ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

55

julho-agosto de 2005

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 13 n. 55 julho–agosto de 2005

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

Impressão e acabamento
Escolas Profissionais Salesianas
CNPJ 60.927.290/0001-45

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
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

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
Andrei Koerner

Monografias
Angélica de Maria Mello de Almeida

Seminário Internacional
Theodomiro Dias Neto

Coordenadores estaduais

Adeildo Nunes (PE), Adelino Marcon (PR), Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), 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
Juliana Garcia Belloque, Maurides de Melo Ribeiro e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da revista:

Adauto Alonso S. Suanes, Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, 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 Araujo da Silva, 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, Mario Sergio Sobrinho, 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. 56 – setembro-outubro – 2005

Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal
y del derecho procesal penal en la Unión Europea
Hans Joachim Hirsch

La Libertad y el derecho penal
Luis Fernando Niño

Sobre o chamado direito penal do inimigo
Luís Greco

Criminologia e Transdisciplinaridade
Salo de Carvalho

Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal
Santiago Mir Puig

Sumário

1. Direito Penal

Algunas reflexiones sobre la pena y el pensamiento penal 9

Ana Messuti

La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de la red 41

Carlos María Romeo Casabona

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais 82

Emerson Martins dos Santos

Teoría final de la acción e imputación objetiva. Consideraciones sobre la teoría de la adecuación social 135

Manuel Cancio Meliá

"¿La reparación del daño como 'tercera vía' punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin" 162

Pablo Galain Palermo

2. Processo Penal

O novo interrogatório 231

Carlos Henrique Borlido Haddad

Devido processo legal e direito ao procedimento adequado 293

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

3. Crime e Sociedade

A anistia e os crimes contra a humanidade 315

Edson Luis de Almeida Teles

4. O Direito em Ação

4.1 Jurisprudência Comentada

O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa 339

Róbson de Vargas

4.2 Parecer

Ampla defesa e direito à contraprova 364

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

5. Índice Alfabético Remissivo 387

Normas de publicação 391

1. Direito Penal

Algunas reflexiones sobre la pena y el pensamiento penal

Ana Messuti

Advogada pela Universidade de Buenos Aires.
Especialista em filosofia do Direito pela Universidade de Roma.
Ex-Professora da Universidade de Buenos Aires.
Ex-Funcionária da ONU em Viena.
Funcionária internacional em Genebra.

"Une nappe de déraison, d'absurdité, par l'intermédiaire du droit, a envahi l'existence de chaque homme. Aucun cerveau ne résiste complètement à cette pression de l'irrationnel juridique."[1]

Sumario: 1. Analizar lo que es más racional y más irracional a la vez – 2. Mito y razón – 3. Un mal que no se deja medir – 4. La tragedia – 5. Un medio para el que se buscan fines – 6. Conclusión.

Resumen: "El texto intenta un análisis del pensamiento sobre la pena en el marco de la dogmática penal desde la perspectiva de la filosofía hermenéutica del derecho, centrándose en el aspecto mítico y trágiico de la pena, el problema de la proporcionalidad, y el de la separación de la medida de la pena de sus finalidades.

1. "Un manto de sinrazón, de absurdo, por intermediación del derecho, ha invadido la existencia de cada ser humano. Ningún cerebro resiste completamente a esta presión de la irracionalidad jurídica". J. Carbonnier, *Flexible droit,* L.G. D. J, Paris 1992, p. 359

Palabras-clave: hermenéutica, mito, mitológica jurídica, phronesis, razonabilidad.

Tal vez uno de los temas que más insatisfacción provocan en el ámbito ético y jurídico o ético-jurídico es el de la pena. Las críticas a los sistemas penitenciarios modernos y postmodernos son muchas. Todas coinciden en su función negativa, su medida excesiva, su intolerable inhumanidad.[2] Sin embargo, a pesar de estos abismos en los que se mueve el sistema penal, no se le dedica toda la reflexión que merece y reclama.

El sistema penal es uno de los territorios jurídicos que se han mantenido más cerrados a las innovaciones y menos tocados por las reformas y cambios que tienen lugar en el mundo económico e internacional. Cartuyvels y Ost observan que si bien no escapa al viento de una cierta deformalización "postmoderna" (en tanto va adquiriendo un carácter más "procesal" y finalidades más "de gestión"), lo penal es sin duda también "el bastión de resistencia más potente del modelo de escritura tradicional propio del derecho "moderno" que se impone en el siglo XIX". Y agregan que el nuevo modelo de escritura de las relaciones sociales que se manifiesta en diversos campos del derecho no repercute con la misma intensidad en un derecho de incriminaciones y de penas fundado aún sobre un "orden vertical de determinaciones" y llamado, además, a "desempeñar el papel de una moral sustituta".[3]

No obstante, sin ir más lejos, es la enunciación misma de la pena en los textos legales lo que exige una interpretación que se encamine por senderos no transitados por los cultores de una filosofía analítica del derecho, o cuyo tránsito está totalmente vedado. Estos senderos cuyo tránsito es indispensable para un

2. "(...) los sistemas penales modernos no se han liberado de una tradición milenaria que ha visto la justicia punitiva estrechamente vinculada a la venganza, la tortura, el suplicio y el sacrificio ritual de vidas humanas"" D. Zolo, *Filosofia della pena e istituzioni penitenziarie*, en IRIDE, Filosofia e discussione pubblica, 32, aprile 2001, IL MULINO, Firenze, p. 57

3. Y. Cartuyvels y F. Ost, "Crise du lien social et crise du temps juridique", Rapport realisé à la demande de la Fondation Roi Baudouin, Facultés universitaires Saint-Louis – Bruxelles 1998, p.92

examen crítico de la pena están comunicados con un mundo subterráneo de sentimientos y emociones, que sale muchas veces a la luz con una violencia y ferocidad propias de lo profundamente arraigado y reprimido.[4] El problema principal reside en que el sistema penal no solamente es eco de ese mundo, sino que lo genera a través de su intervención directa y lo provoca mediante su expresión más propia y exclusiva: la pena.

