementos indefectíveis do processo justo.[4]

A garantia do contraditório é prevista em nosso ordenamento jurídico, em nível constitucional, no inciso LV do art. 5.º da CF/88, que assegura aos litigantes, quer em processo judicial, quer em processo administrativo, o "contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Antes mesmo de tentar explicitar o alcance e o conteúdo do preceito constitucional, vale lembrar que essa garantia já encontrava previsão, ainda que indireta, na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), cujo art. X dispõe: "Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him."

O contraditório constitui, nas palavras de CALAMANDREI, a "força motriz do processo, o seu princípio fundamental."[5] Por meio dele se implementa a verdadeira *materialização da igualdade no processo,* na medida em que o próprio direito de ação e o correlato direito de defesa constituem manifestações do princípio do contraditório.[6]

LEONARDO GRECO define o contraditório como o princípio que "impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão (*audiatur et altera pars*) e o oferecimento a ambas das mesmas oportu-

4. Tonini, Paolo (org.). *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione delle prove (Legge 1.º marzo 2001, n. 63).* Padova: Cedam, 2001.

5. Calamandrei, Piero. Processo e Democrazia. *Opere Giuridiche.* Napoli: Morano, 1965. v. I, p. 618 e ss.

6. Nery Junior, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 135.

nidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa."[7] Essa também a lição de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA,[8] para quem o contraditório abarca a ciência bilateral dos termos do processo e a possibilidade de contrariá-los, o que pressupõe a prévia informação às partes e o oferecimento de condições para que, em pé de igualdade, lhes seja possível reagir contra os atos que reputem lhes sejam desfavoráveis.

Eis o primeiro aspecto do contraditório: a audiência bilateral (*audiatur et altera pars:nemo poteste inauditus damnari*). Isso significa que os envolvidos na relação processual têm o direito de serem ouvidos pelo juiz antes da pronúncia sobre pontos que lhes sejam potencialmente prejudiciais, exercendo assim a posição de verdadeiros protagonistas do processo, influenciando de todos os modos possíveis o convencimento do juiz.[9] O princípio do contraditório deve funcionar como verdadeiro filtro pelo qual todas as normas infraconstitucionais devem ser re-interpretadas, de modo que não se pode mais admitir a existência de regras que limitem a prévia audiência das partes antes da decisão judicial.

LEONARDO GRECO ainda observa que o contraditório, nesse aspecto, é sempre prévio. As hipóteses de concessão de liminares *inaudita altera parte* devem cingir-se a casos realmente excepcionais, em que haja "convicção firme da existência do direito do requerente" e "cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou do retardamento da decisão."[10] Nas palavras de GUSTAVO BADARÓ, "a releitura das regras processuais, que concretizam o princípio do contraditório, exige uma interpretação que assegure ao máximo a efetividade e plenitude do contraditório, com ampla e igualitária atua-

7. Greco, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 24, p. 71-79, São Paulo, Dialética, mar/2005.

8. *Apud* Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

9. Chiavario, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 171.

10. Greco, Leonardo. O princípio... cit., p. 71-79.

ção das partes e do próprio juiz. Esse contraditório pleno e efetivo traz como conseqüência a necessidade de reação que deve ser estimulada, não mais se satisfazendo com a mera possibilidade."[11]

No ordenamento jurídico alemão, a Constituição de Bonn, em seu art. 103, "1", assegura aos cidadãos o direito de serem ouvidos em juízo, consagrando assim a audiência bilateral, essência do contraditório. NICÒLO TROCKER noticia que o "*rechtliches Gehör*", inserto no mencionado artigo, espelha o princípio da participação, cuja finalidade é justamente assegurar a participação ativa do indivíduo no desenvolvimento e no deslinde do processo, o que só é possível se lhe for assegurada a oitiva prévia à decisão.[12] Salienta ainda o autor que o próprio Tribunal Constitucional alemão já se pronunciou acerca do alcance desse dispositivo, declarando que qualquer derrogação ao princípio geral da audiência prévia só pode ser admitida quando indispensável para atingir o próprio escopo do processo e, mesmo assim, desde que seja assegurada à parte prejudicada a possibilidade de se pronunciar posteriormente sobre a decisão.

Mas não basta assegurar a audiência bilateral para que seja observado o contraditório em sua plenitude. É preciso, mais que isso, que se dê às partes igualdade de armas, ou seja, que lhes sejam assegurados os mesmos instrumentos processuais e as mesmas oportunidades para que possam "fazer valer seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas, recorrendo das decisões judiciais etc."[13] Nesse aspecto, o contraditório não se realiza com a mera igualdade formal; é preciso buscar a implementação da igualdade material, incumbindo ao juiz estimular que a participação ativa dos sujeitos se dê em igualdade de condições, de modo que o contraditório ocorra de modo "efetivo e equilibrado".[14]

11. Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. op. cit., p. 30-31.
12. Trocker, Nicòlo. Processo Civile e Costituzione. Milano: Giuffrè, 1974, p. 405.
13. Nery Junior, Nelson. op. cit., p. 152.
14. Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. op. cit., p. 30-31.

A "paridade de armas" impõe que as partes tenham as mesmas oportunidades relativamente à produção e utilização das provas e o mesmo acesso às informações que constem no processo. Em um processo de partes não pode ser de modo algum admitida a supremacia de um dos pólos sobre o outro, quer formal, quer materialmente.[15] Assim, a "paridade de armas" é a mais significativa expressão da idéia de "correção processual", pois, embora não se possa garantir uma absoluta identidade de poderes entre as partes, ao menos é preciso assegurar que eventuais diferenças entre elas encontrem justificativa racional diante de "critérios de reciprocidade".[16]

O processo, em sua acepção atual, não se contenta com a mera igualdade formal entre as partes, mas exige, além disso, a efetiva colaboração entre o juiz e as partes.[17]

Já em 1965 CALAMANDREI chamava a atenção para o caráter dialético do processo, que se tornou, em sua acepção moderna, um diálogo permanente entre os envolvidos, uma permanente troca de estímulos. O juiz, decretou ele, não está só. O processo deixou de ser um monólogo para se transformar em um diálogo, uma conversação, um intercâmbio constante de idéias, proposições, réplicas e tréplicas.[18]

Esse, segundo LEONARDO GRECO, é o "grande salto" de nosso tempo: o contraditório deixou de ser meramente um princípio para constituir, em si mesmo, uma garantia fundamental, transformando-se em uma "ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz", de modo que construam, juntos, a solução da causa. O juiz passa, assim, a integrar o contraditório, assegurando às partes os meios necessários para influenciar eficazmente a decisão judicial e, con-

15. Barja de Quiroga, Lopes. *Tratado de Derecho Processal Penal*. Navarro: Arazandi, 2004, p. 342.

16. Chiavario, Mario. op. cit., p. 23.

17. Denti, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contradditorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1968, p. 217-231.

18. Calamandrei, Piero. op. cit., p. 618 e ss.

seqüentemente, a observância do princípio político da participação democrática.[19] Ou, nos dizeres de CALAMANDREI, "a vontade do juiz deixou de ser soberana para se tornar súdita do comportamento e da vontade das partes."[20]

## 2. O contraditório e o inquérito policial

Uma vez delimitados os contornos do princípio do contraditório e aferida sua importância e significado para o desenvolvimento do processo nos dias atuais, o próximo passo será averiguar se (e em que circunstâncias) essa garantia também deve ser assegurada na fase investigatória que precede o ajuizamento da Ação Penal.

Em relação à natureza do inquérito policial, pode-se dizer que praticamente toda a doutrina brasileira o considera mero procedimento administrativo, destinado à coleta de elementos mínimos capazes de propiciar a formulação da Ação Penal pelo Ministério Público ou pelo ofendido. Essa é a definição encontrada na obra de autores clássicos do Direito Processual Penal, tais como FREDERICO MARQUES[21] e que, ao menos na vigência do atual Código de Processo Penal, dificilmente poderia ser rechaçada.

A pergunta a ser formulada – e que doravante se tentará responder – é se, diante de sua natureza investigativa e inquisitiva, e diante de seu objetivo de "descobrimento da verdade", haveria qualquer incompatibilidade entre o inquérito policial e a garantia do contraditório? E mais, se, uma vez admitida essa "incompatibilidade lógica", isso seria suficiente para subtrair-se o contraditório ao inquérito policial, excluindo-o do âmbito da garantia contida no inciso LV do art. 5.º da CF/88?

Pois bem. Anteriormente à Constituição de 1988, a sistemática adotada pelo Código de Processo Penal, ainda vigente, era clara e não deixava espaços para

19. Greco, Leonardo. O princípio... cit., p. 73.

20. Calamandrei, Piero. op. cit., p. 678.

21. Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal.* Campinas: Bookseller, 1997. v. I.

dúvidas: o inquérito policial, como procedimento administrativo, inquisitivo e sigiloso que era, não poderia admitir o contraditório, sob pena de frustrar-se irremediavelmente seu objetivo principal de esclarecimento do fato e de sua autoria.

No entanto, com o advento da Constituição e a enunciação do extenso rol de princípios fundamentais nela contido, suscitou-se a dúvida sobre a incidência do princípio do contraditório no inquérito policial, fundada na redação do inciso LV do art. 5.º ("Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes").

Dois pontos vêm sendo destacados como importantes para a conclusão a ser adotada: se o inquérito policial constitui "processo administrativo" e, em caso positivo, se o investigado poderia ser considerado "litigante", para esse efeito; ou, considerando-se a outra parte do dispositivo, se o investigado em inquérito policial poderia ser considerado "acusado".

Quanto ao primeiro aspecto do dispositivo constitucional, observa NELSON NÉRY JUNIOR[22] que o inquérito policial não pode ser considerado "procedimento administrativo", mas sim "procedimento inquisitório", meramente preparatório para o ajuizamento da Ação Penal. E continua afirmando que há casos em que o investigado procura atrapalhar o sucesso das investigações e o "descobrimento da verdade", o que justificaria a "mitigação" do contraditório no inquérito policial, com a implementação das medidas inquisitórias que lhe são próprias.

No que concerne ao emprego da expressão "acusados", é bem ilustrativa da posição dominante na doutrina aquela adotada por FAUZI HASSAN CHOUKR, segundo quem essa denominação deve ser reservada para a fase judicial, em que já há imputação formulada pelo sujeito incumbido da acusação e, conseqüentemente, a possível instauração da relação jurídico-processual.[23]

22. Nery Junior, Nelson. op. cit., p. 141.

23. Choukr, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 114.

Portanto, adotando-se quaisquer dos posicionamentos acima, deles decorreria a lógica conclusão de que ao se negar a incidência do princípio do contraditório ao inquérito policial não se estaria negando vigência ao inciso LV do art. 5.º da CF/88, pois este é destinado à disciplina de outras relações jurídicas de objetivo e natureza diversos. Esse, aliás, constitui o posicionamento reiterado e consolidado da jurisprudência de nossos tribunais superiores, espelhado no trecho de acórdão do Supremo Tribunal Federal, a seguir transcrito:

"*Habeas corpus*. Acórdão que mantendo a sentença emprestou validade ao laudo pericial. Alegação de violação ao princípio do contraditório. Ausência de manifestação da defesa sobre a perícia técnica. Inexistência de cerceamento de defesa.

1. A perícia não é um simples indício e sim prova técnica e, por isso, pode ser considerada pelo julgador na sentença, sem que caracterize cerceamento de defesa, pois o acusado, ciente da sua juntada ao inquérito policial que instruiu a ação penal, poderia pugnar por elidi-la.

2. Laudo pericial. Validade. Prova hábil a ser considerada judicialmente para demonstrar a imprudência do paciente que, ao conduzir o seu veículo em velocidade incompatível com o local e as condições do tempo, causou duplo atropelamento do qual resultou a morte de uma das vítimas.

3. *Habeas corpus* indeferido."[24]

Em sentido radicalmente oposto a essa conclusão posicionam-se os autores que, buscando conferir ao mandamento constitucional interpretação verdadeiramente prospectiva, entendem ser integramente aplicável à fase investigatória a garantia do contraditório, que deve ser levada às suas últimas conseqüências.

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO, por exemplo, analisando a expressão "acusados", presente no inciso LV do art. 5.º da CF/88, ressalva o posicionamento dominante que restringe a incidência da garantia do contraditório

24. STF, 2.ª T., HC 73.647-5/SP, rel. Min. Maurício Corrêa. *DJ* 06.09.1996.

à ação penal, porém observa que é possível uma mudança de parâmetros visando a estender a garantia a "todas as situações coativas, afastando a interpretação em sentido estrito da expressão *processo administrativo.*"[25] O próprio conteúdo substancial do devido processo penal, prossegue o autor, "abarca no seu círculo de garantia a atividade policial durante o inquérito."[26]

Realmente, é intuitivo que a conclusão sobre a incidência ou não incidência do contraditório no inquérito policial não pode ser reduzida à solução simplista de que se socorreu a doutrina majoritária, cujo nítido esforço interpretativo sempre foi o de atribuir significado restrito às locuções empregadas por nossa Constituição de acordo com a conveniência de preservar íntegro o sistema vigente até então. Trata-se do velho vício de interpretar a Constituição de acordo com o ordem precedente, e não o contrário.

Não se pode esquecer, contudo, a responsabilidade que os operadores jurídicos têm de implementar o projeto constitucional em toda a sua amplitude. É da Constituição que surge a possibilidade de rompimento dos padrões anteriores, e o processo penal deve deixar de constituir simples instrumento de força estatal para se transformar em garantia individual contra os desmandos estatais, figurando, nos dizeres de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, como base estrutural de um modelo democraticamente garantista. "Democrático no sentido de efetivação da participação do réu em todas as fases do procedimento, e garantista no sentido da exigência da instituição de regras e princípios que realizam concretamente a igualdade material (de fato e não só de direito) entre a acusação e a defesa (...)."[27] A crítica incansável ao modelo inquisitorial e a otimização das estruturas previstas para a tutela dos direitos fundamentais constituem funções precípuas do operador do Direito comprometido com o novo paradigma.

25. Souza Netto, José Laurindo de. *Processo Penal* – sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2004, p. 135.

26. Idem, p. 139.

27. Oliveira, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23.

Na medida em que o Estado concentra em si as atividades de investigar, acusar e julgar, ainda que por meio de órgãos distintos, conclui-se que a relação que se desenvolve entre acusação e defesa, em todas as fases do procedimento criminal, são desde o início desiguais. Essa conclusão redobra a responsabilidade do operador do Direito ao interpretar o alcance das garantias constitucionais, sempre visando a implementar a igualdade material também no campo da persecução penal.

É claro que, diante desse novo enfoque, deve-se partir do pressuposto de que o contraditório, como garantia fundamental do "acusado", aplica-se tanto ao processo judicial em si como, também, à fase que lhe precede, se houver. É evidente que a Constituição, ao referir-se ao "acusado", não o fez pretendendo ater-se à distinção dogmática existente entre investigado, acusado, condenado etc., antes objetivando proteger qualquer pessoa que esteja sofrendo uma acusação, seja ela de que natureza for (daí a expressão "acusados em geral").

Não se poderia deixar de encerrar este tópico sem a lembrança ao precioso trabalho de CALAMANDREI,[28] já citado acima e que, embora publicado em 1965, traz a nota da necessidade de mudança. Diz o autor que o cidadão, em sua vida pública, não pode mais ser considerado um súdito abandonado à mercê da vontade do príncipe, mas é um sujeito de direitos e deveres que devem ser resguardados mesmo quando contrariem a vontade do próprio Estado. E complementa seu raciocínio afirmando que quanto mais as constituições caminham no sentido da democracia, tanto mais esses direitos e deveres recíprocos entre cidadãos e Estado são definidos e racionalizados. É o que se espera que acontece também em relação aos princípios enunciados na Constituição de 1988, após mais de dezesseis anos de sua vigência.

## 3. Conteúdo do contraditório no inquérito policial

Uma vez estabelecida a premissa de que o contraditório, como direito fundamental processual, incide tanto no processo penal em sentido estrito quan-

28. Calamandrei, Piero. op. cit.

to na fase investigatória, cumpre agora delimitar o conteúdo dessa garantia quando aplicada ao inquérito policial. O questionamento que se pretende responder é o seguinte: que atos poderiam garantir o contraditório nessa fase pré-processual, respeitando, ao mesmo tempo, a natureza e a finalidade do procedimento de investigação?

Nosso Código de Processo Penal, em seu art. 14, já prevê a possibilidade de o indiciado requerer "qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da autoridade". Embora o artigo mencione o termo "indiciado", o esvaziamento da formalidade do indiciamento na prática policial indica que o termo correto a ser utilizado deva ser "investigado", de modo que qualquer pessoa que esteja efetivamente apontada como possível responsável pela infração possa efetuar tal solicitação.

É claro, ainda, que a decisão do delegado de polícia, nesse caso, deve ser minimamente fundamentada para que seja possível ao requerente adotar as medidas judiciais cabíveis, em caso de indeferimento.

Igualmente, ao investigado preso é assegurada a presença irrestrita de seu advogado, tanto por força do art. 5.º, LXIII, da CF/88 (o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado), como também em razão do art. 7.°, III, da Lei 8.906/94, segundo o qual o advogado tem o direito de comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos a estabelecimentos civis ou militares.

Tais garantias, contudo, não bastam para assegurar a plenitude do contraditório.

Como salientado em lance anterior, além do direito de ser ouvido, o contraditório demanda também que o interessado, em igualdade de armas com a parte contrária, tenha o direito de influir eficazmente na decisão judicial por meio da ciência de todos os atos do processo e da possibilidade de contraditá-los. Trata-se do direito de *ser informado do curso da investigação e do conteúdo da*

*imputação*, apontado por LEONARDO GRECO como uma das garantias próprias do processo penal.[29]

Considerando que no inquérito policial não se objetiva uma decisão judicial, mas sim a formulação da acusação (seja ela pública ou privada), falta a ele uma característica fundamental do contraditório, que é influenciar o espírito de quem decide, "produzindo provas, argumentando ou rebatendo argumentos."[30] Assim, a não observância do contraditório nos atos de investigação não tem o condão de, por si só, invalidar a eficácia desses mesmos atos como elementos aptos a embasar futura acusação, *desde que tais elementos não sejam utilizados para fundamentar eventual sentença condenatória a ser proferida em futuro processo.*

Há momentos, contudo, em que o ato realizado por ocasião do inquérito policial será influente ou, quiçá, decisivo para a decisão final na futura ação de conhecimento condenatória a ser instaurada. Em relação a tais atos, não há dúvida, o princípio do contraditório deve ser observado sob pena de futura decisão judicial violar irremediavelmente o direito do acusado a quem fora vedado assistir a produção da prova e influenciar potencialmente o resultado do processo. Esse é o tema do próximo tópico, que tratará dos exames periciais.

## 4. Os exames periciais

Nosso Código de Processo Penal disciplina a realização das perícias no Capítulo II, do Título VII, a partir de seu art. 158. A par disso, tem-se que no inciso VII do art. 6.º do CPP o legislador estabelece que a autoridade policial, tão logo tome conhecimento da prática da infração penal, deve determinar, "se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias."

Embora, obviamente, o juiz não esteja vinculado às conclusões dos peritos, observa-se que, na prática, a prova pericial assume grande relevo no processo

29. Greco, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*, v. 51, n. 305, p. 61-100, São Paulo, Notadez, mar/2003.

30. Choukr, Fauzi Hassan. op. cit., p. 116-117.

penal, sobretudo em relação aos delitos que deixam vestígios materiais, a ponto de o legislador haver estabelecido no art. 158, do CPP que, nesses casos, o exame pericial é mesmo imprescindível, não o suprindo sequer a confissão do acusado. Tal norma, conquanto não seja aplicada com rigor nos dias atuais, bem espelha o valor especial que sempre se atribuiu aos exames periciais no campo do processo penal, constituindo um verdadeiro resquício do sistema das provas legais.

Quando realizada no curso do processo, uma vez instaurada a instância, a prova pericial se realiza normalmente sem muitos sobressaltos, facultando-se às partes e ao juiz formular quesitos a ser respondidos pelos peritos, na forma do art. 176, do CPP. O mesmo, contudo, não ocorre no inquérito policial. Em virtude do entendimento prevalente, que se atém ao caráter eminentemente inquisitivo desse procedimento, o que se constata na prática é que a perícia se realiza a cargo unicamente da autoridade policial e do Ministério Público, negando-se ao investigado o direito de formular quesitos e constestar o resultado do laudo já nessa fase, o que pode acarretar, como é intuitivo, expressivos prejuízos para a defesa a ser desenvolvida após o ajuizamento da Ação Penal.

O problema é agravado quando o exame diz respeito às perícias irrepetíveis. Os exames serão irrepetíveis sempre quando, seja em razão da mudança da situação fática existente na fase de sua elaboração, seja em razão do desaparecimento ou modificação substancial do objeto, resulte impossível sua renovação em juízo. Tome-se como exemplo o exame de local, realizado por ocasião de um acidente automobilístico. Uma vez realizado, será inviável sua reprodução em fase posterior, ante a evidente impossibilidade de preservação da cena do evento.

A irrepetibilidade dos assentamentos técnicos impõe que se permita ao investigado a utilização dos meios necessários para participar da prova pericial produzida no curso do inquérito, formulando quesitos, acompanhando a realização dos exames e designando assistentes técnicos, se o desejar. Pensar de modo contrário significaria violar irremediavelmente o contraditório, que, como visto linhas antes, também deve ser preservado no inquérito policial sobretudo no que

diz respeito às provas irrepetíveis, pois, nesses casos, é nítida a potencialidade que essas provas têm de influenciar a decisão a ser proferida ao término do processo de conhecimento condenatório.

É preciso lembrar, empregando as palavras utilizadas por GÉRARD SOULIER,[31] que embora o processo penal e a democracia tenham objetivos diversos, alguma coisa da democracia deve passar para o processo penal, de modo que seu desenrolar não seja concebido da mesma maneira do que ocorre em um regime autoritário. O processo penal, diz o mesmo autor, não deve ser entendido simplesmente como "processo democrático", mas como processo "na democracia", na medida em que a democracia é verdadeiramente o contexto em que o processo penal deve ser considerado.

Nessa perspectiva, em que o contraditório integra verdadeiramente o conteúdo do "processo justo", deve ser permitido ao investigado "reconstituir os fatos e recolher as provas necessárias à sua defesa", como leciona LEONARDO GRECO.[32] Desse modo, o autor chega a defender que caso a determinação da autoria só seja possível posteriormente à realização da perícia, esta não poderá ser utilizada em desfavor do acusado, pois ele não teve a oportunidade de participar de sua produção.

O mesmo posicionamento, ao que parece, é adotado por JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETO, que, conquanto defendendo a natureza inquisitiva do inquérito policial, reconhece que, ao menos no que toca aos exames periciais irrepetíveis, é imperioso que se respeite o contraditório, possibilitando que ambas as partes possam influenciar as conclusões do juiz quanto ao exame realizado, sob pena de frustrar-se irremediavelmente a ampla defesa.[33]

31. Soulier, Gerard. A igualdade de palavra, princípio da democracia e do processo penal. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.) *Processo penal e direitos do homem*. Barueri: Manole, 2004, pp. 207-216.

32. Greco, Leonardo. Garantias... cit., p. 61-100.

33. Souza Netto, José Laurindo de. op. cit., p. 134.

Quando no inquérito policial já há mínimos elementos aptos a indiciar a autoria, ou seja, quando já há pessoa determinada figurando como investigado, é relativamente simples resguardar-se o contraditório; basta que a autoridade policial notifique o investigado e seu defensor para, querendo, formular quesitos e acompanhar a perícia, no que for possível.[34] O mesmo, contudo, não ocorre nos casos em que os exames periciais se realizem *antes de ser indiciada a autoria.* E mais, às vezes, e não é raro, somente será possível aferir minimamente a autoria *justamente em virtude das conclusões decorrentes da realização desses exames.*

Nesse último caso, parece injusto subtrair-se do processo a análise dos exames realizados por ocasião do inquérito; parece igualmente injusto, no entanto, ignorar simplesmente o direito de ampla defesa da pessoa que venha a ser posteriormente identificada e investigada, negando-lhe a plenitude do contraditório.

Os próximos tópicos terão como objetivo propor soluções capazes de conciliar a necessidade de preservação dos elementos de prova obtidos na fase do inquérito policial com o princípio do contraditório, preservando-se o interesse social de obtenção da verdade possível e, ao mesmo tempo, o direito fundamental do investigado de influenciar a decisão judicial. Nesse ponto, o direito processual penal italiano será de grande valia na construção das necessárias diretrizes, como adiante se verá.

## 5. A experiência italiana: análise do art. 238 do CPP, à luz do art. 111 da Constituição

O ordenamento italiano prevê a "*indagine preliminare*" como forma de investigação prévia, presidida pelo Ministério Público com o único objetivo de recolher elementos suficientes para o exercício da ação. A atividade do Ministério Público, por sua vez, é desenvolvida sob o manto garantidor do juiz da "*indagine preliminare*", a quem compete a realização da audiência preliminar, de even-

34. Não é esta, contudo, a solução que será proposta ao final deste estudo.

tual incidente probatório, além da adoção das medidas potencialmente restritivas dos direitos do investigado. Observa AURY LOPES JÚNIOR que o sistema italiano, em regra, não admite que os atos dessa fase preliminar sejam transportados para o processo, contaminando o "*giudice del dibattimento*" com elementos coletados sem observância de todas as garantias inerentes ao processo judicial. Todavia, nos casos em que haja risco de perecimento da prova, é preciso que se realize o "incidente probatório", sob a presidência do juiz "della indagine", conferindo-se a tais atos um valor endoprocedimental.[35]

Segundo LORIS D'AMBROSIO, o pressuposto para se compreender o sistema italiano, no que concerne à prova, reside no entendimento de que os atos da investigação *não podem ser utilizados para a tomada de decisões no curso do processo.* Só que a aplicação rígida desse princípio de total separação entre as fases do procedimento levaria a soluções muitas vezes injustas e muito distantes da verdade.[36]

Não se quer resgatar, aqui, o mito da obtenção da verdade material, tão prestigiado no processo penal como única forma de obtenção da Justiça. Como bem observado por LÓPES BARJA DE QUIROGA, para que se reputasse absoluto o valor Justiça, seria preciso que ela existisse em qualquer lugar e em qualquer momento, o que, como se sabe, é impossível, na medida em que a Justiça às vezes se realiza, mas às vezes não. O importante, entretanto, "*es que existan las bases para que en el mayor número de casos pueda obtenerse.*"[37]

Voltando à análise do ordenamento italiano, é preciso esclarecer, de início, que a Lei Constitucional 2, de 23.11.1999, alterou o art. 111 da Constituição italiana, consagrando os princípios fundamentais do "processo justo". O mencionado art. 111, a seguir parcialmente transcrito, passou a vigorar com a seguinte redação:

35. Lopes Júnior, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 241-249.

36. D'Ambrosio, Loris. *Sintesi pratica delle riforme del processo penale.* Padova: Cedam, 2002, p. 134-135.

37. Barja de Quiroga, Lópes. op. cit., p. 903.

"Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparciale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

(...)

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del sua difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

(...)."

Além das disposições acima, referentes especificamente ao princípio do contraditório, passaram a constar igualmente no art. 111 da Constituição italiana diversos outros princípios inerentes ao processo penal, consagrando o entendimento já constante nas reiteradas decisões da Corte Constitucional italiana, que, com base nesses princípios, afastou por inúmeras vezes a eficácia de diversos dispositivos do Código de Processo Penal.

Observa PAOLO TONINI que o "*comma*" 3 do art. 111, acima transcrito, foi baseado no art. 6, 3, "*d*", da Convenção Européia. Além disso, segundo o mesmo autor, o termo "acusado", constante no dispositivo, não tem sentido técnico, devendo ser entendido em seu sentido amplo, referindo-se tanto ao acusado propriamente dito como também à pessoa investigada pela prática de infração penal.[38] O mesmo sentido, aliás, que se defendeu linhas atrás, quando da análise do inciso LV do art. 5.º da Constituição brasileira.

Por força da modificação operada na Constituição italiana, impunha-se igualmente a alteração do Código de Processo Penal, de modo a adequá-lo à nova

38. Tonini, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

conformação. Adveio, assim, a Lei 63/2001, que alterou diversos dispositivos do estatuto processual penal italiano, entre eles o art. 238, que trata do princípio da "não dispersão da prova". A fim de que seja possível aferir a medida do contraditório no processo penal italiano, imprescindível é a análise conjunta do art. 111 da Constituição e do art. 238 do CPP italiano.

Três são as circunstâncias que, segundo a Constituição italiana, autorizam a mitigação do princípio do contraditório (art. 111, "*comma*" 5) na coleta da prova: o consentimento do acusado; a existência de impossibilidade de natureza objetiva; e como conseqüência de comprovada conduta ilícita. O art. 238 vem justamente aclarar essas hipóteses, amoldando-as ao preceito constitucional. Veja-se, portanto, sua redação parcial:

"Art. 238 (Verbali di prove di altri procedimenti) – 1. È amessa l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale se si tratta di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento.

(...)

3. È comunque ammessa l'acquisizione della documentazione di atti che non sono ripetibili. Se la ripetizione dell'atto è divenuta impossibile per fatti o circostanze sopravvenuti, l'acquisizione è ammessa se si tratta di fatti o circostanze imprevedibili.

(...)".

Em relação ao objeto do presente estudo, ou seja, o contraditório na formação das provas irrepetíveis, interessa-nos principalmente o "*comma*" 3 acima transcrito, cuja análise evidencia duas hipóteses em que se aceita a admissão de tais atos como prova, com evidente mitigação do contraditório: a impossibilidade de repetição originária, *caso dos assentamentos técnicos irrepetíveis;* e a irrepetibilidade ulterior, desde que decorrente de circunstâncias imprevisíveis no momento em que o ato foi realizado, como, por exemplo, no caso de morte da testemunha. Como se vê, o artigo estabelece a justa medida entre o princípio do contraditório e a necessidade de se evitar a dispersão dos meios de prova, atingindo um ponto

de equilíbrio capaz de preservar, na medida do possível, o direito dos envolvidos na relação processual penal.

Interessa ao presente trabalho, particularmente, a exceção concernente à existência de impossibilidade de natureza objetiva à repetição do ato. Em relação ao assunto, observa PAOLO TONINI que essa impossibilidade, para ser reconhecida, tem que ser debatida no curso do processo, não bastando a simples referência a ela no momento da prolação da sentença. O juiz deve pronunciar-se sobre essa questão, de modo incidental, resgatando o contraditório "por meio do debate sobre a existência em concreto do requisito da impossibilidade objetiva e por meio da valoração sobre a idoneidade do elemento de prova que se extrai da precedente declaração."[39]

Vejamos, agora, como e em que medida a experiência italiana poderia ser empregada para o aperfeiçoamento do ordenamento brasileiro no que diz respeito às provas irrepetíveis produzidas por ocasião do inquérito policial.

## 6. Uma modesta proposta

Buscando inpiração no sistema processual penal italiano, a conclusão do presente estudo orienta-se no sentido de buscar um meio-termo entre a garantia da plenitude do contraditório no inquérito policial e a preocupação de não serem desperdiçados preciosos elementos de prova que só poderiam ser coletados na fase de investigação pré-processual. Para tanto, é possível distinguir três hipóteses bem diversas, que devem levar a soluções jurídicas igualmente distintas. Vê-se em tais hipóteses um *grau crescente de irrepetibilidade* (ou, como queiram, decrescente de repetibilidade) que implica, via de conseqüência, em também crescente mitigação do princípio do contraditório, como a seguir sugerido:

1. Inicialmente, pode-se falar naqueles exames periciais que, por seu objeto, são *potencialmente repetíveis.* Como exemplos dessa hipótese poder-se-iam citar

39. Tonini, Paolo. *A prova*... cit., p. 214.

os casos de exames de documentos que constituam o corpo de delito, assim como de exames grafotécnicos relevantes para a determinação da autoria do crime.

O grau de infringência ao princípio do contraditório, nesses casos, deve ser o mínimo possível, pois o decurso do tempo não é capaz de trazer nenhum risco à realização do exame. Assim, os recursos a ser empregados para a preservação do contraditório são bastante simples:

1.a. Caso já haja pessoa investigada *determinada,* deve-se proceder a realização de incidente probatório, sob a presidência do juiz e com a atuação do Ministério Público e do defensor do acusado;

O incidente probatório constitui modalidade de medida cautelar atípica, que tem por objetivo a produção antecipada de prova com a finalidade de evitar o seu perecimento, resguardando, ao mesmo tempo, o contraditório. Tal medida encontra paralelo, nos arts. 225 e 366 e § 1.º, do CPP. O primeiro trata dos depoimentos *ad perpetuam rei memoriam.* O segundo decorre da redação conferida pela Lei 9.271/96 e permite a realização antecipada de provas nos casos em que o acusado, citado por edital, não comparece e nem constitui advogado.

Sua natureza é, sem sombra de dúvida, cautelar, já que por meio dessa medida se antecipa para o inquérito a produção da prova pericial, garantindo-se ao juízo a segurança da prova, sem, contudo, antecipar o julgamento da pretensão de direito substancial. Seu objetivo, assim, é garantir a conveniência da instrução criminal, propiciando ao órgão julgador a apreensão de todos os elementos disponíveis para que o fato sob julgamento seja esclarecido de forma o mais completa possível, não obstante a inegável constatação da total inviabilidade da apreensão completa da verdade.

1.b. Caso, porém, o exame seja realizado *antes de ser indiciada a autoria,* a prova deve ser reproduzida em juízo, caso o acusado assim o requeira, possibilitando-se desse modo a interferência e assistência da defesa técnica por meio do acompanhamento do exame, da formulação de quesitos, da indicação de assistentes técnicos etc.

2. Em ordem crescente de irrepetibilidade, pode-se mencionar também os exames *relativamente repetíveis.* Nesta categoria podem ser enquadrados os exames cuja repetição é potencialmente possível, desde que, porém, subsistam as circunstâncias de fato que determinaram sua realização. Um exemplo a ser apontado é o do exame para apurar a existência de lesões corporais na vítima, caso em que é até possível a repetição do exame, mas somente se as lesões corporais, que constituem o corpo de delito, ainda persistirem.

Quanto a esta categoria, aplicam-se todas as observações realizadas no item anterior, condicionadas apenas à persistência dos vestígios materiais da infração penal. Nos casos em que esses vestígios houverem desaparecido, os exames deixam de ser relativamente repetíveis para se tornar absolutamente irrepetíveis, levando às soluções propostas no item seguinte.

3. Finalmente, em um grau máximo de irrepetibilidade, há os exames que são *absolutamente irrepetíveis* em razão de seu objeto. Isto significa dizer que o exame terá que ser feito assim que sucederem as circunstâncias fáticas que determinaram a necessidade de sua realização, sob pena de frustrar-se totalmente seu objetivo.

A prática forense é plena de exemplos de exames dessa natureza, sendo bastante ilustrativas as perícias realizadas no local da prática do crime. Basta lembrar dos exames em local de acidente automobilístico, no intuito de apurar a existência de crime de homicídio culposo: o exame, nestes casos, terá necessariamente que ser feito logo após a ocorrência do evento e é absolutamente irrepetível, pois, desfeito o local, não mais será possível reunir novamente todas as circunstâncias presentes no momento de sua realização.

Os exames absolutamente irrepetíveis levam a um impasse. Simplesmente não é possível resguardar-se em relação a eles o contraditório, que, em conseqüência, é infringido em grau máximo. A antecipação da prova neste caso, por meio do incidente probatório, é inviável, já que os vestígios materiais do crime desaparecerão rapidamente. No entanto, tampouco seria razoável abrir mão do

alcance da verdade possível, admitindo-se pura e simplesmente a dispersão do meio de prova.

A solução a ser conferida ao caso deve ser semelhante àquela adotada no direito processual penal italiano, mais precisamente no "*comma*" 3 do art. 238 do Código de Processo Penal. A prova pericial deve ser simplesmente admitida, postergando-se os debates acerca de seu conteúdo e da regularidade formal de sua realização para a fase processual (contraditório diferido). Frise-se, porém, que em qualquer caso só é lícito ao juiz respaldar sua decisão final na prova pericial caso as partes hajam tido a oportunidade de sobre ela se manifestar, no curso do processo. Só assim é possível garantir um grau mínimo de contraditório na realização da prova, deferindo-se às partes o direito de ao menos tentar influir eficazmente no conteúdo da decisão.

Semelhante solução deve ser adotada em caso de *irrepetibilidade ulterior* da prova pericial, o que pode ocorrer, por exemplo, caso desapareçam os instrumentos do crime, já submetidos a exame por ocasião do inquérito policial sem que houvesse sido instaurado incidente probatório, em razão da inexistência de pessoa investigada.

É importante ressaltar que alguns autores, como AURY LOPES JÚNIOR, defendem a realização de incidente probatório no curso do inquérito policial, sempre que a prova a ser produzida for irrepetível. Nas palavras do autor, somente em casos extremos, "em que se demonstra a fundada probabilidade de ser inviável a posterior repetição na fase processual da prova", é admissível o incidente.[40] No entanto, a outra conclusão não se pode chegar a não ser a de que o incidente probatório é totalmente incompatível com a natureza da prova absolutamente irrepetível, pois, em relação a ela, o decurso do tempo simplesmente impedirá o advento do incidente probatório em razão do perecimento do objeto. Tal incidente só pode ser instaurado, assim, quando a prova que se pretende produzir for potencial ou relativamente repetível.