Por ello, el desarrollo de la filosofía hermenéutica en el ámbito jurídico no puede dejar de despertar esperanzas con respecto a la reflexión penal. En primer lugar, porque la filosofía hermenéutica del derecho no reniega de una connotación ética,[5] siguiendo las pautas esenciales de la hermenéutica filosófica de Hans G. Gadamer, lo que le permitiría hacerse cargo de una reflexión sobre el sufrimiento, elemento indisociable de la pena. En segundo lugar, porque no termina su análisis del derecho en la formulación lingüística de las normas, en el enunciado normativo, sino que abre el concepto del derecho a la praxis, negándose a separarlo y aislarlo del mundo real: "La hermenéutica jurídica non si limita solamente a la comprensión de los textos y los materiales jurídicos: non se limita a las relaciones entre la ley y la sentencia del juez, sino que, considerando el sistema jurídico come parte del mundo, es también teoría del comprender las situaciones y le mundo".[6]

En el presente texto me he propuesto señalar algunas perspectivas posibles para analizar la pena que tal vez resulten más viables en el contexto de la hermenéutica filosófica. No pretendo nada más que sugerir una especie de índice de una investigación que, adoptando una actitud crítica frente a la pena, configurada por la racionalidad propia de la dogmática penal, la examine en tanto elemento de la tradición jurídica a la que pertenecemos, y saque a la luz los aspectos no reconocidos

4. D. Zolo, op. cit. p.57

5. G. Zaccaria, Questioni di Interpretazione, CEDAM, Padova 1997, Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica, p. 93. También en Rivista internazionale di filosofia del diritto, aprile/giugno, iv serie-LXXII-1995, p. 394.

6. G. Zaccaria, *ibidem*, p.89.

de ese elemento a fin de someterlos a una valoración encaminada a su aceptación consciente, no encubierta por presupuestos racionalizantes.[7]

1. Analizar lo que es más racional y más irracional a la vez

Ricoeur señala que la esfera del derecho penal es la esfera del derecho en la que se ha invertido más racionalidad: "Medir la pena, proporcionarla a la falta, equilibrar con creciente aproximación la equivalencia entre las dos escalas de la culpa y la pena, todo ello es, sin duda, la obra del entendimiento. El entendimiento mide y lo hace mediante un razonamiento de proporcionalidad de este género: la pena A es a la pena B lo que el crimen A' es al crimen B'".[8] ¿Qué expresión más estricta de racionalidad que la operación de medir? Sócrates habla de una *metretike techne*, ciencia de la medida, que sería la ciencia del exceso y del defecto y que permite escoger entre el bien y el mal, entre el placer y el dolor, aplicando un criterio cuantitativo, con miras a una vida feliz.[9] Desde el talión la búsqueda de la equivalencia y correspondencia entre los dos males ha sido el elemento clave que diferenciaba la pena de la venganza.[10] Se busca en esos elementos, cuya naturaleza se concibe deliberadamente igual, delito y pena, una pretendida igualdad cuantitativa, cuyo logro se encauza a través de un razonamiento de proporcionalidad. "La tarea de la experiencia jurídica bajo su aspecto penal consiste en afinar constantemente este razonamiento de proporcionalidad".[11]

7. E. Pariotti, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, en Recta Ratio, G. Giapicchelli Editore, Torino, Padova 2000, especialmente el Cap. II: *Comunità e tradizione nel diritto*, pp. 26 y ss.

8. P. Ricoeur, *Introducción a la simbólica del mal*, ediciones megápolis, 1976, p. 98. (*Le conflit des interprétations, essais d'herméneutique*, Éditions du Seuil, Paris 1969, p. 351) Con respecto a la hermenéutica jurídica de este autor, véase G. Zaccaria: "*Explicar y comprender. En torno a la filosofía del derecho de Paul Ricoeur*, en Doxa, 22, 1999, pp. 631-642.

9. Platón, *Protagora*, a cura di G. Reale, Rusconi, Milano 1998, 357b.

10. B: Durand, J. Poirier, J.P.Royer, a cura di, *La douleur et le droit*, puf, Paris 1997, la segunda parte, titulada "*Utiliser la douleur*".

11. P. Ricoeur, op. cit. p. 351."C'est le triomphe de la liberté, lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout l'arbitraire cesse, la peine ne descend point

Beccaria insistía en esta equivalencia cuando decía que si la geometría pudiera adaptarse a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas que descendiese de la más fuerte a la más débil.[12]

Y esa preocupación se ha mantenido y se mantiene hoy. Ferrajoli, aun cuando critica como insostenible la reflexión de Hegel sobre la necesidad de reparar la violación del derecho con una violencia contraria que lo restablezca, y dice que "sólo la dialéctica hegeliana, con su definición de la pena como negación de la negación (del derecho), podía lograr revestir teóricamente una superstición semejante, permitiendo concebir como "lógico" que un hecho niegue otro hecho",[13] postula él mismo la necesidad de medir la pena según la gravedad del delito. Afirma que el principio de retribución, "o del carácter de consecuencia del delito que tiene la pena... es la primera garantía del derecho penal".[14] Este principio expresa el criterio de distribución y de aplicación de la pena. Si bien Ferrajoli rechaza categóricamente la idea iusnaturalista de la existencia de una relación "natural" entre delito y pena, afirma la existencia de una relación "convencional", establecida por el legislador.[15] "El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poenat debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retribución, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico"[16]

du caprice du législateur, mais de la nature de la chose; et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme." Montesquieu, De l'esprit des lois (XII, iv).

12. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano 1984, p. 74.

13. *Ibidem*, p.255. Ferrajoli considera que la teoría de la pena de Hegel es retribucionista; sostiene lo contrario Stefano Fuselli en *Hegel come critico della retribuzione,* en P*ena e riparazione* a cura di F. Cavalla y F. Todescan, *Cultura moderna e interpretazione classica*, 2, CEDAM, Padova 2000.

14. L: Ferrajoli, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Valladolid 1997, p. 368.

15. *Ibidem*, p.392

16. *Ibidem*, p. 398. Cabe preguntarse ¿es posible calcular y medir la pena en relación con la gravedad del delito? Ferrajoli dice que si la pena es cuantificable, no es cuantificable el delito, y que han fracasado todos los esfuerzos realizados hasta la fecha para colmar esta heterogeneidad mediante técnicas para medir la gravedad de los delitos, referidas tanto a los grados del daño como, sobre

Otros autores incluso proponen terminar la búsqueda infatigable de justificación del castigo y ocuparse concretamente de su proporcionalidad. "Es hora de pasar del por qué castigar al cuánto castigar."[17] En efecto, los principales presupuestos del derecho penal moderno son "la calculabilidad y la mensurabilidad de las penas".[18] Y en ese sentido, la pena de prisión facilita aparentemente el cálculo, por la posibilidad de fragmentación y de medición de las unidades (abstractas) de tiempo que se establecerán como pena. "El tiempo, operador de la pena".[19]

La importancia asignada al pensamiento calculante en el pensamiento penal es tal que incluso se ha propuesto un derecho de cuantificación penal (*Strafzumessungsrecht*) y se ha pretendido desarrollar un modelo lógico formal a ese efecto.[20] No sería exagerado señalar una verdadera exasperación de la

todo, a los de culpabilidad. Agrega que "más allá de la ingenuidad calculadora en la que se ha afanado inútilmente, el utilitarismo penal puede ofrecer (...) algunas indicaciones que tienen el valor de parámetros de valoración, tanto del límite mínimo como del límite máximo de la pena en relación con la gravedad del delito." Se refiere a Hobbes, Puffendorf y Bentham, que proponen como criterio que la ventaja del delito no supere la desventaja de la pena, Ferrajoli a su vez propone que "la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas."

17. A. von Hirsch, *Censure and Proportionality,* en A reader on Punishment, a cura di A. Duff e D. Garland, Oxford University Press, Oxford 1994, p. 125. Este autor establece dos criterios para determinar la proporcionalidad, distinguiendo entre una proporcionalidad ordinal y una proporcionalidad cardinal. La primera obedecería a una comparación entre los castigos: las personas condenadas por delitos de gravedad similar deben recibir castigos de intensidad similar. La segunda reconoce los límites que han de tenerse en cuenta al aplicar la primera. En relación con este problema, que concierne a la proporcionalidad entre delito y pena, cabe recordar también las críticas actuales a dicho principio: "Los sistemas penales que atribuyen un gran valor a la proporcionalidad pasan necesariamente por alto las diferentes condiciones materiales de vida, incluidas la pobreza, la desventaja social y la parcialidad, en las que se configuran las personalidades y los caracteres humanos (...) El problema de un 'justo merecido en un mundo injusto' es un problema fundamental para una rigurosa limitación de la proporcionalidad." (la traducción es mía) M. Tonry, *Interchangeability of punishments,* A. Duff e D. Garland, op. cit, p. 152.

18. *Ibidem*

19. M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris 1975, p. 127.

20. E. R. Zaffaroni, *Derecho penal, Parte General,* Ediar, Buenos Aires 2001, p. 950.

Es de sumo interés lo que dice este autor con respecto al principio de proporcionalidad mínima: "La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya

racionalidad en el pensamiento penal que tal vez podría explicarse por la presencia de una irracionalidad no admitida.[21]

2. Mito y razón

Ricoeur señala esta combinación de racionalidad-irracionalidad en la relación delito-pena: "aquello que es más racional en la pena, a saber, que compensa el crimen, es, a la vez, lo más irracional, a saber, que lo borra.".[22] En el sentido en que se emplean en esta frase, la racionalidad equivale al cálculo y la irracionalidad al mito. Sin embargo, el mito y la razón vienen juntos.[23] Ricoeur se refiere a una "razón mítica", a una "mito-lógica", a una "unidad de mitología y racionalidad".[24]

base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado. A este requisito se le llama *principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión.* Con este principio no se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo. Simplemente se afirma que, dado que el derecho penal debe elegir entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor contenido, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado" (se omiten las notas), op. cit., p. 123.

21. F. Zanuso señala que Carrara reconocía que "una densa coltre di nebbia" cubría toda tentativa humana de fijar una puntual e indiscutible proporcionalidad "conmisurativa". En F. Zanuso, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità,* en Cultura moderna e interpretazione classica, op. cit. p. 152.

22. P. Ricoeur, op. cit., p.352

23. "Si, este mito de la pena es algo extraño, pues aquí el mito es razón (...) Pero a cambio de ello, extraña razón que funda el entendimiento divisor en una ley que no surge de una lógica de ideas sino de una lógica de fuerzas: mediante la pena, una fuerza impura es anulada por una fuerza purificadora." *Ibidem*, p. 98

24. *Ibidem*, p. 351 R. Kerbs señala que Ricoeur se apoya en la distinción efectuada por Kant entre "entendimiento" (*Verstand)* y "razón" *(Vernunf)*, que abre una tensión entre conocimiento condicionado y la función de lo incondicionado de la razón (lo cual lleva al concepto kantiano de límite: la búsqueda de lo incondicionado pone límites a las pretensiones del conocimiento objetivo). A propósito del mito dice: "Ricoeur enfatiza la irreductibilidad de los símbolos y de los mitos a toda interpretación alegorizante y a toda elaboración gnóstica. Esa irreductibilidad procede del aspec-

El mito indica que todo ultraje debe entrañar una *tisis* compensatoria. "Es una ley que las gotas de sangre derramadas por el suelo exigen otra, otra sangre."[25] No exige la sangre derramada otra cosa que sangre. El pensamiento mítico "conduce toda relación de semejanza entre dos contenidos a una identidad objetiva y logra comprenderlos solamente a partir de esta identidad. Cada comportamiento similar de cosas y procesos constituye para tal pensamiento la prueba inmediata (...) del hecho de que debe haber entre ambos alguna cosa en común."[26] El pensamiento mítico, a diferencia del conocimiento que vincula los elementos en cuanto los distingue unos de otros, "amasa todo lo que toca en una unidad indistinta". Todo aquello que entra en "contacto" en el sentido mítico (entendido no solamente como contigüidad espacial o temporal, sino como semejanza incluso alejada) deja de ser heterogéneo y múltiple y adquiere una "unidad de esencia".[27] En ese sentido, la racionalidad que explica la compensación del mal causado por el delito con el mal infligido por la pena puede tener sus raíces en esa tendencia del pensamiento mítico. Por un lado, el daño se ha de compensar con algo similar; por otro lado, a fin de que la compensación tenga efecto, esa similitud se convierte en identidad.

to trágico, no ético del mal que se anuncia en muchos mitos y que pone en cuestión los intentos de reducir el misterio del mal y de explicarlo como un acto de la libertad que pone el mal", *El enfoque multimetodológico del mito en Paul Ricoeur. Una interpretación a partir de la fórmula kantismo post-hegeliano,* en *Revista de Filosofía, 3a epoca, vol. XIII (2000)* núm. 24, Universidad Complutense, Madrid, pp. 99-138.