40. Lopes Júnior, Aury. Op. cit., p. 134-135.

Frise-se ainda que em qualquer das hipóteses acima enunciadas deve-se entender sanada eventual violação ao contraditório caso o acusado concorde com as conclusões do exame pericial, admitindo sua veracidade. Não se trata, aqui, de menosprezar a importância do contraditório, indissociável que é da garantia constitucional da ampla defesa e, conseqüentemente, da idéia de "*giusto processo*". Mas não se pode negar que, ao concordar com o laudo referente ao exame realizado, o acusado age como se houvesse participado amplamente de sua elaboração, não podendo alegar qualquer vício após a prolação da sentença, caso o resultado lhe seja desfavorável.

## 7. A título de conclusão: a reforma do Código de Processo Penal e o inquérito policial

A necessidade de se empreender uma reforma do código ficou ainda mais nítida com o advento da Constituição de 1988, que, ao enunciar uma série de princípios fundamentais do processo, adotou inequivocamente o sistema acusatório, exigindo a separação nítida entre as funções desempenhadas pelos sujeitos processuais e o tratamento da pessoa acusada como sujeito de direitos, e não mais como mero objeto da persecução estatal.

Como bem relatado por FAUZI HASSAN CHOUKR,[41] a autonomia do direito processual penal brasileiro em relação ao direito português operou-se com a Constituição de 1824, seguida do Código de Processo Penal do Império de 1832, diplomas que se revelaram liberais em sua época, adotando princípios básicos da dignidade da pessoa humana. Seguiram-se as Constituições de 1891 e a de 1934, esta suplantada pelo advento do Estado-Novo e a elaboração de uma nova carta outorgada em 1937, encomendada por Getúlio Vargas ao jurista Francisco Campos.

Nesse contexto de autoritarismo foi promulgado o Dec.-lei 3.689, em outubro de 1941 (Código de Processo Penal), diploma que já nasceu em des-

41. Choukr, Fauzi Hassan. In: Maier, Julio; Ambos, Kai; Woischnik, Jan (Coord.). *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 123 e ss.

compasso com os avanços alcançados naquela época, segundo observado por RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA,[42] citando as percucientes observações de FREDERICO MARQUES. Trata-se de um código confuso, assistemático e com nítidas notas de inquisitoriedade, que sofreu inúmeras modificações pontuais durante sua existência com o objetivo de se adequá-lo à rápida e contínua mudança dos anseios sociais. Estas mudanças, por outro lado, por haverem sido introduzidas por leis esparsas, motivadas pelos mais diversos fins políticos e jurídicos, resultaram em ainda maior incongruência entre dispositivos do próprio Código de Processo Penal, rompendo com a idéia de sistema e trazendo, com isso, insegurança aos operadores do Direito. GERALDO PRADO aponta nessa série de leis especiais o descompasso observado em alguns pontos, reputados essenciais:

"Como destacado, não há coerência no que se refere à determinação do estatuto jurídico dos sujeitos processuais; os atos processuais carecem de nova e mais atualizada configuração; pesa sobre os ombros da prova penal a responsabilidade, fundada no senso comum de que é possível alcançar a verdade (ir)real, de reproduzir fielmente o fato histórico e para isso princípios caros à democracia, como o contraditório, a oralidade e publicidade processuais e, especialmente, a reserva jurisdicional de função, são marginalizados, quando não paradoxalmente acusados de serem os responsáveis pela *impunidade.*"[43]

De uma forma ou de outra, a necessidade de realização de uma reforma verdadeiramente estrutural impunha-se de modo cada vez mais premente, sobretudo diante da necessidade de se extirpar do corpo do código os vários resquícios de inquisitoriedade, amoldando-o, de uma vez por todas, aos princípios enunciados na Constituição de 1988.

42. Moreira, Rômulo de Andrade. A Reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 36, p. 132 e ss., São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez/2001.

43. Prado, Geraldo. A Reforma Processual Penal Brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 40, p. 143 e ss., São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez/2002.

Com o objetivo de empreender a tão almejada reforma da estrutura do Código de Processo Penal o então Ministro da Justiça José Carlos Dias, por meio da Portaria 61/2000, constituiu uma comissão com o objetivo de elaborar anteprojetos versando alterações setoriais no Código de Processo Penal. Esta comissão foi inicialmente composta pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. Com o afastamento do Min. José Carlos Dias e sua substituição pelo Min. José Gregori, este confirmou a comissão instituída por seu antecessor e prorrogou o prazo para conclusão dos trabalhos por mais noventa dias. Nessa oportunidade, René Ariel Dotti afastou-se da comissão, sendo substituído por Rui Stoco.

Concluídos os trabalhos, a comissão presidida por Ada Grinover apresentou ao Ministro José Gregori onze anteprojetos, cada qual versando determinado setor do Código de Processo Penal, a seguir enumerados: 1. investigação penal; 2. procedimentos; 3. prisão, medidas cautelares e liberdade; 4. efetividade da defesa; 5. interrogatório; 6. prova pericial; 7. prova testemunhal; 8. provas ilícitas; 9. citação por edital e suspensão do prazo prescricional; 10. júri e 11. recursos.

A preferência na elaboração de reformas tópicas, de acordo com ADA GRINOVER,[44] decorreu da constatação de que uma reforma total seria inexeqüível operacionalmente em virtude da morosidade inerente à tramitação legislativa, à dificuldade de se aprovar um estatuto inteiramente novo e aos obstáculos advindos do assoberbamento do poder legislativo. Preferiu-se, assim, a apresentação de reformas pontuais, tomando por base não apenas grupos de dispositivos legais, mas institutos processuais considerados de forma integral, de modo a manter-se a coerência do sistema e compatibilizá-la com a necessidade de modernização.

44. Grinover, Ada Pellegrini. A Reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 31, p. 65 e ss., São Paulo, Revista dos Tribunais, jul-set/2000.

Interessa ao presente estudo o anteprojeto sobre "investigação penal", que originou o Projeto de Lei 4.209/2001.

De acordo com a exposição de motivos que acompanhou dito anteprojeto, ressaltou a comissão elaboradora seu objetivo de retirar o caráter burocrático e cartorial assumido modernamente pelas diligências investigatórias, atribuindo igualmente ao Ministério Público as funções de supervisão e controle da atividade policial e reservando ao juiz somente aquelas funções de garantia, como o deferimento de medidas cautelares. Ademais, "a defesa é assegurada a partir do momento em que o investigado passa à condição de indiciado."[45]

No que diz respeito ao contraditório no inquérito policial, ressalta a exposição de motivos que os elementos coletados na fase investigatória "não poderão constituir fundamento da sentença, *ressalvadas as provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, que serão submetidas a posterior contraditório.*" (art. 7.º, parágrafo único). Ademais, de acordo com o art. 16 do anteprojeto, todos os atos da primeira fase da persecução penal deverão ser fundamentados.

O anteprojeto deu origem ao projeto de Lei 4.209/2001, que ainda tramita na Câmara dos Deputados.

Relativamente às regras ora vigentes não se pode negar que o projeto é merecedor de aplausos, pois propicia o exercício mínimo do contraditório no inquérito policial, ao prever a necessidade de fundamentação de todas as medidas desenvolvidas no curso da investigação, seja pela autoridade policial, seja pelo Ministério Público. Ademais, o projeto refere-se expressamente à impossibilidade de utilização dos elementos do inquérito como base para a prolação da sentença condenatória, salvo se houverem sido objeto da produção cautelar de prova ou se referirem a provas irrepetíveis. Neste último caso o contraditório será diferido (art. 7.º, parágrafo único).

45. Publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 33, p. 313 e ss., Revista dos Tribunais, jan-mar 2001.

Neste ponto, sem dúvida alguma, o projeto atende ao escopo de colocar o ordenamento brasileiro, no que toca à investigação prévia, em pé de igualdade com um dos diplomas processuais mais modernos em torno da matéria, que é o Código de Processo Penal italiano. As soluções adotadas por nosso legislador em muito se assemelham àquelas previstas neste último estatuto, cujo objetivo, como já exposto, é o de conciliar a garantia do contraditório na fase que precede o processo penal com a preservação dos elementos de prova nela reunidos.

Embora o projeto não discipline o procedimento a ser adotado no caso de incidente de produção antecipada de provas, a ele faz expressa referência, não ensejando dúvidas sobre a possibilidade de sua realização. A base legal a ser adotada em relação a tal procedimento deve ser a do art. 225, do CPP (depoimentos *ad perpetuam rei memoriam*), bem como o art. 366 do mesmo diploma.

As mudanças nos diversos ramos do Direito mostram-se cada vez mais rápidas e surpreendentes. E o processo, como instrumento de realização do direito material, não se pode prestar à supressão dos direitos fundamentais a ele referentes. Sobretudo diante da experiência constitucional recente, em que toma cada vez mais relevo a previsão de garantias fundamentais do processo, o desenvolvimento e o estudo da teoria geral do direito processual está longe de ater-se a aspectos meramente formais de procedimento, cuidando de estabelecer todo um arcabouço principiológico dirigido indistintamente aos litigantes em processo penal ou civil. Com efeito, a própria idéia de uma tutela jurisdicional efetiva "é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana."[46]

## 8. Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 30-31.

46. Greco, Leonardo. Garantias... cit., p. 61-100.

BARJA DE QUIROGA, Lopes. *Tratado de Derecho Processal Penal*. Navarro: Arazandi, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros.

CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia. *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. I.

CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. In: MAIER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

D'AMBROSIO, Loris. *Sintesi pratica delle riforme del processo penale*. Padova: Cedam, 2002.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contradditorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1968.

FREDERICO MARQUES. *Elementos de Direito Processual Penal*, Campinas: Bookseller, 1997. v. I.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*, v. 51, n. 305, p. 61-100, São Paulo, Notadez, mar/2003.

_____. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 24, p. 71-79, São Paulo, Dialética, mar/2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 31, p. 65 e ss, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul-set/2000.

_____, *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 36, p. 132 e ss., São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez/2001.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRADO, Geraldo. A Reforma Processual Penal Brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 40, pp. 143 e ss., São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez/2002.

SOULIER, Gerard. A igualdade de palavra, princípio da democracia e do processo penal. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.), *Processo penal e direitos do homem*. Barueri: Manole, 2004.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal* – sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2004.

SUANNES, Adauto. *Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TONINI, Paolo (org.). *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione delle prove (Legge 1.° marzo 2001, n. 63)*. Padova: Cedam, 2001.

_____. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TROCKER, Nicòlo. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

# Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo

Pablo Galain Palermo

Profesor Adscripto de Derecho Penal de la Universidad Católica de Uruguay.
Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Penal de la Universidad de la República.
Doctorando Europeo en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca.
Asistente Científico en el Departamento de Latinoamérica del Instituto Max Planck para el Derecho Internacional y Extranjero. Freiburg i. B. Alemania.

**Sumario:** 1. Introducción – 2. La justicia penal negociada – 3. La negociación en el proceso penal alemán. El modelo fiscal-imputado – 4. La suspensión provisoria del proceso penal a cambio de medidas. El modelo reparación del daño – 5. El acuerdo entre las partes del delito. El modelo conciliación autor-víctima – 6. El consenso en el proceso penal portugués – 7. El sistema procesal penal uruguayo – 8. El objeto del proceso penal uruguayo – 9. ¿Prohíbe la Constitución nacional un modelo proceso penal de consenso? – 10. La posición de la víctima en el sistema penal uruguayo – 11. Las posibilidades de participación de la víctima en el procedimiento penal uruguayo – 12. La necesaria reorientación del sistema penal hacia

las necesidades de la víctima – 13. De *lege lata* – 14. Posición de la doctrina uruguaya – 15. La necesaria determinación del objetivo del proceso penal: ¿la búsqueda de eficiencia o justicia? – 16. Conclusión.

**Resumen:** El derecho penal no puede ser entendido sin una referencia permanente al sistema procesal penal. En los tiempos que corren el sistema más representativo de la dogmática penal del civil law (Alemania), con influencia permanente en los países de nuestro entorno, viene adoptando paulatinamente institutos propios de los sistemas del common law. Así ha ingresado la negociación y el principio de oportunidad al sistema penal alemán y portugués. En la presente contribución se analizan algunas formas de consenso, algunas del tipo negociación entre el fiscal y el imputado (al estilo del plea bargaining), así como otras instancias en las que puede participar el ofendido por el delito (al estilo conciliación o transacción), y aquéllas que permiten suspender provisoriamente el proceso penal a cambio de la realización de medidas (al estilo reparación del daño). Además, se toma posición por una propuesta en particular por resultar más compatible con los principios rectores del derecho penal material. El objetivo principal del artículo es presentar una visión comparada de dos sistemas penales de los más elaborados de la Europa continental, a efectos de motivar la discusión en relación al sistema procesal penal uruguayo, el qué según se explica en las páginas que siguen, necesita de una urgente modificación sustancial debido a que tiene reparos desde el punto de vista de los principios y las garantías que deben existir en un proceso penal de un Estado Democrático de Derecho.

**Abstract:** The Criminal Law cannot be understood without a permanent reference to the Criminal Procedural System. At present, the system that better represents the dogmatism of the Criminal Law (German system), which greatly influences countries in the region, is gradually adopting its own institutes of common law. In this way, both the negotiation and the opportunity principles were introduced into the German and Portuguese criminal systems.

## Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal

A partir de la década de 1970 los reclamos a favor de mayores derechos para las víctimas gozaron de un fuerte impulso. En estos, se exigían mejores prerrogativas para el ofendido por el delito, pero también se reclamaba una mayor participación del autor al momento de solucionar el problema. De esta forma se comenzó a explorar la posibilidad que el tradicional modelo bipolar Estado-delincuente (basado en la idea de un enfrentamiento irreconciliable de intereses) deje paso a un modelo triangular que incluya a la víctima. Por lo que realizado este cambio de modelo se pueda ir de la dimensión vertical (modelo vigente) a una dimensión horizontal.[3] A diferencia de la primera, en la justicia igualitaria las decisiones provienen del desarrollo de un proceso en el que todos pueden participar al momento de crear y ejecutar las normas.[4] Este modelo que propicia la "integración" antes que la "disuasión" procura la solución conciliadora del conflicto, la reparación del daño causado a la víctima (y a la sociedad) y la pacificación de las relaciones sociales.[5] La integración de todas las partes involucradas es su objetivo principal antes que la segregación del delincuente y el olvido de la víctima. Pero también dentro del sistema tradicional de hacer justicia el modelo de proceso ha

El objetivo final es la restauración del balance de relaciones sociales dañado por el delito, buscando la solución del conflicto sin necesidad de sentencia judicial a través de un acuerdo entre delincuente y víctima en el que la sociedad también actúe, aunque fuera a través de la persona del mediador. De esta forma el delincuente asumiría su responsabilidad y reconocería a su víctima restableciendo el equilibrio perdido. Vide por todos Hudson, Barbara. *Understanding justice. An introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory*. 2. ed. Open University Press, Buckingham/Philadelphia, 2003, ps. 81 y 92; Zehr, Howard/Mika, Harry. Fundamental concepts of restorative justice. *Restorative Justice*. Ashgate, Dartmouth, London: Declan Roche, 2003, ps. 48 y ss.

3. Vide Kilchling, Michael. The meaning of Victim/Ofender Mediation in Austria and Germany from the legal and criminological point of view, ponencia presentada en el *Council of Europe Seminal on Mediation*. Albania: Tirana, December 11-12, 1996, en *Mediation as a method for conflict solving*. Demo-Droit CR (97) 2. Strasbourg, 2 March 1997, p. 2.

4. Vide Christie, Nils. El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalizacion. *Memorias XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, 1998, ps. 61 y s.

5. Vide García-Pablos, Antonio. *Tratado de Criminología*. (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen). 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, ps. 993 y s.

aceptado un procedimiento penal que contiene instancias basadas en el principio de oportunidad y la *negociación* entre el fiscal y el delincuente. Para la construcción del mismo se han propuesto distintas vías, desde las vías alternativas al sistema legal y las soluciones informales o comunitarias hasta las alternativas dentro del sistema penal material y formal.[6]

Entonces, una vez aceptado este nuevo modelo triangular, en materia procesal, la búsqueda de la verdad material y el principio de oficialidad deben adaptarse para dar cabida a instancias de negociación, mediación o conciliación y/o aquéllas que se rigen por el principio de oportunidad, permitiendo la suspensión, el archivo, o la *desviación* del proceso. Para ello el procedimiento penal debe renunciar, en cierto modo, a la verdad material y conformarse con la búsqueda de una verdad formal o consensuada.[7] En aras de tal emprendimiento se han propuesto distintas vías, desde las alternativas al sistema legal (informales o comunitarias) hasta las alternativas dentro del sistema penal material y formal. Dentro de las alternativas que no renuncian al sistema penal, entendido como el lugar donde debe resolverse el conflicto causado por el delito, encontramos a la mediación[8] y la conciliación.[9] Asimismo, existen alternativas a la propia senten-

6. El 10.º Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Justicia penal celebrado en Viena en abril de 2000 propuso incrementar la adopción de mayores modelos de justicia restauradora o de introducir la reparación en los distintos sistemas penales. Vide Hudson, Barbara. *Understanding justice. obra cit,* p. 76; también van Ness, D. Proposed UN basic principles on the use of restorative justice: recognizing the aims and limits of restorative justice, en von Hirsch/Roberts/Bottoms/Roach/Schiff (ed.). *Restorative justice and criminal justice*: competing or reconcilable paradigms. Oxford: Hart Publishing, 2002.

7. Vide Walther, Susanne. Communication over confrontation: modern criminal procedure in transformation. *Criminal justice between crime control and due process.* Convergence und divergence in criminal procedure systems. Berlin: Eser/Rabenstein (Hrsg.), 2002, ps. 367 y ss.

8. La primera ha sido definida como: "una estrategia trilateral de control social, en la que un tercero fomenta un acuerdo, sin imponerlo a las partes en conflicto. Cuando el contenido de dicho acuerdo se basa en la reparación del daño a la víctima, se habla de un control social de estilo compensatorio. Si, además, aspira a la recomposición de las relaciones interpersonales, estaríamos ante un estilo conciliatorio". Vide Varona, Gema, *La mediación reparadora*, cit, p. 445.

9. Diferenciando entre distintas formas de componenda se ha dicho: "Mientras que en la conciliación la solución es fruto de un juzgamiento en ejercicio de la potestad de jurisdicción oficial

cia de condena o a la ejecución de la pena, legitimando instancias de negociación entre las partes del proceso, todas ellas relacionadas con la figura de la reparación, por ejemplo, como condición impuesta al delincuente que recibe un determinado beneficio material o procesal. Todo este movimiento *restaurador*, obedece en cierta medida, a la revalorización que ha tenido la víctima en el derecho comparado, al influjo de la nueva criminología (especialmente por la Victimología),[10] al movimiento abolicionista[11] y a distintas disposiciones de organismos macro-nacionales.[12] Pero también, es consecuencia del poder de decisión que tiene el fiscal

con facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en la mediación es fruto de un acuerdo razonable, y en el arbitraje fruto de una solución a la que se arriba por el ejercicio de una potestad jurisdiccional privada que no puede hacerse ejecutar por quien la obtuvo". Vide Calvo, María. Jueces conciliadores. Asistencia letrada obligatoria en las instancias de conciliación, arbitraje y mediación. Creación de la instancia de mediación. *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart.* Montevideo: FCU, 1999, p. 603.

10. La posición, al parecer dominante, de la actual orientación criminológica entiende a la Victimología como aquel sector de la Criminología que se encarga del estudio de la persona que sufre en forma directa la actividad criminal, pero además, sostiene que el autor no es el único agente del crimen y la víctima no debería ser sólo un instrumento pasivo del delito. Ver Gulota, G. La vittimologia: aspetti criminologici en Trattato di criminología, medicina criminologica e psichiatria forense, n. 3, *La criminología e il diritto penale.* Milano: Giuffrè Editore, 1987, ps. 107 y s.; Fattah, Ezzat. *La victime est-elle ocupable? Le rôle de la victime dans le meurtre en vue de vol.* Montreal: Les Presses Univ., 1971, p. 113.

11. Se critica la irracionalidad y burocracia del sistema tradicional y la justicia penal, en palabras de Hulsman: "El sistema es como una cadena sobre la cual avanza el imputado; cada uno de los encargados aprieta, por ende, su respectivo perno, y al final de la cadena sale terminado el producto del sistema: una vez cada cuatro, un preso". Hulsman, Louk. *Sistema penal y seguridad ciudadana hacia una alternativa.* Barcelona: Ariel, 1984, p. 49. Los abolicionistas han recurrido a la reparación (como a la mediación o la conciliación) como un mecanismo sustitutivo (informal) o alternativa al sistema penal tradicional que aleja a las partes "naturales" en lugar de fomentar su acercamiento. Algunos autores partidarios de abolir el sistema penal como Hanak, han admitido que incluso cuando una víctima recurre a denunciar la comisión de un delito en su contra, su interés no se centra en el inicio de un proceso penal o en lograr el castigo del causante del mismo sino en una resolución del conflicto, que podría resumirse en una indemnización o en obtener protección inmediata en casos de violencia doméstica.

12. Vide Convenio 116 del Consejo de Europa de 1983; Recomendación (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, de 28.06.1985; Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17.09.1987 sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder de la ONU en 1985; el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 22.11.1969).

(cuando no la policía) en los sistemas acusatorios en los que rige la posibilidad de disponer del proceso.

Por tanto, esta nueva forma de resolver el problema causado por determinados delitos y/o autores primarios, en la franja de criminalidad media o de bagatela, tiene su vía de realización a través del proceso penal.

## 2. La justicia penal negociada

En sus comienzos, la *justicia penal negociada* tanto en Francia como en Inglaterra, estuvo vinculada con programas de mediación entre delincuentes y víctimas y con la idea de revalorizar la reparación, como indemnización o como reparación simbólica.[13] Siempre que se *negocia* dentro de un proceso se busca la solución del conflicto (así sea a través de una menor culpabilidad o de aceptar unos hechos distintos a los realmente realizados, como sucede en el *plea bargaining* anglosajón) así como eludir etapas del proceso (eliminando la fase contradictoria y – de ser posible – la pena). No pueden caber dudas que el objetivo político criminal se dirige al encuentro de una nueva solución (un escalón intermedio) entre el abandono de la persecución y la persecución, que beneficie a las partes *negociadoras*. Ahora bien, las negociaciones muchas veces comienzan fuera de la sede judicial, esto es, en la Comisaría, la Sede de la Policía Judicial, o la Oficina del Ministerio Público, lo que podría acentuar la desigualdad original de las partes negociadoras provocando la deslegitimación de tal acuerdo. De todas formas, los sistemas que han aceptado el principio de oportunidad han pretendido ofrecer todas las condiciones favorables para que *acusador* y *acusado* puedan acor-

13. Faget, J. La médiation pénale: une dialectique de l'ordre et du désordre. *Déviance et Société*, 1993, p. 221; Davies, G./Messmer, H. *Making amends: mediation and reparation in criminal justice*. Londres, 1992; citados por Procesos Penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia). *Association de Recherches Pénales Européennes (ARPE), Dirección de Mireille Delmas-Marty*. Trad. de Pablo Morenilla. Edijus, 2000, p. 666. De allí que deba entenderse que las alternativas al proceso tradicional deben ir acompañadas de la idea de la reparación.

dar, *a modo de transacción*, una solución ventajosa, no sin antes renunciar a alguna de sus pretensiones o derechos.[14]

En muchas de estas negociaciones la ley permite la extinción del procedimiento penal una vez operada la reparación del daño.[15] En otras, dominadas por la idea de consenso, el proceso se suspende condicionalmente hasta el cumplimiento de condiciones o normas de conducta (por ejemplo de la reparación del daño), por parte del presunto culpable.[16] En algunos sistemas, el consenso se obtiene entre fiscal e imputado con la anuencia del juez,[17] en otros, participa también la

14. Así el modelo brasileño que acepta la transacción entre fiscal e imputado. Vide art. 76 Lei 9.099/95. Vide Gomez, Luis Flavio. Naturaza jurídica da suspensão condicional do processo. *RPCC*, 6, 1996, ps. 241 y 243 y ss.

15. En el sistema uruguayo la Ley de Cheques 14.412 admite en su Art. 59 la extinción de la pretensión penal siempre que el autor de un cheque (sin fondos, en cuenta ajena, cuyo pago haya frustrado) haya pagado el importe del cheque, los intereses bancarios corrientes por las operaciones activas y los gastos y honorarios arancelarios que se hubieren ocasionado. Esta "negociación" entre el autor (librador del cheque) y la víctima generalmente opera en sede policial. Cuando se hubiere iniciado el procedimiento penal, la extinción operará si el referido pago se realiza antes de la acusación del Ministerio Público. Este es un claro ejemplo en el que la reparación del daño sirve al autor para "librarse" o dar por concluido el proceso penal, y a la víctima, para ver resarcidos sus derechos sin necesidad de recurrir a sede civil. Además, pone en tela de juicio la estricta separación entre los sistemas penal y civil, cuyos límites parecen difuminarse, puesto que a la comisión de un hecho antijurídico, típico y "presuntamente" culpable le corresponderá tras la reparación del daño la extinción de la pretensión. De esta forma la sanción penal parecería sustituirse por una especie de "sanción civil", puesto que el pago de la cantidad debida más intereses y otros gastos accesorios constituyen generalmente la totalidad de las sumas a las que condena el juez civil al perdidoso. En estos supuestos, como también sucede en Francia en materia de cheques, la reparación adquiere una importancia inusitada y pasa a integrar el contenido de una sanción de naturaleza civil que pone fin al proceso penal y satisface patrimonialmente a la víctima. Se debe mencionar que no se trata de una imposición judicial sino de un acuerdo fruto de la *negociación* de las partes involucradas que se incluye en el proceso penal en atención de la importancia del bien jurídico tutelado por tratarse de un instrumento de pago muy utilizado en la práctica comercial (el cheque), que ha llevado al legislador a su protección penal por comprometer la fe pública. Una figura similar se encontraba en el Código Penal español anterior, en cuyo Art. 565 bis b) se ofrecía la exención de responsabilidad al librador que hiciera efectivo el importe del cheque. Esta excusa absolutoria (Sentencia de 19.121975) ha sido duramente criticada por la doctrina, a tal punto que ha desaparecido del código vigente. Vide Bajo Fernández, Miguel. *Manual de derecho penal* (parte especial). Delitos patrimoniales y económicos. Madrid: Ceura, 1987, ps. 386 y ss.

16. Vide por todos Schreiber, Hans-Ludwig. Die Bedeutung des Konsenses der Beteiligten im Strafprozeß. Jakobs, Günther (Hrsg.). *Rechtsgeltung und Konsens*. Berlin: Duncker&Humblot, 1976, ps. 71 y ss.

17. Vide § 153 a del Código Procesal alemán (en adelante StPO).

víctima.[18] Por tanto, para evitar cualquier confusión, semánticamente debe separarse la justicia penal negociada, en la que interviene el fiscal y no la víctima, de los procesos de conciliación, mediación o consenso entre el autor y la víctima, con participación del fiscal y el juez competente.

## 3. La negociación en el proceso penal alemán. El modelo fiscal-imputado

En el proceso penal alemán rige el *Instrucktionsmaxime* (principio de investigación) y *das Prinzip der materiellen Wahrheit* que permite (y obliga) al juez la instrucción de la prueba y la formación de su libre convicción (*das Grundsatz der freien Beweiswürdigung*, § 261 StPO), al respecto de la culpabilidad del inculpado que motive la condena, en detrimento del *Verhandlungsmaxime* o principio de negociación.[19]

La Ley Procesal Penal Alemana (StPO) no previó hasta 1999 la posibilidad de acuerdos entre el fiscal, el acusado y el tribunal que pudieran modificar la forma del plenario, la calificación legal del hecho punible y la medida de la pena. Sin embargo, en la práctica alemana se tornó cada vez más frecuente un acuerdo sobre la medida de la pena y un acortamiento de la vista oral, en particular en los asuntos relacionados con los delitos y la delincuencia económica.[20]

18. Vide Art. 281 del Código Procesal portugués (en adelante CPPP).

19. Incluso el juez puede rechazar la elección del proceso acelerado por parte del fiscal o decidir unilateralmente el sobreseimiento libre cuando los hechos sometidos a su juicio le parecen de escasa gravedad. También puede de acuerdo con el fiscal decretar un archivo judicial de casos relativos a la pequeña delincuencia o contra la seguridad del Estado, así como con el consentimiento del acusado (por ejemplo frente a la reparación del daño), puede acordar con el fiscal suspender la persecución penal.

20. Vide AAVV. *Sistemas de proceso penal en Europa*. Dirección Ramón Maciá. Barcelona: Cedecs, 1998, p. 31. En los proceso relacionados con delitos económicos se negocia sobre la recepción de la prueba o el objeto del proceso, pero especialmente sobre el resultado del procedimiento, renunciando a interponer recursos en aras de la celeridad o de reparar los daños ocasionados el acusado puede verse beneficiado con una pena benigna (o incluso el sobreseimiento total o parcial), la suspensión condicional de la pena o la propia aceptación de un caso de menor gravedad. Vide Córdoba, Gabriela. Acuerdos informales en el procedimiento penal alemán. *Nuevas formulaciones en las ciencias penales, libro homenaje a Claus Roxin*. La lectura y Lerner, ps. 739 y s.

Este hecho llevó paulatinamente a la aceptación práctica de procesos informales de negociación que permitían llegar a acuerdos informales (*informelle Absprachen*), los que se realizaban en asuntos de cierta complejidad como en la materia económica, en los cuales, como en el *plea bargaining* anglosajón,[21] el reconocimiento de la participación en determinados hechos por parte del acusado traería aparejada una promesa de reducción de la pena por el juez. De esta forma el proceso se vería acortado en su fase contradictoria y de diligencia de la prueba, pero además, permitiría una *negociación* sobre el propio objeto del mismo.[22] Por

21. La propuesta procesal del *plea bargaining,* por la que ambas partes del proceso: acusador y acusado, pueden "negociar" en forma cuasi privada la imputación penal y la culpabilidad que se asume o, por qué no, se confiesa. Una vez *negociada* la culpabilidad o la asunción de la imputación entre acusado y fiscal, entonces fiscal y juez se pondrán de acuerdo – a través de una nueva negociación – respecto a la medida de la pena, que a modo de reconocimiento por la colaboración procesal (más exactamente con la aceleración del proceso) será disminuida. Esta propuesta de negociación de la imputación dentro del proceso penal no es nueva, tiene casi un siglo de vida en distintos estados de EEUU, sin embargo no había llamado la atención de los sistemas europeos continentales porque introducía elementos propios del derecho procesal civil que se entendían indisponibles en materia penal. En nuestro tiempo, Alemania, Italia, Portugal y – en cierto modo – España (LO 7/1988 de fecha 28 de diciembre), parecen dar muestras evidentes de que no sólo a través del principio de oportunidad se podrán eliminar la crisis y el descrédito del proceso inquisitivo, sino que también resulta necesaria la adopción de la negociación entre las partes del proceso penal, incluso en lo que respecta a cuestiones de tanta importancia material y formal como son la culpabilidad, la determinación de la pena o la realización efectiva de la audiencia oral y la tramitación de la prueba. Los *informelle Absprachen* alemanes se diferencian del *plea bargaining* en que en los mismos también participa el juez, pero además no revisten del grado de formalidad que tiene el instituto anglosajón, sino que se basan en la confianza (entre acusador y acusado de que cada uno cumplirá con lo prometido). Asimismo – y esto es muy importante –, el acusado no se declara *guilty plea* (se ha traducido esta expresión como "confesión de culpabilidad", puesto que *plead guilty* significa *confess*, pero también podríamos traducir dicha expresión como "imploración de culpabilidad" puesto que dentro de los posibles significados de la palabra inglesa *plea* surge como sinónimo *supplication* o *pleading,* que no es otra cosa que *imploring. Según Webster's New World Thesaurus*. 3rd. ed. USA: Macmillan, 1997) sino que "formaliza una confesión que es valorada por el tribunal como el medio de prueba general para su culpabilidad." Vide Weigend, Thomas. *Abgesprochen Gerechtigkeit.* Effizienz durch Kooperation im Strafverfahren? JZ, 1990, ps. 744 y ss; en español Córdoba, Gabriela. *Acuerdos informales en el procedimiento penal alemán,* cit., ps. 740 y ss.

22. El *Bundesverfahsunsgericht* reconoció estos acuerdos en la práctica exigiendo el respeto de determinados principios fundamentales relacionados con la igualdad de oportunidades entre los negociadores y los principios relacionados con el *favor rei*, el *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia. Según BverfGe, 27 de enero 1987, NStW, 1987, p. 419; y la jurisprudencia por Sentencia del Tribunal Supremo Federal, Bundesgerichtshof, BGH, 28 de agosto de 1997. En

ello, ante dicha práctica del *Acuerdo Informal*, y considerando que el legislador alemán desde 1975[23] reforma constantemente su procedimiento penal en búsqueda de mayor celeridad, la Ley para la *Fijación de Acuerdos Compensatorios entre Autores y Víctimas y para la Modificación de la Ley sobre Instalación de Telecomunicaciones* de 20.12.1999 incorporó a la StPO la posible admisión de los hechos por parte del inculpado en los parágrafos 153 a, ap. 1, n. 5; 155 a y 155 b.[24] Así las cosas, no podemos seguir hablando de *acuerdos informales*, sino de *acuerdos formales* o simplemente *Absprachen*, en los que el fiscal y el imputado (el juez en fase de juicio) pueden negociar la prescindencia de alguna etapa procesal o del propio juicio. Este acuerdo (que puede ser impuesto como condición para la no persecución del hecho) ofrecido por las autoridades encargadas de la persecución debe gozar del beneplácito de la víctima, que tiene la potestad de impedir el arreglo mediante su oposición.[25] Esta potestad de la víctima es de suma importancia, y evita toda

opinión totalmente contraria a la adopción del *plea bargaining* en el sistema penal alemán Bernd Schünemann quien le atribuye toda la responsabilidad de la crisis en la que se encuentra el Estado de Derecho liberal. Dice textualmente: "... los acuerdos lesionan también el contenido material de las garantías procesales. Cuando los acuerdos son realizados, como resulta habitual en Alemania, fuera del juicio oral sin la presencia del acusado ni de los escabinos o también en forma de charla, se lesionan los principios de publicidad, de inmediación y de oralidad, la garantía del juez legal y la posición del sujeto del proceso del acusado que está garantizada por su derecho a estar presente en el proceso. La presunción de inocencia recogida por la Convención de Derechos Humanos también se lesiona por toda iniciativa del juez dirigida a obtener una confesión antes de la práctica total de las pruebas en el juicio oral." Vide Schünemann, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Tecnos, 2002, ps. 295 y s. A su vez Tiedemann sostiene la inconveniencia que significa adaptar el *plea bargaining* norteamericano al sistema procesal alemán, puesto que en la praxis no significaría ningún avance en cuanto a la sobrecarga de asuntos en los que los juzgados penales intervienen, y teóricamente sería incompatible con el proceso alemán "reformado de inquisición" y que "reconoce los principios de la investigación de oficio y la búsqueda de la verdad material." Vide Tiedemann, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993, p. 30.

23. Vide Gómez Colomer, Juan Luis. El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes. *Sistemas penales europeos, IV*. Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 250 y ss.

24. Vide Gómez Colomer, Juan Luis, Ibidem, ps. 253 y 263.

25. Vide Gómez Colomer, Juan Luis, Ibidem, ps. 263 y s.

cuestión que en aras de beneficiar una justicia más rápida pudiera perjudicar los intereses del ofendido por el delito.

## 4. La suspensión provisoria del proceso penal a cambio de medidas. El modelo reparación del daño

Manteniéndose respetuosa del principio de legalidad la StPO ha dado ingreso a determinadas manifestaciones del principio de oportunidad[26] que han permitido otorgar mayor relevancia a la reparación del daño, en cuanto a la posibilidad de sustituir a través de la misma la continuación del proceso y la consiguiente pena, siempre que los intereses de la persecución penal (legalidad) puedan ser satisfechos por otras vías (oportunidad). En lo que a la reparación respecta, se sitúa en el límite entre las sanciones penales y las extra-penales.[27] Las últimas se

26. La oportunidad ingresa al proceso penal alemán en 1924 con el decreto *Emminger* de 4 de enero, que introdujo el parágrafo 153 StPO, motivada por el objetivo de paliar la crisis económica que había afectado a la Administración de Justicia alemana, y el aumento de la pobreza en la población a causa de la inflación mundial. Estas penosas circunstancias económicas condicionaron un fuerte aumento de la criminalidad de bagatela, que difícilmente fuera contenida recurriendo al principio de legalidad y la finalidad de la pena. Así las cosas, en vista de que el delito respondía a la precaria situación económica de la ciudadanía, el legislador alemán -haciendo gala de su mayor racionalidad- optó por no perseguir la criminalidad menor o de escasa gravedad ontológica. Vide Krümpelmann, Justus. *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*. Berlin: Duncker&Humblot, 1966, ps. 204 y ss.; también Kunz, Karl-Ludwig. *Das strafrechtliche Bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*. Berlin: Duncker&Humblot, 1984, ps. 34 y ss. Debemos indicar que similares condiciones a las que vivía Alemania en período de entre-guerras vive hoy gran parte de la América Latina; sin embargo la racionalidad no ha guiado nunca al legislador latinoamericano (salvo excepciones, por ejemplo, Costa Rica), quien en lugar de adoptar medidas próximas a la oportunidad (que permiten el sobreseimiento de infinidad de situaciones de bagatela, algunas cercanas al estado de necesidad) u otras alternativas desformalizadas, prefiere reforzar el control social, la vigencia del principio de legalidad, de persecución obligatoria y el aumento constante de la entidad de la pena.