25. G. Pieri, *Remarques sur la peine dans la mythologie grecque*, en Archives du Philosophie du droit, Tome 28, Philosophie penale, Sirey, 1983, p. 71 F. Girard señala que para ser eficaz, la violencia sacrifical debe asemejarse lo más posible a la no sacrifical, y que por ello hay ritos que parecen como la inversión inexplicable de las prohibiciones. La identidad entre el mal y el remedio. En el Ione, de Eurípides, se habla de dos gotas de una misma sangre, la de la Gorgona: una "aleja las enfermedades y alimenta el vigor" la otra "mata": "Nada más distinto que estas dos gotas de sangre, y sin embargo, nada más similar". *La violenza e il sacro*, trad it. Adelphi, Milano 1980, pp. 58 y 59.

26. E. Cassirer, *Mito e concetto,* a cura di Riccardo Lazzari, Lezione 2, La Nuova Italia, Firenze 1992, p. 67; también en *Filosofia delle forme simboliche 2,* La Nuova Italia, Firenze 1994, cuando habla de la dialéctica de la conciencia mítica, Cassirer señala que una característica fundamental del pensamiento mítico resulta ser el hecho mismo de que ese pensamiento toda vez que pone en determinada relación dos términos, convierte esta relación en una relación de identidad.: p. 348.

27. E. Cassirer, *Filosofia delle forme simboliche 2,* La Nuova Italia, Firenze 1994, p. 93.

El mito puede ser útil para entender la racionalidad penal, desde el momento en que esa racionalidad tiene mucho de mítico.

En la consideración del mito hay que superar la asociación corriente entre irracionalidad y mito. Según Cassirer, el pensamiento mítico tiene sus propias categorías, y si bien la ley que lo rige tiene características muy especiales, no hay que presuponer que "la renuncia a la forma lógico-científica de la vinculación y de la interpretación (...) sea equivalente al arbitrio absoluto y a la ausencia de leyes (...)"[28]

La idea del mito conforme a la acepción usual del término, en tanto "fábula", "invención", o la idea del mito en tanto discurso que no requiere o no prevé demostración, contrapuesto a *logos* en el sentido de argumentación racional,[29]no agotan todos los significados que se le han dado. En el mito está presente la apertura a otro mundo que representa un plano sobrehumano, trascendente, el de las *realidades absolutas.*[30] Lenoble y Ost reconocen la presencia de lo mítico en el pensamiento jurídico cuando presentan su "dérive mytho-logique" (derivación mito-lógica).[31]

28. E. Cassirer, Mito e concetto, p. 15 Cabe decir con G. Reale que el mito es "un método para entender y para expresar algunos aspectos de la realidad que, por su misma naturaleza, no pueden captarse ni expresarse mediante el puro logos." G. Reale, PLATÓN. En búsqueda de la sabiduría secreta, Herder Barcelona 1998, p. 309. En italiano, en el original Platone. Alla ricerca della sapienza segreta, Rizzoli, Milano 1998.

29. Enciclopedia Garzanti di Filosofia.

30. M. Eliade, *Aspects du mythe,* Gallimard, Paris 1963, p. 176.

31. J. Lenoble et F. Ost, *Droit, mythe et raison, essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1980, p. 6. Los autores distinguen tres tipos posibles de relación entre mito y lógica. Nos permitimos resumir esta distinción como sigue: la primera relación se plantearía como "mitológica" en cuanto tipo de discurso que expone explicaciones del mundo, de la condición humana o de determinados fenómenos en la forma de narraciones fabulosas, con personajes más o menos sobrenaturales. En esta relación no hay ningún vínculo entre el aspecto racional y el aspecto irracional El segundo tipo de relación mito-lógica proviene de la intención racionalista de recusar el universo mítico. Pone el acento en la falsa conciencia: en el pensamiento jurídico es mito-lógico un pensamiento que pretende ser positivo cuando restaura una legitimación meta-positiva. La tercera relación (también con guión: mito-lógica) toma en cuenta la inherencia del orden lógico al orden imaginario, apunta al lugar donde lo racional se comunica con lo mítico, señala el cierre del pensamiento por su inscripción en un horizonte sobredeterminado por la creencia, que puede llevar a la cristalización dogmática.

Parten de la premisa que sostiene la pertenencia del orden lógico al orden de lo imaginario. Se refieren a un proceso de cristalización dogmática donde lo racional se comunica con lo mítico. La racionalidad jurídica produce un discurso coherente y cerrado, no por un funcionamiento técnico determinado, sino porque esa racionalidad está inscripta en un universo predeterminado por el deseo y las creencias: el universo del mito.[32] Proponen el concepto de mitológica o mito-lógica, concepto paradójico porque pretende reunir en un mismo término *mythos* y *logos,* imaginación y entendimiento, representación y concepto, apartándose del "gesto racionalista del pensamiento occidental (que) tiene como objetivo exorcizar el mito y ganar la pureza de la razón frente a lo primitivo de la fabulación."[33] Se proponen la rehabilitación del mito o del orden mítico con el propósito de tener debidamente en cuenta su eficacia real en las representaciones que estructuran el pensamiento jurídico.[34]

La minimización y el olvido de lo imaginario, lo mítico, lo simbólico no son inocuos, como estos mismos autores señalan: "la desimbolización va acompañada de una axiomatización unidimensional más constrictiva aún: formal, lógica, sin debate ni conflicto".[35] También Zaccaria afirma que: "es ciertamente preferible determinar críticamente antes que negar acríticamente la presencia di elementos de carácter irracional en el derecho (...)"[36] Desde el momento en que todo aquello que está presente se considera no presente, adquiere la fuerza de lo oculto, y por consiguiente de lo no sometido a la discusión, la crítica, el diálogo. La demitologización de la pena refuerza su carácter mítico, dado que éste ya no se analiza ni cuestiona. La pena se desvincula de su historia y se "juridiciza" en un plano que la pone fuera

32. J. Lenoble y F. Ost, op. cit, pp. 4 y 5.

33. *Ibidem*, p. 6.

34. *Ibidem*, p. 278.

35. *Ibidem*, p. 546.

36. G. Zaccaria, *Complessità della ragione giuridica,* en Ragion Pratica, Piero Barboni Editore, Genova, 1993/1, p. 86.

de todo debate.[37] Lenoble y Ost intentan (siguiendo a Castoriadis y Ricoeur) restablecer el papel radical y constitutivo de la imaginación, no sólo en los procesos cognitivos individuales y de creación histórica, sino en la génesis y la supervivencia de las instituciones. "Es lo imaginario que, mediante una cierta forma de inversión inicial, proyecta una jerarquía de valores, ordena una pirámide de reglas, dicta un estilo de celebración y de interpretación, en pocas palabras, produce los sistemas simbólicos que tejen las redes de la comunicación y fundamentan el edificio institucional".[38] El discurso jurídico, dicen, es un discurso eminentemente instituido y que más que cualquier otro discurso postula su propia transparencia así como su adecuación a objetivos sociales conscientes. Sin embargo, es un discurso que "está atravesado por este 'imaginario' que organiza su simbolismo y subvierte secretamente su lógica"[39] En el mismo sentido, Zaccaria: "En realidad, y en particular en la realidad jurídica, lo racional se combina y se entrelaza con lo irracional"[40]

El rechazo de lo imaginario por el pensamiento jurídico se vincula con su aspiración a la certeza, como meta que constituye la razón misma de la presencia de lo jurídico en la vida social. "Es la búsqueda apasionada de un anclaje en un más allá de lo diverso y de lo efímero", a lo que obedece la reducción de lo imaginario a un papel subordinado y estrechamente vigilado.[41] Precisamente el derecho nace para vencer la incertidumbre inherente a la contingencia de la vida humana. La certeza como "característica estructural del derecho"[42] en realidad es más una meta utópica que un objetivo concreto.

37. "Liberados entonces de un lenguaje y de referencias explícitas, los flujos de las creencias se fijan en las producciones de la sociedad (económicas, industriales, médicas, jurídicas...) y refuerzan así, de manera indiscutible, dado que no confesada, su justificación funcional puramente inmanente". *Ibidem*, p. 546.

38. *Ibidem.* p. 277.

39. *Ibidem*, p. 271.

40. G. Zaccaria, Complessità della ragione giuridica, op. cit, p. 87.

41. J. Lenoble y F. Ost, op. cit., p. 272.

42. B. Pastore, Giudizio, *Prova, Ragion pratica*, Giuffrè, Milano 1996, p. 40.

3. Un mal que no se deja medir

El pensamiento penal, encerrado en el pensamiento calculante, que establece la ecuación penal, depende, para reflejarse en la realidad, de una decisión que no puede ser sino accidental y arbitraria, dada la brecha que separa a este pensamiento de la praxis. Pero además de esta brecha entre pensamiento y praxis, en cuanto pensamiento que no tiene en cuenta la diferencia, contingencia, variabilidad de circunstancias e individuos, también existe la brecha entre pensamiento y praxis originada en el mismo contenido de la pena "pensada" y de la pena "aplicada". Las definiciones actuales de la pena siguen reconociendo que consiste en la irrogación de un mal: "la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal, que no cabe encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializador y de hecho en último término aflictivo."[43] Y en cuanto mal, que se traduce en sufrimiento, no se deja medir. Como dice Husserl: "Una determinación racional del *quantum* di un tal 'sacrificio reactivo'(...) implica de cualquier modo algunas dificultades. Un sufrimiento nunca puede ser determinado cuantitativamente según principios racionales. Todo sufrimiento (...) tiene la tendencia a ser ilimitado."[44]

La pena en cuanto excede de la justa medida (¿y cuál es la justa medida?) es un mal injustificable. Esa parte excesiva de la pena no se encuentra amparada ni en la norma jurídica ni en la norma moral. Es pura infracción. Queda sin embargo en un espacio "de nadie", en el que aparentemente todo lo que suceda dentro de la aplicación de la pena queda amparado por la norma que la impone. Podría pensarse en el análisis que hace Nabert de lo injustificable. Señala este autor que la diferenciación de las funciones del espíritu, acompañada por la especialización de sus respectivas normas, ha favorecido la progresiva desaparición de un

43. L. Ferrajoli, op. cit., p. 337.

44. G. Husserl, *Diritto e tempo*, Milano 1998, p. 217.

"sentimiento primitivo de lo injustificable".[45] Se refiere a la "dictadura de las normas" que se rehusan a reconocer el mal y los males que no se dejan anexar por el pensamiento normativo. En cambio, el mal es más cercano a lo trágico.

4. La tragedia

No es sorprendente que la criminología contemporánea se siga remitiendo a la tragedia griega para la interpretación de la relación entre delito y pena. La crisis social que provoca el delito es reflejada como un eco amplificador por la opinión pública. Hay toda una gama de adjetivos que califican los hechos delictivos como horrendos, traumáticos, insoportables, intolerables. De esa realidad reflejada nace la reacción penal: "de un modo similar a la situación que se produce en ciertas tragedias griegas, estas situaciones son vividas y representadas de manera tal que nadie llega ya a imaginar ninguna reacción moderada susceptible de restablecer una forma de paz social, o de restaurar el vínculo social roto por el acontecimiento".[46]

La definición que da Aristóteles de la tragedia como imitación de sucesos que provocan piedad y terror y que tiende a la purificación de esas emociones (*Poetica, 6)* es muy sugestiva por lo que se refiere a la relación delito-pena-tragedia. El delito es un "suceso" que sin duda despierta terror, aunque puede también despertar piedad por la víctima del mismo. La pena correspondería al intento de purificar tales emociones. Es decir, de canalizar esas emociones, convertirlas en una respuesta racional, no primitiva. Una respuesta pensada, calculada.

45. J. Nabert, *Essai sur le mal,* Cerf, Paris 1997, "Sin embargo, la dictadura de las normas no es menos ambiciosa que la de lo inteligible y ni siente menor repulsión a reconocer el mal y los males". p. 26. Con respecto a este concepto abstracto de "lo trágico", elaborado a fines del siglo XVIII por la filosofía idealista alemana, lo que permite las referencias actuales a la tragedia griega, en cuanto la universaliza, véase F. Dupont, *L'insignifiance tragique,* Gallimard, Paris 2001, p. 13.

46. C. Debuyst, F. Digneffe, D. Kaminski, C. Parent, *Essais sur le tragique et la rationalité pénale,* De Boeck, Bruselas 2002. p. 7. Para la relación entre derecho y literatura, véase: R. A. Posner *Law and literature,* Harvard University Press, Harvard 1998.