27. En otro lugar hemos definido la reparación como el esfuerzo personal, comprometido y voluntario del autor en favor de la restauración, la eliminación o disminución del daño o de los efectos nocivos derivados del delito, sea a través de prestaciones económicas o de prestaciones simbólicas. Vide Galain Palermo, Pablo/Romero, Angélica. Criminalidad organizada y reparación. ¿Puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada? Derecho penal y criminología. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, v. XXII-XXIII, n. 73, sep. 2001/dic. 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 53; y *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de la Patagonia*, n. 1, año 1, mayo de 2004, Chile, p. 68.

desenvuelven en el campo de las alternativas al castigo, por ejemplo en forma de pagos impuestos como condición o contraprestación al archivo del procedimiento penal, según dispone el parágrafo 153a StPO.[28]

Así las cosas, la figura del sobreseimiento (cfr. § 153a StPO), puede ser considerada como una posibilidad que ofrece el sistema penal para renunciar a la tramitación del proceso y declarar la impunidad del delincuente, previa constatación y desaprobación del injusto cometido (aunque no se pruebe formalmente la culpabilidad), siempre que el condenado se someta voluntariamente a la propuesta realizada por el fiscal y consentida por el juez.[29]

Esta norma permite prescindir provisionalmente de la acción pública en determinados delitos (aquellos con penas de privación de libertad inferiores a un año) siempre y cuando el acusado cumpla con las condiciones o mandatos que pudieran exigirse.[30] Si éstas últimas se pactaran antes de la apertura del procedimiento principal, deberían recibir la aprobación del Tribunal encargado de la apertura del procedimiento principal (*Hauptverfahren*). Ahora bien, si las mismas se acordaran

28. Vide Jescheck/Weigend. *Tratado de derecho penal.* Parte general, 5. ed., renovada y ampliada. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 806.

29. Cfr. § 153a (Prescindir provisionalmente de la acusación; sobreseimiento provisional) (1) "Con el consentimiento del inculpado y del tribunal competente para la apertura del plenario, la fiscalía puede prescindir provisionalmente de la interposición de la acción pública en un delito, y al mismo tiempo fijar al inculpado 1. aducir una determinada prestación para la reparación del daño ocasionado, 2. pagar un importe a favor de una institución de interés común o del Tesoro público, 3. aducir otras prestaciones de interés común, o 4. cumplir con deberes de alimentos de un determinado valor, si estas imposiciones e instrucciones son apropiadas para suprimir el interés público en la persecución penal, y sin no se opone la gravedad de la culpa. Para el cumplimiento de las imposiciones e instrucciones, la fiscalía da al inculpado un plazo que asciende a como máximo seis meses en los casos del inciso 1.º, núm. 4. La fiscalía puede anular posteriormente las imposiciones e instrucciones, y prorrogar una vez el plazo de tres meses más; con el consentimiento del inculpado, también puede imponer y modificar posteriormente imposiciones e instrucciones. Si el inculpado cumple las imposiciones e instrucciones, entonces el acto ya no puede ser perseguido como delito. Si el inculpado no cumple las imposiciones e instrucciones, entonces no se presentan las prestaciones que haya aducido para su cumplimiento. Se aplica por analogía § 153, apartado 1, inciso 2.º...".

30. Las condiciones o mandatos se encuentran taxativamente enumeradas en el parágrafo 153a StPO y si debiera respetarse el orden de prelación en el que han sido establecidas, la reparación del daño estaría en el primer lugar.

una vez ejercida la acción, será el Tribunal quien archive provisionalmente el proceso con la aprobación del fiscal y el imputado.[31] A través de la introducción de este parágrafo no se intenta conceder al condenado un determinado beneficio (vgr. atenuación de la pena, suspensión condicional de la condena, amonestación con reserva de pena), sino que se le brinda la posibilidad de evitar la condena y archivar los procedimientos en caso de que voluntariamente acepte reparar el daño causado.[32] Este archivo de los procedimientos no es definitivo, sino provisorio, y depende – que adquiera la calidad de tal – del cumplimiento de determinadas obligaciones que el juez puede imponer al condenado.[33]

Se debe dejar en claro, que será la fiscalía la que dispondrá de este beneficio procesal toda vez que no haya interpuesto la acusación pertinente. Si la misma hubiera sido interpuesta, es el Juez de la causa quien pueda disponer de este instituto.[34] Por tanto, se trata de una forma del tipo consensual que puede darse bajo

31. Vide Bonet, Margarita. *La víctima del delito.* (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del injusto); Madrid: Mc Graw Hill, 1999, p. 39. De todas formas, por imperio de la ley, siempre que el sobreseimiento sea condicional se requerirá la aceptación del inculpado.

32. Según Pérez Sanzberro, la aplicación del principio de oportunidad en estos casos es una prolongación del principio material de *ultima ratio*; lo que demuestra la estrecha relación que existe entre el derecho penal material y procesal, al valorarse la culpabilidad en una fase temprana del procedimiento a efectos de renunciar nó solo a la pena sino al propio ejercicio de la acción penal. Vide Pérez Sansberro, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal.* ¿Apertura de una nueva vía?. Granada: Comares, 1999, p. 96; también García Arán, Mercedes. Culpabilidad, legitimación y proceso. *ADPCP*, 1988, p. 112. De otra opinión Roig, quien lo incluye dentro de los supuestos de sustitución de la pena. Vide Roig Torres, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito.* (Aspectos civiles y penales). Valencia: Tirant, 2000, p. 403.

33. En verdad *este procedimiento no concluye con una resolución judicial sino del fiscal*, a pesar de que existe un control por parte del juez, que debe prestar su conformidad. Este hecho puede traer alguna complicación en el sentido de que el archivo condicional (sujeto al cumplimiento de condiciones o mandatos, § 153a StPO) tiene la misma validez que una sanción penal (a la que en definitiva sustituye). En opinión de Schöch y Fezer, citados por Ambos, Kai. Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos. *Revista de Derecho Procesal*, n. 3, 1997, ps. 552 y ss. Según Kunz estas obligaciones a imponer al inculpado dependerán de la medida de la culpabilidad. Vide Pérez Sanzberro. *Reparación*, cit, p. 105.

34. Cfr. § 153a (2) "Si ya ha sido interpuesta la acusación, entonces, con el consentimiento de la fiscalía y del inculpado, el tribunal puede sobreseer el proceso provisionalmente hasta el final de la vista oral, en la que las constataciones reales pueden ser comprobados por última vez, y al mismo

una forma triangular entre el fiscal, el juez y el acusado, en la que se ofrece al imputado la posibilidad de archivar la causa (como si se tratara de un archivo por falta de pruebas) a cambio de determinadas prestaciones. Sin lugar a dudas, disposiciones como ésta permiten el desarrollo de elementos propios de una *negociación* en un proceso dominado por la legalidad, aunque con ribetes de oportunidad como el presente parágrafo 153a y ss StPO.[35]

Por lo tanto, el fiscal puede sobreseer provisionalmente el proceso siempre que el delincuente – entre otras posibles obligaciones – se decida a reparar el daño causado a la víctima.[36] Ahora bien, la víctima, que no participa de la formación del consenso, en caso de disconformidad con la reparación practicada, siempre podrá acudir a la vía civil pertinente para realizar la reclamación del caso, aunque no puede impedir la suspensión del proceso.

En la práctica, y esto es de mucha importancia, además del acuerdo entre fiscal y juez se requiere la aceptación del autor de llevar a cabo la reparación. Es

tiempo puede otorgar al inculpado las imposiciones e instrucciones designadas en el apartado 1.º, inciso 1.º. Se aplican análogamente apartado 1.º incisos 2.º hasta 5.º. La solución según el inciso 1.º se promulga por resolución. La resolución no es apelable. El inciso 4º también es válido para una constatación que, según el inciso 1.º, las imposiciones e instrucciones otorgadas hayan sido cumplidas. (3) Se suspende la prescripción durante el transcurso del plazo establecido para el cumplimiento de las imposiciones e instrucciones".

35. De todas formas hay que aclarar que éste parágrafo no indica que el Fiscal pueda optar por no ejercer la acción penal, sino que va mucho más allá, al permitir la imposición de una condición (o mandato) o la decantación por el ejercicio de la acción penal. Las posibilidades que otorga la norma en cuestión y el poder de disposición que ha obtenido el representante del Ministerio Público respecto al procedimiento, han llevado a algún autor a preguntarse *si en Alemania el fiscal se ha convertido en un juez que actúa delante del juez*. Vide Kausch, Erhard. *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter*? Duncker & Humblot, 1980, ps. 61 y ss. De todas formas, cabe decir, que dicha negociación está limitada a la aceptación voluntaria de instancias de reparación que permitan suspender el procedimiento y prescindir de la pena, por lo tanto, no hace referencia al objeto del proceso, como si permite el *plea bargaining*.

36. Esta opción no ha estado libre de críticas, principalmente de algunos penalistas que se oponen a las soluciones formales para los problemas del Derecho penal material. Vide Kubink, Michael. *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*. Berlin: Duncker&Humblot, 2002, p. 465. Incluso llegando a decir que podríamos estar frente a una disposición normativa que beneficia solo a los autores con poder adquisitivo. Vide Schmidhäuser. *JZ 28*. Jg., 1973, p. 529, Tiedemann. *ZStW*, 86, 1974, p. 302; Walter. *ZStW*, 95, 1983, p. 32, todos cit. por Kubink, cit, p. 466.

decir, la aceptación voluntaria del presunto autor es condición indispensable para la suspensión del proceso. Esta es la base de todo este sistema, a tal punto que de no producirse la misma, debería proseguir el proceso.[37]

La disposición del 153a StPO, pese a las críticas de la doctrina mayoritaria,[38] es bastante utilizada por los operadores penales alemanes, sin embargo, éstos no recurren a la reparación del daño como obligación a imponer al autor, sino que se decantan generalmente por el pago de una suma de dinero a una entidad de beneficencia pública, puesto que se entiende que con mayor facilidad determinados delincuentes podrán hacer frente a pagos cuasi simbólicos que a la reparación del daño causado a la víctima. Según se dice, se intenta que el imputado pueda cumplir con la obligación que permita que el sobreseimiento provisional se convierta en definitivo.[39]

## 5. El acuerdo entre las partes del delito. El modelo conciliación autor-víctima

En cuanto refiere al Código Penal, en el *Strafgesetztbuch* (StGB) el § 46a resalta la importancia de la posibilidad de que autor y víctima pudieran llegar a un acuerdo conciliatorio (*Täter-Opfer-Ausgleich*),[40] agregando a la circunstancia

37. Vide Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*: Alemania y España, Barcelona: PPU, 1991, p. 128.

38. Ver Rieß, Peter, Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153 StPO. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1983, p. 93 y ss. Especialmente por el hecho de haber legalizado la posibilidad de imponer sanciones *cuasi penales*, en algunos casos, por expresa decisión del fiscal, sin una previa declaración formal de culpabilidad. No importa que la gravedad de la culpabilidad deba ser calibrada según dispone el § 46.2 StGB, sino que lo criticado es que no haya una declaración previa de la misma antes de imponer obligaciones al inculpado. Además se observa el peligro para el principio de legalidad y la seguridad jurídica en vista de las extraordinarias facultades que dispone el fiscal, que pueden traer aparejadas negativas consecuencias en cuanto a la confianza en el ordenamiento jurídico. Vide Pérez Sanzberro, Guadalupe. *Reparación*, cit, p. 111.

39. Se habla de cifras que superan el 90% para la obligación de pagar una suma de dinero a instituciones de beneficencia y de poco más del 0,5% para la reparación del daño. Entre otros Kausch, *Der Staatsanwalt*, cit, ps. 115 y ss.

40. Sin embargo, pese a esta modificación de la *Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO und anderer Gesetze* (VBG) (*Verbrechensbekämpfungsgesetz* o Ley para la modificación del Código Penal, de la

de la atenuante la de prescindir de la pena cuando no se haya incurrido en pena grave como puede ser la privación de libertad de hasta un año o multa de hasta 360 días-multa.[41] Este parágrafo, en atención a la dosimetría penal alemana, permite abarcar a supuestos de hecho que van mas allá del delito de bagatela, pero además, las consecuencias del delito no tienen por qué haber afectado al autor, como sucede en el § 60 StGB.[42] A través del parágrafo 46a StGB ingresa al sistema penal alemán un fuerte estímulo a favor de la reparación del daño, erosionando el muro que desde Binding se había levantado por parte de la doctrina entre el derecho penal y el derecho civil; mientras que de forma mediata se favorece la situación de la víctima, que puede verse resarcida en el proceso penal tras el delito. La norma en cuestión se desgaja en dos supuestos que atañen a la reparación del hecho por parte del autor, que deben ser diferenciados: a) en el primero, se requiere de la reparación del hecho tras esfuerzos del autor por intentar la conciliación con su víctima;[43]

Ordenanza Procesal Penal y de otras leyes [Ley para la lucha contra el crimen del 28.10.1994] que permitieron la posibilidad de prescindir de la pena o de suspenderla condicionalmente en caso de reparación siempre que se trate de penas privativas de libertad de hasta un año) que implantó en el ordenamiento penal alemán el parágrafo 46a StGB, aun hoy – el legislador alemán – no ha introducido ninguna norma procesal relacionada con dicha norma de derecho penal material. Vide Roxin, Claus. *Derecho procesal penal.* Trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Editores del Puerto, 2000, p. 525.

41. Cfr. § 46a Acuerdo indemnizatorio entre autor y víctima, reparación del daño. Si el autor: 1. en su empeño para lograr un acuerdo indemnizatorio con el lesionado (arreglo autor-víctima) haya reparado su hecho enteramente o en su mayor parte o esté aspirando seriamente a su reparación; o 2. en el caso en que la reparación del daño haya exigido por él un considerable desempeño personal o una renuncia importante indemniza a la víctima enteramente o en su mayor parte, entonces el tribunal puede atenuar la pena de acuerdo con el § 49 párrafo primero o puede prescindir de la pena cuando no se ha incurrido en pena grave tal como privación de la libertad hasta un año o multa hasta 360 importes diarios. El subrayado es nuestro.

42. Cfr. § 60 Exclusión de pena: "El tribunal puede prescindir de pena si las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho punible en una pena privativa de la libertad superior a un año".

43. En este el legislador pondera la reconciliación entre las partes, hasta tal punto, que se refiere a la *reparación del hecho*, lo que puede ser interpretado como que también interesa la *reparación* de los perjuicios inmateriales derivados del delito. Este hecho estaría demostrando que en la ocasión la reparación tiene un contenido más amplio que la indemnización civil de la víctima, además, de aceptar supuestos en los que la víctima se niegue a aceptar la reparación o cuando el autor carece de recursos financieros. Vide Pérez Sanzberro, Guadalupe. *Reparación*, cit, ps. 146 y ss.

b) en el segundo, la reparación del daño ha de haber supuesto un esfuerzo personal para el autor.[44]

En la práctica se emplea generalmente este § 46a StGB, siendo utilizado el § 56.2 StGB[45] particularmente en los casos en los cuales es infructuoso el empeño del autor por reparar el daño, aunque bajo determinados presupuestos también el mero empeño de reparar puede conducir a la atenuación de la pena (cfr. § 46 StGB) o a la remisión de la misma (cfr. § 56b, suspensión bajo condiciones).[46]

Por tanto, mientras el § 153a StPO se decanta por una *solución negociada* del conflicto entre las partes procesales (fiscal-delincuente),[47] que permite en el mejor de los casos el archivo del proceso, el § 46a del StGB se afilia a una *solución conciliadora* entre los involucrados por el delito (autor-víctima), que repercute en la medida de la pena y en la posible prescindencia de la misma.

44. Aquí el legislador se refiere a la *reparación del daño*, lo que denota que ahora sí, importa la satisfacción de los efectos materiales del delito, pero además, con el objetivo de exigir algo más que la simple satisfacción económica, se requiere que la reparación se haya logrado (totalmente o prácticamente en su totalidad) de manera voluntaria, pero, habiendo significado un especial esfuerzo por parte del autor. De esta forma se logra que un delincuente adinerado sienta el carácter sancionatorio de la medida, que puede cristalizarse en determinados trabajos voluntarios en beneficio de la sociedad o en alguna restricción de su tiempo libre (por ejemplo, efectuar dichas tareas en tiempo de vacaciones). Por tanto, este inciso no sólo se contenta con la indemnización material del daño, sino que ésta tiene que haberse logrado tras un esfuerzo personal del delincuente. Vide Roig Torres, Margarita, *La reparación*, cit., p. 406, nota nº 134.

45. Cfr. § 56.2: "El tribunal puede también, conforme a los presupuestos del párrafo primero, suspender por libertad a prueba la ejecución de una pena privativa de la libertad más alta que no sobrepase los dos años, cuando de acuerdo con la valoración en conjunto del hecho y de la personalidad del autor existan circunstancias especiales. En la sentencia deben considerarse también particularmente los esfuerzos del condenado por reparar los perjuicios causados por el hecho".

46. Vide Jescheck/Weigend, *Tratado*, cit., p. 966.

47. Aunque debe aclararse que el Ministerio Público alemán no es considerado parte del proceso ya que además de averiguar las circunstancias y hechos que demuestren la culpabilidad del imputado está obligado a encontrar aquellos que hablen a su favor (cfr. § 160.2 StPO). El fiscal alemán es un funcionario público que depende jerárquicamente de un Fiscal General Federal, por tanto, no goza de independencia pues responde a un superior. Si bien deben tener la misma capacidad que se exige a los jueces, no pertenecen al Poder Judicial. Cada fiscal tiene un espacio de competencia en conexión territorial con los Juzgados y Tribunales (cfr. §§ 141 y ss. GVG). Vide Gómez Colomer, Juan Luis, El modelo alemán del Ministerio Público: aspectos organizativos y funcionales. *Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal. IV-1999, Madrid, ps. 128 y s.

## 6. El consenso en el proceso penal portugués

Con la entrada en vigor (1.1.1988) de la reforma del Código del Proceso Penal (aprobado por Decreto-Ley 78/87 de 17 de febrero), el sistema procesal penal de Portugal se decanta por el modelo de proceso que goza en la actualidad de mayor reconocimiento en los países europeo continentales y en el Consejo de Europa.[48] Este nuevo modelo procesal parte de la distinción entre la pequeña (y mediana) criminalidad y la criminalidad grave, ajustando a la primera a soluciones de consenso y a la segunda a la tradicional manera de resolver el conflicto. Por ello, ambas formas de aparición del delito debían obedecer a un tratamiento procesal diferente, cumpliendo con los mandatos de desburocratización, simplificación, desformalización, celeridad, participación, oportunidad y consenso, como característica principal de la justicia penal del nuevo siglo.[49]

Respondiendo a una estructura acusatoria que delimita funciones al fiscal,[50] al juez de instrucción[51] y al juez encargado de la sentencia, mejora la posi-

48. Vide Almeida Costa, António, Alguns princípios para um direito e processo penais europeus. *RPCC*, 4 fasc. 2, 1994, p. 199. Recuérdese la Recomendación R 87 de septiembre de 1987 relativa a la simplificación de la justicia penal, en la que se pronunció el Consejo de Europa a favor de los procesos abreviados y las soluciones de consenso. Asimismo, la Recomendación nº R 92 del Consejo de Europa, respecto a las sanciones y medidas de ejecución en la comunidad. En ese sentido, el sistema penal portugués adoptó la suspensión provisoria del proceso (cfr. Arts. 281, 282 CPPP), la sustitución de la pena de multa por días de trabajo (cfr. Art. 48 CPPort.), la prestación de trabajo en beneficio de la comunidad (cfr. Arts. 58, 59 CPPort.), la suspensión de pena (cfr. Arts. 50 a 58 CPPort.), la libertad condicional (cfr. Arts. 61 a 65 CPPort.), la libertad a prueba (cfr. Art. 98 CPPort.) y la suspensión de la ejecución de internamiento (cfr. Art. 98 CPPort.).

49. Vide Lopes da Mota, José Luís, A revisão do Código de Processo Penal, *RPCC* 8, fasc. 2, Abril-Junho 1998, p. 165. En ese sentido los *processos sumaríssimos* (cfr. Art. 392 CPPP) para aquellos delitos punibles con penas de prisión no superiores a tres años o con pena de multa, en los cuales el fiscal puede solicitar una pena o medida de seguridad no privativa de libertad, que deben contar con la aprobación del juez y del imputado. Por tanto, se prescinde de la instancia oral y "el despacho de concordância do juiz vale como sentença condenatória com imediato trânsito em julgado ...". Vide Miranda Pereira, Luis, Sanções e medidas de execução na comunidade. A importância dos relatórios sociais e a reforma do Código de Processo Penal. Política Criminal em vigor: metas e realidade e a necessidade de um conceito abrangente de prevenção, *RPCC*, 8, fas. 3, Julho-Setembro 1998, p. 449.

50. El fiscal dirigirá las investigaciones en la etapa de investigación (*inquérito*) preliminar a la solicitud de procesamiento o archivo.

ción del imputado y otorga beneficios procesales a la propia víctima. Ahora, toda la fase de investigación pasó a corresponder al Ministerio Público.[52] Pero para este cambio de tareas, dicho órgano se convirtió en autónomo, es decir, se ubicó fuera de la órbita del Poder Ejecutivo,[53] tal como exige en la doctrina española Gómez Colomer, como uno de los requisitos esenciales para la aceptación del principio de oportunidad.[54]

51. El juez de instrucción tiene el dominio de la etapa o fase de instrucción, aquella que tiene lugar entre el *inquérito* y el juzgamiento. En esta última, consecuencia de la solicitud del imputado o la víctima personada en el procedimiento (*assistente*), a efectos de que se compruebe judicialmente los términos en que el fiscal ha decidido la acusación o el archivo del *inquérito*. En los hechos, opera principalmente, como un juez de garantías.

52. El Ministerio Público según la Ley 39/78 de 5 de julio y Ley 47/86 de 15 de octubre, se convirtió en órgano autónomo de justicia y en una magistratura paralela e independiente a la judicial, sujeto a idénticos criterios de objetividad y legalidad. Según dispone el Art. 53 CPPP el Ministerio Público debe colaborar con el juez en la función de descubrir la verdad y la realización del Derecho, obedeciendo en cada una de sus intervenciones a criterios de estricta objetividad. Esto significa que su interés no se reduce a deducir una acusación, pues coexiste – como sucede en el sistema procesal penal español – con la figura del acusador particular (cfr. Art. 50 CPPP). Como se ha dicho: "Ao Ministério Público compete decidir sobre o inquérito, segundo criterios de legalidade e objetividade, arquivando o processo ou deduzindo acusação, ou, então, optando por soluções de tratamento informal (suspensão do processo) ou simplificado (processo sumaríssimo)". Vide Lopes da Mota, José Luís, A revisão do Código de Processo Penal. *RPCC* 8, fasc. 2, Abril-Junho 1998, ps. 166, nota 10, y 167.

53. Según Figueiredo Dias, el Ministerio Público no debería seguir perteneciendo al Poder Ejecutivo, sino constituirse – como sucede en el modelo portugués – en un órgano autónomo. Como dice: "Mas um ministério público (típico dos modelos inquisitórios) que constitua a *longa manus* do poder político, o simples mandatário dos interesses do Executivo tal como este os avalia em cada processo penal concreto e o seu fiel executor na teia do tribunal, do qual debe então fazer parte em posição absolutamente paritária como a dos juízes esse ministério público, peça fundamental da abominável 'justiça do Gabinete', conduz a uma pobre caricatura do processo penal democrático, representa um perigo incontornável para os direitos das pessoas (em especial do arguido, a quem torna inevitavelmente em mero ojecto do processo) e, o que nem sempre se quer compreender, põe em causa, por apego à descoberta da 'verdade material', a verdade processual e, em definitivo, a realização da justiça". Vide Figueiredo Dias, Jorge, Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal, *RPCC*, 8, fasc. 2, Abril-Junho 1998, p. 206.

54. Gómez Colomer expone en detalle los pro y los contra del aumento de poderes del fiscal en el proceso penal español, concluyendo que lo realmente importante, más allá del órgano encargado de la instrucción sumarial, es la manutención de un proceso penal propio de un Estado de Derecho. Aunque: "a) Mientras no se deroguen los artículos. 8, 14.2, 29.1, 34-1.º, 35.1 y 36 EOMF, por los que el Fiscal puede quedar sometido a una orden del Poder Ejecutivo, o se patentiza su vinculación con éste, y, por tanto, no sea independiente en el sentido más correcto del término (independencia, por cierto, que la propia Constitución española de 1978 no ha querido, v. su artículo 124.2); b) Mientras el Fiscal no deje de ser claramente un órgano administrativo y se adscriba de alguna

Entiendo que esta reforma es fundamental para aceptar cualquier modelo procesal que permita un correcto ejercicio de la oportunidad y de instancias de consenso, pues separa la función de búsqueda de la verdad procesal (sea material o consensual) de los intereses del Poder Ejecutivo, que muchas veces, pueden ir en sentido contrario a éste propósito. De esta forma, se puede aceptar la introducción de instancias de consenso y oportunidad, pues la actuación del fiscal estará regida por criterios de legalidad y objetividad, sin peligro que se función se confunda con la de un simple ejecutor del *ius puniendi* estatal.

Junto a este cambio de "mando" de los poderes inquisitivos en la etapa previa al procesamiento (*inquérito*), se ofrecieron distintas alternativas dentro del proceso penal, generalmente en procura de mayor celeridad en los casos de pequeña y mediana criminalidad. Tradicionalmente, en todo proceso, culminada la fase de investigación correspondía al fiscal decidir entre la deducción de la acusación o el archivo; sin embargo, con la creación de los Arts. 281 y 282 CPPP, el fiscal puede ahora proponer la suspensión provisional del proceso, cuando determinadas condiciones así lo permitan. Esta reforma obedece a la búsqueda de *soluciones de consenso* que permitan la protección de los bienes jurídicos y la resocialización de los delincuentes en casos en que la culpa y el delito no son de entidad. De esta forma se pueden proponer medios menos graves que la pena sin renunciar a los fines que ésta pretende conseguir.[55]

manera, sin serlo, al Poder Judicial; c) Mientras el Ministerio Fiscal tenga como principal función en el proceso penal la de acusar, por tanto, no sea imparcial en sentido técnico; d) Mientras que siga instruyendo la Policía Judicial, lo que ya ocurre con los Jueces en España... h) Finalmente, mientras la garantía de los derechos fundamentales y procesales penales ordinarios de los ciudadanos esté residenciada en manos de los Jueces, porque con su independencia e imparcialidad, esenciales a su función, realizan una tutela más efectiva, que en absoluto garantizan mejor hoy los Fiscales... somos contrarios a que instruya el Fiscal el proceso penal español, en absoluto por razones dogmáticas, sino puramente organizativas, estructurales y prácticas...". Vide Gómez Colomer, Juan Luis, El Ministerio Fiscal ¿Eje de la reforma procesal penal? *Problemas actuales de la justicia penal*, p. 36 y ss. Como dice el Profesor español: "...para lograr un sistema válido hay que desvincular ante todo e inmediatamente al Ministerio Público investigador del proceso penal del Poder Ejecutivo, y eso parece muy difícil, al menos en mi país. Si no lo logramos, las causas contra el poder pasarán a ser un mero recuerdo o pura farsa". Vide La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional, *Revista del Poder Judicial*, 64, 2001, p. 221.

55. Vide De Moraes Rocha, João, Suspensão provisória do processo e consumo de estupefacientes, *RPCC*, 9, fasc. 1, Janeiro-Março 1999, p. 110.

## Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal

Para que proceda la suspensión del proceso, el fiscal tendrá en cuenta principalmente la gravedad del injusto, la dañosidad social, la culpabilidad presunta y las exigencias de prevención. El Art. 281 dice textualmente: "1. Se o crime for punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou como sanção diferente da prisão, pode o Ministério Público decidir-se, com a concordância do juiz de instrução, pela suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem os seguintes pressupostos: a) Concordância do arguido e do assistente; b) Ausência de antecedentes criminais do arguido; c) Não haver lugar a medida de segurança de internamento; d) Carácter diminuto da culpa; e e) Ser de prever que o comprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir." Por tanto, para que dicha norma pueda ser aplicada por parte del Ministerio Público se requiere constatar: a) que se trata de una causa punible hasta con 5 años de privación de libertad o con pena no privativa de libertad; b) que exista consenso en la suspensión, por parte del imputado, la víctima y del juez de instrucción; c) que el imputado sea un delincuente primario, es decir, que carezca de antecedentes penales; d) que no se requiera de una medida de seguridad de internamiento; e) que se verifique el carácter leve de la culpa; y f) que sea de prever que con el cumplimiento de condiciones y reglas de conducta se satisfagan las exigencias de prevención general que sean del caso.

El Art. 281 exige la aceptación del presunto responsable de las posibles condiciones o reglas de conducta que pueden convenir entre el fiscal y el juez de instrucción. En la práctica es el fiscal quien propone la suspensión del proceso a cambio de la realización de determinadas condiciones o reglas de conducta, que requieren de la conformidad del juez. Pero uno de los hechos más destacables, es que en el mismo acto en que se recaba la aceptación del presunto delincuente, se consulta a la vícitima del delito que se ha constituido en parte en el proceso.[56] De

56. En el Art. 68 del CPPP se determina quienes pueden constituirse en sujeto procesal por haber sido víctimas de un delito. En el Art. 69 se determina las atribuciones de los mismos, los cuales intervendrán como colaboradores del Ministerio Público, pudiendo aportar pruebas, deducir

esta forma, a diferencia del modelo alemán, la víctima constituida en sujeto procesal "assistente", tiene la potestad de oponerse a la suspensión del proceso.[57] Pero además, podría darse en la práctica una especie de *conciliación* o *negociación* entre las partes, al momento de decidir las obligaciones o reglas de conducta a ser impuestas, donde figura en el Art. 281.2.a en primer lugar la realización de actos de reparación.[58]

Por tanto, el Art. 281 no sólo abre la posibilidad de una vía alternativa al proceso tradicional, sino que puede dar lugar a una *solución de consenso*, que colme tanto las expectativas del autor como de la víctima.[59] Esta *solución de consenso* no obedece tanto a motivos de celeridad o de desvío de la estructura del proceso tradicional como a la pretensión de fomentar el diálogo entra las partes a lo largo del proceso. El legislador portugués ha pretendido crear un clima de respeto de la igualdad de oportunidades, de respeto de los intereses propios frente a decisiones que pueden llegar a afectar sus derechos. Se trata de potenciar el debate, la ecuación argumentación-contraargumentación, el discurso cargado de significado. "O processo judicial tem de adaptar-se às regras do discurso prático geral de que constitui

acusación independientemente de la acusación fiscal e interponer recursos siempre que sean afectados por una resolución judicial. La figura del *assistente* debe ser diferenciada de la parte civil, la que se regula en los Arts. 71 y ss, y se relaciona con el pedido de indemnización civil *ex delicto*.

57. En la práctica no es frecuente que la víctima se oponga a la suspensión provisional del proceso, así al menos, lo demuestran algunas estadísticas oficiales, donde se puede apreciar que el 49% de las víctimas manifestó su disposición a participar en encuentros de mediación con el delincuente, con el objetivo de obtener la reparación de los daños sufridos. Vide Crucho de Almeida, María Rosa/Alão, Ana, *Inquérito de vitimação 1994*, Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça.

58. Estas imposiciones o reglas de conducta tienen siempre el límite del principio de dignidad, pues no podrán imponerse aquellas que – aunque cuenten con la anuencia del imputado – sean vejatorias de su dignidad. Vide De Moraes Rocha, João, *Suspensão provisória do processo e consumo de estupefacientes*, cit, p. 111.

59. La doctrina portuguesa apunta cuatro razones fundamentales para resaltar dicha solución de consenso: "1. Contribuir para evitar o estrangulamento do normal sistema de aplicação da justiça pena; 2. Imprimir maior rapidez na resolução dos conflitos; 3. Reduzir ao máximo a estigmatização social do arguido e intensificar a perspectiva da sua reabilitação, da sua 'reintegração na sociedade'; 4. Dar melhor resposta aos interesses das vítimas". Vide Rui do Carmo, Fernando, O Ministério Público face à pequena e média criminalidade (em particular, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo), *RMP*, nº 81, Lisboa, 2000, p. 134.

um *caso específico*. Tais regras, que podem elaborar-se a partir de uma *teoria processual da argumentação*, econtram-se plasmadas, como as necessárias peculiaridades, nas normas que regem o processo".[60]

## 7. El sistema procesal penal uruguayo

En el Código del Proceso Penal uruguayo (CPP) rige el principio de oficialidad (cfr. Art. 6 CPP, según redacción dada por la Ley 16893 de 1997), por lo que, necesariamente el representante del Ministerio Público deberá llevar adelante el ejercicio de la acción penal.[61] A modo de excepción, en el Art. 49 CPP (redacción dada por la Ley 16.893) se establece la posibilidad de renuncia a dicha acción, siempre que se cumplan con las condiciones allí expresadas.[62] De esta forma se ha pretendido incluir, siguiendo la tendencia internacional, alguna instancia de oportunidad, que exima de la solicitud de pena o permita el archivo de la causa, lamentablemente, limitada a los delitos culposos que hubieran significado una grave aflicción al autor. A su vez, la redacción del inciso primero ("Si se tratare de delito culposo que hubiere irrogado al imputado una grave aflicción, cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que persigue la aplicación de una pena") considera los fines de la pena únicamente desde su aspecto aflictivo, desconociendo toda la moderna discusión doctrinaria de la teoría de la pena.

60. Vide Miranda Rodriguez, Anabela, Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso, *RPCC*, 6 fasc. 4, Outubro-Dezembro 1996, p. 531.

61. Esto significa que la víctima no puede personarse en la causa como acusador privado.

62. Cfr. Art. 49: (Principio de oportunidad): "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 243.1, en la audiencia por Resolución de situación del imputado, el Ministerio Público renunciará al ejercicio de la acción penal, en los supuestos siguientes: 1) Si se tratare de delito culposo que hubiere irrogado al imputado una grave aflicción, cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que persigue la aplicación de una pena. 2) Si se tratare de delitos de escasa entidad, siempre que considere que no hay interés público prioritario que justifique su ejercicio. En los supuestos de delitos contra la propiedad, se requerirá, además que no hayan sido cometidos con violencia y que el imputado hubiere indemnizado satisfactoriamente a la víctima o a sus sucesores. 3) Si hubieren transcurrido cuatro años de la comisión del hecho y presumiblemente no hubiere de resultar pena de penitenciaría, y no concurrieren algunas de las causas que suspenden o interrumpen la prescripción".

## 8. El objeto del proceso penal uruguayo

Como objeto del proceso, el sistema uruguayo se aboca a la búsqueda de la verdad material, – asombrosamente, en los tiempos que corren – a través de un juez inquisidor que dirige la búsqueda de pruebas incriminatorias, para luego decretar – a pedido del fiscal – el procesamiento del indagado. Y por si fueran insuficientes las dotes de inquisidor del juez nacional, se le encarga que dicte la sentencia definitiva.

En cuanto al procesamiento, éste generalmente conlleva la prisión preventiva (cfr. Art. 71 del CPP), que lamentablemente sigue siendo la *regla no escrita* que acompaña a todo imputado. Además, como si fuera poco, el legislador ha limitado las posibilidades de la excarcelación provisional del privado de libertad por sucesivas leyes que restringen cada vez más a los posibles beneficiarios de este instituto.[63] En cualquier otra situación, siempre que se trate de un reincidente o que tuviera una causa anterior en trámite, el procesamiento conllevará prisión preventiva. El CPP, entre otros yerros, no diferencia entre un reincidente que previamente ha cometido un delito de escasa gravedad ontológica con uno que ha realizado un crimen de gran magnitud, sea lo que fuere el anterior delito – sin necesidad de condena definitiva, ya que una causa pendiente tiene el mismo sentido que una condena firme – la nueva comisión de cualquier tipo de delito traerá aparejada la privación de libertad. Entiendo que se incurre en un grave error legislativo al no diferenciar entre distintas naturalezas delictivas, ya que no es de buena política criminal enviar a prisión a un sujeto que pudiera haber cometido dos delitos insignificantes o de bagatela, que perfectamente podrían solucionarse con una medida alternativa, por otra parte, más efectiva y menos costosa para el

63. Cfr. Ley 15.859 de 1987 y Ley 16.058 de 1989. La Ley de Seguridad Ciudadana, nº 16.707 hizo aun mas restrictivas las posibilidades de obtener una excarcelación durante el tiempo que dure el proceso, al modificar los artículos 138 y 139 del CPP. Por su parte, el Art. 71 CP establece los casos en los que no se impondrá el procesamiento con privación de libertad.