En ese sentido el paralelismo entre la tragedia y el "derecho penal mágico" es notable: "el legislador recurre al instrumento penal en cuanto solución aparente de un problema social. Sufre a menudo la presión de la opinión pública o de los grupos que lo empujan a reprimir ciertos fenómenos indeseables incluso cuando no dispone de ningún medio eficaz para hacerlo, o cuando no quiere hacer frente a los gastos necesarios. En estas condiciones, puede elevar a ilícito penal el fenómeno en cuestión con miras a calmar la opinión pública".[47] Delmas Marty señala que este fenómeno se ha ido transformando. Mientras que al principio su efecto simbólico se atribuía a las "tipificaciones de delitos cuya previsión se presenta come el reflejo de los temores que se desea exorcisar", hoy la eficacia mágica se asocia más a la pena que a la tipificación de los delitos. En lugar de incriminar cada vez más conductas, se agravan las penas. Si el legislador recurre a la pena para reprimir ciertos comportamientos o fenómenos es porque confía no tanto en la eficacia de esa respuesta para hacer frente a esos comportamientos o fenómenos, sino en la eficacia de esa respuesta para calmar la opinión pública que lo presiona. Su connotación mágica se configura como exorcismo. Así como el exorcista con sus ritos pretende expulsar el mal, el derecho penal con su respuesta punitiva pretende provocar determinados sentimientos o remover otros. En ambos casos, exorcismo y derecho penal, se actúa "como si" esos ritos y procedimientos fuesen eficaces, "como si" se diese en la realidad una relación de causa a efecto cuando no se trata de una relación de causa a efecto, "como si" las cosas fuesen de determinada manera y se pudiese hacer "como si" fuesen de otra.[48] Pero la eficacia

47. M. Delmas Marty, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo,* Giufré editore, Milano 1992, p. 35. La autora reproduce una cita del Consejo de Europa, en el informe del Comité Europeo para los problemas criminales en materia de despenalización (1980).

48. En realidad, todo el sistema jurídico se apoya en una lógica del "como si":"Todo se expresa *como si* los textos de las leyes, múltiples y muy frecuentemente divergentes, constituyeran un orden completo, coherente y racional, *como si* emanaran de un autor único, constante y racional". J. Lenoble y F. Ost, op. cit. p. 119. Sin embargo, el derecho penal parece particularmente propenso a esta forma de pensamiento. Gernet explica que la flagrancia no se consideraba en la Grecia antigua un medio de prueba privilegiado, sino que pertenecía al concepto mismo de delito. El ideal del derecho

de un discurso articulado sobre la lógica del "como si" supone que su destinatario está dispuesto a aceptar esa lógica, o que se encuentra en una situación emocional tal que esa lógica es la única que acepta. En ese sentido, Pavarini señala que en la democracia de opinión lo que se exalta es la percepción emocional del sujeto reducido a sus sentimientos más elementales: miedo y rencor: y el nuevo discurso político tiende cada vez más a articularse sobre la base de estas emociones, de las cuales el sistema de justicia penal está en condiciones de dar una expresión coherente (...)".[49]

Sin embargo la pena no sólo reasegura frente al miedo que despiertan algunos delitos, sino que ella misma provoca miedo, suscita terror. Muy sugestivas las reflexiones que hace Carbonnier: "De los dos flagelos que el humanismo de Franklin D. Roosevelt se proponía extirpar, el hambre y el miedo, la experiencia parece probar que el primero es más fácil de vencer que el segundo: ¿cómo deshacerse del miedo si su utilización es un mecanismo normal del derecho? Y se llega a comprender la absurda etimología del Digesto, *territorium a terrere*: el territorio es el espacio en que el Estado tiene competencia para imponer miedo".[50]

El manto de legitimidad que ampara la pena se vincula con el ejercicio de una función, con el cumplimiento de un deber. El legislador se siente obligado a establecerla; el juez, a imponerla; las autoridades encargadas de ejecutarla, a aplicarla. Nabert dice que lo trágico, que nos acerca al mal, por un lado se sustrae a una conciencia normativa cuya autoridad lo podría someter o limitar, pero por otro se acentúa y profundiza en la medida en que la conciencia, sensible a las nor-

penal es que la sanción formase una unidad, sin intersticios, con el hecho delictivo. Esta continuidad es esencial, el delito debe formar con la pena una "unidad concentrada". El derecho opera como si se desarrollaran todos los hechos al mismo tiempo, todos a la vez, en el presente, rechazando la idea de un pasado incluso reciente. Es notable el ejemplo en esta consideración del tiempo en el derecho penal del concepto de *furtum* (la cosa robada): el hecho de encontrar la cosa robada en el domicilio del reo se asimilaba a la flagrancia, mediante una ficción se consideraba inexistente el tiempo transcurrido entre el robo y el descubrimiento. L. Gernet, *Anthropologie de la Grèce Antique*, F. Maspero, Paris 1968, p. 268.

49. M. Pavarini, *Della penologia fondamentalista*, en Iride, 32, Anno XIV, aprile, 2001, Il Mulino, pp. 98 yss.

50. J. Carbonnier, *Flexible Droit*, L:G:D:J, Paris 1992, p. 175.

mas, "cumple más escrupulosamente su deber".[51] Ricoeur, analizando Antígona, observa que la concepción que los protagonistas tienen de sus respectivos deberes los enceguece de tal forma que esa misma ceguera los conduce a la desmesura. La obligación que impone a Antígona asegurar a su hermano una sepultura conforme a los ritos, a pesar de que se había hecho enemigo de la ciudad, hace prevalecer los derechos de la familia frente a los de la ciudad. Creonte, por su parte, subordina a la defensa de la ciudad los vínculos familiares, que son también suyos.[52] Ricoeur recuerda que en la tragedia los actores están al servicio de dimensiones espirituales que, no solamente están más allá de sus fuerzas, sino que, a su vez, abren el camino a energías arcaicas y míticas.[53]

Aubenque, refiriéndose a la misma tragedia, ofrece otra perspectiva de interpretación. Creonte incurre en desmesura, no por haber preferido la ciudad a sus afectos (lo que no fue nunca un crimen para los griegos), sino por haber sobrepasado los poderes del hombre, que se detienen ante las puertas de la muerte.[54] Y esa desmesura se atribuye a una "presunción de saber", simbolizada por Creonte, a la que Hemón, seguido por el coro,[55] opone la paciencia y la seriedad de la experiencia, así como opone a la "violencia de los discursos 'científicos'" las lentas mediaciones de la deliberación, que no extrae conclusiones apresuradas, sino que

51. J. Nabert, op. cit. p. 43.

52. P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, éditions du Seuil, Paris 1990, p. 282.

53. *Ibidem.*

54. P. Aubenque, *La prudence chez Aristote,* p. 163 La vinculación de la ética con la tragedia aparece claramente explicada en relación con la *phronesis*. Este autor afirma que el verdadero origen de la *phronesis* aristótelica no debía buscarse en la *phronesis* platónica sino en la tradición. QUADRIGE, PUF, París 1963, p. 163.(El tema está tratado en la tercera parte p. 155 y ss).