Estado que el encierro en una desbordada prisión estatal.[64] Recientemente, la Ley 17.726 (publicada en el *Diario Oficial* el 7 de enero de 2004) de "Medidas alternativas a la prisión preventiva" ha intentado poner freno a la sobre utilización de dicho instrumento cautelar como una auténtica pena, además, pena anticipada, y por tanto, violatoria del principio constitucional de presunción de inocencia. Sin embargo, no ha sustituido a la prisión preventiva,[65] por lo que la nueva ley arrastra con todos los inconvenientes que dicha privación de libertad sobrelleva cuando es utilizada de forma contraria a su naturaleza cautelar y provisoria. De todas formas, cuando la prisión preventiva puede ser sustituida por otra medida, se acepta en el Art. 3.c la *restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito*, que he interpretado como una especie de reparación en sentido penal.[66]

No obstante lo dicho, debe ser bienvenida la reparación como medida sustitutiva de la pena de privación de libertad[67] ya que toda medida que cumpla con los fines de la pena y signifique un sacrificio menor (principio de necesariedad) debe ser mejor considerada que la pena privativa de libertad. Ahora bien, como ya se dijo, cualquier solución alternativa que se pretenda para la privación de

64. La gravedad ontológica del delito seria un buen punto de partida para establecer las penas alternativas o *no privativas de libertad*. Si se parte de la utilización del principio de proporcionalidad entre el daño causado (desvalor de resultado), el modo de comisión (desvalor de acción) y la importancia del bien jurídico lesionado, entonces no tendría por que -a priori- descartarse como posibles beneficiarios a los reincidentes.

65. La sustitución de la prisión preventiva, según dispone el Art. 2 Ley 17.726 es una facultad del juez que debe guardar relación con la gravedad del hecho y la entidad del daño, que a su vez queda condicionada a los siguientes supuestos: a) Que el Juez estime que no habrá de recaer pena de penitenciaría o cuando el mínimo de pena previsto no sea de penitenciaría; b) Que se trate de un primario (absoluto o legal).

66. Vide Galain Palermo, Pablo, *El Proceso Penal Uruguayo*, Preza, Dardo y otros, Montevideo: FCU, 2005.

67. La reparación como medida alternativa podrá sustituir a la prisión preventiva o a la pena definitiva. Por lo que el legislador permite evitar la privación de libertad cuando esta tiene naturaleza cautelar (prisión preventiva) o cuando tiene naturaleza de pena (cfr. Art. 9). En la praxis la casi totalidad de las sustituciones se otorgarán al momento de decidir el procesamiento, puesto que aunque queramos evitar el *fraude de etiquetas* y convencernos de la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, en nuestro sistema – lamentablemente – ésta es la *verdadera y única pena*.

libertad, debería partir de la sujeción de la prisión preventiva a su estricta naturaleza cautelar, esto es, cuando realmente es necesaria a efectos procesales, y no, como un *adelanto de pena*. De otra forma, las alternativas propuestas arrastrarán todos los problemas e inconvenientes derivados de la hiper-utilización del instituto cautelar-preventivo; entre las más objetables, una vulneración notoria del *principio de inocencia*. En efecto, el *procesado* que cumpla con los requisitos exigidos para acceder al beneficio alternativo, deberá aceptar la alternativa propuesta o sufrir la privación de libertad que se pretende evitar, y esto, sin haber sufrido una condena penal en contra, por lo tanto, podría ser conminado a la "restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito", sobre la base de una presunción de culpabilidad. Pero además, el objetivo de estas alternativas es preponderantemente preventivo especial positivo o resocializador, esto es, el fin de la pena que – por excelencia – se pretende con la ejecución de la misma; con la salvedad que es perseguido en ocasión de la sustitución de una medida cautelar de mero aseguramiento.

Así las cosas, se debe remarcar que cualquier alternativa a la privación de libertad será bienvenida, pero también, que la política criminal uruguaya debe empezar a recorrer un camino más cercano a la ciencia penal y alejarse definitivamente de propósitos exclusivamente políticos. Una vez empezado a recorrer este camino, podrán corregirse todos los desatinos legislativos, especialmente procesales, e intentarse mayores niveles de coherencia sistémica.[68] Que no se

68. La política criminal uruguaya es tan incongruente que pretende defender a rajatabla la condición *secreta* del Presumario (cfr. Art. 113 CPP), y sin embargo adhiere al Pacto de San José de Costa Rica, convirtiéndolo en Ley 15.737, el cual establece que no hay etapas *reservadas* en el proceso penal, que por su condición de posterior en el tiempo, derogaría al mencionado Art. 113 CPP. De la misma opinión, Greif, Jaime, Principios y mitos en el proceso penal. *Contribución al tema III de las IX Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal*. La Paloma (Rocha), 19-22 abril de 1995. Montevideo: FCU, p. 11. La reciente Ley 17.773 de mayo de 2004, en artículo único que sustituye al 113 CPP, como un gran avance autoriza al defensor la consulta del expediente presumarial que mantiene su carácter de "reservado". Sin embargo, para continuar en el camino incorrecto de la falta de garantías, permite al juez bajo resolución fundada impedir que dicho acceso si entendiera que puede frustrar pruebas a diligenciar. Como se ve, el legislador uruguayo sigue creyendo en la mala conciencia del indagado y de su abogado defensor, por lo que no abandona el método secreto y falto de las garantías mínimas, para preservar el éxito de la instrucción

siga *falseando etiquetas*, y llamando medida cautelar a lo que se aplica como castigo retributivo-preventivo, para que las alternativas venideras estén más próximas a solucionar un problema de fondo, antes que cargar a sus espaldas con las mismas críticas que la doctrina ha realizado al instituto que pretenden sustituir. De no actuar el legislador sobre la base de la política criminal académica, esto es, científica, respetuosa de los principios básicos emanados de la Constitución (por ejemplo, el de presunción de inocencia), coherente con las necesidades sociales y sin crear nuevas antinomias sistémicas, seguirá intentando *tapar el sol con las manos*, y quienes tenemos la obligación científica de ejercitar nuestra función universitaria en forma crítica (no meramente exegética-descriptiva), seguiremos reclamando las mismas cosas.

Por tanto, si consideramos que el proceso penal y las clases de penas que derivan del derecho penal material, dicen de la conciencia jurídica de un pueblo y el grado democrático de la nación, y si tenemos en cuenta que el modo en que el Estado juzga a sus ciudadanos refleja el nivel de cultura jurídica de la sociedad, entonces debemos coincidir que el proceso penal uruguayo necesita de una redefinición democrática.[69] Como ha dicho Gonzalo Fernández, para que el sistema procesal uruguayo ingrese de una buena vez en la vida democrática, habrá que proceder a una redefinición de los roles y a una nueva división de funciones.[70] Lamentablemente, por el momento, en cuanto respecta al legislador uruguayo,

o por el afán de condenar a como dé lugar. Durante todo el tiempo de la investigación secreta, el fiscal tiene acceso (y participa) de la misma. Para completar el dislate establece que el carácter reservado no podrá durar más de un año, y que en ese tiempo, el juez velará por la igualdad procesal entre las partes del proceso.

69. El Código del Proceso Penal entró en vigor en enero de 1981 mientras el Uruguay vivía etapas de dictadura militar. Al menos, la legislación uruguaya guarda coherencia política criminal en el hecho de que sus dos normas fundamentales, esto es, el Código Penal y el Código Procesal Penal, entraron en vigor en sendos periodos dictatoriales (1934 y 1981). Este hecho, por si solo, hasta por una cuestión de simbología, justifica una inminente reforma del sistema penal uruguayo.

70. Fernández, Gonzalo. *Seguridad ciudadana y reforma procesal*. Una contribución al debate. FCU, 1995, p. 35.

todo proyecto de reforma del proceso penal parece destinado a permanecer "en agua de borrajas".[71-72]

El legislador uruguayo no ha considerado prioritaria una reforma procesal penal, sin embargo, en un futuro próximo, de lograr el Mercosur una mayor consolidación política – como parecería ser la voluntad de los nuevos gobiernos de los países que lo componen – deberá legislarse en temas de tanta trascendencia, de modo similar a como lo han hecho otros países de la región, abandonando las instancias secretas y escritas, para adoptar sistemas orales donde la inmediación de las partes sea evidente y no ficticia, como ocurre en el sistema uruguayo.[73]

Así las cosas, para hablar de verdaderas alternativas, sean a la privación de libertad (prisión preventiva) o al modelo tradicional de justicia distributiva, se debe

71. Existe desde hace años, y vegeta en el Parlamento, un Proyecto del Instituto de Derecho Procesal inspirado en el Código Modelo para Iberoamérica que consagra un proceso de partes, con la investigación a cargo del Fiscal en la etapa pre-procesal, privilegiando la participación de la victima; y otro Proyecto del Poder Ejecutivo (Otatti-Peri) que cuenta con media sanción. Este último establece un sistema similar al actual, inquisitivo, con el mismo juez encargado de la instrucción y la sentencia, consagra a la prisión preventiva como pena anticipada al eliminar su condición de medida cautelar, previendo múltiples audiencias. Al respecto vide Preza, Dardo, *Comentarios al nuevo Código del Proceso Penal Uruguayo*, Montevideo: Ingranussi, 1998.

72. Como ha reclamado Langón, "Regulaciones sobre la participación de la victima en el proceso; facilitación del ejercicio de la acción civil por daños y perjuicios emergentes del delito; y la consideración de la satisfacción de ésta a través de mecanismos de compensación, reparación y otros, como antecedentes obligatorios del sobreseimiento fiscal o como atenuantes de la responsabilidad, están en consideración de diferentes proyectos de reforma, pero no son ni realidad en la actualidad, ni tampoco, lo que es peor, creemos que sean suficientes en el futuro, aún cuando se llegaren a introducir las reformas, que apoyamos, en estas áreas. Nos parece que, sin perjuicio de todo ello, deberían implementarse actuaciones previas que impidan incluso la iniciación del proceso penal. Es decir, no solo considerar que uno de los objetivos del proceso es la reparación de la victima, sino incluso entender y hacer efectivo, que, si se produce la tal reparación, en principio, no debería siquiera iniciarse el proceso, con lo que se avanzaría enormemente en el camino de la pacificación, la desmotivación a soluciones violentistas y a una mejor calidad de la vida ciudadana" Vide Langón, Miguel. *Mediación penal*, cit, p. 268.

73. Argentina, Brasil, Chile, son algunos de los países, en el concierto del cono sur, que ya han adoptado la oralidad e incluso el principio de oportunidad en sus procedimientos, inspirados de algún modo, en los §§ 153 y ss. StPO aleman. El Código Procesal Penal Argentino cuenta en los Arts. 76 y ss. con la "suspensión del juicio a prueba"; en el proceso penal brasileño se admiten formas similares a las del Código Procesal Penal Portugués (cfr. Arts. 280 y ss); mientras que en el caso chileno, se admite prescindir de la persecución penal por falta de interés público en la misma.

hablar de alternativas dentro del proceso penal o alternativas al proceso penal (*desviacion*). En lo que a mi respecta, entiendo preferible – en el entorno uruguayo – hablar de alternativas dentro del proceso, pero sin las restricciones que exige el legislador uruguayo, que limitan considerablemente la facultad dispositiva del juez para otorgar beneficios materiales o formales al procesado. Por tanto, dado el déficit del proceso penal uruguayo, la solución futura debería estar más cerca de un *modelo de consenso* (conciliador) que de uno de *justicia negociada*, trasladando las desigualdades existentes entre las partes procesales al proceso negociador.

## 9. ¿Prohíbe la Constitución nacional un modelo proceso penal de consenso?

A diferencia del proceso civil, que tiene al instituto obligatorio de la conciliación previa como un gran avance del Código General del Proceso,[74] el proceso penal uruguayo carece de instancias de mediación o conciliatorias, en las que pudieran *interactuar* directamente las partes implicadas. Esta carencia parecería no contradecir a la Constitución de la República, que en su artículo 255 dice: "No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley", lo que ha sido interpretado como una exclusión de la cuestión penal.[75] Sin embargo, en mi opinión, la Constitución sólo se refiere a que la conciliación previa debería ser obligatoria en la materia civil, pero no excluye cualquier instancia conciliadora en sede penal. Claro está, en el modelo procesal penal uruguayo, ninguna solución de consenso podrá realizarse sobre el objeto del proceso (*plea bargaining*), mientras rijan *in toto* los principios de legalidad y

74. En vigencia desde 1989 (ver especialmente Art. 293.1). A su vez la ley 16.995 de 1998, incorporó algunas reformas de importancia, autorizando la creación de juzgados conciliadores o de conciliación, es decir con competencia exclusiva en materia conciliatoria.

75. Valentin, Gabriel, Los casos en que no procede la tentativa de conciliación previa: la reforma de 1998. *La justicia uruguaya.* t. 128, 2003, p. 71.

oficialidad de la acción penal. De todas formas, la legalidad siempre puede limitarse o reglarse de modo que sean aceptadas determinadas y precisas formas de oportunidad a partir de instancias de consenso. Éstas permitirían al fiscal, dadas ciertas condiciones (vgr. condición de primario del presunto autor, culpabilidad leve, determinada franja de delitos, no necesidad de pena por motivos de prevención, etc.), prescindir de la acusación (y suspender el proceso), a cambio (por ejemplo) de la realización de determinadas tareas de reparación, que deben contar con la aceptación del presunto delincuente. Para tratarse de una verdadera solución de consenso, sería necesaria la opinión favorable de la víctima. Obviamente, éstas tareas deberían cumplir con los fines que la pena intentaría cumplir (en caso de ser impuesta), para que pudiera prescindirse de la misma. Pero de ninguna manera los criterios que fundamentan la oportunidad deben interpretarse únicamente desde su aspecto aflictivo, como parece deducirse del Art. 49 CPP. De todas formas, ello debe quedar a criterio del juez, al momento de la sentencia de archivo. Por tanto, una solución de este tipo, no atenta contra la letra y el espíritu liberal de nuestra Constitución (principalmente, Arts. 72 y 332); y además, no podría valer de excusa el apego del procedimiento penal al principio de oficialidad, puesto que el Art. 49 CPP ha admitido expresamente las excepciones al principio de necesidad de persecución.

El legislador nacional debe tener en cuenta que la oportunidad en el proceso penal no es únicamente una potestad del fiscal, sino que puede ser limitada expresamente por la ley (*oportunidad reglada*), y de esta forma, convertirse en un poder-deber para el Ministerio Público. Así considerada, la oportunidad ingresaría al sistema penal como una limitación a la legalidad, en contadas situaciones que son determinadas por el legislador. Asimismo, se permitiría llegar a formas *consensuadas de resolución* del conflicto, con el objetivo de: a) evitar el juicio oral y llegar directamente a la sentencia (previa negociación entre las partes de la medida del castigo); y b) suspender provisional o condicionalmente el proceso a cambio de prestaciones resocializadoras que el presunto delincuente debe realizar. Esta

suspensión provisional del proceso es la que permite sin mayores problemas el ingreso de la reparación del daño, que se considera una condición para llegar al archivo definitivo de aquél.

El principio de oportunidad reglado (determinado por ley) tiene la ventaja de contribuir a la descarga del aparato judicial, evitar los efectos perniciosos de las penas cortas privativas de libertad, procurar una mejor rehabilitación del delincuente, acortar la duración del proceso y las dilaciones indebidas, pero, además, favorece la reparación a la victima.

## 10. La posición de la víctima en el sistema penal uruguayo

El legislador penal uruguayo ha sumido en el olvido a la víctima que sufre un daño a causa del delito. En ese sentido la Ley 16.162 de 10 de julio de 1990 derogó los Arts. 28 y 29 del CPP, e irradió totalmente el ejercicio de la *acción civil ex delicto* del proceso penal (cfr. Arts. 25 y 27 CPP).[76]

La *ratio* de la *responsabilidad civil ex delicto* no puede confundirse con la *ratio* de la sanción penal, ya que la obligación civil de indemnizar deriva del daño causado, y como indica el Art. 105 Código Penal, debe analizarse desde una óptica civil (cfr. Arts. 1.246 y 1.319 Código Civil, que por lo tanto, admite la responsabilidad objetiva o derivada, por ejemplo, del daño causado por un menor hacia sus padres o tutores, o de un sujeto inimputable hacia sus curadores); mientras que la responsabilidad penal requiere de un injusto – al menos culposo o imprudente – y la verificación de la culpabilidad.

76. Anteriormente, con el Código de Instrucción Criminal (CIC), a semejanza de lo que sucede en España con la LECrim, el Art. 5 CIC permitía el ejercicio de dicha acción de naturaleza civil en el proceso penal. Sin embargo, el legislador entendió que tal función privada no correspondía deducirse en sede penal, entre otras cosas, porque complicaría la labor de jueces y fiscales. Además, se dijo que en caso de sentencia penal absolutoria la víctima se vería imposibilitada de ejercer la acción y obtener la indemnización pertinente. De esta forma acabó con la preeminencia de la sentencia penal sobre la civil, abrió la puerta para el ingreso de las sentencias contradictorias y cercenó un derecho de todo ofendido por el delito, al que obliga a recurrir al costoso e incierto derecho de los privados, como si el derecho penal nada tuviera que ver con la situación de la víctima tras el delito.

Así las cosas, consecuencia de la responsabilidad civil ex delicto, en el proceso penal la víctima sólo puede trabar embargos preventivos sobre bienes del procesado (cfr. Art. 105 b CP), trasladar prueba del proceso penal al civil (cfr. Art. 29 CPP según redacción del Art. 1 Ley 16.162 de 1990) o presentar recurso de revisión en cualquiera de ambas sedes (cfr. Arts. 283 y ss CPP).

En mi opinión, tal como lo ha determinado el legislador nacional, la acción civil producto del delito sólo causa desventajas a la víctima del delito, que no sólo se ve privada de accionar en el proceso penal en defensa de sus intereses civiles (originados por el mismo autor y los mismos hechos), sino que la misma prescribe a los cuatro años de la realización del hecho ilícito causante del daño. Por ello, en la praxis, considerando la lentitud de la justicia penal (por cierto, sobrecargada de delitos de bagatela), la víctima se ve obligada al inicio del juicio civil sin que pueda esperar a la culminación del penal.

## 11. Las posibilidades de participación de la víctima en el procedimiento penal uruguayo

La víctima es el gran ausente del sistema penal uruguayo. El ofendido por el delito cuenta con pocas posibilidades de disposición de la causa penal, limitándose su ingerencia a algunos delitos en particular, en los que puede eximir de pena al delincuente a través del "perdón" o aceptando una especie de *transacción* o *conciliación* con el mismo, a efectos de que no prosigan las actuaciones penales y se extinga el delito (cfr. Art. 59 de la Ley de Cheques 14.412). En esta mediación *sui generis*, en la que el rol del mediador lo realiza un funcionario policial, la victima puede aceptar la propuesta de pago del librador de un cheque sin fondo y de ésta forma, determina que no se inicie la causa penal. De no aceptar la propuesta indemnizatoria, el hecho previamente denunciado en sede policial se pone en conocimiento al Juez penal para el inicio de las actuaciones judiciales.

En lo que atañe a su participación en el procedimiento su rol se limita a ejercer la *instancia del ofendido*, que hace las veces de *notitia criminis* a efectos de

poner en funcionamiento el andamiaje penal.[77] A instancia de parte se persiguen los delitos de: rapto (cfr. Art. 271 CPU), violación (cfr. Art. 272 CPU), corrupción (cfr. Art. 274 CPU), atentado violento al pudor (cfr. Art. 272 CPU), estupro (cfr. Art. 275 CPU), traumatismo, lesiones ordinarias, lesiones culposas graves (cfr. Art. 322 CPU), difamación e injurias (cfr. Arts. 338 CPU y 31 Ley 14.068),[78] daño (cfr. Art. 358), violación de marcas de fabrica (cfr. Ley 9.956), violación de la propiedad artística o literaria (cfr. Ley 9.739) violación de privilegios industriales y de patentes de invención (cfr. Art. 13 CPP), insolvencia fraudulenta (cfr. Art. 255 CPU). La instancia del ofendido caduca a los seis meses desde la comisión del delito o desde que el ofendido ha tomado conocimiento del mismo (cfr. Art. 18 CPP). En algunos supuestos, por ejemplo en el Art. 19 CPP se plantea la posibilidad de desistir de la instancia penal ya iniciada, para el caso particular del delito de difamación e injurias, siempre que se haga antes de la condena. También, la remisión es una forma de extinguir el delito, el Art. 110 CP la circunscribe a las infracciones que sólo pueden perseguirse a instancia del ofendido. La misma se admitía cuando tenía lugar el casamiento del ofensor con la ofendida en casos de delitos con connotaciones sexuales: rapto, violación, atentado violento al pudor, corrupción y estupro (cfr. Art. 116 CP).[79] Según el Art. 80 CP la victima y el tercero civilmente responsable, podrán solicitar durante el Sumario "todas las providencias útiles para la comprobación del delito y la determinación de los culpables". Sin embargo, ésta norma no tiene ningún sentido para la victima, ni para una posible instancia negociadora, primero, porque se trata de proponer prueba a los solos efectos de la persecución del autor del

77. Como cuestión de procedibilidad se diferencia de la acción penal privada de la LEC española, *querella de parte* en el derogado Código de Instrucción Criminal (CIC). En el sistema actual solo interesa a los efectos de poner en conocimiento de la autoridad competente el hecho delictivo (*notitia criminis*) o de poner en marcha el andamiaje penal (*instancia del ofendido propiamente dicha*).

78. Este precepto, el Art. 338, permite instar aun en caso de fallecimiento del ofendido si aun quedaba tiempo para ejercer el derecho de denunciar o si las ofensas se dirigieran a la memoria de un muerto, a su cónyuge o parientes próximos.

79. Derogado por la Ley 17.938 de 21.12.2005.

delito, despertando tan solo un sentimiento vindicativo en el ofendido por el delito, y segundo, porque dice el mismo artículo que a lo que el juez resuelva no podrá aplicarse recurso alguno. A su vez por designio del Art. 81 CP el ofendido podrá solicitar el embargo de bienes del autor que se resolverán según indica el Art. 159 CP.

Por tanto la victima puede, a lo sumo: a) proponer prueba, sin posibilidad de recurrir ante la sentencia interlocutoria del juez que la deniegue; y b) solicitar medidas cautelares, siempre que exista peligro de lesión o frustración del derecho.

Como puede apreciarse, pocas posibilidades tiene la víctima para participar en el proceso penal, y menos aún para acceder a una instancia conciliadora.

## 12. La necesaria reorientación del sistema penal hacia las necesidades de la víctima

Así las cosas, el legislador uruguayo debería elegir entre tres caminos posibles en una próxima y necesaria reforma, permitiendo la compatibilización de la misma con una mayor participación de los involucrados y la figura de la reparación del daño, es decir, o bien: a) proceder a decriminalizar todas aquellas figuras que son de escasa dañosidad social; o b) aumentar el número de delitos que pueden ser perseguidos únicamente a instancia de parte;[80] o, finalmente: c) aceptar instancias de mayor participación de ambos involucrados por el delito, tal como sucede en la Ley de Cheques, pero con la mediación del juez en lugar del funcionario policial, y la posibilidad de extinción de la acción mediante la reparación del daño causado,[81] la cual, como ha definido el legislador austríaco

80. Esta cuestión de procedebilidad podría descongestionar los juzgados de causas criminales en las que la victima no tiene ningún interés en su persecución, puesto que por imperio de la ley, para obtener el resarcimiento del daño debe acudir a la vía civil.

81. En similar sentido se expresa Langón, Miguel, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, Teoría de la Pena. t. III. Montevideo: Del Foro, 2001, p. 203.

en el § 167 öStGB para la figura del arrepentimiento activo (Tätige Ruhe), no debería circunscribirse únicamente a los delitos patrimoniales.[82]

## 13. De *lege lata*

En materia de menores infractores la Ley 17.823 (14.09.2004) "Código de la Niñez y la Adolescencia", acepta como una medida sustitutiva a la privación de libertad (internamiento) en el Art. 80 literal f) la obligación de reparar el daño; y en el Art. 83 propone la obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima, que surgirá de un previo proceso de *mediación* entre el menor infractor y el ofendido por el delito.[83] Este sería otro camino posible a adoptar el legislador para el procedimiento penal de adultos, al menos, cuando se trata de delitos de mediana o pequeña gravedad, en los que no ha mediado violencia, sin que sea excluyente el hecho de no tratarse de un autor primario.

82. Según el parágrafo 167 del öStGB, en los delitos de: daño, daño sobre datos, hurto, sustracción de energía, abuso de confianza, apropiación indebida, hurtos menores, delitos relativos a la caza y la pesca, estafa, uso fraudulento de datos, obtención de una prestación mediante engaño, recibimiento de regalos por parte de la Autoridad, usura, quiebra fraudulenta, quiebra culposa, receptación en su forma dolosa y culposa, la punibilidad será excluida siempre y cuando se produzca un arrepentimiento activo del infractor –antes que la autoridad pública haya tomado conocimiento del hecho y sin ser conminado a ello– y éste indemnice completamente a la víctima (directamente o a través de un tercero) por el daño ocasionado, o se obligue a realizarlo en un determinado plazo. Véase FOREGGER Egmont, y KODEK, Gerhar, *Strafgesetzbuch. StGB samt den wichtigten Nebengesetzen. 5. Auflage*, Manz, Viena, p. 427. El autor podrá obtener la impunidad siempre que en forma voluntaria haya resarcido completamente a la víctima o se hubiera obligado contractualmente en un corto plazo a ello. De esta forma, una vez indemnizado el daño causado voluntariamente, puede el juez prescindir de la pena, la que en caso de incumplimiento vuelve a cobrar sentido. Véase FUCHS, Helmut, „Das Opfer im Strafrecht", en *Erweiterte Fassung eines Vortrages*, gehalten am 26. Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie der Vereinigung Österreichscher Richter in Ottenstein am 23. Februar 1998, p. 15. Disponible en internet: ‹http://www.univie.ac.at/strafrecht-fuchs/publ/opfer98.html›.

83. Cfr. Art. 83 (Obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima). "En cualquier etapa del proceso, previa conformidad del adolescente y de la víctima o a petición de parte, el Juez podrá derivar el caso a mediación, suspendiéndose las actuaciones por un plazo prudencial. Alcanzando un acuerdo, previo informe técnico y oídos la defensa y el Ministerio Público, el Juez deberá valorar razonablemente desde la perspectiva exclusiva del interés superior del adolescente, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta, disponiendo, en caso afirmativo, la clausura de las actuaciones. Tal decisión será preceptiva en caso de opinión favorable del Ministerio Público. El mismo efecto tendrán los acuerdos conciliatorios celebrados en audiencia".

## 14. Posición de la doctrina uruguaya

No puede decirse que la doctrina uruguaya se encuentre ajena al movimiento que exige medidas alternativas a la pena o a una mayor intervención de la voluntad de las partes en el proceso penal.[84] Incluso no se carece legislativamente de experiencias de *mediación*, las que existen en el derecho penal de menores, como instancias de real desjudicialización, aunque obviamente, para tratarse de una verdadera mediación debe participar un mediador, generalmente el propio magistrado, quien además, se encarga de la homologación de los acuerdos alcanzados, la precalificación de los casos que ingresarían al sistema y de su evaluación y cumplimiento.[85]

## 15. La necesaria determinación del objetivo del proceso penal: ¿la búsqueda de eficiencia o justicia?

Mencionada entonces la necesidad de una reforma procesal penal y de dotar de mayor protagonismo a las partes del delito (autor y víctima), a la hora de elegir entre los dos tipos de *soluciones de consenso* que se han manifestado en este trabajo, me inclino por instancias de *conciliación entre autor y víctima* con la participación de los órganos encargados de impartir justicia, cumplidas en el caso concreto determinadas condiciones (vgr. condición de primario del presunto autor, culpabilidad leve, etc.), antes que por instancias de *negociación entre fiscal y delincuente*, las cuales, *aunque requieran la anuencia del juez, no toman en cuenta la opinión de la víctima*, y además, *imponen determinadas condiciones al imputado sin*

84. Se decantan a favor de la reparación en el sistema penal Landeira, Raquel/Scapusio, Beatriz, *Sistema penal.* Revisión y alternativas, Montevideo: Carlos Alvarez, 1997, p. 187; Langón, Miguel, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. III, cit., pp. 199 y ss.; Cairoli, Milton. El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales. *La Ley-El Delito*, 2. ed., t. I. FCU, 2001, p. 22; Galain Palermo, Pablo. ¿La reparación del daño como "tercera vía" punitiva? Especial consideración de la posición de Claus Roxin. Libro Homenaje a Claus Roxin. *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, t. I. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, ps. 493 y ss; Galain Palermo/Romero Sánchez, *Reparación y criminalidad organizada*, cit. ps. 45 y ss.

85. Vide Langón, Miguel, *Mediación penal: una alternativa a la violencia*, cit., p. 268.

*una previa constatación de la culpabilidad.* Quiero decir, el legislador alemán a través del § 153 a StPO, ha legalizado la posibilidad de imponer sanciones *cuasi penales*, si se me permite la expresión, una especie de *semi-pena sin sentencia condenatoria*, en algunos casos, por expresa decisión del fiscal, sin una previa declaración formal de culpabilidad. No importa que la gravedad de la culpabilidad deba ser calibrada según dispone el § 46.2 StGB, porque ésta debe ser considerada "leve", sino que lo criticado es que no haya una declaración previa de la misma antes de imponer obligaciones al inculpado. Además,se observa el peligro para el principio de legalidad y la seguridad jurídica en vista de las extraordinarias facultades que dispone el fiscal, que pueden traer aparejadas negativas consecuencias en cuanto a la confianza en el ordenamiento jurídico.[86] Parecería que el objetivo de esta norma no es la celeridad de la Administración de Justicia sino la *desjudicialización del caso concreto*, y en ese sentido, en lugar de mantener normas penales cuya sanción puede ser "negociada", sería más "oportuna" su despenalización. El legislador penal no puede poner el acento en la "administración" olvidándose del objeto administrado, esto es, "la justicia".

Por otra parte, el legislador alemán ya ha tomado en cuenta que las *negociaciones* dentro del proceso deben de gozar de una legitimación superior a los intereses de la administración, por ejemplo, a través de la búsqueda de soluciones de consenso y del respeto de la declaración de culpabilidad. En ese sentido debe seguirse con atención el proceso de discusión de una nueva reforma procesal que se lleva a cabo en estos momentos (*Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens*).[87]

Ahora bien, volviendo al caso uruguayo, en el sistema procesal de este país la instrucción está en manos del juez (que lamentablemente, también procesa y

86. Vide Pérez Sanzberro, Guadalupe. *Reparación*, cit., p. 111.

87. Vide *Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Recht Von Verletzten im Strafverfahren (Opferrechtsreformgesetz)* v. 28. Juli 2003 (RB 2-4131/4- R 5 358/2003), ps. 9 y ss. Sobre la necesidad de encontrar una legitimación basada en el consenso para los acuerdos intraprocesales (*Absprachen*), véase Jahn, Mathias, „Zurück in die Zukunft –Die Diskurstheorie des Rechts als Paradigma des neuen konsensualen Strafverfahren", *GA*, 2004, ps. 272 y ss.

condena), y este es otro inconveniente, pues no es función del juez "negociar" con el imputado, sino como juez de garantías, en todo caso, debe velar por las condiciones en que se ha desarrollado una solución de consenso. Ahora bien, si en una próxima reforma del proceso uruguayo, la instrucción pasara a dominio del fiscal, obligaría a aumentar los poderes de éste en la fase preliminar o de instrucción, de forma que se acumularían en manos del Ministerio Público las funciones de acusar y de juzgar toda vez que decida no incoar la acción existiendo motivos suficientes para hacerlo. Por ello, sería indicado limitar la potestad de ejercer la oportunidad a determinadas situaciones específicamente determinadas por la ley (*oportunidad reglada*), sin que se descarte una reforma más profunda, dotando al Ministerio Público de independencia institucional. No puede desconocerse que las instancias de oportunidad – generalmente – no se han introducido en los distintos sistemas penales, – como puede deducirse del pensamiento de Hassemer,[88] – porque el legislador haya tomado conciencia de la posición desventajosa de la víctima, sino que se ha intentado solucionar un problema que atañe a la praxis y al funcionamiento de las instituciones encargadas de impartir justicia.[89] Como se ha dicho, ésta no puede ser la única finalidad de dicho instituto. Debe tenerse presente que si bien es cierto que las resoluciones consensuadas permiten una solución mucho más rápida que el proceso normal, también pueden ser vejatorias de algunos principios básicos que emanan de la propia Constitución e informan todo el Derecho Penal, en especial en aquellos ordenamientos europeo-continentales y latinoamericanos.

Así las cosas, soy de la opinión que una de las tareas futuras del legislador debería estar marcada por la compaginación de aquellas instancias basadas en el

88. Vide Hassemer, Winfried, La persecución penal: legalidad y oportunidad, *Revista Jueces para la Democracia*, octubre 1988, ps. 10 y ss.

89. En opinión de los miembros de la Escuela de Frankfurt, esta nueva orientación del proceso penal no significa que sea mejor que el "viejo Derecho penal". Vide Naucke, Wolfgang, La progresiva pérdida del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado, *La insostenible situación*, Comares, ps. 546 y ss.

consenso con los principios básicos de un derecho penal garantista y no con la celeridad o el descongestionamiento de la Administración de Justicia. Si se analiza el nuevo modelo de proceso que se está imponiendo en el mundo occidental, puede verse con facilidad que se pretende instaurar – con fuerte presencia del principio de oportunidad – un sistema procesal penal que permita a los encargados de la instrucción (policía y fiscal en el sistema anglosajón, fiscal en el alemán, fiscal y juez de instrucción en el portugués), decidir qué casos seguirán investigando hasta la sentencia y cuales no, lo que nos conduciría a una desjudicialización de ciertos hechos (aparentemente delictivos), que me atrevo a denominar "desjudicialización del caso concreto".[90] Por todo ello, considero que hay que ser cautelosos en dicho emprendimiento, y tomando en cuenta la experiencia del Código General del Proceso, adoptar una modalidad de consenso dentro del proceso penal, pues entre otras cosas, esta modalidad se adapta a la idiosincrasia del ciudadano uruguayo.

## 16. Conclusión

No encuentro mayores reparos a que las instancias conciliatorias puedan convertirse: a) en una alternativa a la privación de libertad; b) una forma de suspender el proceso que intenta la búsqueda de una verdad formal y prescindir de la pena; y c) una instancia que fomente el acuerdo entre los verdaderos involucrados (autor-victima), a efectos de que el primero obtenga el sobreseimiento de la causa penal y la segunda la reparación del daño[91] En definitiva, desde el punto de vista

90. No debemos confundir la *desjudicialización* con la *despenalización*, puesto que la primera se aplica justamente por los operadores (juez, fiscal) en el caso concreto, debido a que el legislador mantiene una la figura en cuestión como delito.

91. Reparación del daño considerada desde una perspectiva social y no estrictamente civil, es decir, reparación del daño social causado por el delito, y no reparación del daño civil causado por el delito. De esta forma, se pueden aceptar propuestas de reparación simbólica (vgr. trabajos en beneficio de la víctima o de la sociedad, pedido de disculpas, regalos, prestaciones en beneficio de instituciones benéficas, etc.), además, de propuestas de reparación monetaria. Y esto es de suma importancia, considerando la franja de delincuentes y delitos que ocurren frecuentemente en Uruguay. De similar opinión para el caso portugués, Ferreira Monte, Mário, Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime, *Liebe Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra, 2003, p. 140.

institucional, se trata de una buena forma de evitar el juicio penal (mejor que la *justicia negociada*) y con ello, minimizar uno de los mayores problemas que atañe a la justicia de nuestros tiempos, esto es, la sobrecarga de causas penales, y por ende, el mal funcionamiento de la Administración de Justicia (que ha tenido que recurrir desesperadamente y sin ningún criterio de Política Criminal al dictado de "leyes de desempapelamiento"). Pero además, con la búsqueda de consenso se considera a los protagonistas del delito como sujetos de derechos y no como meros objetos procesales, sea de prueba (víctima) o de investigación-imputación (autor). La victima puede obtener la reparación del daño sin necesidad de acudir al incierto y costoso procedimiento civil, y además recibir del delincuente explicaciones de su conducta o – incluso – un pedido de disculpas. El autor asume responsabilidad por el delito y reconoce a su víctima, demostrando un saludable efecto preventivo especial resocializador (cfr. Art. 26 Constitución). De esta forma, a través de actos de reparación demuestra que los fines que la pena intentaría cumplir con su ejecución, pueden ser innecesarios, desde un punto de vista preventivo especial como general.[92] Pensar de otra forma, es decir, como ha sucedido hasta el momento, es menospreciar a la sociedad uruguaya y utilizar el Derecho penal como instrumento de represión y no de control social secundario, que debe cumplir, si bien en *ultima ratio*, con una función de pacificación social. En definitiva, sería una renuncia permanente a la búsqueda de la paz jurídica y social tras la intervención del sistema punitivo.

En ese sentido cabe elogiar la solución portuguesa, que permite la suspensión condicional del proceso hasta la realización efectiva de determinadas condiciones o normas de conducta que deben ser producto del consenso. Estas propuestas del fiscal (o del abogado del presunto autor), deben ser aceptadas por el imputado, y aprobadas por el juez sin que se produzca oposición de la víctima. Allí radica el consenso que posibilita la suspensión condicional del proceso. Una vez satisfecha

92. Vide Galain Palermo, Pablo. ¿La reparación del daño como "tercera vía" punitiva?, cit, ps. 493 y ss.

la condición o la norma de conducta, se procederá al archivo de la causa penal. De esta forma, podría evitarse la estigmatización que provocan el proceso penal y la pena, pero además, los antecedentes penales, los cuales podrían anotarse en forma reservada, hasta tanto el sujeto no cometiera en determinado plazo nuevos delitos. Es decir, los antecedentes penales podrían quedar en suspenso, y elminarse transcurrido determinado plazo de tiempo. En esa línea de pensamiento, la política criminal uruguaya demostraría – de una vez por todas – coherencia y un total desapego de fórmulas represivas que no se condicen con los tiempos que corren.

Dadas las características del sistema penal y administrativo uruguayo, será difícil – y no aconsejable – la adopción de un sistema netamente dispositivo, donde al Ministerio Público o la propia Policía, órganos administrativos con relación directa con el Poder Ejecutivo, les cupiera un rol de mayor disposición sobre las *presuntas causas penales*. En todo caso, los procesos de *diversion*,[93] conciliación, mediación, o mejor expresado, de consenso, podrían ingresar por la puerta del Poder Judicial, en los cuales, y me refiero en especial a la mediación, el juez pueda cumplir el verdadero rol de árbitro o defensor de las garantías, previa reformulación y abandono del rol de inquisidor. Y aunque no podamos hablar de un auténtico proceso de "desjudicialización", el hecho de despojar al juez de la función de búsqueda de pruebas incriminatorias y limitarlo a la de custodio del debido proceso, permitiría al proceso penal, urgido de una modificación profunda, encaminarse en una dirección más próxima al respeto de las garantías y los derechos humanos.[94] Debe

93. En mi opinión, el principal inconveniente de los métodos de *diversión* es la gran injerencia y poder de decisión que tienen la Policía o el Ministerio Fiscal, que podrían lesionar algunos de los principios liberales más elementales (vgr. igualdad de trato, presunción de inocencia, etc.) en aras de obtener rapidez y descongestionamiento, esto es, mayor eficiencia. Pero además, entiendo que todo *acuerdo* que pretenda poner fin a una cuestión penal debe recibir una homologación judicial, por tanto, incardinarse dentro del sistema jurídico penal. De otra opinión Martin Wright, para quien: "Lo peor que podría ocurrir sería que el vocabulario de la justicia restaurativa fuese adoptado, sin más, por el sistema retributivo; se realizasen mediaciones sólo para casos menores; y la reparación tuviera un mero carácter penal e incluso adicional". Vide Wright, Martin, Justice for victims and offenders. A restorative response to crime, cit. por Varona, *La mediación reparadora*, cit, p. 76.

94. Vide Fernández, Gonzalo. *Seguridad ciudadana y reforma procesal*, cit, p. 19 y ss.

quedar en claro que en toda instancia de mediación o consenso la solución es fruto de la "transacción" o acuerdo entre las partes, y no de la imposición del mediador, que en todo caso, puede realizar las propuestas que entienda oportunas, siempre que no tome partido por ninguna de las partes. Como en todo *proceso transaccional*, ambas partes ceden parte de sus pretensiones para la obtención del acuerdo, es decir, para obtener otro beneficio. En este caso, en mi opinión, ambas partes reciben más beneficios que frustraciones, por lo que no cabría hablar de *transacción penal*, sino de *consenso*. El delincuente asume una posición más humana frente a la instancia oficial, es capaz de decidir su destino (si bien condicionado), y demuestra que gran parte (o la totalidad) de los fines de la pena ya se han cumplido respecto a su persona, en particular, los de prevención especial positiva o resocializadores, que le permitirá conseguir beneficios materiales o procesales. Por su parte, la víctima verá satisfecho (en su totalidad o en parte) el daño que se le ha ocasionado, pero principalmente, será considerada persona de derechos y no un mero objeto procesal. En definitiva, como ha sostenido Winfried Hassemer, lo importante es que la victima obtenga mayor protagonismo en el sistema penal sin que como contrapartida mermen los derechos del delincuente;[95] pero al mismo tiempo, que la sociedad recupere la confianza en la norma y en el funcionamiento de sus instituciones. Lo que interesa es la restauración de la paz social vulnerada por el delito, privilegiando de esa forma el fin preventivo general integrador o positivo dentro de los fines de la pena. Solo así podremos hablar de verdadera pacificación social al momento de solucionar el conflicto. La conciliación o mediación entre víctima y ofensor abre un espacio consensuado de encuentro entre los implicados naturales, para la superación del delito. En ese sentido estas instancias suponen la búsqueda de un punto de equilibrio social asumido

95. Vide Hassemer, Winfried/Reemtsma, Jan. *Verbrechensopfer*. Gesetz und Gerechtigkeit, München, Verlag Beck, 2002, ps. 25 y ss.

voluntariamente por las partes, de tal forma que podría ser incardinado entre los fines del derecho penal.[96]

Durante mucho tiempo Uruguay ha permanecido como *una isla* dentro del continente latinoamericano, ajeno a las reformas procesales penales de los países de la región. Entrado el siglo XXI, se mantiene un procedimiento penal del siglo XIX, basado en el enfrentamiento simbólico entre delincuente y Estado tras la lesión del ordenamiento jurídico, la prisión preventiva como regla,[97] la investigación presumarial cuasi-secreta (donde se recoge casi la totalidad de la prueba, desde el año 2004 con límite temporal)[98] y un juez inquisidor.[99]

Así las cosas, con una posible integración regional en ciernes, se torna imperiosa una pronta reforma del proceso penal uruguayo, que debería – entre otras cosas – empezar a superar el enfoque bilateral del delito, tener en cuenta a la víctima y brindar verdaderas garantías a todos los justiciables.

96. Vide por todos, en castellano, Pérez Sanzberro, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal* ¿Apertura de una nueva vía? Granada: Comares, 1999; Herrero, Miriam. Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6, 1996, p. 377 y ss.

97. Vide por todos Langón, Miguel. La preventiva como pena corta de prisión en el Uruguay. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 3, 1990, p. 429.

98. Como toda una innovación, la ley 17.773, publicada en el DO el 25/04/2004, modificó el artículo 113 del CPP, limitando a un año la duración reservada de una indagatoria, y permitiendo al indagado y a su defensor proponer el diligenciamiento de pruebas, lo que hasta este momento dependía de la interpretación que cada juez hiciera del Pacto de San José de Costa Rica, generalmente contraria a la participación del defensor en las primeras averiguaciones, práctica rayana con la indefensión que había sido pasada por alto por la política criminal uruguaya interesada en una "cómoda" recolección de pruebas que posibilitaran la imputación de responsabilidad antes que en la "igualdad de armas" en el proceso. El legislador patrio ha creído con esta norma solucionar la desigualdad manifiesta que existe en el sistema penal uruguayo entre el fiscal y el defensor durante toda la etapa inquisitiva. Véase en detalle la modificación del artículo 113 CPP en PREZA, "El proceso penal uruguayo", cit, ps. 121 y ss.

99. Vide Landeira, R./Langón, M./Scapusio, B. El sistema procesal penal uruguayo y la necesidad de su reforma en vistas al Mercosur. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 4, 1991, p. 463.

# Demandas sociais, acesso à justiça e intervenção pública nos conflitos – Estudo de caso na periferia de São Paulo

Eneida Gonçalves de Macedo Haddad
Doutora em Sociologia pela USP; Pesquisadora do IBCCRIM;
Professora de Sociologia nos Cursos de Direito da FAAP e da Uninove.

Jacqueline Sinhoretto
Aluna de Doutorado em Sociologia da USP; Pesquisadora do IBCCrim.

**Sumário:** 1. Apresentação – 2. Envolvimento em conflitos e busca por recurso – 3. Representações da justiça – 4. Avaliação de políticas de segurança e acesso à justiça – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O trabalho analisa os dados coletados por um *survey* aplicado junto à população destinatária dos serviços do Centro de Integração da Cidadania, programa governamental estadual que tem por objetivo a melhoria do acesso à justiça e a prevenção da violência para a população de bairros da periferia de São Paulo. O objetivo do levantamento de dados (realizado em 2002) foi verificar a incidência do envolvimento dos entrevistados em conflitos com potencial de solução violenta e os recursos oficiais e informais buscados para a sua resolução. Como

resultado, 44% dos entrevistados revelaram envolvimento nos conflitos levantados. Destes, apenas um terço recorreu aos canais estatais ou mesmo informais de resolução de conflitos. A busca por recursos de solução é diversa nos segmentos internos da população e no tipo de conflito vivenciado. Complementam o estudo análises das representações dos entrevistados sobre a justiça, as instituições sociais, avaliação do funcionamento do Judiciário e dos programas governamentais de Policiamento Comunitário e dos Centros de Integração da Cidadania. Com isso, ainda que o levantamento tenha sido territorialmente localizado, foi possível avaliar a correspondência entre as demandas da população por acesso à justiça e segurança e a oferta de serviços por parte do Poder Público.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça – Segurança pública – Resolução informal de conflitos – Políticas públicas – Representações sociais sobre justiça – Centros de Integração da Cidadania-CIC.

# 1. Apresentação

O presente *paper* descreve parte dos resultados de um projeto de pesquisa desenvolvido cujo objetivo foi contribuir com uma política nacional de informações nas áreas de justiça e segurança pública, junto ao Ministério da Justiça.[1] Os dados aqui reunidos focalizam a implantação dos Centros de Integração da Cidadania-CIC[2] – um dos programas financiados pela política nacional de segurança pública – a fim de avaliar a adequação do programa às demandas por resolução de

1. Os dados foram coletados para a pesquisa "*Base Nacional de Estatísticas Criminais*: a funcionalidade dos dados para a compreensão dos conflitos violentos", realizada junto à Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça, no âmbito do projeto "Sistema Integrado Nacional de Informações de Justiça e Segurança Pública-INFOSEG", integrando o "Relatório Analítico sobre Demandas Sociais e Intervenção Pública em Conflitos com Potencial de Violência", apresentado pelas autoras em novembro de 2003.

2. Os CIC reúnem diversos serviços de acesso à justiça e resolução de conflitos, criados em São Paulo em 1996 e em âmbito federal desde 2001, cuja descrição e análise encontra-se em Haddad, Sinhoretto e Pietrocolla, 2003 e Haddad e Sinhoretto, 2004.

conflitos encontradas na realidade social sobre a qual intervém. Complementam o estudo as análises das representações dos entrevistados sobre a justiça, as instituições sociais, avaliação do funcionamento do Judiciário e dos programas governamentais de acesso à justiça e segurança.

Os dados analisados decorrem de uma sondagem de opinião[3] realizada junto à população dos distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, respectivamente Zonas Leste e Sul do município de São Paulo, regiões periféricas, onde estão instalados postos do CIC. Foram analisadas as experiências dos entrevistados em conflitos com potencial de violência e a intervenção estatal no caso relatado. As demandas mais freqüentes por justiça, especialmente aquelas que se referem a conflitos com potencial de violência, também foram tratadas, tendo-se a preocupação de identificar a natureza da intervenção estatal nesses conflitos.

O problema das dificuldades de acesso à justiça tem sido construído e investigado tanto teórica como empiricamente.[4] Pretende-se nessa comunicação participar do debate sobre as políticas públicas propostas pelo Estado para a reforma do acesso à justiça, a partir da avaliação e das expectativas da população-alvo em relação a elas. Aqui se propõe um estudo de caso que pode iluminar encontros e confrontos entre as expectativas e os programas instituídos.

## 2. Envolvimento em conflitos e busca por recurso

Partiu-se da hipótese de que uma significativa parcela dos conflitos vivenciados no cotidiano da população não é canalizada para os mecanismos oficiais de resolução. Indagou-se a respeito dos mecanismos informais que poderiam amenizar a solução violenta desses conflitos: são eles acionados nos distritos

3. A sondagem baseou-se numa amostra de 400 entrevistas, estratificada por sexo, idade e local de moradia, aplicada pela empresa Criterium, contando com os pesquisadores Alessandra Teixeira, Marisol Recamán, Gustavo Venturi e Mila de Franco.

4. Cappelletti e Garth, 1988; Haddad, Sinhoretto e Pietrocolla, 2003; Santos, 1995 e 1999; Sadek, 2001; Sinhoretto, 2002.

estudados, quais são, com que freqüência são buscados? As respostas obtidas nos limites desse estudo podem servir para o incremento do debate sobre a resolução de conflitos em contextos violentos, bem como para subsidiar a elaboração de políticas públicas de segurança, prevenção da violência e distribuição da justiça.

A sondagem sobre a vivência de conflitos com potencial de solução violenta baseou-se numa construção conceitual, que se amparou em diversos estudos e pesquisas já realizados sobre conflitos violentos na sociedade brasileira, onde se argumenta que formas de sociabilidade presentes estão associadas a um padrão violento de ajustamento de conflitos. Diversos trabalhos apontam a relação existente entre a presença de situações resolvidas através da violência (contribuindo até para explicar o aumento da ocorrência de crimes violentos) e a exclusão social, entendida como inserção precária de indivíduos e grupos no processo de tomada de decisões e na distribuição da riqueza (Franco, 1983; Adorno, 1995; Zaluar, 1997; Lima, 1997; Santos, 1999; Caldeira, 2000; Sinhoretto, 2002). Assim, foram construídas 17 categorias de ocorrências de conflito, comuns entre as demandas recebidas nos CIC, cuja resolução poderia passar pela utilização de meios informais, incluindo-se o uso privado da violência,[5] apresentadas na tabela abaixo.

**Tabela 1 – Distribuição do relato de conflitos com potencial de solução violenta (respostas múltiplas)**

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003.

| CONFLITOS COM POTENCIAL DE SOLUÇÃO VIOLENTA | % |
|---|---|
| Guarda dos filhos, pensão alimentícia, separação ou divórcio | 8 |
| Briga com vizinhos sobre convivência ou problemas de condomínio | 3 |
| Briga com vizinhos por causa de problemas relacionados à moradia, divisão de terreno, quintal ou construção | 2 |

5. Para uma discussão da construção conceitual e das categorias criadas para o estudo, consultar: Haddad, Sinhoretto e Teixeira, 2005.

| | |
|---|---|
| Direitos trabalhistas; ou seja, ameaça ou perda dos direitos enquanto trabalhador | 7 |
| Direitos de consumidor; compra/venda de coisa ou pagamento/não recebimento por algum serviço | 5 |
| Pagamento ou cobrança de aluguel | 3 |
| Pagamento ou cobrança de dívidas | 9 |
| Roubo | 8 |
| Furto | 7 |
| Uso de drogas ou álcool | 2 |
| Ameaças por parte de traficantes ou pessoas envolvidas com drogas | 3 |
| Estupro ou crime sexual | - |
| Violência fora de casa, ocorrida no bairro, do tipo ameaça, chantagem ou xingamento | 5 |
| Violência fora de casa, ocorrida no bairro, do tipo tapa, surra ou espancamento | - |
| Violência dentro de casa do tipo ameaça, chantagem ou xingamento | 3 |
| Violência dentro de casa do tipo tapa, surra ou espancamento | 1 |
| Tentativa de assassinato, ou homicídio | - |
| Preconceito em relação a cor, aparência, idade, sexo ou condição econômica | 3 |
| Não esteve envolvido em nenhum conflito | 66 |

Do total de entrevistados nos distritos paulistanos, 44% relatou ter estado envolvido, nos últimos cinco anos, em pelo menos um dos conflitos com potencial de violência investigados pela sondagem. Os dados sobre esses relatos foram cruzados com os do perfil do respondente: sexo, idade, escolaridade, ocupação, renda familiar mensal, cor da pele, lugar em que foi criado e distrito de residência.[6] Esse resultado mostra a magnitude da demanda por justiça e segurança. Mais do que informação, aponta a urgência de intervenção pública na regulação, canalização e prevenção dos conflitos.

No tangente aos recursos de resolução buscados, estes podem referir-se a mecanismos oficiais e não-oficiais. Dentre os 44% que estiveram envolvidos, por volta de um terço (16% do total e 36% dos envolvidos) respondeu ter pedido ajuda a alguém ou a alguma instituição para solucionar o conflito. Isto é relevante,

6. Os resultados foram publicados em Haddad, Sinhoretto e Teixeira, 2005.

vez que pode denotar a possibilidade de resolução por conta própria, onde se sabe residir o perigo do recurso à violência. Mesmo que assim não seja, já se anuncia a pouca legitimidade dos canais oficiais de resolução e, ao mesmo tempo, a hipótese de que os mecanismos informais não são capazes de assumir o papel de um direito não-oficial.[7]

Destaque-se que a vivência do conflito abrange homens e mulheres, ainda que se note uma predominância para o sexo masculino (49% deles e 39% delas relatam envolvimento em conflitos). É alto o percentual, de ambos os sexos, que relatou não ter pedido ajuda na resolução de conflitos (somente 35% dos homens e 38% das mulheres pediu a ajuda ou a intervenção de terceiros).

Peculiaridades e diversidades internas da dinâmica dos conflitos encontrados nas áreas estudadas completam o quadro informativo acerca dos elementos que devem ser levados em consideração ao desenhar políticas que se queiram eficazes:

– Mais jovens buscam menos recursos para a resolução dos conflitos;

– Idosos, embora relatem menor vivência de conflitos, também pedem menos ajuda nas situações conflituosas;

– Quanto maior a escolaridade maior é o relato de envolvimento em conflitos e menor a tendência em pedir auxílio para resolvê-los;

– Os que mais buscam ajuda externa na resolução de conflitos são os que foram criados parte na cidade, parte no campo;

– Os negros são os que menos buscam recursos de solução na vivência de conflitos, mesmo sendo os que mais relatam ter essa vivência;

– Em relação à ocupação, os que menos pedem ajuda externa para resolver conflitos são aposentados e donas de casa e os que mais utilizam recursos de resolução são os desempregados e os empregados do mercado formal, respectivamente.

7. A esse respeito ver Santos, 1988 e 1999.

Relativamente à renda familiar mensal, constatou-se que a maior incidência de relatos de envolvimento em conflitos está nas faixas de renda mais alta, o que se pode relacionar às possibilidades dessa população ter acesso mais amplo à informação e ser portadora de maior consciência de seus direitos, portanto também das violações a eles. Acrescente-se ainda que, quanto à busca de recurso na solução do conflito, nas faixas de renda mais alta é grande a procura de intervenção de terceiros, mas é maior ainda a tendência da resolução por conta própria.

Os mecanismos formais ou informais de resolução de conflitos foram mais acionados no Itaim Paulista que no Jardim São Luís, não obstante nos dois distritos administrativos ter predominado a ausência de recursos aos dois tipos de mecanismos (1/3 dos que vivenciaram conflitos não recorreram a qualquer instância de resolução).

A sondagem possibilitou também conhecer os recursos de resolução buscados em cada um dos conflitos apurados. Porém, não foi possível interpretar os dados quantitativos a esse respeito dada quantidade de respostas encontradas nas entrevistas e, por conseqüência, a pulverização nos percentuais. Mas a leitura qualitativa das categorias arroladas pelos entrevistados permite que se penetre no espectro de possibilidades abertas no caso de envolvimento em situações conflitivas, constituindo um repertório de ações próprio de cada circunstância. Assim, no caso de roubo são indicadas apenas as instâncias formais de repressão criminal. Já no caso de conflitos de direitos de família, preconceito e situações que envolvem drogas o rol de possibilidades é mais amplo, evidenciando o apelo às redes de solidariedade existentes nos bairros. Atente-se ainda que nos conflitos envolvendo drogas, o apelo à figura do médico mostra a necessidade de haver trabalho integrado entre as diversas políticas públicas, no caso, as de controle social e saúde.

Não se pode perder de vista que os dados referentes à população dos dois distritos aqui tratados correspondem a um perfil que é comum a outros distritos da periferia metropolitana onde, como nestes, à ineficiência dos mecanis-

mos oficiais alia-se a fragilidade das redes de solidariedade que poderiam canalizar e absorver as disputas entre as pessoas, as famílias e os grupos, de sorte a cristalizar mecanismos informais de controle social do recurso à violência. Indicativo dessa fragilidade é o fato de 2/3 dos entrevistados não terem recorrido a nenhuma instância de resolução, tanto em caso de conflitos criminais (68%) como não criminais (70%).[8]

Entre aqueles que relataram o envolvimento em conflitos, 27% informou ter havido processo judicial para a resolução do conflito em que se envolveu, sendo que a procura das instâncias formais é um pouco maior quando se trata de conflito de natureza criminal (34%), como se vê na tabela abaixo.

**Tabela 2 – Tipo de conflito relatado segundo abertura de processo na Justiça**

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003.
Em porcentagem.

| ENVOLVIMENTO EM CONFLITOS/ ABERTURA DE PROCESSO | TIPO DE CONFLITO | | | |
|---|---|---|---|---|
| | TOTAL | Total | Crime | Não crime |
| ESTEVE ENVOLVIDO EM ALGUM TIPO DE CONFLITO | 44 | 100 | 100 | 100 |
| Foi aberto processo na justiça para algum dos conflitos | 12 | 26 | 34 | 25 |
| Não foi aberto processo na justiça | 32 | 74 | 56 | 75 |
| NUNCA ESTEVE ENVOLVIDO EM CONFLITO | 56 | - | - | - |

## 3. Representações da justiça

O *survey* buscou conhecer as razões que levaram os entrevistados envolvidos em conflitos a não abrirem processo na justiça. Merecerão destaque aqui as jus-

8. Optou-se aqui por agrupar as 17 categorias de conflito incluídas na sondagem em duas categorias, 'criminais' e 'não criminais', segundo os conflitos tipificados no Código Penal brasileiro, a fim de evitar a dispersão das freqüências.

tificativas apresentadas e não a incidência de respostas em cada uma delas. Por este motivo, no lugar de serem expostos todos os conflitos, foi feito um agrupamento para se verificar a diversidade de respostas obtidas, como mostra a tabela 3.

Alguns dos motivos apontados referem-se à descrença na Justiça, como "*o processo não daria em nada*", "*não recuperaria o bem de volta*". Outros são relativos à expressão da consciência da falta de acesso à Justiça, "*a justiça não é para pobres*", e às barreiras econômicas que lhe são intrínsecas: "*perda de dinheiro*", "*falta de dinheiro para pagar advogado*", "*perda de dia de trabalho, chegar atrasado no trabalho.*"

Outros ainda referem-se a críticas difusas ao funcionamento do sistema de justiça ("*não quer se envolver em confusão*", "*receio de passar por constrangimento/de ser acusada de mentirosa ou devido à idade*", "*medo de vingança/de ser agredido/que outros parentes sejam envolvidos*", "*pouco caso/atenção/demora da polícia/delegacia desencorajou-o/não tinha delegado para fazer o BO*"). Há ainda menções à ineficiência/inadequação do sistema para a resolução de problemas ("*autor é desconhecido*", "*muitas pessoas envolvidas*", "*não valia a pena pela quantia*"). E há respostas que indicam a resolução por meios informais: "*o problema foi resolvido de outra forma/sem a necessidade de recorrer a justiça/o problema não existe mais*".

**Tabela 3 – Tipo de conflito relatado segundo ter sido aberto processo na Justiça e a justificativa em caso negativo**

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003.

Em porcentagem.

| ENVOLVIMENTO EM CONFLITO/ ABERTURA DE PROCESSO | TOTAL | Total de envolvidos em conflitos |
|---|---|---|
| ABRIU O PROCESSO | 12 | 27 |
| NÃO FOI ABERTO PROCESSO | 32 | 74 |
| AUTOR DESCONHECIDO/NÃO CONHECEU O AUTOR | 5 | 11 |
| BEM POUCO VALIOSO/PREJUÍZO PEQUENO | 1 | 2 |

| | | |
|---|---|---|
| MEDO DE VINGANÇA/DE SER AGREDIDO/ QUE OUTROS PARENTES SEJAM ENVOLVIDOS | 4 | 8 |
| O PROBLEMA FOI RESOLVIDO | 15 | 35 |
| Com conversa | 4 | 9 |
| Renegociou a dívida/parcelou | 2 | 5 |
| Ele (ou outra pessoa) pagou a dívida | 1 | 3 |
| Perdoou a dívida | * | 1 |
| Fez acordo/fez acordo amigável | 4 | 9 |
| De outra forma (sem a necessidade de recorrer a justiça, o problema não existe mais) | 3 | 7 |
| Problema foi resolvido, sem especificar | 1 | 3 |
| Outra resposta | 1 | 3 |
| O PROBLEMA JÁ FOI ENCAMINHADO, ESTÁ AGUARDANDO QUE SEJA RESOLVIDO O PROBLEMA ESTÁ PARA SER RESOLVIDO | 1 | 2 |
| FALTA DE DINHEIRO/PERDERIA DINHEIRO (para pagar advogado, perderia dia de trabalho) | 1 | 2 |
| ERAM MUITAS PESSOAS ENVOLVIDAS | * | * |
| FALTA DE TEMPO (não podia esperar muito/perder o dia de trabalho/chegar atrasado) | 2 | 5 |
| NÃO VALERIA A PENA (coisa pequena, passageira)/ DEIXOU PARA LÁ/NÃO QUER SE ENVOLVER EM CONFUSÃO | 7 | 15 |
| RECEIO DE PASSAR POR CONSTRANGIMENTO (ser acusada de mentirosa, devido a idade) | 1 | 1 |
| POUCO CASO/ATENÇÃO/DEMORA DA POLÍCIA/ DELEGACIA DESENCORAJOU-O/NÃO TINHA DELEGADO PARA FAZER O BO | 2 | 5 |
| FOI ACONSELHADO/A NÃO ABRIR PROCESSO (pela mãe/advogado) | 1 | 1 |
| NÃO TINHA TESTEMUNHA/PROVA | * | 1 |
| A PESSOA ERA AMIGA/CONHECIDA/ PARENTE PRÓXIMO | 3 | 7 |
| PORQUE FEZ BOLETIM DE OCORRÊNCIA/ REGISTROU QUEIXA | 2 | 5 |
| A JUSTIÇA NÃO É PARA POBRES | * | 1 |
| A PESSOA/O ADVOGADO ESTÁ AVALIANDO SE ABRE OU NÃO PROCESSO | * | 1 |
| O PROCESSO NÃO DARIA EM NADA/NÃO | | |

| | | |
|---|---|---|
| ACREDITA EM PROCESSO (ele seria arquivado, não recuperaria o bem de volta) | 3 | 7 |
| A CULPA É DO/A ENTREVISTADO/A (reconhece que é o devedor, não foi a audiência) | 2 | 5 |
| A JUSTIÇA É LENTA | * | * |
| OUTRA RESPOSTA | 2 | 5 |
| NÃO SABE/NÃO RESPONDEU | * | 1 |

Ainda observando a tabela 3, constata-se que 35% dos envolvidos em conflitos afirmam ter utilizado formas alternativas de resolução para superar o problema. Esse dado mostra a magnitude das alternativas de negociação, não excluindo, entretanto, a possibilidade de que essa negociação tenha ocorrido ao largo das autoridades públicas e das instituições do sistema de j ustiça, uma vez que pode ter contado com a intervenção de agentes públicos, ainda que sem ter gerado um processo judicial. Da mesma forma, esse dado também pode significar a ausência de agentes estatais e a intervenção de outros atores socialmente legitimados para atuar em composições e negociações informais. Ambas as hipóteses indicam o espaço de atuação possível de uma política pública voltada à resolução alternativa de disputas, como pode ocorrer no âmbito dos CIC, ou de outros programas semelhantes.[9]

Também foi avaliado o grau de satisfação com o resultado do processo aberto para a resolução do conflito, sendo possível analisar a informação cruzada pelo perfil do respondente. Entre os entrevistados que estiveram envolvidos em conflito, apenas 27% respondeu ter sido aberto processo na justiça (com predomínio das mulheres), dos quais 42% não ficaram nada satisfeitos com o resultado (45% dos homens e 42% das mulheres), conforme a tabela 4.

Vale lembrar que os relatos dos entrevistados, no que se refere à abertura de processo, não esclarecem se eles figuraram como vítimas ou como réus,

9. O Ministério da Justiça divulgou recentemente um levantamento sobre programas de administração alternativa de conflitos, concluindo que a maioria deles conta com apoio e recursos governamentais (Ministério da Justiça, 2005).

uma vez o levantamento ter tomado como unidade de análise o conflito e não a vitimização.

Pelas informações do perfil sócio-econômico demográfico analisados, os que mais vivenciaram a experiência com o processo revelaram-se menos satisfeitos. Há uma ligeira tendência de maior satisfação quando o envolvido tem mais escolaridade e maior renda.

**Tabela 4 – Envolvimento em conflito segundo o grau de satisfação com o resultado do processo na Justiça por sexo**

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003.

Em porcentagem.

| GRAU DE SATISFAÇÃO COM RESULTADO DO PROCESSO | SEXO | | |
|---|---|---|---|
| | TOTAL | Masculino | Feminino |
| ABRIU O PROCESSO | 12 | 11 | 12 |
| Muito satisfeito | 4 | 2 | 5 |
| Mais ou menos satisfeito | 2 | 3 | 2 |
| Nada satisfeito | 5 | 5 | 5 |
| NÃO FOI ABERTO PROCESSO | 32 | 38 | 27 |

Outra informação coletada foi o grau de confiança da população nas instituições. No caso dos distritos investigados, a família encabeça a lista das instituições mais confiáveis, seguida pelos professores, médicos e igreja. Embora, à primeira vista, as profissões e instituições do sistema de justiça possam aparecer bem avaliados, elas estão abaixo de todas as opções oferecidas, conforme tabela 5. E não será demais lembrar que a possibilidade de canalização do conflito, seja para as redes informais de relacionamento, seja para o Estado é diretamente dependente do grau de confiança neles depositada.

**Tabela 5 – Distribuição da confiança nas instituições**

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003.

Em porcentagem.

| CONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES | TOTAL |
|---|---|
| Na sua família | 98 |
| Nos professores | 96 |
| Nos médicos | 92 |
| Na igreja | 90 |
| Nos assistentes sociais | 84 |
| Nos juízes | 80 |
| Nos promotores de justiça | 78 |
| Nos advogados | 77 |
| Nos delegados | 71 |
| Na justiça | 67 |
| Nos policiais | 65 |
| Nas prisões | 44 |

Ainda na tabela 5 constata-se uma significativa diferença na confiança depositada nos profissionais e nas instituições a que pertencem. Assim, os juízes gozam de maior confiança do que a justiça e, sobretudo do que as prisões. Em outras palavras, a atuação dos profissionais é satisfatória, embora a avaliação das instituições a que pertencem apresente percentuais bem inferiores. É como se houvesse uma separação entre a atuação dos indivíduos e o resultado produzido pelas organizações, tal qual observado em relação à justiça e à prisão.

Mulheres revelaram confiança ligeiramente maior nas instituições e na atuação dos seus agentes. Menos escolarizados confiam mais e a desconfiança aumenta entre mais escolarizados, podendo essa correlação ser explicada pelo acesso ao conhecimento do funcionamento e dos resultados da intervenção pública.

Exceção feita a delegados, polícia e família, os negros apresentam uma ligeira tendência de maior confiança nas instituições.

Se a confiança nas instituições é razoavelmente alta, a avaliação do desempenho da justiça não é boa. Apenas 19% considera a atuação da Justiça como boa (tabela 6). Mulheres, mais escolarizados e brancos avaliam pior o desempenho do sistema.

**Tabela 6 – Avaliação da atuação da Justiça no Brasil**

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003.

Em porcentagem.

| ATUAÇÃO DA JUSTIÇA NO BRASIL | TOTAL |
|---|---|
| Avaliação positiva | 19 |
| Avaliação regular | 50 |
| Avaliação negativa | 30 |
| Não sabe | 1 |

As informações sobre confiança e avaliação do desempenho da justiça tornam-se mais compreensíveis à medida que se conhecem as justificativas das respostas fornecidas pelos entrevistados. A tabela abaixo arrola menções positivas e negativas que explicam a confiança ou desconfiança na Justiça, agrupadas em categorias. Permite também conhecer as representações sobre a Justiça.

**Tabela 7 – Justificação da confiança/desconfiança da Justiça no Brasil**

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003.

Em porcentagem.

| POR QUE VOCÊ CONFIA MUITO/UM POUCO/ NÃO CONFIA NA JUSTIÇA? | % |
|---|---|
| Justiça beneficia os ricos/discrimina os pobres | 29 |
| A justiça é corrupta/se vende/é comprada | 18 |
| Impunidade | 16 |
| A justiça é lenta | 10 |
| Justiça é injusta (prende pobres/trabalhadores/desempregados/pais de família) | 3 |
| Os presos fogem da cadeia | 2 |

| | |
|---|---|
| A justiça atende/trata mal | 2 |
| Há abuso de autoridade/necessidade de mostrar poder | 2 |
| A justiça não informa o resultado/sobre critérios para deter/soltar | 1 |
| | |
| Justiça cumpre seu papel/funciona/a justiça é feita | 18 |
| Justiça é imparcial/não se vende | 3 |
| Na justiça trabalham pessoas honestas/sérias | 2 |
| Nunca teve problemas com a justiça | 1 |
| A justiça resolve/soluciona | 1 |
| Justiça tem preocupação social | 1 |
| Justiça é eficiente | 1 |

As justificativas de confiança ou desconfiança na Justiça variam muito pouco segundo os diferentes grupos sociais que compuseram a amostra de entrevistados. Cor da pele, escolaridade, ocupação oferecem pequenas diferenças de percentual, mas não alteram a concentração das respostas em algumas categorias principais. Assim, a maioria dos entrevistados fez menções negativas à Justiça (77%), entre as quais se destacam o tratamento desigual a ricos e pobres, a corrupção, a impunidade, os erros e a lentidão. Entre as menções positivas (23%), que não chegam a um quarto das respostas, a mais freqüente refere-se à justiça cumprindo seu papel, funcionando adequadamente.

## 4. Avaliação de políticas de segurança e acesso à justiça

Foram avaliados dois programas públicos que visam a melhoria do acesso à justiça e à segurança: Polícia Comunitária e Centros de Integração da Cidadania.

Um alto percentual de entrevistados declarou não conhecer a polícia comunitária (41%), sendo que mulheres, os que freqüentaram até o ensino fundamental e negros conhecem menos. Dentre os que já ouviram falar nessa estratégia de organização da polícia, a maioria a avaliou positivamente (44%), sendo que homens, de maior escolaridade (curso superior) e brancos aprovam mais (tabela 8).

**Tabela 8 – Avaliação da Polícia Comunitária por sexo, escolaridade e cor da pele**

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003.

Em porcentagem.

| Você já ouviu falar em polícia comunitária? | Sexo | | | Escolaridade | | | | Cor | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | Total | Masculino | Feminino | Analfabeto | Fundamental | Médio | Superior | Branca | Preta/ Parda |
| **Não** | **41** | **38** | **43** | **35** | **46** | **34** | **39** | **39** | **42** |
| **Sim** | **59** | **62** | **57** | **65** | **54** | **66** | **61** | **61** | **58** |
| Avaliação positiva | 44 | 46 | 41 | 44 | 42 | 44 | 49 | 49 | 39 |
| Avaliação regular | 35 | 36 | 34 | 34 | 34 | 35 | 37 | 32 | 36 |
| Avaliação negativa | 6 | 7 | 5 | - | 7 | 7 | - | 9 | 4 |

O desconhecimento dos Centros de Integração da Cidadania experiência é mais acentuado do que no caso da Polícia Comunitária (58%). A comparação das respostas aponta um alto percentual de desconhecimento nos distritos administrativos investigados: no Itaim Paulista, 50% dos moradores declararam nunca ter ouvido falar nele, e no Jardim São Luís foram 64% (tabela 9). A diferença é significativa e é provável que decorra do fato do equipamento do Itaim Paulista ter sido o primeiro a ser implantado (1996) e, por decorrência, o mais divulgado junto à população, às associações e lideranças comunitárias. O CIC do Jardim São Luís foi instalado em 2000, contando com pouco mais de dois anos quando a sondagem foi realizada.

Da mesma forma, o CIC mais antigo é também mais utilizado pela população local: 33% dos entrevistados de Itaim Paulista revelou já ter utilizado serviços do CIC, ao passo que 13% no Jardim São Luís responderam o mesmo.

**Tabela 9 – Conhecimento do Centro de Integração da Cidadania por distrito**

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003.

Em porcentagem.

| Você já ouviu falar do centro de integração da cidadania, o CIC? | Total | Distrito | |
|---|---|---|---|
| | | Itaim Paulista | Jardim São Luís |
| **Não** | **58** | **50** | **64** |
| **Sim** | **42** | **50** | **36** |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Amigos | 35 | 35 | 35 |
| Jornal/rádio/TV | 26 | 15 | 39 |
| Através de parentes | 10 | 13 | 7 |
| Vizinhos | 10 | 15 | 4 |
| Passou em frente | 4 | 7 | - |
| No trabalho | 3 | 3 | 3 |
| Associação de bairro | 2 | 3 | 1 |
| Igreja/entidade religiosa | 1 | - | 1 |
| Liderança comunitária | 1 | 1 | - |
| Outra | 10 | 12 | 8 |
| Não sabe/não lembra | 1 | - | 1 |
| Não respondeu/não aplicou | * | 1 | - |

Entre os que revelaram já ter utilizado serviços do CIC destacam-se mulheres, jovens (16 a 34 anos), analfabetos e com curso superior, trabalhadores informais e estudantes.