55. Con respecto al papel que desempeña el coro (que en ciertos casos podría parangonarse al de la opinión pública actual) ver G. Steiner, *Antigones,* Oxford 1986, p. 166: "Su papel en la obra puede variar entre la implicación total y la indiferencia. Las opiniones expresadas por el coro pueden desplegar todos los matices de la percepción o la miopía, de la agudeza psicológica o una meliflua ceguera". En ese sentido, también M. Grant, *Myths of the Greeks and Romans,* Phoenix, London 1998, p. 177: "El coro complementa, ilustra, universaliza o justifica dramáticamente el curso de los acontecimientos; comenta o moraliza lo que sucede, o le da carácter mitológico, y revela la dimensión espiritual del tema o expone la reacción de la opinión pública".

pondera los diversos discursos verosímiles, antes de elegir, en la conciencia de la incertidumbre y el riesgo, el mal menor. Poco a poco – señala Aubenque – se va configurando en la tragedia una "prudencia" que reconoce que lo racional puede no ser razonable, porque en el caso particular (y subraya: "porque todos los casos son particulares"), la rebelde (Antígona) tiene también sus buenas razones.[56]

La tragedia enseña, porque en ella se expresa una sabiduría, la "sabiduría trágica". La tragedia toca el "fondo agonístico" donde se enfrentan interminablemente el hombre y la mujer, la vejez y la juventud, la sociedad y el individuo, los vivos y los muertos, lo humano y lo divino.[57] No hay en la tragedia reconciliación. Los protagonistas permanecen en conflicto, o mueren. "Y sin embargo, la tragedia nos enseña que ciertos conflictos no pueden resolverse en el plano de los principios, que el conflicto ético es inevitable y que solamente puede resolverse mediante los juicios morales en situación. Nos enseña también a desconfiar de la *hubris* de la razón, que siempre corre el riesgo de resultar totalitaria"[58] Ricoeur señala que la idea que Creonte se hace de sus deberes con respecto a la ciudad no solamente no toma en cuenta la riqueza de sentidos de la polis griega, sino que tampoco tiene en cuenta la heterogeneidad de tareas que la ciudad requiere. Para Creonte solamente cuenta la oposición amigo-enemigo, en una categoría estrecha que no reconoce matices ni excepciones. Esto puede observarse en su apreciación de las virtudes: es "bueno" lo que sirve a la ciudad, "malo" lo que la perjudica, solamente es "justo" quien es buen ciudadano, y la "justicia" consiste en el arte de gobernar y ser gobernado. "Es esta visión empobrecida y simplificada de su propia ciudad lo que lleva a Creonte a su pérdida".[59]

56. P. Aubenque, op. cit., p. 163.

57. P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, op. cit., p. 282.

58. C. Debuyst, F. Digneffe, D. Kaminski, C. Parent, *Essais sur le tragique et la rationalité pénale*, op. cit. p. 122.

59. P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, op. cit., p. 284. Es importante tener presente también la lectura de la tragedia que asocia sufrimiento y conocimiento: "Las vías de la sabiduría Zeus abrió a los mortales haciendo valer la ley de que saber es sufrir", véase G. Cupido, *Pathos e mathos nel mondo tragico sofocleo*", en *Iride, Filosofia e discussione pubblica*, 17, Anno IX, aprile 1996, Il mulino; Bologna, p. 189.

Ricoeur vincula la sabiduría trágica, que nos orienta en los conflictos, a la sabiduría práctica, como "sabiduría en situación", demostrando la influencia de lo trágico en lo ético.[60] Esta sabiduría revela la conciencia de la singularidad de cada situación y, por consiguiente, de su contingencia, de su haber podido ser de otro modo. El hombre es "un ser en situación", no puede vivir los principios generales sino en el modo del acontecimiento y de lo singular.[61] Es el reconocimiento de que hay problemas que no se pueden resolver, es decir, la admisión de la impotencia humana, lo que, junto con la conciencia de la incertidumbre y el riesgo que comporta, caracteriza esta *phronesis* de la tragedia, que no es aún el saber socrático de no saber sino un saber que desconfía de sus propios maleficios, y se recuerda constantemente la conciencia de sus propios límites.

La lectura del drama penal desde la perspectiva de la tragedia puede considerarse como una "invitación ética a vivir la experiencia de lo insostenible sin someterse a las extremidades de la interacción trágica".[62] Pero también es una invitación al pensamiento penal a que desconfíe de sus propios "maleficios", a que supere su "visión empobrecida y simplificada de la realidad". Hay algo como un velo que cae en la tragedia, que libera la mirada del enceguecimiento de las pasiones, y con ese desvelamiento se abre la posibilidad de una nueva sabiduría, originada en la sabiduría trágica: la sabiduría práctica.

"Ser sabio no consiste en subsumir lo particular en lo universal, lo sensible en lo inteligible; consiste en penetrar con una razón más "razonable" que "racio-

60. *Ibidem*, p. 288.

61. P. Aubenque, op. cit. p. 65.

62. F. Digneffe y D. Kaminski, *Crime e sagesse pratique: quelques enseignements étiques de láffaire Dutroux* en C. Debuyst, F. Digneffe, D. Kaminski, C. Parent, *Essais sur le tragique et la rationalité pénale*, op. cit., p. 122. Los autores señalan que lo extremo e insostenible de los acontecimientos en el caso Dutroux provocó en la sociedad belga intensas manifestaciones de emoción colectiva y planteó cuestiones éticas importantes y que ellos mismos, como criminólogos, se sintieron interpelados por la intensidad de las emociones vividas. En el ensayo citado, intentan demostrar como el trabajo de reflexión conducido a partir de una experiencia extrema obliga a adoptar un enfoque más complejo para abordar la cuestión penal. Y hacen notar que si esta situación extrema ha podido desencadenar reacciones desmesuradas vinculadas a su carácter trágico, también ha dado lugar a posiciones que demuestran que esta desmesura no es inevitable. p.106

nal" lo sensible y lo singular; consiste en, al vivir en un mundo impreciso, no intentar imponerle la justicia demasiado radical de los números (...)"[63]

5. Un medio para el que se buscan fines

Sin embargo, cabe preguntarse si esta sabiduría práctica permitiría hacer frente al drama delito-pena. Berti efectúa una distinción entre la razón práctica y la *phronesis*. Señala que Aristóteles habla de la razón práctica en dos sentidos bastante diferentes entre sí: "correspondientes a dos facultades de la razón, una de las cuales tiene como su virtud ", es decir, actividad perfecta, la "filosofía práctica" propiamente dicha, es decir, la ética, o, para usar una expresión aristotélica, la "ciencia política", mientras la otra tiene como virtud la *phronesis*, o sabiduría práctica, prudencia".[64]

La filosofía práctica tiene como finalidad orientar la acción, determinar el bien del individuo y de la polis. Sin embargo, este bien no es una realidad trascendente e irrealizable, sino un bien humano, es decir, la felicidad (que la filosofía práctica debe aclarar si es el placer, el honor, el poder etc). En cambio, la *phronesis* es la capacidad de escoger correctamente los medios más idóneos para la realización del fin bueno. No determina el fin, lo presupone, pero no por no determinarlo es indiferente al mismo.