**Tabela 10 – Que serviços você utilizou no CIC?**

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003.

Em porcentagem.

| SERVIÇOS | TOTAL | DISTRITO | | SEXO | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | Itaim Paulista | Jardim São Luís | Masculino | Feminino |
| Tirar documentos | 51 | 64 | 11 | 61 | 43 |
| Balcão de empregos | 14 | 12 | 22 | 10 | 18 |
| Orientação jurídica | 13 | 6 | 34 | 24 | 5 |
| Falar com o delegado | 7 | 10 | - | 11 | 4 |
| Falar com o juiz | 4 | 6 | - | - | 8 |
| Se informar | 3 | - | 11 | - | 5 |
| Programas assistenciais | 3 | - | 11 | - | 5 |
| Usar computador | 2 | 3 | - | 5 | - |
| Outras respostas | 9 | 12 | - | - | 16 |
| Não respondeu/ não aplicou | 3 | - | 11 | - | 5 |

A comparação das freqüências de utilização dos serviços do CIC no Itaim Paulista e no Jardim São Luís revela diferenças significativas: há relação inversa

entre maiores demandas nas duas unidades do CIC (tabela 10). Balcão de empregos, orientação jurídica, informação e programas assistenciais são mais procurados no Jardim São Luís; ao passo que documentação, atendimento pelo delegado ou pelo juiz e outros serviços atraem maior número de pessoas no Itaim Paulista. Em pesquisa anterior,[10] constatou-se que essas diferenças decorrem mais da qualidade da oferta dos serviços em cada unidade do que propriamente de peculiaridades das demandas da população, já que os serviços e procedimentos de atendimento diferem de uma unidade para outra.[11]

Nos dois distritos são muito altas as expectativas dos entrevistados quanto às possibilidades que o Centro de Integração da Cidadania oferece para melhoria das condições de vida nas localidades em que se instala. Mais da metade das pessoas respondeu que a melhora será (ou já está sendo) grande. O mesmo se verifica com os dados relativos ao sexo dos respondentes (tabela 11).

**Tabela 11 – Você acha que a criação do CIC vai melhorar muito, um pouco ou não vai melhorar a vida da comunidade do bairro?**

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003. Em porcentagem.

| AVALIAÇÃO | TOTAL | DISTRITO | | SEXO | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | Itaim Paulista | Jardim São Luís | Masculino | Feminino |
| **Vai melhorar/ está melhorando** | **94** | **92** | **95** | **91** | **96** |
| Muito | 59 | 52 | 64 | 60 | 58 |
| Um pouco | 35 | 40 | 31 | 32 | 38 |
| **Não vai melhorar/ não está melhorando** | **5** | **6** | **3** | **7** | **2** |
| **Não sabe** | **2** | **2** | **2** | **2** | **2** |

10. Haddad, Sinhoretto e Pietrocolla, 2003.

11. Os serviços também apresentam inconstância ao longo do tempo. Em 2005 constata-se que o número de pessoas atendidas no serviço policial, no Itaim Paulista, sofreu redução.

É grande a importância dos resultados da tabela 12 como subsídios aos formuladores e implementadores de políticas públicas. Nela estão expostas as respostas dadas pelos entrevistados à indagação "*Por que você acha que o CIC vai melhorar ou não vai melhorar a vida da comunidade no bairro?*" Aqueles que nunca tinham ouvido falar do CIC receberam do entrevistador uma concisa explicação do programa. Assim, os dados, mais do que demandas, revelam a magnitude do investimento a ser feito para que o direito à justiça e à segurança sejam assegurados.

**Tabela 12 – Você acha que a criação do CIC vai melhorar muito, um pouco ou não vai melhorar a vida da comunidade do bairro? Por quê?**

Distritos administrativos de Itaim Paulista e Jardim São Luís, São Paulo, 2003.

Em porcentagem.

| JUSTIFICATIVAS | DISTRITO | | |
|---|---|---|---|
| | TOTAL | Itaim Paulista | Jardim São Luís |
| Fica no bairro/perto de casa | 30 | 37 | 25 |
| É um local onde as pessoas podem recorrer (quando têm problemas, com as leis) | 28 | 23 | 32 |
| Rapidez/agilidade | 26 | 28 | 25 |
| Orientação/esclarecimento de dúvidas/informação | 24 | 17 | 29 |
| Vai atender/ajudar/dar apoio aos pobres e às pequenas causas | 17 | 17 | 16 |
| Pelos serviços que oferece | 13 | 19 | 9 |
| Vão resolver os problemas sem precisar de outras instâncias | 9 | 3 | 14 |
| As autoridades (juiz/promotor/delegado) vão estar mais próximas/mais acessíveis | 8 | 9 | 8 |
| Gratuidade | 7 | 10 | 5 |
| Vão tratar bem as pessoas | 1 | 2 | - |
| Outras menções positivas | * | 1 | - |
| Descrédito do CIC/não resolverá os problemas | 3 | 5 | 2 |
| Vai ser/continuar sendo demorado | 3 | 5 | 2 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Órgão público/governo não resolve nada | 3 | 5 | 1 |
| Ninguém faz nada/nunca fez nada para ajudar o pobre | 1 | * | 2 |
| Porque a demanda é muito grande | 1 | 2 | 1 |
| Porque as pessoas têm medo de vingança | 1 | 2 | - |
| Corrupção/desonestidade/ falta de confiança | 1 | 1 | * |
| Problema legislativo/leis ultrapassadas | * | 1 | - |
| Outras menções negativas | 2 | 2 | 1 |
| Não sabe/não lembra | 4 | 4 | 4 |

As menções positivas em relação aos CIC (tabela 12) revelam a realidade da demanda por acesso à justiça: proximidade, acessibilidade, disponibilidade, rapidez, informação sobre os serviços de segurança e justiça, sobretudo no atendimento das necessidades das pessoas de baixa renda (os pobres, os que têm pequenos problemas, os que não podem pagar). Entretanto, embora positivas, essas menções são portadoras de crítica a tudo que essa população não possui ou não tem acesso. Criticam o funcionamento tradicional das instituições de justiça e segurança, marcadas por centralização, distância física, distância simbólica, morosidade, tratamento desigual, desinteresse, discriminações de classe e cor da pele, falta de acessibilidade, funcionamento ininteligível. Daí que as menções positivas nunca podem ser lidas separadamente das negativas, já que essas últimas revelam a descrença nas propostas vindas do poder público e na sua capacidade de superar problemas que estão tão entranhados nas instituições. Manifestam desconfiança nas soluções simples e promessas grandiosas. Na medida em que o bairro tem muitos problemas, seria necessário construir e equipar muitos CIC para atender a demanda tão extensa, intensa e diversificada. Há aqui uma crítica à divisão do poder na sociedade brasileira: sabe-se que para que isso seja possível é preciso derrotar muitos interesses contrários, construir novas formas de sociabilidade e novas relações políticas.

## 5. Considerações finais

Os dados apresentados dimensionam a carência do acesso à justiça, mesmo nas localidades onde os CIC foram instalados. Dimensionam ainda a demanda

reprimida (2/3 dos conflitos), destacando que, em especial, homens, jovens, menos escolarizados e negros encontram barreiras para acionar mecanismos pacíficos de resolução. No distrito onde o CIC está instalado há mais tempo, evidencia-se maior a busca por intervenção nos conflitos. Ali, um terço da população já esteve no CIC.

No interior da demanda reprimida, há diversidades que exigem da política de acesso à justiça respostas diferenciadas: nas ocorrências criminais é maior a busca por instâncias formais, enquanto que as redes de solidariedade são mais acionadas em conflitos familiares, envolvendo preconceitos ou drogas, evidenciando que a intervenção estatal nesses casos não pode se contrapor às redes informais.

Quanto à utilização do aparato judicial formal, também é imensa a demanda reprimida: 72% dos entrevistados não utilizaram a Justiça para resolver seus conflitos e isso se deu por diversos motivos. A busca por soluções negociadas é o mais importante deles. Mas as deficiências do próprio aparato judicial são responsáveis pela lacuna, com destaque para o descrédito, mal atendimento, medo de retaliação.

É assim também que se interpreta a insatisfação daqueles que procuraram a Justiça (42% de insatisfeitos). Embora a população revele confiar nos agentes públicos, avalia mal o desempenho da Justiça (apenas 19% consideram boa sua atuação), oferecendo como justificativa a crença de que o poder econômico tem grande influência sobre o sistema judicial, produzindo desigualdades, corrupção, impunidade e erros.

Deste modo, é possível compreender a alta expectativa da população dos distritos pesquisados em relação ao programa de acesso à justiça. Expressa uma inversão de prioridades na oferta dos serviços de justiça: geograficamente distribuídos, acessíveis, rápidos, acolhedores, voltados para as pequenas causas e para a população mais pobre. Nisso reside ainda um grande desafio para a sociedade brasileira.

## 6. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. A violência na sociedade brasileira: um painel inconcluso em uma democracia não consolidada. *Sociedade e Estado*, 10(22): 299-342, 1995.

CALDEIRA, Teresa P. R. *Cidade de muros. Crime, segregação e violência em São Paulo*. São Paulo: Edusp, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 3. ed. São Paulo: Kairós, 1983.

HADDAD, Eneida G. de Macedo; SINHORETTO, Jacqueline; PIETROCOLLA, Luci Gati. *Justiça e segurança na periferia de São Paulo*: os centros de integração da cidadania. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2003.

_____. Centros de integração da cidadania: democratização do sistema de justiça ou o controle da periferia? *São Paulo em Perspectiva*, 18(1): 72-76, São Paulo, Seade, 2004.

HADDAD, Eneida G. de Macedo; SINHORETTO, Jacqueline; TEIXEIRA, Alessandra. Repensando a metodologia da produção de dados criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 13 (53): 241-76, São Paulo, Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2005.

LIMA, Renato Sérgio. Acesso à Justiça e reinvenção do espaço público: saídas possíveis de pacificação social. *São Paulo em Perspectiva*, 11(3): 86-91, São Paulo, jul.-set. 1997.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos*. Brasília, 2005.

SADEK, Maria Teresa (org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.

_____. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio e Falcão, Joaquim. *Sociologia e Direito*. Textos básicos para a disciplina Sociologia Jurídica. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

SINHORETTO, Jacqueline. *Os justiçadores e sua justiça*. Linchamentos, costume e conflito. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2002.

ZALUAR, Alba. Exclusão e políticas públicas: dilemas teóricos e alternativas políticas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 12 (35): 29-47, out., 1997.

# Garantias constitucionais e prisões motivadas por conflitos agrários no Brasil

Renato Sérgio de Lima
Doutor em Sociologia. Coordenador-chefe do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM e chefe da Divisão de Estudos Socioeconômicos da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade.

Juvelino Strozake
Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP.

**Sumário:** Introdução – 1. Primeiras estimativas – 2. Um estudo de caso: o Estado do Pará – 3. Considerações finais.

**Resumo:** O objetivo desse texto é apresentar pesquisa sobre prisões motivadas por conflitos agrários no Brasil, realizada em 2005 pelo Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM, da coleta de dados em processos criminais e em entrevistas com operadores da justiça de quatro estados do país (Pará, Pernambuco, São Paulo e Rio Grande do Sul). Nele, são discutidos aspectos globais sobre o tema, a pesquisa e questões sobre como o Estado processa conflitos desta natureza problematizadas. No próximo número de Revista, no entanto, dois outros artigos, trarão mais detalhes sobre essa questão.

**Palavras-chave:** Prisões – Conflitos agrários – Simulacro – Justiça.

# Introdução

Na tentativa de identificar o número e a tipificação jurídica das prisões provocadas em razão de conflitos agrários no País, o Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM conduziu, ao longo do ano de 2005, um grande projeto de investigação sobre tal tema e revelou que pouco se sabe sobre o assunto no Brasil. Revelou, sobretudo, a inexistência de dados sistematizados sobre o tema, a invisibilidade atribuída às questões sociais quando tratadas pelo sistema de justiça e a incapacidade de se planejar políticas públicas e/ou ações coordenadas apenas com base no estoque de conhecimento disponível. O foco no estudo das prisões motivadas por conflitos agrários permitiu, portanto, uma reflexão sobre regras e procedimentos democráticos de atuação institucional e provoca o debate sobre como são construídas as mentalidades institucionais e os modelos de política criminal que guiam as ações públicas na área.

A pesquisa foi dividida em duas etapas, sendo uma primeira de natureza quantitativa e cujo principal objetivo foi estimar o número de pessoas presas em razão de tais conflitos no país. Nela, investigou-se a produção de dados sobre o tema e a atuação pública em algumas unidades da federação, com destaque para o Estado do Pará. Já a segunda etapa da pesquisa constituiu-se numa tentativa analítica de aprofundar questões sobre as dificuldades de implementação de políticas públicas que contemplassem os problemas associados aos conflitos agrários e, para tanto, optou-se por um desenho qualitativo de análise, pelo qual foram pesquisados casos considerados emblemáticos em quatro unidades da Federação (Pará, Pernambuco, São Paulo e Rio Grande do Sul).

A contextualização e conclusões dessa segunda etapa será, contudo, objeto de discussão dos artigos de Eneida Gonçalves Haddad e de Jacqueline Sinhoretto e Frederico Normanha de Almeida, publicados no próximo número da Revista Brasileira de Ciências Criminais. Aqui, nosso objetivo é apresentar os resultados da primeira etapa do projeto e problematizar pontos que julgamos

importantes no debate sobre a atuação das instituições de justiça criminal quando da atenção aos conflitos agrários.

Desse modo, o ponto de partida do texto é a pergunta: quantos são os indivíduos presos no Brasil em razão dos conflitos agrários? Derivadas dessa primeira pergunta, algumas outras questões tiveram que ser formuladas para permitir o desenho de um modelo de abordagem que fornecesse, ao menos, uma visão panorâmica do problema e, por conseguinte, nos autorizasse a construir uma primeira estimativa do número de pessoas presas. Assim, o projeto do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM que deu origem a este texto também se baseia na indagação sobre características regionais (prisões por Unidade da Federação) e sobre modalidades de crimes e/ou tipificações penais utilizadas para justificar tais prisões.

Outro ponto importante que foi considerado é que, juridicamente, prisões podem ocorrer em várias fases de um processo e, portanto, não estávamos falando de execução de penas, ou seja, prisões para cumprimento de sentença. Nesse sentido, nosso objeto de investigação tentou incluir/mensurar todas as prisões realizadas no âmbito policial, ainda que sem decisões judiciais, e ao longo do processamento dos casos pela justiça criminal brasileira.

Definido nosso objeto de pesquisa, o próximo passo foi o de localizar potenciais fontes de informação. Para tanto, foram feitas consultas por informações junto aos operadores do direito e da segurança pública e, também, contatos com organizações que trabalham com a questão agrária ou seus temas derivados (violência, etc.). Foi redigida uma carta contendo um pedido institucional de auxílio, que foi enviada para os coordenadores regionais do IBCCRIM, que redistribuíram, em alguns casos, os pedidos para outras pessoas ou, mesmo, para instituições governamentais, e também para duas listas de pesquisadores da área de estudos jurídicos e violência.

Em termos governamentais, foram contatadas todas as secretarias estaduais de segurança pública do Brasil, com base na lista elaborada pela Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP, vinculada ao Ministério da Justiça,

sobre os responsáveis pela produção de estatísticas criminais em cada uma das Unidades da Federação. Além das secretarias, também foi acionada a Ouvidoria Agrária, do Ministério do Desenvolvimento Agrário. Como complemento, foi solicitado apoio do Ministério do Trabalho, por meio da sua área responsável pela implantação do observatório de dados daquele ministério. A idéia, nesse caso, era saber se o Ministério do Trabalho, como coordenador do grupo de combate ao trabalho escravo compilava informações sobre presos em áreas rurais ou em localidades nas quais haviam sido identificados focos de trabalho escravo. Também foi feito contato com o Departamento de Polícia Federal e com a diretoria de inteligência policial do Pará, estado com problemas agrários acentuados.

Ainda no campo governamental e diante dos resultados dos contatos realizados, uma última fonte foi identificada. No caso, foi o Sistema Integrado de Informações Criminais – SIIC, da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade (http://www.seade.gov.br/produtos/siic). Esse sistema tem por objetivo produzir estatísticas sobre o fluxo de funcionamento do sistema de justiça criminal do Estado de São Paulo e utiliza o Banco de Dados de antecedentes criminais mantido pela Companhia de Processamento de Dados de São Paulo – PRODESP – que, no período disponível (1974-2000), possui informações sobre cerca de 3,5 milhões de indivíduos, 6 milhões de inquéritos e 7 milhões de processo criminais. Por fim, junto ao terceiro setor foram contatadas quatro instituições: Movimento dos Trabalhadores sem Terra – MST, através da sua área jurídica, Comissão Pastoral da Terra – CPT, através de visita à sua sede nacional e ao seu coordenador do Banco de Dados, e, ainda, Terra de Direitos, ONG do Paraná e a Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (Renap).

Com base nessa extensa lista de contatos, alguns resultados puderam ser obtidos. Além do mais, o percurso não contemplou, senão de maneira pontual, as Polícias Militares das unidades da Federação. Acredita-se que, talvez, os serviços reservados das PMs podem dispor de alguns dados mais específicos sobre o perfil dos indivíduos presos, mas essa hipótese não foi possível de

ser verificada no prazo estabelecido. A seguir, algumas estimativas são apresentadas tendo como referência os dados coletados e descritos no quadro sintético que é aqui apresentado.

Vale ressaltar, por fim, que este texto não se configura como uma análise completa da situação das prisões no país. Ele pode ser visto como tão somente a primeira aproximação com o problema. Nesse momento, os resultados alcançados indicam que esse é um fenômeno que nunca foi tomado como algo que devesse ser monitorado – mesmo a CPT tem o foco no monitoramento dos conflitos e não nas prisões – e que, por conseguinte, sua visibilidade é diluída na multiplicidade de situações sociais provocadas pelo tratamento judicial dado aos conflitos agrários. Falar de prisões motivadas por tais conflitos significa falar a partir de um estoque de conhecimento limitado e muito influenciado pelas experiências individuais dos militantes e das instituições envolvidas. Não existem padrões de classificação de dados; regras de registro e sistemas de controle que ofereçam uma visão do problema. Assim, os números a seguir podem ser vistos como aqueles mais próximos do total de dados disponíveis. Mais do que eles, como já foi dito, apenas com a mobilização de esforços institucionais isolados.

## 1. Primeiras estimativas

Após todos os contatos, dados sobre pessoas presas em razão de conflitos agrários foram fornecidos apenas pelo MST, pela CPT e pela Secretaria de Segurança Pública de Tocantins. Desses, apenas a SSP de Tocantins informou o tipo de crime cometido e que motivou a prisão. Segundo ela, em Tocantins foram cometidos 8 (oito) homicídios dolosos causados por conflitos agrários. Segundo a CPT, em 2004 foram presas 512 pessoas, número inferior somente aos verificados em 1999, quando foram presas 611 pessoas, e em 1985, primeiro ano monitorado pela Comissão Pastoral da Terra, quando foram presas 557 pessoas. Tais números não são desagregados por tipo de crime, mas são distribuídos pelas unidades da Federação. Da mesma forma, os dados do MST são desagregados pelas

UFs mas não detalham o tipo do crime. A principal diferença é a ordem de grandeza de ambos. Os do MST são bem menores do que os da CPT. Uma explicação possível é que o MST controla apenas os casos envolvendo seus militantes e, portanto, sempre serão menores. Outra possibilidade é que os dados da CPT estejam, em alguns casos, duplicados. Todavia essas hipóteses não puderam ser confirmadas ou refutadas. A visita à sede nacional da CPT indicou que existem problemas de coleta dos dados, mas, ao mesmo tempo, demonstrou preocupação da Comissão Pastoral da Terra em melhorar a qualidade dos seus registros, o que significa melhoria no controle dos dados. Um exemplo dessa situação é que a SSP de Tocantins informou 8 (oito) casos de pessoas presas por homicídios dolosos causados por conflitos agrários em 2004. Todavia, o banco da CPT não possui registro para esse Estado naquele ano.

O Ministério do Trabalho informou, por sua vez, que em 165 fazendas foram encontrados trabalhadores em situação análoga à escravidão. Pelos controles disponíveis não são monitoradas as prisões, mas segundo conversas com os técnicos, quase sempre há uma prisão em flagrante que, depois, é relaxada e a pessoa liberada. Assim, em tese, teríamos ao menos uma prisão para cada uma dessas inspeções.

Ciente das limitações dos dados e que a única estimativa possível nesse momento seria uma primeira e subestimada aproximação, imaginou-se que poderíamos considerar o banco da CPT não em relação aos números apresentados, mas sim em relação às proporções indicadas. Em outras palavras, como o banco da CPT é o único que possui cobertura nacional, a hipótese assumida foi que podemos considerar os percentuais de cada unidade da Federação ali informados e, com base numa investigação detalhada em uma dessas unidades, estimar o total do Brasil. Isso foi feito, ainda, com a informação complementar fornecida pelo MST sobre os principais tipos penais envolvidos nas prisões. Assim, selecionamos as cidades com histórico de conflitos agrários no Estado de São Paulo e, na medida em que os cadastros oficiais não informam a razão da prisão, tomamos os

casos registrados relativos ao art. 161, do Código Penal, referentes aos crimes de "esbulho possessório", como *proxes* das prisões efetuadas pelo motivo por nós analisado (os demais tipos penais também podem, em maior proporção, ser atribuídos a situações urbanas e não servem para estimativa de conflitos agrários), ou seja, como estimativa da ordem de grandeza do fenômeno.

Feita essa seleção, processamos os dados do SIIC da Fundação Seade e verificamos que os inquéritos policiais são instaurados numa proporção de 7,92 casos para cada processo criminal aceito pelo Poder Judiciário. A conclusão é que prisões por conflitos agrários acontecem muito mais na esfera policial do que judicial e, portanto, são prisões que parecem servir mais ao controle social do que em razão de um cometimento de um crime propriamente dito. Significa dizer que tais prisões ocorrem por motivos diversos, mas, quando analisadas pelo Poder Judiciário, não são aceitas como geradas pelo cometimento de crimes e as pessoas são liberadas. Não se trata de analisar os motivos desse processo e sim indicar que é na esfera policial que podemos entender melhor os mecanismos que determinam se uma pessoa será ou não presa.

Os números totais de inquéritos policiais instaurados e processos criminais abertos relativos aos esbulhos possessórios registrados nas cidades selecionadas entre 1988 e 2000 foram, respectivamente, de 198 e de 25. Em relação a 2004, São Paulo é responsável pelo registro de 5,7% dos casos de prisão monitorados pela CPT. A média anual de registros do Sistema Seade é de 15,23 inquéritos e de 1,92 processo. Com tudo isso e considerando que não existem diferenças significativas no comportamento das policias em relação ao fenômeno – fato que sabemos que não é totalmente verdade –, teríamos, em 2004, cerca de 267 inquéritos e cerca de 34 processos de esbulho possessório no Brasil. No caso, para a estimativa corresponder aos casos de pessoas presas, temos que assumir que, ao menos, uma pessoa é presa no momento do inquérito policial. Se isso é verdade, o número indicado no parágrafo anterior indica que para cada processo aberto, podendo resultar eventualmente numa condenação e execução de pena, quase

8 (oito) inquéritos são instaurados. Como já foi dito, esse número revela que as prisões, nesses tipos de conflitos, são predominantemente feitas em flagrante.

Somados aos casos de trabalho escravo e homicídios dolosos, de cujas ordens de grandeza pudemos ter uma idéia, os números acima se não correspondem ao universo de prisões motivadas por conflitos agrários dão, com certeza, uma pista importante para aqueles que pretendem formular projetos sobre o tema, ou seja, que, primeiro, o investimento deverá focar as prisões em flagrante efetuadas pelas Polícias e, segundo, que se trata de fenômeno circunscrito e, portanto, cuja intervenção por parte de organizações e governo tenderia a causar impactos significativos no quadro traçado. Para concluir, como o problema é predominantemente circunscrito, no caso do Estado do Pará, às polícias, acreditamos que quaisquer ações que visem dar visibilidade ao fenômeno e constituir sistemas de informações e/ou observatórios passam pela capacitação e sensibilização das forças policiais do Brasil.

Nos outros estados da Federação (Pernambuco, São Paulo e Rio Grande do Sul) foi possível perceber a utilização dos instrumentos do Direito Penal e Processo Penal por alguns magistrados como instrumentos de perseguição política aos militantes dos movimentos sociais. Esta constatação já tinha sido feita pela Anistia Internacional em 1997 (AI INDEX: AMR 19.17.1997) quando lançou o relatório *Brasil: denúncias criminais com motivação política contra ativistas da reforma agrária.* Já em 1997, a Anistia Internacional afirmava que estava "preocupada com o uso do que consta serem acusações e mandados de prisão preventiva com motivação política contra ativistas da reforma agrária e membros do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) no Brasil". Ainda segundo a Anistia, "Tudo indica que a formalização de tais denúncias tenha constituído uma forma de assédio e criminalização de ativistas da reforma agrária, num contexto de disputa de terras". Ou seja, não foi apenas o Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM que constatou o uso das regras criminais com finalidade política.

Como exemplo claro da utilização dos mecanismos jurídicos como instrumento de perseguição política destacamos a atuação do magistrado que atuava na Comarca de Teodoro Sampaio no ano de 2004, quando em cerca de 12 meses expediu 12 decretos de prisão preventiva contra militantes de movimentos sociais. A prova de que tais decretos não possuíam base legal e foram expedidos com outras finalidades de que não jurídicas, é que todos eles foram revogados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ou pelo Superior Tribunal de Justiça.

## 2. Um estudo de caso: o Estado do Pará

Em termos históricos e territoriais, o Estado do Pará está localizado na região Norte do Brasil e possui uma área de 1.248.042 Km quadrados, com população de 3.468.700 habitantes (Censo IBGE 2000). A região sul do Estado do Pará é a porta de entrada para as terras da Amazônia e é lá que desembocam a ferrovia Carajás e as estradas que sobem de Tocantins (Belém-Brasília) e vêm de Imperatriz rumo à Transamazônica, provocando o afluxo de milhares de camponeses em busca de terra. Há ainda os contingentes atraídos no passado pela ilusão do garimpo ou de emprego na Companhia Vale do Rio Doce, mineradora, uma das maiores empresas privadas do Brasil. Além dessa empresa, a região sul do Estado também se caracteriza pela presença de grandes grupos financeiros e industriais – Volkswagem, Liquigás, Banco Real, BCN, entre outros –, que, beneficiados pela redução de impostos de até 50% sob a condição de investir 2/3 na agricultura, são responsáveis por grandes extensões de terras, num processo de valorização do latifúndio e especulação imobiliária.

A abertura da Mina de Carajás (a maior mina de ferro do mundo) e da estrada de ferro estimulou o rápido crescimento das cidades da região e provocou problemas típicos do crescimento desordenado: desemprego, violência, miséria, mortalidade infantil, precárias condições de saúde, entre outros. Num cenário como esse, o Pará virou o palco de violenta luta pela terra e tem sido

objeto de preocupação pública ao longo dos últimos trinta anos. Como conseqüência, a ocupação da terra gerou intensas batalhas entre Estado, particularmente as polícias, trabalhadores sem terra, e fazendeiros. Nelas, a violência e o uso de armas tem sido uma constante e a prisão um dos mecanismos utilizados no controle social da população.

Em paralelo, questões sobre direitos humanos e judicialização dos conflitos sociais ganharam corpo e determinaram o comportamento de agentes públicos. Como exemplo, a recente morte da freira Dorothy Stang ocorrida no Pará, resultante de conflitos de terra existente na região e a cobrança dos organismos internacionais para a rápida solução do homicídio fizeram com que o Procurador Geral da República suscitasse o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. Como tratado por Bicudo e Lima, em artigo para o Boletim do IBCCRIM (março de 2005), essa medida, por parte da União, traz à baila a discussão a respeito do possível rompimento do pacto federativo, com afronta ao art. 34, da Constituição Federal, posto que pedido de deslocamento para a Justiça Federal se baseou na grave violação aos direitos humanos, o que, em si, é relevante, mas não observou se a Justiça Estadual, por meio de seu aparato repressivo, era ineficiente ou muito morosa na apuração dos fatos, tal como previsto na Constituição. Os autores aproveitam tal discussão para indagarem se, nesse caso, o pedido foi baseado apenas num dos pilares previstos na Constituição em razão da desconsideração ao pacto federativo ou, também, pela impossibilidade de se obter informações e estatísticas sobre determinados aspectos que envolvem os conflitos agrários no Brasil.

Não há dúvida que a morte de pessoas ligadas ao movimento sem terra, tal qual vem ocorrendo no Pará, configura uma afronta aos direitos humanos e aos tratados que o Brasil se comprometeu internacionalmente a respeitar. Contudo, este é apenas um dos requisitos necessários para o deslocamento de competência, e não o único. Investigar a observância dos demais requisitos seria, assim, também um modo de comprometer as instituições estaduais com práticas democrá-

ticas de resolução de conflitos. Traçando um paralelo com a competência das cortes internacionais para julgamento das violações aos Direitos Humanos, tem-se que elas são competentes para tanto quando o Estado que cometeu a ofensa não quiser ou não puder apurar as ofensas cometidas (Bicudo e Lima, 2005).

Outra questão, não menos importante, que se coloca necessária nessa discussão é o fato de que os conflitos agrários, que resultam em violações aos direitos humanos, são produto de uma violência endêmica radicada nas estruturas sociais, enraizadas nos costumes, que se manifesta quer no comportamento de grupos da sociedade civil, quer nos agentes incumbidos de preservar a ordem pública. Isso permite apontar que no curso do processo democrático brasileiro persistem situações de solução violenta de conflitos sociais e nas relações intersubjetivas. Sob a perspectiva sociológica, compreender a persistência desse fenômeno implica questionar a simetria dos direitos políticos e civis propostos legalmente e vivenciados na prática; a ausência de mediações políticas e públicas capazes de assegurar a pacificação da sociedade (Bicudo e Lima, 2005).

Formalmente, a Constituição do Estado estabelece, em seu art. 126 que o Tribunal de Justiça do Pará designará juizes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias. O Poder Judiciário do estado, ao invés de designar juízes, optou pela criação de dez Varas Agrárias, mas atualmente, vale destacar, existem apenas duas Varas em funcionamento no Pará e elas também têm competência criminal, fato considerado ilegal por vários operadores do direito. A implantação das demais Varas está condicionada, segundo o art. 5.º da Lei 14/93, à disponibilidade de recursos "suficientes quanto às suas instalações, material e pessoal". Considerando a grande extensão do território paraense, é possível, logo de início, presumir as dificuldades cotidianas de se garantir justiça para estes fatos.

Dito isso, para além dos números de prisões efetuadas em razão dos conflitos agrários, a primeira etapa da pesquisa também buscou conhecer as percepções de operadores e envolvidos com a questão no Pará. Nesse sentido, como

complemento analítico dos números e sínteses dos processos de conhecimento identificados, foram pensadas entrevistas semi-estruturadas a partir de um roteiro dos elementos que deveriam ser indagados aos informantes e, dependendo do desenrolar das respostas, guiar a conversa com os pesquisadores. Em relação aos trabalhadores sem terra, elas foram realizadas no dia 21.04.2005 na cidade de Marabá, sul do Pará e foco de violência no campo. Já as entrevistas com o titular da Delegacia de Conflitos Agrários do Pará e com o juiz responsável pela Vara de Conflitos Agrários de Marabá foram feitas na Capital, Belém, no dia seguinte, 22 de abril, na sede da Delegacia de Crimes Ambientais – DEMA, local que abriga a delegacia de conflitos agrários, e no TJ/PA. Ambos os operadores da lei têm jurisdição sobre a área de Marabá.

O roteiro elaborado procurava captar as visões, experiências, percepções e/ou compreensão dos informantes sobre aspectos relacionados a: ocupação da terra, paz/violência, legislação, imparcialidade (instituição/operador), situações que levam à prisão, natureza social/penal, mudança na legislação, abusos no tratamento de presos, federalização dos crimes por conflitos agrários (EC 45/2004). A transcrição integral das entrevistas não foi contemplada neste estudo. No entanto, alguns pontos chave são vistos como relevantes de serem destacados, ou seja, foi possível identificar linhas e idéias-força que merecem uma atenção especial. Em primeiro lugar, pelo lado dos trabalhadores sem terra, o modelo de organização do MST provoca a hiperpolitização da questão agrária e desloca, nas falas, o foco para o debate sobre classes sociais e dominação econômica. A questão da terra estaria associada ao modo de produção capitalista e a sua ocupação enfrentaria a resistência dos aparelhos de Estado encarregados de manter a ordem estabelecida. Paralelamente, os discursos valorizam modelos coletivos de cultivo do solo e técnicas que contemplem o pequeno produtor. Há a preocupação com a chave do "politicamente correto", na qual, por exemplo, gênero é um elo interpretativo que merece dedicação.

Em relação às prisões, as entrevistas indicaram que elas fazem parte da história do movimento e das pessoas e são vistas como reação ao trabalho realizado, muitas vezes utilizadas de maneira discricionária pela Polícia, como, por exemplo, casos nos quais as lideranças são presas nas mesmas celas de pistoleiros, numa tentativa, segundo eles, de intimidação.

Além disso, os entrevistados que já haviam passado pela experiência da prisão afirmaram que as condições práticas do encarceramento estavam muito aquém do minimamente razoável em termos de respeito aos direitos humanos: celas pequenas e superlotadas; comida insuficiente, de má qualidade e acrescida de "remédio para deixá-los mais calmos", numa alusão a uma "verdade" do cárcere que habita o imaginário dos presos no Brasil e que tem relação com o acréscimo de "salitre" da alimentação como estratégia de diminuição da libido da população carcerária. Todavia, essa é uma afirmação que não pode ser confirmada e, por conseguinte, ser tomada como fato sem antes uma investigação mais aprofundada.

Em termos específicos aos conflitos agrários, os membros do MST entrevistados também contaram que o tratamento dispensado no momento das prisões foi desigual, pautado pelo *status* de liderança ou não dos presos. Um dos entrevistados estava com outros membros do MST quando a Polícia chegou para efetuar prisões, mas ele, liderança, foi o único a ser algemado com as mãos para trás e, depois, foi mantido isolado dos demais presos e, como já mencionado, foi colocado numa cela com um pistoleiro doente. Por fim, a prática de algemar os presos com as mãos para trás foi duramente criticada em razão de gerar dificuldades para locomoção.

Já a fala do delegado responsável pela questão dos conflitos agrários no país revelou a aderência de discursos técnico-profissionais na gestão da segurança pública no País. Estes discursos, como destaca a literatura da área,[1] foram a

1. TAVARES DOS SANTOS, J. V. (2002). *The world police crisis and construction of a democratic policing*. Internation Sociological Association – ISA. Paper.

forma encontrada pelas instituições policiais para modernizarem-se, darem respostas às demandas por padrões democráticos e humanitários de policiamento e, ao mesmo tempo, manterem o controle sobre o seus modos de funcionamento e organização, num processo de reforço da burocracia policial e, portanto, de posições de poder. Um ponto que parece consenso entre a área policial do Pará, uma vez que foi destacado pelo delegado e pelos policiais militares responsáveis pela inteligência da Secretaria de Segurança Pública, nossos contatos para o agendamento das entrevistas em Belém, é que o conflito de Eldorado dos Carajás, que teve grandes repercussões nacionais e internacionais, mudou o modo como o Executivo Estadual lida com casos de natureza semelhante. Para os policiais, Eldorado dos Carajás provocou a profissionalização da atividade de polícia para conflitos agrários e exigiu que fossem adotadas medidas de mediação, gerenciamento de crise, planejamento de ações e reforço de cadeia de comando, na tentativa de evitar novos "desastres".

Para o entrevistado, a legislação é adequada e os conflitos agravaram-se pela ação de entidades e movimentos sociais. A razão disso está na desigualdade social e no poder econômico. Um exemplo citado foi a afirmação do delegado de que, muitas vezes, ele suspeita de quem tenha sido o mandante de um crime, mas pouco pode fazer, até em razão desse mandante ser, em alguns casos, a pessoa responsável por financiar a ida dele ao local do crime por meio do pagamento de passagem, combustível, hospedagem e alimentação. Esse exemplo indica que o policiamento fica dependente de trocas entre as lideranças locais e o Estado, que não fornece condições de trabalho e permite práticas como a citada. Aliado a isso, o delegado é o único titular de conflitos agrários no estado[2] e tem que percorrer todo o território estadual para implementar a política de segurança estabelecida.

No cotidiano, o entrevistado conta com o apoio das delegacias territoriais, que são responsáveis pelo primeiro atendimento, mas, de acordo com ele, nem

2. A Delegacia de Conflitos Agrários conta com o titular, uma escrivã e um motorista.

sempre sabem o que fazer. O entrevistado contou, ainda, que as prisões têm diminuído nos últimos anos e estratégias de mediação têm sido valorizadas. As prisões têm sido reservadas para casos de grilagem e de pistoleiros. Por sinal, nesses casos, o delegado afirmou ser muito difícil localizar os mandantes, pelos motivos já descritos e que provoca uma relação viciada entre público e privado, e, em especial, pelo assassinato dos intermediários.[3] Por fim, o delegado criticou o uso exagerado, na sua opinião, de recursos jurídicos por parte de advogados, pois isso estaria dificultando o trabalho de punição da violência no campo.

O caso da irmã Dorothy foi citado como um exemplo de processo que está caminhando rapidamente, mas, agora, com a entrada dos "bons advogados" para defenderem os fazendeiros o processo tende a demorar e, com isso, sair do foco da mídia, aumentando as chances de que os mandantes sejam inocentados. Todo o esforço é no sentido de descaracterizar os crimes comuns ocorridos no campo como conflitos agrários. A idéia é dar liberdade para a polícia tipificar os crimes agrários e daí sim exigir o tratamento específico. Em relação às condições práticas das prisões, o entrevistado afirmou que "eventuais" abusos ocorrem em circunstâncias em que a situação é tensa, os sem-terra "provocam", "ameaçam" a polícia, cercando os policiais (em número reduzido), levantando as foices, etc. Segundo ele, as provocações são constantes e o contato físico favorece abordagens violentas, num reconhecimento implícito de que a violência policial ainda é uma questão no Pará.

Para concluir, a entrevista com o juiz reforça o foco nos aspectos técnico-processuais do tratamento judicial e policial dos conflitos agrários, mas, ao contrário do delegado, este entrevistado acha que a legislação existente não permite que o conflito seja visto enquanto tal. Há um abuso do uso do art. 312 do Código de Processo Penal, que determina as condições para a prisão do acusado/indicia-

3. No *modus operandi* dos "contratos" de assassinatos, o mandante encomenda a morte de uma pessoa para um primeiro intermediário, que repassa para outro intermediário e esse, finalmente, contata o pistoleiro.

do, ao se utilizar sem distinção a alegação do risco à ordem pública. As origens socioeconômicas dos conflitos agrários também foram destacadas pelo juiz e, também, o uso excessivo de recursos por parte dos advogados. O entrevistado procurou manter-se numa postura técnica e, por isso, avaliou que os requisitos para as prisões de pessoas por conflitos agrários estão sendo, não obstante casos isolados de descumprimento, respeitados. No que diz respeito à competência para julgar crimes, foi dito que ela está sendo transferida para as Varas Comuns e que em breve isso não será mais sua atribuição.

## 3. Considerações finais

O estudo qualitativo das prisões motivadas por conflitos agrários no Estado do Pará será apresentado nos próximos textos da RBCC, mas ressalta-se que a leitura conjunta dos números disponíveis, processos judiciais selecionados e das notas de campo da visita ao Pará permite algumas importantes conclusões sobre a realidade social naquele estado. Tanto os processos, quanto as entrevistas e as notas de campo dão pistas de que o Estado do Pará, desde o massacre de Eldorado dos Carajás, mudou, de fato, a forma de lidar com conflitos agrários. Houve, inegavelmente, a tentativa de se constituir mecanismos de mediação e resolução de conflitos, com ênfase no trabalho de capacitação dos profissionais da segurança pública. O Poder Judiciário foi provocado a se posicionar e houve a previsão das Varas Agrárias. Há, de acordo com profissionais do direito, uma distorção que parece que será logo equacionada, que atribui competência criminal às Varas Agrárias o que, diante das dificuldades indicadas, comprometeria as garantias fundamentais do indivíduo. Outro ponto importante a ser ressaltado é a existência de ampla e antiga mobilização de movimentos sociais, cujo resultado significa que há disponibilidade de defensoria gratuita, em especial patrocinada pelo MST e pela CPT e acessível a todos. Os processos confirmam que as prisões são um problema mais localizado no âmbito policial e as entrevistam indicam que, não obstante os aspectos formais, a discricionariedade dos operadores é muita elevada.

Desta forma, é possível afirmar que as prisões no Estado do Pará respeitam formalmente os ritos e previsões legais, sendo, por conseguinte, respeitadas as condições para a negação do direito a liberdade. Os aspectos técnicos são observados e, quando não, há a mobilização ou de advogados constituídos ou o apoio de advogados do MST, da CPT e de outros movimentos sociais com condições técnicas e políticas de reverter decisões.

Em outras palavras, o Estado de Direito é o arcabouço e o modelo de ação pública hoje no Pará. Todavia, a realidade descrita suscita a reflexão sobre os significados que direito e justiça assumem. Trata-se de se questionar se as prisões por conflitos agrários, não obstante seguirem o rito legal previsto, não são apropriadas como instrumento de controle social de uma parcela apenas da população: os relatos sobre a dificuldade de se punir os mandantes e a recorrência de prisões de sem terra seriam exemplos. O grau de liberdade ou, mesmo, de incerteza em se classificar um fato como conflito agrário impede o monitoramento de casos e invisibilizam excessos. Em complemento, as práticas cotidianas e as condições às quais os presos são submetidos indicam a permanência de situações de desrespeito aos direitos humanos, precariedade de recursos materiais, humanos e a inexistência de equipamentos prisionais adequados.

Se isso é fato, teríamos um simulacro de garantias fundamentais que torna ainda complexo o desenho de políticas e estratégias de intervenção. Ou seja, a legitimidade de se pensar intervenções de agências federais, multilaterais e/ou de incentivo à proteção de direitos enfraquece-se na diluição dos discursos contestadores e na existência de práticas jurídicas fundadas nos aspectos técnico-formais. A judicialização dos conflitos agrários configura-se, dessa maneira, menos na garantia dos direitos dos indivíduos e mais na reificação de papéis e processos históricos e sociais. Nesse movimento, propor desenhos de intervenção parece que somente terá sucesso se for por meio de projetos que foquem a capacitação e valorização dos profissionais da segurança e da justiça, especialmente os advoga-

dos que atuam na defesa dos militantes dos movimento sociais. Do contrário, propostas que se fundamentem em afirmações sobre o desrespeito de garantias no momento das prisões seriam refutadas.

A transformação do simulacro em realidade pode, assim, ser objeto de intervenção externa às instituições locais e, mesmo, acredita-se que somente a atuação de outras agências é que provocará a consolidação das garantias constitucionais. Em assim sendo, quaisquer projetos devem levar em consideração o respeito formal de direitos e a montagem de estratégias de superação das dificuldades logísticas e burocráticas que impedem a distribuição de justiça hoje no campo. Pensar a intervenção no plano do ensino é, com certeza, uma tática de legitimação, que tem demonstrado sucesso em profissionalizar as Polícias brasileiras, mas não é única forma de ação. O fato é que o investimento na criação de sistemas de monitoramento e informações sobre pessoas presas por fatos que estejam associados a conflitos agrários e, também, o investimento na capacitação de profissionais é, a nosso ver, o instrumento que melhor otimiza a ação pública, estatal ou não. A inexistência de sistemas de formação e informação permite que simulacros sejam tomados como realidade e a justiça se distancie do direito.

Em suma, a pesquisa conclui que as prisões motivadas por conflitos agrários estão justificadas nas práticas jurídicas, mas estão distantes de significarem distribuição efetiva de justiça. Os dados obtidos revelaram que o tratamento dispensado às prisões e, mesmo, aos próprios conflitos agrários busca reduzir o problema exclusivamente à dimensão criminal envolvida. Todavia, o efeito dessa opção é a permanência do que Theodomiro Dias Neto[4] afirma como sendo a redução de políticas de segurança ao espaço da política criminal notadamente marcada pela intervenção penal. Seria a supremacia de um ponto de vista criminalizador na interpretação dos conflitos sociais, no qual direitos civis e humanos não estão

4. DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança urbana: o modelo da nova prevenção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

contemplados como objeto das políticas públicas conduzidas pelas instituições de justiça criminal.

Enfim, o estudo do Núcleo de Pesquisas traz à tona um exemplo das dificuldades colocadas à incorporação de requisitos democráticos na operação cotidiana do sistema de justiça brasileiro, mas, também, indica a necessidade de revisão de práticas cotidianas ou burocráticas, de superação da visão estritamente penal, como estratégia de se aumentar a efetividade do sistema, ou seja, a garantia equânime dos direitos constitucionais previstos.

# 4. O Direito em Ação

## 4.1 Parecer

# Apresentação do parecer sobre proposta de projeto para "administracionalizar os benefícios da execução penal", do Movimento Antiterror

Alexandre Wunderlich
Coordenador-geral do Movimento Antiterror.
Prof. Coord. do Dep. de Direito Penal
e Direito Processual da PUC-RS.

A partir da crise atual do direito penal brasileiro, nasceu um novo *movimento de resistência constitucional*, que atua contra a prática reiterada de arbitrariedades ocorridas no âmbito da produção legislativa criminal, que vem intensamente marcada por uma imoderada expansão.

É neste cenário de desorganização legislativa que surgiu o Movimento Antiterror, formado por um grupo de operadores do Direito que atuam na área das ciências criminais, todos comprometidos com a intransigente defesa do Estado Democrático de Direito e dos princípios fundamentais da República.

O Movimento, assim como inúmeras entidades compromissadas com a efetividade do texto constitucional de 1988, tem assumido publicamente o papel

da realização de uma incansável resistência teórica e prática em favor do sistema de garantias e, principalmente, da defesa de um direito penal de *ultima ratio*, embasado no processo de racionalização das leis penais.

Agora, o Movimento Antiterror, por meio da importante Revista Brasileira de Ciências Criminais, leva ao conhecimento da comunidade jurídico-penal e da sociedade civil, o presente parecer sobre a proposta de projeto para "*administracionalizar os benefícios da execução penal*", de autoria do Secretário de Estado da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, aprovada, por maioria, em 10.11.2005, no Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária (CONSEJ).

O parecer é uma resposta ao equivocado intento de *desjurisdicionalização* da execução penal. O texto que ora recebe publicidade, foi originariamente redigido por uma comissão de membros do Movimento Antiterror, composta pelo ilustre Prof. René Ariel Dotti, Alexandre Wunderlich e Kenarik Boujikian Felippe que, trabalhando desde dezembro de 2005, com verdadeiro espírito de doação e recíproca contribuição intelectual, concluiu a versão principal de um texto-denúncia, em janeiro de 2006.

O trabalho da comissão foi divulgado aos membros do MAT pela *web*, sendo acrescido com sugestões e manifestações de apoio de diversos agentes atuantes na área das ciências criminais, inclusive, dos professores e co-redatores da Lei de Execução Penal, Miguel Reale Jr, Ricardo Andreucci e Jair Leonardo Lopes. A velocidade da comunicação foi impressionante. A intensidade da resposta do Movimento é fruto do efetivo "debate virtual" entre os seus membros, ocorrido durante os meses de fevereiro e março do ano fluente.

O texto final acabou sendo ratificado por inúmeras outras entidades apoiadoras, sendo formalmente entregue aos órgãos do governo, por oportunidade da realização de Audiência Pública na Assembléia Legislativa de São Paulo, realizada pela Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa e pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 16.03.2006.

A idéia é realizar uma ampla campanha em favor da manutenção do sistema trazido pela Lei de Execução Penal (1984), recepcionado pela Constituição da República (1988), para que não ocorra, vez mais (lembre-se do RDD!), retrocesso histórico no campo do direito de execução penal e do penitenciarismo como um todo.

# Desjurisdicionalização

# Parecer sobre proposta de projeto para "*administracionalizar os benefícios da execução penal*"

**Sumário:** 1. Introdução: o Movimento Antiterror e a resistência à legislação de pânico – 2. A proposta de projeto de lei para "administracionalizar os benefícios da execução penal": texto aprovado pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária – CONSEJ – 3. As razões da proposta do projeto de lei: *supostas vantagens em sede de execução* – 4. A proposta de projeto e a Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84: *incompatibilidade com o sistema* – 5. A proposta de projeto de Lei e a Constituição da República de 1988 – *Inconstitucionalidade* – 6. Considerações finais.

## 1. Introdução: o Movimento Antiterror e a resistência à legislação de pânico

O Movimento Antiterror é formado por um grupo de operadores do Direito que atuam na área das Ciências Criminais e afins, todos comprometidos com a intransigente defesa do Estado Democrático de Direito e os princípios fundamentais da República, consagrados constitucionalmente, como o da *cidadania* e o da *dignidade da pessoa humana*.[1]

1. In: DOTTI, René Ariel. *Movimento Antiterror e a missão da magistratura*. 2. ed, Curitiba: Juruá, 2005, p. 29-30. A Carta de Princípios do Movimento Antiterror foi publicada em diversos

Sublinhe-se que a reação inicial do Movimento Antiterror surgiu com o Projeto de Lei 5.073/2001 e o seu Substitutivo, (posteriormente convertidos na Lei 10.792/2003), que, alterando a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), instituiu o *Regime Disciplinar Diferenciado*, com o nefasto isolamento celular de até 720 dias e maculou, destarte, princípios básicos do texto constitucional, verdadeiro *Regime Da Desesperança*, na feliz expressão cunhada pelo Prof. René Ariel Dotti.

Agora, uma nova *legislação de ocasião* ameaça surgir, isto porque o Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária aprovou proposta de projeto de lei que visa "*administracionalizar os benefícios da execução penal*".

Cabe sublinhar que a denúncia foi trazida à baila pelo Prof. René Ariel Dotti, na cidade de Porto Alegre, em outubro de 2005, por oportunidade da realização do IV Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais do ITEC/RS, evento em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bitencourt. Durante o congresso, os palestrantes que tiveram ciência da iniciativa de alteração da Lei de Execução Penal aprovaram, à unanimidade, nota de contrariedade ao intento. Posteriormente, a nota de repúdio foi publicada no Boletim 156 do IBCCRIM, em novembro de 2005.

A partir disso, o Movimento Antiterror iniciou ampla discussão sobre o tema, sendo deliberado que uma comissão redigiria o presente parecer, a fim de executar-se um trabalho coletivo. Desta forma, o Movimento Antiterror, com o apoio e a contribuição de todas as entidades que subscrevem este documento, é instado, em nome do Estado Democrático de Direito e da Constituição da República, a se manifestar sobre a proposta de Projeto de Lei que visa "*administracionalizar os benefícios da execução penal*".

periódicos nacionais, destaca-se a *Revista de Estudos Criminais*, n. 10, pub. do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais – ITEC – PUC/RS, POA: Notadez, 2003, p. 07 et seq.

## 2. A proposta de projeto de lei para "administracionalizar os benefícios da execução penal": texto aprovado pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária – CONSEJ

Em 10.11.2005, o Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária (CONSEJ) aprovou, por maioria de votos, a proposta do Secretário de Estado da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, Dr. Nagashi Furukawa, também Presidente do CONSEJ, respeitante à "administracionalização de alguns direitos das pessoas presas, ocorrentes no cumprimento da pena privativa de liberdade."

A idéia veio justificada pelo fato de que "a política penitenciária busca continuamente, em virtude do superpovoamento prisional, novos modelos de gestão eficiente na administração dos estabelecimentos penais."

A introdução-justificativa do aludido projeto cita como "exemplo bem sucedido" a "parceria com sociedades civis, sem fins lucrativos, para gerência comum de presídios". Seguindo a linha do "princípio da eficiência nos negócios públicos", a sugestão legislativa refere, como exemplo, que "o Poder Judiciário paulista atribuiu à Secretaria da Administração Penitenciária, mercê de pareceres do Tribunal de Justiça, a competência para disciplinar a movimentação dos presos entre as várias unidades do sistema, bem como para traçar normas sobre as visitas às pessoas presas ou internadas." Assim, a justificativa estabelece que "tanto aquela parceria como tais competências não se afastam, contudo, do controle jurisdicional, sempre atento para conhecer e apreciar qualquer lesão a direito individual ou coletivo."

A partir do caótico cenário da execução penal no país, a proposta de projeto foi alicerçada no argumento de que "com a pletora de feitos a atravancar os cartórios dos Juízos", o que se busca é "a administracionalização dos benefícios

requeridos pelos interessados no curso do cumprimento das penas impostas, sem que haja nenhuma afronta ao princípio da jurisdicionalização..."

Então, diante desse dado objetivo – o invencível número de feitos penais –, quando o Juiz da Execução Penal não decidir sobre as hipóteses de *progressão e regressão de regime*, *livramento condicional*, *indulto* e *comutação de penas*, *remoção interestadual* decidirá a Administração Pública. Ou seja, o raciocínio é simples: diante da notória omissão do Judiciário, é melhor delegar o poder de decidir para o Executivo, sob pena de restarem relegados os direitos dos presos.

Com o argumento que é servido com roupagem "garantista", a proposta registra que "a administracionalização dos benefícios insere-se de forma congruente no resgate do valor do que faz (e não do que sente, pensa ou pretende) o preso durante a execução de sua pena." "O administrador, observando a conduta externa de seus administrados na unidade prisional, mediante critérios preestabelecidos e conhecidos de todos, está plenamente apto, se for o caso, a aboná-la e deferir o requerimento de progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação de pena."

Ainda de acordo com a introdução-justificativa, a adoção de tal medida não exclui os controles ministerial e judicial. Isto porque, segundo ela, "à semelhança do modelo anglo-saxônico, o administrador sempre prestará contas ao Juízo executório, que poderá rever a qualquer tempo, provocado pelo fiscal da lei ou pela parte prejudicada, os atos concernentes àqueles benefícios, e promover a responsabilização do funcionário público faltoso, em hipótese de ocorrência de quaisquer irregularidades nos procedimentos formulados e resolvidos nos estabelecimentos penais."

Seguindo esta tortuosa linha argumentativa, a proposta enfatiza que "a Administração Pública contemporânea imita o Poder Judiciário", no que tange à *legalidade*, *ampla defesa* e *motivação* de seus atos, tentado fazer crer que não haverá qualquer prejuízo ao cidadão apenado ou ao sistema penal.

Por fim, no que se circunscreve à Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), a proposta em testilha acrescenta dois parágrafos ao art. 73 da SEÇÃO II, do Departamento Penitenciário Local. Eis a redação sugerida:

Art. 73. A legislação local poderá criar Departamento Penitenciário ou órgão similar, com as atribuições que estabelecer.

*§ 1.º Se o juiz da execução exceder o prazo de trinta dias, sem proferir sentença, os pedidos previstos nos artigos 66, inciso III, letras b e e, inciso V, letra h, e 193 desta Lei serão decididos pela autoridade administrativa, com posterior revisão judicial e ouvidas as partes.*

*§ 2.º Caberá às autoridades administrativas das unidades federativas decidir e promover, de comum acordo, a remoção do preso condenado ou provisório, sem prejuízo da indicação do estabelecimento prisional adequado para abrigá-lo, a cargo do juiz competente receptor, na hipótese de remoção interestadual (artigo 86, § 3.º, desta Lei).*

## 3. As razões da proposta do projeto de lei: *supostas vantagens em sede de execução*

A proposta de projeto de lei aprovado pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária estabelece um rol com *seis razões* que estão a justificar, como pensam alguns de seus membros, a adoção da "administracionalização dos benefícios" (em verdade, são *direitos dos apenados*, os quais não devem ser confundidos com meros *benefícios*, como todos sabem de há muito). Segundo exposto no arrazoado de introdução do *disegno di legge*, estas são as (supostas) vantagens em sede de execução penal:

(a) *Geração de vagas e rotatividade carcerária planejadas*, uma vez que com "a administracionalização propugnada, os benefícios serão deferidos no tempo certo, imediatamente após (ou no mesmo dia) o cumprimento das condições objetivas para pleiteá-los". Assim, ocorreria "a rotatividade prisional" que "pode-

rá ser corretamente equacionada", sendo que "as progressões de regime, aliadas às solturas motivadas pela concessão de livramentos condicionais determinarão o aumento do dinamismo interno do sistema."

(b) *Individualização da pena e reincorporação do autor à comunidade*, pois a administracionalização dos benefícios propiciará "um espaço mínimo à personalização da pena", "para individualizar sua permanência na penitenciária e propor-lhe um projeto de reintegração social."

(c) Diminuição da *tensão carcerária*, "pois, garantidas a certeza da pena e suas alterações no espaço e no tempo, constrói-se no espírito do recluso a viabilidade de um projeto existencial compatível com seus anseios e as regras disciplinares". Desta forma a medida trará "uma tensão carcerária suportável", com "controle dos atos de insurreição, produzidos na maioria das vezes pela falta de informes sobre os requerimentos dos sublevados e a prorrogação injustificada das respectivas decisões."

(d) Construção de uma *execução penal garantista*, pois a nova redação do art. 112 da LEP "expungiu do procedimento de benefícios os erros trazidos pela valorização, na maioria dos casos depreciativa, da personalidade do preso." Segundo as razões do projeto, "revogado o parágrafo único do art. 112 em pauta, as garantias do sentenciado foram postas a salvo" e, assim, "de agora em diante, a par da fração de tempo requerida para a concessão do benefício, mede-se tão-somente a conduta ostensiva do preso, tomando-a por boa se suas ações, aferidas no cotidiano penitenciário, estiverem de acordo com os regulamentos da unidade prisional."

(e) *Atividades do juiz de execução e do promotor de justiça não serão excluídas*, isto porque "à semelhança do modelo anglo-saxônico, o administrador sempre prestará contas ao juízo executório, que poderá rever a qualquer tempo, provocado pelo fiscal da lei ou pela parte prejudicada, os atos concernentes àqueles benefícios, e promover a responsabilização do funcionário público faltoso, em hipótese de ocorrência de quaisquer irregularidades nos procedimentos formulados e resolvidos nos estabelecimentos penais." Outro ganho, segundo o projeto é que

"desembaraçados de uma quantidade excessiva de processos, magistrado e promotor desempenharão as suas competências e atribuições de modo exemplar, máxime no tocante às inspeções e visitas periódicas às prisões."

(f) Manutenção da *legalidade na execução penal*, uma vez que "a Administração Pública contemporânea imita o Poder Judiciário e segue-lhe as pegadas a propósito das decisões sobre os administrados". Em síntese, segundo as razões do projeto, a legalidade estará assegurada, pois os processos administrativos estão amparados pelos princípios da ampla defesa e motivação das decisões.

## 4. A proposta de projeto e a Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84: *incompatibilidade com o sistema*

Indiscutivelmente, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) foi um grito de alforria para os presos brasileiros, na medida em que foi o marco final de um período de tratamento da execução penal com índole predominantemente administrativa.

A partir do humanismo reformador imposto pela Comissão Redatora do Anteprojeto que deu origem à Lei de Execução Penal, o apenado, ao menos no plano normativo, deixou de ser tratado como mero *objeto* da Administração Pública, para ser sujeito de direitos em sede de execução penal. Com a edição da Lei de Execução Penal, o processo executório passou a estar amparado no princípio da *legalidade* e na *tutela jurisdicional* de forma continuada.

Nesse sentido, se lançarmos um olhar retrospectivo pela história recente do país, especialmente a partir do excesso de leis penais da década de noventa, muitas delas redigidas sem qualquer técnica legislativa, descortinar-se-á, indiscutivelmente, quer sob o ponto de vista doutrinário ou quer a vertente político-criminal, que a Lei 7.210/84 é um dos poucos respiradouros dos princípios humanistas no atual sistema punitivo.

A verdade é que a Lei de Execução Penal trouxe um *novo sistema de execução de penas*, reorganizado sistematicamente a partir (e principalmente) da tu-

tela jurisdicional. O juiz, enquanto executor da decisão condenatória, tornou-se o *garante da legalidade*, não podendo ser eliminado em hipótese alguma, sob pena de supressão da jurisdição. Em resumo: o juiz funciona como base fundamental do sistema processual de garantias em sede de execução penal.

Não restam dúvidas de que a comissão redatora do anteprojeto de lei que deu origem à Lei de Execução Penal trabalhou com independência e visou restringir a atividade da administração pública, proporcionando ao apenado a apreciação de seus direitos pelo juiz. Normatizada, pois, a "jurisdicionalização" da execução da pena.

Esta verdadeira evolução da retrógrada *administracionalização* para a *jurisdicionalização* constou em diversos itens da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, fundamentalmente quando os redatores afirmaram que "vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal."[2] Ou ainda, quando referiram que "o projeto reconhece o

2. Item 10 da Exposição de motivos da Lei 7.210/84. Outros itens da Exposição de motivos também são importantes para compreensão da superação da administracionalização, por exemplo: Item 15: À autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no art. 2.º, se estabelece que a "jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal". Item 90: Essa compreensão sobre o caráter administrativo da execução tem sua sede jurídica na doutrina política de Montesquieu sobre a separação dos poderes. Discorrendo sobre a "individualização administrativa", Montesquieu sustentou que a lei deve conceder bastante elasticidade para o desempenho da administração penitenciária, "porque ela individualiza a aplicação da pena às exigências educacionais e morais de cada um" (*L'individualisation de la peine*, Paris, 1927, p. 267/268). Item 91: O rigor metodológico dessa *divisão de poderes* tem sido, ao longo dos séculos, uma das causas marcantes do enfraquecimento do *direito penitenciário* como disciplina abrangente de todo o processo de execução. Item 93: Esse juízo especializado já existe, entre nós, em algumas Unidades de Federação. Com a transformação do Projeto em lei, estamos certos de que virá a ser criado, tão celeremente quanto possível, nos demais Estados e Territórios. Item 171: Pode-se afirmar com segurança que a execução, no processo civil, guarda mais fidelidade, aos limites da sentença, visto que se movimenta pelos caminhos rigorosamente traçados pela lei, o que nem sempre ocorre com o acidentado procedimento executivo penal. A explicação maior para essa diferença de tratamento consiste na previsão

caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, avoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e *jurisdicionalizam* a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro do Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Criminal."[3]

O fenômeno *administracionalização-jurisdicionalização* foi identificado pela doutrina, a qual, de forma uníssona, aplaudiu o avanço histórico, bem como suas conseqüências garantistas em pleno regime autoritário. Nessa linha, destacou-se o trabalho fundamental dos Professores Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo[4] que, desde 1985, vem orientando a dogmática pós-Lei de Execução Penal. Mais recentemente, em sua tese, o Professor Salo de Carvalho reconstrói o processo de evolução e identifica que a doutrina bem acentuou que o apenado deixou de ser objeto para ser titular de posições jurídicas de vantagem, fundamentalmente como *sujeito* de relação processual.[5]

A partir da Lei de Execução Penal, a jurisdicionalização passou a funcionar como *eixo fundamental* do sistema de garantias e restrições de direitos. Neste passo, como assinala Miguel Reale Júnior, "a legislação ordinária antecipou-se à Constituição de 1988, que deu *status constitucional* às diretrizes já constantes da

de sanções específicas para neutralizar o excesso de execução no cível – além da livre e atenuante presença da parte executada –, o que não ocorre quanto à execução penal. A impotência da pessoa ou internado constitui poderoso obstáculo à auto-proteção de direitos ou ao cumprimento dos princípios de legalidade e justiça que devem nortear o procedimento executivo. Na ausência de tal controle, necessariamente judicial, o arbítrio torna inseguras as suas próprias vítimas e o descompasso entre o crime e sua punição transforma a desproporcionalidade em fenômeno de hipertrofia e de abuso do poder.

3. Item 12 da Exposição de motivos da Lei 7.210/84.

4. *Penas e medidas de segurança no novo código penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1985.

5. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo penal de Luigi Ferrajoli no Brasil.* 2. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Parte Geral e da Lei de Execuções Penais de 1984."[6] Como é cediço, a partir da Constituição da República de 1988, a tutela jurisdicional em sede de execução penal recebeu redobrada importância, pois elevada ao patamar de garantia constitucional do cidadão. Basta lembrar, para tanto, que a exigência de apreciação judicial dos incidentes da execução penal é um importante fator de imparcialidade da decisão, na medida em que confere um distanciamento necessário entre o juiz e o interessado-apenado. A experiência na execução penal, aliás, indica que os direitos do preso são normalmente lesados naqueles poucos incidentes que, ainda hoje, são ditados administrativamente (pense-se, por exemplo, nos abusos que freqüentemente ocorrem nos casos de aplicação de sanções nos procedimentos disciplinares).

Destarte, a pretensão de administrativizar-se a execução penal acaba por viciar todo o sistema no seu eixo fundamental, justamente na sua maior conquista, consubstanciada no *princípio da jurisdição*, corroendo a essência garantista da execução da pena e causando *intolerável retrocesso institucional e humano.* Isto porque, principalmente depois da vitória de 1984, foram abandonados os projetos orientados pela "ajurisdicionalidade" da execução penal, justamente porque neles é eliminada a importante conquista do apenado, a execução penal enquanto *espaço de jurisdição.*

Doutra banda, também cabe destacar que, dez anos após a publicação da Lei 7.210/84, o Ministério da Justiça reafirmou, em 1994, o processo de jurisdicionalização quando da implementação das "Regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil".

Disso tudo resulta, por óbvio, que a proposta de projeto de lei aprovado pelo CONSEJ está visivelmente na contramão da história do Direito de Execução Penal e do penitenciarismo como um todo.

6. Avanços e retrocessos. In: ANDREUCCI, Ricardo; e BARRA, Rubens Prestes (coord). *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 275.

Inegável que os pretendidos "acréscimos" ao art. 73 da Lei de Execução Penal são, de fato, "circunstanciais", pois atinentes aos casos de morosidade judicial. O texto disciplina que somente nos casos em que o julgamento dos processos nas Varas de Execuções Penais for *retardado por mais de trinta dias* a apreciação dos expedientes de benefícios regularmente instruídos restariam ao encargo da administração. Todavia, não se deve dar guarida a tal aberração, nem pela via da exceção.

Sintomático é que o mecanismo impõe temor aos juízes, pois endereça uma ameaça à judicatura. Ou, como muito bem cunhou o Professor Nilo Batista, *a surda por decurso de prazo!* Em síntese, a proposta de projeto prevê que não sendo apreciado o pedido no lapso temporal, a Administração decidirá pelo juízo. Um *tribunal de ocasião* forjado por uma atividade administrativa superveniente à condenação judicial.

Não é crível que se pretenda estabelecer uma espécie de término da atividade do Estado-Jurisdição se o juiz não atuar no prazo de *trinta dias*. Não se pode olvidar que o apenado ainda está a cumprir pena sob a tutela judicial, não sendo delegável a tarefa de decidir sobre os seus direitos – mesmo que chamados equivocadamente de "benefícios" na proposta de projeto.

Vê-se, claramente, que o processo de jurisdicionalização inserto na Lei de Execução Penal objetiva tornar eficaz o princípio da legalidade, assegurando os direitos dos apenados a partir da tutela jurisdicional. Por isso, constou no art. 1.º[7] do texto legal o conteúdo jurídico da execução penal e no art. 2.º,[8] que a jurisdição penal dos juízes ou Tribunais de Justiça originária será exercida, no processo de execução, na conformidade com a Lei e com o Código de Processo Penal. Além

7. Art. 1.º: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

8. Art. 2.º: A jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

disso, o art. 66[9] estabeleceu expressamente a competência do juiz de execução penal, inclusive para decidir sobre os *direitos* do preso e, ainda, o art. 194[10] acabou por fixar o procedimento judicializado, restando, pois, as decisões sujeitas ao direito de recurso previsto no art. 197.[11]

É nítida, por conseguinte, a *incompatibilidade da proposta do Projeto de Lei com a essência da Lei de Execução Penal.* O projeto é fundado em uma patologia: invencível número de feitos penais. No entanto, a saída é escapista, por não atingir o núcleo do problema. O pseudo argumento garantista serve, na verdade, para *inverter ideologicamente o discurso sobre os direitos humanos* em sede de execução penal – pretendendo assegurar benefícios, exclui-se a jurisdição.

Além de clara violação sob a ótica legal – mácula ao *princípio da jurisdição* –, a medida trará nefastas conseqüências para o sistema penitenciário que, desde já, podem ser diagnosticadas, ao menos, empiricamente.

Em primeiro, ao contrário de terminar com a *tensão carcerária*, a pretendida alteração legislativa sugerida no Projeto Nagashi poderá produzir pânico no já

9. Art. 66: Compete ao Juiz da execução: I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II – declarar extinta a punibilidade; III – decidir sobre: *a)* soma ou unificação de penas; *b)* progressão ou regressão nos regimes; *c)* detração e remição da pena; *d)* suspensão condicional da pena; *e)* livramento condicional; *f)* incidentes da execução. IV – autorizar saídas temporárias; V – determinar: *a)* a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; *b)* a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; *c)* a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; *d)* a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; *e)* a revogação da medida de segurança; *f)* a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; *g)* o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; *h)* a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do art. 86, desta Lei. VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; IX – compor e instalar o Conselho da Comunidade. X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir. (Incluído pela Lei 10.713, de 13.08.2003)

10. Art. 194: O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.

11. Art. 197: Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

sofrido ambiente carcerário. Haverá disputa entre os presos (e entre os seus advogados também) para que os pedidos sejam apreciados pelo juiz e não pelo carcereiro "de ocasião", representante da administração "do momento". O projeto estabelece prazo ao juiz, mas não o fixa para o administrador. Mais, a ordem de apreciação dos pedidos será estabelecida pelo administrador do estabelecimento penitenciário, ampliando seu poder sobre a massa carcerária, podendo atingir, inclusive, os direitos conquistados pelo apenado. Outro aspecto que tende a aumentar a tensão carcerária é o fato de o administrador do estabelecimento decidir sobre a remoção do interno, estando a possibilidade de dificultar ao apenado o convívio familiar ao alvedrio da administração.

Em segundo, haverá discrepância de critérios, violação à isonomia, pois previsível que o tratamento do juízo não será o da administração, seja pela formação diferenciada do juiz e do administrador, seja pela pretendida neutralidade/imparcialidade do juiz, que possui enorme responsabilidade política e social nas democracias modernas e que está bem distante do *jogo político* da administração pública que, mais das vezes, é alterada por posições ideológicas que dão suporte aos partidos e aos governos. A própria nominação dos direitos públicos subjetivos como "benefícios" na proposta legislativa é reflexo de ver-se o apenado como *objeto* e não como *sujeito*, ou seja: *pura lógica inquisitorial administrativa.*

Em terceiro, a administracionalização afasta o juízo do debate sobre os benefícios (que, como se disse, são direitos), sendo previsível o aumento da rede de corrupção das casas prisionais diante da proximidade do administrador-decisor com o administrado-interessado. Após o exame das questões que envolvem a proposta de projeto, pode-se atestar que se trata de um projeto que esconde a motivação real: aumento de poder nas relações intra-muros. O administrador deterá poder absoluto sobre a vida do encarcerado, aumentando a facilidade de corrupção estatal/institucional já patológica nos presídios.

Na realidade, o projeto prevê a criação de um novo sistema que estará a conviver com o sistema judicial. Dois sistemas diferentes: *judicial* e *administrati-*

*vo*. Entretanto, existe um único possível. O sistema é, de fato, o rígido sistema de garantias da Lei de Execução Penal que foi, inclusive, constitucionalizado no que tange ao princípio da jurisdição e tantos outros dogmas.

Este sistema de *execução penal garantista* advém da existência de uma *relação biunívoca* entre garantias substanciais e instrumentais, assim como proposta, por exemplo, por Luigi Ferrajoli, a fim de estruturar um modelo 'utilitarista reformado' embasado na máxima felicidade possível para a maioria não desviante e no mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante.[12]

Então, no modelo de democracia constitucional exsurge o *garantismo penal* como o sistema jurídico possível, escorado em duas órbitas de sólidos princípios constitucionais substanciais (penais) e instrumentais (processuais). As garantias são imprescindíveis tanto no plano estrutural como no plano funcional, na medida em que as garantias substanciais só serão efetivas quando objeto de uma instrumentalidade em que sejam asseguradas a imparcialidade, a veracidade e o controle.[13] Segundo Ferrajoli "*la correlación biunívoca entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio en matéria penal.*"[14]

Vê-se, por todo o exposto, que é insuportável a idéia de criação de um sistema administrativo-paralelo por meio de alteração da própria Lei de Execuções Penais. Como é sabido, não se pode resolver problemas administrativos por via da lei penal ou de execução penal, como sucedeu com a Lei 9.714/98 – que aniquilou o sistema de penas construído na reforma penal de 1984. Por outro lado, cabe lembrar que a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), bem como a lei que aumenta as penas para os delitos de falsificação de medicamentos, surgiram (casuisticamente) em ano eleitoral, como forma de produzir ilusão de segurança, por meio de maior repressão penal.

12. *Derecho y razón:* teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997, p. 537.
13. Op. cit., *Derecho y razón:* teoria del garantismo penal, p. 537.
14. Id. Ibid.

Por isso é que desde esta perspectiva, há de se criticar a proposta de projeto aprovada pelo CONSEJ, por sua total incompatibilidade com o sistema atual, fazendo coro com Gustavo Zagrebelsky quando afirma que "*el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como 'partes' del derecho, y no como 'todo el derecho*".[15]

## 5. A proposta de projeto de Lei e a Constituição da República de 1988 – *Inconstitucionalidade*

Além da proposta ser flagrantemente *incompatível* com o sistema judicializado estruturado pela Lei 7.210/84, nela identifica-se visível eiva de inconstitucionalidade.

Ao mesmo tempo em que a proposta de projeto de lei inclui um corpo estranho no atual sistema de execução penal e estabelece uma forma de *delegação da jurisdição* (se o juiz não apreciar o pedido no lapso de trinta dias), está negando o *princípio da jurisdição*, marco de todos os regimes democráticos. Esta espécie de denegação da jurisdição, em realidade é negação, pois revela negar ao preso o acesso à Justiça.

Como referido anteriormente, a Lei de Execução Penal é caracterizada essencialmente por sua *jurisdicionalidade* no tratamento das questões executórias, sendo esta, pós-Constituição da República de 1988, garantia constitucional inafastável.

A Constituição da República disciplinou os postulados que regem a liberdade individual em sede de execução penal, como também acolheu os preceitos básicos incluídos na Lei de Execução Penal, conduzindo a política penitenciária sob a égide de princípios pautados pelo respeito aos direitos do indivíduo sob a custódia do Estado.

Atualmente, a principiologia constitucional é base para o sistema de execução penal, servindo de diretriz aos aplicadores da lei, os juízes (e somente estes,

15. *El derecho dúctil:* ley, derechos, justicia, 2. ed., Madrid: Trotta, 1997, p. 153.

por imposição constitucional). O Estado-juiz deve, então, zelar pelos direitos e garantias constitucionais – também e principalmente – na esfera da execução penal, mormente quando se sabe que é nesta fase que ocorre a maior intervenção na liberdade do indivíduo.

Adequada e justa a concepção adotada por J.J. Gomes Canotilho quando leciona que o princípio básico do Estado de direito é o da *eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes.*[16]

Como afirmam canotilho e vital moreira, hoje está "definitivamente superada a idéia da Constituição como um simples concentrado de princípios *políticos*, cuja eficácia era a de simples *directivas* que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária." É inquestionável, segundo os autores, a jurisdicidade, vinculatividade e atualidade das normas constitucionais. "A constituição é, pois, um complexo normativo ao qual deve ser assinalada a função da verdadeira *lei superior do Estado*, que todos os seus órgãos vincula."[17]

Por isto, a proposta de projeto de lei não segue o referencial constitucional, mormente no que tange aos princípios relativos à Jurisdição, fundamentalmente, *princípio do juiz natural, princípio da imparcialidade do juiz* e *princípio da indeclinabilidade.* Afinal, o texto constitucional prevê expressamente que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*" (art. 5.º, XXXV, da CF/88) e que "*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*" (art. 5.º, LIII, da CF/88). Neste ponto, o desconhecimento da principiologia fundamental do processo penal – que foi tão bem exposta na doutrina nacional por autores como Paulo Cláudio Tovo e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho[18] – é visível no *disegno di legge.*

16. *Cadernos democráticos, Estado de direito.* Lisboa: Gradiva, 1999, p. 9.

17. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra editora, 1991, p. 43.

18. TOVO, Paulo Cláudio. Introdução à principiologia do processo penal brasileiro. *Estudos de direito processual penal.* Paulo TOVO (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 9-62. COUTINHO, Jacinto N. M. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudo Criminais*, n. 01, pub. Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais – ITEC – PUC-RS, POA: Notadez, 2001, p. 26 usque 51.

Além disto, a tarefa de interpretação da lei e sua aplicação ao caso penal concreto é atividade eminentemente judicial. No sistema de garantias não há espaço – como quer o projeto em exame – para qualquer ato administrativo que possa (tentar) romper com o atual sistema de direitos humanos constitucionalizados, logo, direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que o projeto de lei que delega jurisdição visando "administracionalizar os benefícios da execução penal" é inconstitucional, pois viola o princípio da jurisdição e, por reflexo, o próprio princípio da legalidade penal e sua garantia processual, que Nicolaz Gonzales-Cuellar Serrano, monografista no tema, adverte que gera, também, uma *garantia jurisdicional executória* (princípio de garantia processual na fase da execução da pena, *nulla poena sine executione*).[19]

O Brasil, país em que o Estado social ainda não despertou, experimenta longa simulação de modernidade que, ao mesmo tempo em que não permite que se chegue ao pleno caos, enseja escândalos que fazem retroceder a história da humanidade no seu próprio curso (leia-se, por tudo, o repugnante RDD!). A execução penal no Brasil vive, talvez, um dos momentos mais dramáticos da história e uma destas hipóteses de manifestação de abuso de poder e de retrocesso é a proposta que impõe a administracionalização da execução da pena.

Não se deve admitir tamanho retrocesso, pois constitui função institucional do Juízo da Execução o zelo pela efetivação da Lei de Execução Penal e da Constituição da República sempre em defesa do cidadão preso.

## 6. Considerações finais

Em sua edição de novembro de 2005, o editorial do *Boletim* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais aborda com sensibilidade e competência o assunto dos "novos ataques à execução penal".

19. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.* Madrid: Colex, 1990, p. 71.

O editorial observa que a partir da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), o regime do direito brasileiro de execução penal foi construído com base em três pilares fundamentais: *1.º)* Progressividade; *2.º)* Individualização; *3.º)* Jurisdicionalização.

Após analisar as vantagens da "progressividade na arquitetura original" da lei de execução penal, o texto indica os movimentos de regresso do sistema a partir dos anos 90.

Quanto à idéia da individualização – que deve existir nos três momentos do dinamismo penal, isto é, cominação, aplicação e execução da pena – o editorial o concebe como "um procedimento permanente de ajuste entre a pena e o condenado, tendo por método a classificação e por instrumento as comissões técnicas de interdisciplinares. Atuavam essas comissões, segundo a arquitetura original da lei, seja pela classificação inicial (com os exames criminológico e de personalidade), seja pelos pareceres intercorrentes que instruíam decisões judiciais e administrativas capitais para o curso do processo. A partir da individualização, deixava a pena de ser um dado estanque ao longo da execução, reclamando-se, ao contrário, que ela se executasse de forma dinâmica, promovendo-se e aquilatando-se, desse modo, a capacidade e a disposição do condenado para interagir com a sociedade".[20]

E a propósito do terceiro e último *pilar* da LEP, o editorial salienta que a jurisdicionalização da execução penal não indica, simplesmente, a presidência da execução por um juiz de Direito. "Quando nos definimos pela *jurisdicionalização*, adotamos a fórmula do processo judicial, com todos os rigores, ônus e garantias que ela comporta. A jurisdicionalização implica a existência indispensável também do Ministério Público e do defensor na execução penal, com a interlocução de todos eles segundo postulados garantistas mínimos como o da ampla defesa e do contraditório. Ainda mais que isso, ela assegura o princípio publicístico para o

20. Novos ataques à execução penal: a proposta de quebra da jurisdicionalização. *Boletim*, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 156, novembro de 2005, p. 1.

mundo da execução penal, estatuindo que a execução da pena não se decide *intramuros*, nas rotinas burocráticas da Administração Pública, mas na transparência e na regularidade que somente o processo judicial pode assegurar e cumprir. Pensar em legalidade da execução penal à revelia da jurisdicionalização, portanto, seria verdadeiramente pretender o irrealizável, pois é óbvio que a Administração Prisional, com seus compromissos políticos imediatistas e não raramente eleitorais, jamais teria como estar adstrita a um tal programa. Nesse sentido, abrir mão da jurisdicionalização – isto é, abrir mão da definição da execução penal a partir do processo judicial e tudo o que ele implica – significa, em última análise, desistir derradeiramente da própria idéia de legalidade, fazendo a condição jurídica do condenado retornar a um estado grotesco de especial sujeição de poder do administrador, a quem se elegerá, nesse passe mágico, à condição de um soberano absoluto da sorte e do destino do outro".[21]

A Lei 10.792, de 01.12.2003, consagrou o *regime disciplinar diferenciado.* Alterando a Lei de Execução Penal, o novo diploma prevê o recolhimento a cela individual pelo prazo de 1 (um) ano, sem prejuízo de nova imposição "até o limite de um sexto da pena aplicada" (art. 52, I e II). O RDD nada mais é que um eufemismo usado para restaurar o malsinado *isolamento celular contínuo,* previsto pelo art. 30 do Código Penal em sua redação original.[22] Com uma circunstância qualificada pelo arbítrio: enquanto no modelo do Código de 40, o isolamento não poderia exceder 90 dias, o novo regime tem os limites mínimo e o máximo típicos de uma programa institucional de tortura: 360 dias até 1/6 do total da pena!

Para ilustrar a marginalização da *sucursal do inferno,* representada pelo *Regime da Desesperança* (RDD) introduzido ao arrepio das conquistas da Constituição de 1988 e da Lei de Execução Penal que a antecedeu, nada melhor que o

21. Nos ataques à execução penal... cit., *Boletim,* p. 2.

22. Art. 30, Dec.-lei 2.848/40, redação original: "No período inicial do cumprimento da pena de reclusão, se o permitirem as suas condições pessoais, fica o recluso *também sujeito a isolamento durante o dia*, por tempo *não superior a três meses*".

depoimento pessoal de Fédor Dostoiewski (1821-1881). Relatando as suas memórias do cárcere, na intensidade dos maiores sofrimentos, o imortal escritor russo disse que "o famoso sistema celular só atinge, estou disto convencido, um fim enganador, aparente. Suga a seiva vital do indivíduo, enfraquece-lhe a alma, amesquinha-o, aterroriza-o, e, no fim, apresenta-no-lo como modelo de correção, de arrependimento, uma múmia moralmente dissecada e semi-louca" (*Recordações da casa dos mortos).*

Foi também em São Paulo (de onde surge o Projeto Nagashi) que se realizou, em fevereiro de 1975, o *V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins*, nos salões e espaços históricos das Arcadas. Os profissionais e estudiosos discutiram as propostas legislativas de reforma do sistema criminal, incluindo o Código Penal de 1969, revisto em 1973[23] e os anteprojetos do código de execuções penais e de processo penal. O seu coordenador científico foi o mestre Manoel Pedro Pimentel, Catedrático de Direito Penal e escolhido Secretário de Estado da Justiça.[24] A conclusão 15.ª aprovada por aquele evento foi a seguinte: "A execução da pena deve ser feita sob um *sistema interacionista, dinâmico* e que *garanta maiores poderes ao Juiz na individualização concreta da pena, com efetiva fiscalização jurisdicional* e que proteja todos os direitos da pessoa humana não atingidos pela condenação".[25] (Grifos nossos).

Aquela conclusão resultou da proposta do Professor René Ariel Dotti, autor da tese *As novas dimensões na execução da pena.*[26]

À reunião de Secretários de Justiça (Consej) em novembro de 2005, que aprovou a proposta da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo,

23. Dec.-lei 1.004, de 21.10.1969 e Lei 6.016, de 31.12.1973.

24. O mandato iniciou-se em 15.03.1975 e findou em 15.03.1979 (Governo de Paulo Egydio Martins). Mais tarde, no Governo Franco Montoro, o Professor Manoel Pedro Pimentel foi Secretário de Estado da Segurança Pública (15.03.1983 – 10.09.1983).

25. As conclusões do aludido Congresso foram publicadas pela *Revista de Direito Penal*, editada pela Revista dos Tribunais, n. 17/18, de jan/jun. 1975, p. 132/133.

26. Curitiba: Lítero Técnica, 1975, p. 92.

compareceram 17 titulares. Votaram contra o Projeto Nagashi: Acre, Amazonas, Bahia, Distrito Federal e Rio Grande do Sul.

Trata-se de um início de uma salutar reação para resguardar o princípio constitucional do acesso à jurisdição e seus consectários lógicos, entre eles, a preservação da dignidade humana elevada à categoria de fundamento da República e, em especial, o respeito à integridade física e moral do presidiário.

Não será com a supressão de direitos e garantias que se conseguirá resolver o grave problema do sistema carcerário nacional e o congestionamento das varas de execução criminal ou daquelas que têm competência cumulativa. Essa *ideologia da mutilação* constitui uma grave tentativa no cenário e na história dos direitos humanos e gera o perigo de restrições de direitos civis e políticos declarados na Constituição e textos internacionais sempre que as estruturas administrativas de implementação revelarem as suas carências e impossibilidades. Mas o remédio para o conflito entre os direitos e a crise de administração jamais poderá ser a supressão daqueles e sim o fortalecimento das condições desta.

Como é curial, a violação dos direitos e garantias da pessoa presa está, geralmente, na base de todas as rebeliões carcerárias. Daí porque, o controle jurisdicional da execução da pena deve ser contínuo e sem prejuízo das atividades administrativas.

O juiz, a administração, o Ministério Público, a defensoria e a comunidade são as expressões de força e esperança para atenuar, enquanto não seja possível reverter, as imensas dificuldades do sistema penitenciário.

Mas, invocando Sófocles quando aguardava a salvação dentro da tragédia, resta dizer: "*Todos ao trabalho, porque a lição do humanismo primigênio é que entre tantas coisas maravilhosas, a grande maravilha é o homem, o grande e o pequeno; o pequeno protegido pelo grande e o grande ajudado pelo pequeno. Eis aí um bom muro*".[27]

27. *Antígona*, primeiro episódio, Canto do Coro.

**Alexandre Wunderlich**

*Movimento Antiterror*

ITEC/RS – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais

Associação Juízes para Democracia

ABPCP – Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

AASP – Associação dos Advogados de São Paulo

Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal

ICC – Instituto Carioca de Criminologia

IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa

MMFD – Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia

MMPD – Movimento do Ministério Público Democrático

ARP – Associação pela Reforma Prisional

Instituto Pro Bono

Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública
do Estado do Rio de Janeiro

Instituto Brasileiro de Execução Penal

Instituto de Criminologia de Pernambuco

ICP/MG – Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais

ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal

IPEC – Instituto Paranaense de Estudos Criminais

# Falsidade ideológica e sucessão de leis e regras no tempo

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Advogado. Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da UFPR. Doutor pela Università Degli Studi di Roma – La Sapienza. Chefe do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da UFPR. Representante da área de Direito junto a CAPES.

Edward Rocha de Carvalho
Advogado. Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFPR. Mestrando pela UFPR) Membro da AIDP – Associação Internacional de Direito Penal.

## 1. A consulta

Consulta-nos o ilustre advogado E. V. A., doravante consulente, acerca da situação em que se viu envolvido seu cliente, A. A. B., acusado perante à Polícia Federal por ter supostamente alterado sua certidão de nascimento.

Os quesitos propostos pelo consulente são: "(1) no caso de ter o sr. A. efetivamente prestado declaração falsa perante a autoridade que registrou sua certidão de nascimento, qual a adequação típica de sua conduta?; (2) no caso de a conduta ser considerada falsidade ideológica (art. 299, do Código Penal), trata-se de crime instantâneo ou permanente?; e (3) há crime atual, sendo cometido pelo sr. A.?".

Para esclarecer o conhecimento dos fatos e suas correspondentes provas, que tratam dos quesitos formulados, encaminhou-nos o ilustre consulente algu-

mas cópias de documentos, consistentes na cópia da certidão de nascimento do investigado, com uma averbação, bem como de um termo de depoimento.

## 2. Retrospecto necessário e potencial adequação típica da suposta conduta

Resta pouca dúvida, hoje, a partir da inevitável superação da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem, que a norma é produto do intérprete, isto é, é ela o sentido que o exegeta dá às regras que formam o conteúdo da lei, visto aqui no seu preceito, tomado sempre como fato gráfico.[1]

As palavras (signos), porém, não são desprovidas de um valor que se lhes empresta a linguagem, conforme o consenso de uma determinada sociedade e em um determinado tempo. Este critério de valor (lícito-ilícito, no caso das regras penais) fornece o conteúdo da lei, dos seus preceitos (para maior precisão) e, portanto, as regras. Tanto é assim que os preceitos das leis podem permanecer os mesmos e, em razão da evolução semântica, mudar as regras, algo simples de se entender quando se observa, v.g., o crime do art. 233, do CP (ato obsceno: "praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público"), o qual tem, seguramente, hoje, exegese diversa (dependendo da hipótese, por primário) daquela lançada em 1940, quando veio à lume o Código Penal: ninguém ousaria tomar como conduta criminosa, nos nossos dias, o fato de uma mulher ir à praia *top less*. Tal conduta, em 1940, seria um escândalo e, por certo, motivo de prisão em flagrante (então possível) e condenação em processo criminal, como lembrou,

1. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 17-8: "Nessuno, con gli occhi aperti, crede piú all'identità testo-norma, illusoriamente asserita dagli illuministi devoti alla 'Loi' e relativa mitologìa, o alle fiabe spacciate dall'Ecole de l'exégèse sull'ermeneutica-scienza esatta: da una formula escono tante norme quante sono le teste dissidenti; (...) Il testo è un fatto grafico. Le norme sono prodotti mentali." (Tradução livre: "Ninguém, com os olhos abertos, acredita mais na identidade texto-norma, ilusoriamente afirmada pelos iluministas devotos da 'Loi' e relativa mitologia, ou às fábulas vendidas pela *Ecole de l'exégèse* sobre hermenêutica-ciência exata: *de uma fórmula saem tantas normas quantas sejam as cabeças dissidentes; (...) O texto é um fato gráfico. As normas são produtos mentais.*" (g.n.)

algures, Eros Grau. Em suma, pode mudar – ou muda – a regra, mas a lei (texto, preceito) continua intacta na sua estrutura gráfica de signo.

Não há que desprezar, todavia, o fato do legislador eleger, na linguagem, as palavras (deveria ser o mais preciso possível, em face do princípio da taxatividade, infelizmente tão descurado e pouco controlado na verificação da constitucionalidade das leis) que irão compor os preceitos, os textos, e assim o faz a partir de um critério axiológico predeterminado.

Eis, então, o que ajuda a se tentar fixar parâmetros menos incorretos para a criação das normas (repita-se: resultado da exegese), de todo inevitável (basta ver que se necessita de um órgão de uniformização da jurisprudência), tanto quanto denuncia o sentido restrito – e de certa forma equívoco – da pré-compreensão gadameriana,[2] justo porque a norma, por metáforas e metonímias (Lacan), pode não expressar aquilo que se tem como certo do consenso lingüístico.[3]

Tudo isto serve para se entender melhor a questão vital da sucessão de leis – e regras, se for o caso – no tempo, entre outras coisas por situar o lugar da fala do intérprete como, à evidência, aparece na hipótese em estudo.

Consta da documentação referida um termo de declarações, espontaneamente prestadas, de H. S. H., abaixo transcrito:

"Que o declarante comparece espontaneamente nesta Delegacia para denunciar a pessoa de A. A. B., [profissão], RG [número], filho de [iniciais] e de

2. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (*ereignen*) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. *O direito*. Lisboa: s/e, ano 133, 2005, n. III, p. 581 e ss. De certo modo, o autor é contra a posição aqui assumida, dado não levar em consideração a questão referente ao inconsciente: "Desse modo, partindo da premissa de que hermenêutica é condição de ser no mundo, que hermenêutica é existência, e que o processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão, onde o sentido já vem antecipado pela pré-compreensão, a pergunta que se impõe é: como é possível olhar o novo (Texto Constitucional de 1988), se nossos pré-juízos (pré-compreensão) estão dominados por uma compreensão inautêntica do Direito, onde, no âmbito do direito constitucional, pouca importância tem sido dada ao estudo da jurisdição constitucional?"

3. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: IHJ, 2005, p. 37 e ss.

[iniciais], com endereço na Rua [endereço], fone [número]; que afirma que A. nasceu no Líbano, na cidade de Beirute, por volta de 1942/1943; Que por volta de 1951 A. veio para o Brasil, juntamente com os seus pais; que tem conhecimento que A. encontra-se no Brasil na condição de brasileiro nato; que isso não condiz com a verdade pois A. nasceu no Líbano, sendo que seus pais também são libaneses; que acredita que A. se utiliza de uma falsa Certidão de Nascimento para demonstrar a sua nacionalidade brasileira, o que caracteriza crime de falsidade ideológica, conforme art. 299 do Código Penal; que solicita que a Polícia Federal apure tais fatos; que pelo que sabe A. sempre morou em [cidade]."

O presente Parecer assume que a declaração prestada pelo sr. H. é verdadeira, ou seja, que o sr. A. efetivamente nasceu no Líbano em torno de 1942/1943, tendo emigrado para o Brasil por volta de 1951, tendo efetivamente falsificado sua certidão de nascimento.

Consta da precitada certidão de nascimento de inteiro teor que o registro foi efetuado no dia 29.12.1955 perante a autoridade competente. Nela, ficou registrado que o cliente do consulente havia nascido no Brasil, no dia 29.10.1937. Consta, também, que uma averbação foi concedida ao sr. A. no dia 24.08.1958, a fim de que sua data de nascimento fosse corrigida para o dia 02.01.1940.

Conforme a imputação do delator, então, duas seriam as alterações falsas, que teriam sido cometidas em 29.12.1955 e em 24.08.1958, ambas dizendo respeito a um documento público.

Assumindo, como se disse, que a afirmação do delator é verdadeira, é inegável que o sr. A. fez inserir em documento público declaração falsa, consistente na suposta naturalidade brasileira (inserção em 29.12.1955) e na suposta data de nascimento (inserção em 29.12. 1955 e alterada em 24.08.1958).

Contudo, antes de se adentrar na adequação típica, deve-se observar que o sr. A. teria nascido no Líbano ao redor de 1942/1943. Sendo a informação verdadeira (presumindo-se que ele tenha nascido no dia 01.01.1942, p.ex.), verifica-se que ele possuía treze anos de idade (ou doze, acaso tenha nascido em 1943)

quando fez a primeira alteração (local e data de nascimento) e dezesseis anos quando fez a segunda alteração (data de nascimento).

Tal determinação é importante por dois motivos, ambos dizendo respeito às datas do suposto cometimento dos fatos. Sabe-se que o Código Penal estabelece, em seu art. 27, que "os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial". A legislação especial, como é primário e é do princípio da legalidade (*tempus regit actum*, diriam os vetustos; lei penal é a lei da data do fato, de forma clara), é a do Código de Menores de 1927 (Dec. 5.083/26, que entra em vigor em 1927), anterior ao Código de Menores de 1979 (Lei 6.697/79, que revogou o Dec. 5.083/26) e ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, que revogou a Lei 6.697/79).

O Código de Menores de 1927, por sua vez, estabelecia (à semelhança do art. 103, da Lei 8.069/90)[4] em seu art. 49,[5] que o juiz não poderia (aqui o comando é cogente, em face da interpretação dos direitos e garantias) aplicar nenhuma medida para o menor de quatorze anos, desde que passados seis meses da data de cometimento do fato. O termo para tanto seria no dia 29.06.1956.

Quanto ao primeiro fato (inserção do local e data de nascimento), não resta nenhuma dúvida. Quanto ao segundo fato (inserção da data de nascimento), tem-se que o menor de 18 anos, ainda que tenha cometido algum fato típico, não pode ser punido se metade do prazo prescricional para a infração questionada tiver sido transcorrido, cf. o art. 49, segunda parte, do Código de Menores de 1927. Ou seja, acaso seja a imputação dirigida ao tipo do art. 299, do CP,[6] cujo prazo prescricio-

4. Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

5. Art. 49. O juiz ou tribunal póde renunciar a toda medida, si são passados seis mezes, depois que a infracção foi commettida por menor de 14 annos; ou si já decorreu metade do prazo para a prescripção da acção penal ordinaria, quando se tratar de infracção attribuida a menor de 14 a 18 annos.

6. Falsidade ideológica

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

nal, nos termos do art. 109, do CP,[7] seria de doze anos; e a prescrição para o caso concretizada em seis anos. Em síntese, seu termo seria no dia 24.08.1964.

E que se não diga que o art. 111, IV, do CP,[8] teria aplicação na hipótese, porque o fato passou a ser conhecido da *autoridade*.[9] Não! O art. 27, do CP, não custa lembrar, diz que "os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial", inclusive quanto a regras de prescrição e respectivos prazos de contagem, as quais, como se viu, estavam regulados pelo art. 49, do Código de Menores de 1927.

Por outro lado, perceba-se que até agora se trabalhou com a presunção absoluta de que a conduta é adequada ao tipo do art. 299, do CP. Ele, contudo, possui alguns requisitos para sua configuração. Resta saber se eles estão presentes e qual a influência que têm no caso concreto, uma vez que o fato da menoridade, supracitado, é inafastável.

Nas palavras de Nelson Hungria,[10] "fala-se em falsidade ideológica (ou intelectual), que é modalidade do *falsum* documental, quando à genuinidade formal do documento não corresponde a sua veracidade intrínseca. O documento é genuíno ou materialmente verdadeiro (isto é, emana realmente da pessoa que nele figura como seu autor ou signatário), mas o seu conteúdo intelectual não exprime

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

7. Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

III – em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

8. Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

9. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. 9, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 288-9.

10. Cf. HUNGRIA, N. Ob. cit., p. 272.

a verdade." Há, apenas, uma mentira reduzida a escrito,[11] que afeta a fé pública[12] que devem gozar os documentos em geral,[13] públicos ou particulares.

Aqui, como a suposta inserção falsa diz respeito à nacionalidade e à data de nascimento, a adequação típica correta, por conta da especialidade,[14] é relativa ao parágrafo único, do art. 299, do CP,[15] com sua respectiva cláusula de aumento, hipótese típica de falsidade mediata, que existe, conforme Heleno Fragoso,[16] "quando o agente faz inserir no documento através de terceiro (geralmente oficial público), declaração falsa ou diversas da que deveria ser feita.".

Como é sintomático, no art. 299, parágrafo único, do CP, trata-se de lei penal em branco de complementação heterogênea,[17] ou seja, depende, para sua concretização, de uma regra extrapenal, razão por que se remete aos dispositivos acerca dos registros civis. Estes, à época dos fatos (1955 e 1958), estavam regulados pelo Dec. 4.857/39, em seu art. 39, I, o qual prescrevia que "serão inscritos no registro civil das pessoas naturais: I. os nascimentos." Dúvida não há, assim, que tal elemento do tipo estava constante.

11. AMARAL, Sylvio. *Falsidade documental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 58.

12. Sobre as teorias do bem jurídico na falsidade, cf. ALBERTO DONNA, Edgardo. *Derecho penal*: parte especial. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 16 e ss.

13. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1965, p. 1.013. Contra: CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. v. 7, 4. ed. Buenos Aires: De Palma, 1977, p. 269 e ss.

14. JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. Trad. por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 1.048-9: "en el concurso de leyes, el comportamiento del autor se ve abarcado por diversas leyes en el sentido de formulación de delitos, mientras que solo se da una única ley en el sentido de determinación de delito: un delito idéntico se formula varias vecez, desde luego quizá en distintos grados de concreción y por tanto de determinación de las consecuencias jurídicas."

15. Parágrafo único – Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

16. FRAGOSO, H. C. Ob. cit., p. 1.015.

17. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Presentes estão, então, alguns elementos, presumindo-se ser verdadeira a delação: (a) o acusado era menor de idade à época dos fatos (13 anos no primeiro, 16 anos no segundo); (b) os fatos estão prescritos há muito tempo; (c) mentiu-se a fim de inserir informação falsa; (d) a informação foi inserida em um documento público.

Passando adiante e ignorando os fatos acima, que impediriam prosseguir em eventual persecução penal, o tipo do art. 299, do CP, possui algumas notas características, em especial quanto ao momento consumativo. Isso porque é evidente que o falso se estende no tempo com seus eventuais resultados, o que leva à dúvida: trata-se de crime instantâneo ou permanente?

Tipos instantâneos são aqueles que se completam com a simples produção de estados (eis por que são chamados de delitos de estado):[18] "se denominam delitos de estado los hechos que están concluidos con la provocación de un determinado estado (por regla general el resultado en el sentido de los delitos de resultado), y por tanto no son suscetibles de mantenimiento por el autor, ni lo necesitan. (...) Entre los delitos de estado habrá que incluir también tipos como la bigamia (§ 171) o la falsificación del estado civil (§ 169); aunque en los mismos el autor sigue aprovechándose del estado creado por su hecho, ello no supone contraer con constante reiteración un matrimónio bígamo, y en la mayoría de los casos tampoco una repetición de la falsificación ya consumada del estado civil."

Tipos permanentes são aqueles em que o fato não está concluído com a realização do tipo, senão que se mantém pela vontade delitiva do autor tanto tempo quanto subsiste sua vontade.[19] É, p.ex., o seqüestro (art. 148, do CP)[20] ou a viola-

18. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Trad. de Diego-Manuel Luzón Pena et alii. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 329.

19. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 329.

20. Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

ção de domicílio (art. 150, do CP),[21] onde o estado consumativo dura enquanto a atividade persistir.

Para que não paire dúvida sobre a distinção e seus exemplos, opinam em idêntico sentido Juarez Cirino dos Santos,[22] Eugenio Raul Zaffaroni,[23] Hans-Heinrich Jescheck,[24] Günther Jakobs,[25] Jorge de Figueiredo Dias,[26] Santiago Mir Puig,[27] dentre todos os outros que estudam o direito penal de forma séria.

No mesmo sentido vem a jurisprudência, a começar pelo E. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região: "O crime de falsidade ideológica configura-se como instantâneo de repercussão permanente, deixando de atrair a regra da contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos".[28] Da mesma forma, o E. Supremo Tribunal Federal: "A prescrição da pretensão punitiva do crime de falso ideológico corre a partir do instante da realização da ação típica, nos termos do art. 111, A [I], do CP, posto que não se trata de crime permanente caracterizado pela duração, no tempo, de sua consumação, dependente do prolongamento da ação do agente."[29]

21. Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

22. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 37.

23. ZAFFARONI, Eugenio Raul et alii. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 463.

24. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 5. ed. atual. por Thomas Weigend. Trad. por Miguel Olmedo Cardenettte. Granada, 2002, p. 281-2.

25. JAKOBS, G. Ob. cit., p. 207-9.

26. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 296.

27. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 226-7.

28. TRF da 4.ª Região, EDcl na ApCrim 1999.70.08.002962-9/PR, rel. Des. Fed. Amir Sarti, *DJU* de 19.06.2002, p. 1.221. No mesmo sentido: ApCrim 2002.04.011.050.814-1, rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, *DJU* de 29.09.2004, p. 835.

29. STF, RHC 62.443/DF, rel. Min. Rafael Mayer, *DJU* de 08.03.1985, p. 12.600.

Questão interessante é aquela que diz respeito aos efeitos que tal fato possa ter gerado. Afinal, da precitada certidão de nascimento foram feitos novos documentos; poucos, por sinal, uma vez que a certidão de nascimento é necessária em restritos atos, como, p.ex., no casamento (art. 1.525, I, do CC),[30] mas não no passaporte. Aí estaria em jogo o uso, como previsto no art. 304, do CP:

"Art. 304 – Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena – a cominada à falsificação ou à alteração".

Mas o uso, em si, abrangeria somente o do documento falsificado, ou, conforme o magistério de Heleno Fragoso,[31] "a materialidade do fato reside em fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem os artigos 297 a 302 do código penal", no que foi apoiado por Celso Delmanto,[32] quando afirma: "incrimina-se, assim, o comportamento de quem faz uso de documento materialmente falsificado, como se for autêntico; ou emprega documento que é ideologicamente falso, como se verdadeiro fora". Por evidente, na hipótese, possui conteúdo falso a certidão de nascimento, com sua subseqüente averbação, não se podendo dizer o mesmo da carteira de identidade ou de documento funcional. Em suma: o documento falso que pode ser usado é a certidão. E só. Delmanto[33] arremata a matéria ao ensinar: "exige-se o uso efetivo, não bastando a mera alusão ao documento".

Aqui entra em jogo um eventual concurso aparente de tipos: entre a falsidade ideológica (art. 299, do CP) e o uso de documento falso (art. 304, do CP).

30. Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

I – certidão de nascimento ou documento equivalente (...).

31. FRAGOSO, H. C. Ob. cit., p. 1.035-6.

32. DELMANTO, Celso et alii. *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 604.

33. DELMANTO, C. Ob. cit., p. 605.

Mas tal concurso, como não poderia deixar de ser e é do próprio nome, é aparente, mormente por conta da imposição da CR acerca da vedação de dupla punição (*bis in idem*), em seu art. 5.º, XXXVI.

Sabe-se que podem existir diversos concursos entre tipos penais, como, p.ex., formal ou material, mas ambos são resolvidos pela aplicação conjunta ou cumulativa deles, uma vez que não há conflitos pelo nítido caráter de separação entre eles. Alguns tipos, todavia, possuem seu conteúdo de injusto e de culpabilidade abarcado por uma determinada conduta, à qual se subsume um tipo específico, regido pela teoria do crime, sobre a qual é desnecessário discutir.

Enquanto nos concursos real e ideal a solução é regida pela unidade ou pluralidade de condutas, no concurso aparente podem aparecer ambas as formas (unidade ou pluralidade), mas a iniciativa de solução passa pela Constituição, ou seja, pelo fundamento na proibição de dupla punição.

Para tanto, a regra principal de resolução do conflito aparente passa pelos meios necessários ou indispensáveis ao cometimento do delito. Como se sabe, desde a assunção de uma teoria finalista, é a intenção, se é que assim se poderia dizer, que dá o tom do tipo, aperfeiçoando-o e tornando-o completo.

Entre os precitados tipos, como se pode perceber, há uma relação de consunção, ou, como Zaffaroni[34] trata, um abarcamento conceitual dos tipos, que gera uma incompatibilidade insanável: o conteúdo de injusto de um está abarcado pelo conteúdo de injusto do outro. Os elementos de tais tipos, dentro de um mesmo contexto, devem satisfazer os princípios da legalidade e da proibição de dupla punição pela aplicação de uma regra de concurso aparente, tudo porque a finalidade da conduta, desde Welzel,[35] é elemento indissociável da tipicidade.

Tal finalidade, como é da própria elaboração e utilização dos tipos, exclui a mera relação de causalidade decorrente da verificação do resultado: não é mais

34. ZAFFARONI, E. R. Ob. cit., p. 867.

35. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 75.

possível, como queriam os causalistas, avaliar o tipo pelo dano causado, mas, sim, pelos atributos de desvalor da ação e desvalor do resultado. Sob este prisma, é o plano de conduta, com os meios necessários e indispensáveis à sua concretização, pelo qual se orienta o agente, que deve ser levado em consideração na correta imputação. Se são indispensáveis, ou meros meios de passagem, devem ser "absorvidos" pelo fato punível pretendido pelo agente, como determinam as regras de solução de conflito aparente de tipos.

O que poderia parecer uma solução meramente teórica encontra forte respaldo na jurisprudência: "É de se reconhecer a ocorrência de consunção, quando o uso do documento falso constitui exaurimento do crime de falsidade ideológica"[36] e, ainda, "ninguém falsifica documento para não usá-lo. Assim, um crime absorveu o outro".[37]

Por fim, deve-se ressaltar que o elemento subjetivo especial, consistente no fim específico do tipo ("com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante"), é imprescindível para a caracterização da própria tipicidade. Daí por que é indispensável que se questione a motivação do agente, quando tinha seus 13 e 16 anos, para a prática de tal ato, ainda que esteja prescrito. A importância disto reside na eventual geração de efeitos ao longo do tempo, cujos elementos subjetivos em suas práticas estão, sem sombra de dúvida, "contaminados" pelo elemento subjetivo originário.[38] Ele, como é primário, somente pode ser retirado das próprias declarações do cliente do consulente.

Afinal, algo de especial deve existir para uma criança assim ter procedido e, desde então, permanecido nesta mentira, mormente se nunca se verificou nada que a pudesse desabonar, muito pelo contrário. No fim das contas, é altamente

36. STJ, CComp 31.571/MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU* de 18.02.2002, p. 233. No mesmo sentido: HC 30.620/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* de 25.02.2004, p. 201.

37. TRF da 1.ª Região, ApCrim 9001.069.258/DF, rel. Des. Fed. Tourinho Neto, *DJU* de 26.12.1990, p. 28.356.

38. TRF da 3.ª Região, Recl Crim 94.030.632.348/SP, rel. Des. Fed. Célio Benevides, *DJU* de 03.12.1997, p. 104.753.

provável que o fim a que se destinava tal inserção falsa já se tenha consumado há muito tempo, razão por que a matéria mereceria uma análise mais acurada sobre a motivação do agente.

Posto isto, à vista de tudo que foi exposto e debatido, não hesitamos em responder aos quesitos formulados pelo I. consulente da forma que segue:

Primeiro: no caso de ter o sr. A. efetivamente prestado declaração falsa perante a autoridade que registrou sua certidão de nascimento, qual a adequação típica de sua conduta? Resposta: a conduta do cliente do consulente, à época, poderia ser adequada ao tipo do art. 299 do CP, com a ressalva de que ele era inimputável no momento do cometimento do fato, com todas as conseqüências daí resultantes, nos termos do art. 49 do Código de Menores de 1927.

Segundo: no caso de a conduta ser considerada falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal), trata-se de crime instantâneo ou permanente? Resposta: não há sombra de dúvida de que o tipo do art. 299, do CP, consuma-se com a conduta descrita, não necessitando de maiores resultados, sendo sua utilização futura mero exaurimento, sem se confundir com novos tipos.

Terceiro: há crime atual sendo cometido pelo sr. A.?" Resposta: não. Crime haveria somente se o cliente do consulente utilizasse o documento questionado, ou seja, a certidão de nascimento, diretamente, apresentando-o para alguma finalidade específica. O simples fato de se fazer referência a ele (como, p.ex., identificando-se como brasileiro), ainda que apresentando documentos derivados do documento questionado, não configura crime nenhum.

É o parecer.

Curitiba, 20 de janeiro de 2005.