¿Qué relación hay entre filosofía práctica y *phronesis*? La primera no sólo busca el conocimiento del bien, sino su realización, y necesita a la phronesis a fin de que ésta pondere correctamente los medios necesarios para alcanzar el fin.[65]

63. P. Aubenque, op. cit., p. 152. Se refieren a la *phronesis* en relación con lo jurídico J. Lenoble y F. Ost en op. cit., p.309 y ss. "La *phronesis* es la traducción en el campo de la experiencia moral y jurídica de una ontología de la contingencia, de una metafísica de la división. Es allí donde se encuentra el origen de las divisiones aristotélicas entre los dominios "científico" y "calculante" de la parte racional del alma, y, en consecuencia, entre la *sophia* (filosofía concebida como la más alta de las ciencias) y la *phronesis* (sagesse): Esta última concierne al dominio de la acción, que se define por la contingencia, es decir, por su poder de ser de otra manera". p. 404

64. E. Berti, La razionalitá pratica nella concezione aristotelica, en Forme di razionalitá pratica, a cura di Sergio Galvan, Franco Angeli, Milano 1992, p. 83.

65. *Ibidem*, p. 90.

¿Correspondería a una actividad de la razón práctica propiamente dicha el establecimiento de los fines de la pena, en cuanto fines buenos para la sociedad, es decir, que permiten evitar violencias y males mayores de los que la pena inflige, y a una actividad propia de la phronesis[66] la elección y cuantificación de la pena en cuanto selección de un medio para alcanzar el fin propuesto? Habría que determinar entonces los fines de la pena. Aunque podríamos responder con Ferrajoli que esos fines son la prevención general negativa (es decir, la disuasión de los ciudadanos mediante el ejemplo o la amenaza de pena) y la prevención de las penas informales, no hay ningún motivo válido para excluir otros fines que suelen alegarse y proclamarse.

"Para dar al menos una idea de cuán inseguro, cuán sobreñadido, cuán accidental es "el sentido" de la pena, y como un mismo e idéntico procedimiento se puede utilizar, interpretar, reajustar para propósitos radicalmente distintos, voy a dar aquí el esquema al que yo he llegado basándome en un material relativamente escaso tomado al azar. Pena como neutralización de la peligrosidad, como impedimento de un daño ulterior: pena como pago del daño al damnificado en alguna forma (también en la forma de una compensación afectiva). Pena como aislamiento de una perturbación del equilibrio, para prevenir la propagación de la perturbación. Pena como inspiración de temor respecto a quienes determina y ejecutan la pena (...)".[67]

Ahora bien, la indeterminación de los fines de la pena y la posibilidad de satisfacerlos con ese único medio en que la pena se ha constituido, cierra toda posibilidad de un pensamiento inspirado en la filosofía práctica y en la sabiduría práctica en el ámbito penal. "La phronesis (...) no puede sostenerse como sabiduría de las soluciones prácticas con respecto a los medios si antes

66. Véase a este respecto P. Aubenque, op. cit, pp. 50 yss., donde explica que para la descripción de las virtudes Aristóteles recurre a una verdadera "galería de retratos".

67. F. Nietzche, *La genealogía de la moral, Uno scritto polemico*,.Allianza Editorial, Madrid, 1997, p. 103.

no se define con claridad el fin mismo que se desea alcanzar, en caso contrario resulta una ética "dimidiata", es decir, decapitada del principio que ilumina la validez misma de las opciones operativas que quedan en un área equívoca de presunta neutralidad."[68]

Sin claridad en lo que respecta a sus fines, la pena pierde sentido. Incluso parecería que en el ámbito penal lo único claro son los medios, dado que se concentran en uno, la pena, mientras que los fines son múltiples, cambiantes, imprecisos. La enumeración de los fines de la pena que hace Nietzche tal vez, como él mismo dice, no agota "el elenco" de finalidades que se le han atribuido y se le siguen atribuyendo. La necesidad que se descubre a través de las respuestas no es la de encontrar una solución para un problema, el delito, sino la de encontrar una finalidad para un medio, la pena.

La pena está hasta tal punto arraigada en la estructura social y política que, a pesar de reconocerse su inadecuación, intrínseca injusticia e ineficacia, persiste. En cambio, lo que se va sucediendo según los momentos que atraviesa la dogmática penal son los fines que se le atribuyen. Podría considerarse que en lugar de ser un medio para determinado fin, la pena es un medio para el que se buscan fines. Incluso en la relación entre pena y fin de la pena, parecería que en determinado momento se invirtiera la relación y el medio se convirtiera en fin. "La fórmula clásica del racionalismo moderno, justificación de los males presentes por el bien que se ha de conseguir (el mundo mejor), hoy se ha convertido en otra: 'Los medios justifican los fines'".[69]

68. A. Poppi, Il ruolo della "phronesis" nella fondazione della etica, en Forme di razionalità pratica, op. cit. p.95, p. 111.

69. E. Castelli, *Il mito della pena*, en *Il mito della pena, Archivio di Filosofia*, Cedam, Padova 1967, p.20. Vale la pena reproducir la cita de G. Anders que figura en la nota al pie. "El fin de los fines consiste hoy en ser medios. Esto es simplemente un dato de hecho. Especialmente evidente (...) en los fines que se atribuyen a las cosas ex post, para procurarles un puesto legítimo en la comunidad de medios (...) Si en un proceso químico se forma un derivado, se intenta encontrar un fin para ese derivado, si es preciso inventarlo, para ofrecer al derivado la posibilidad de superar el rango de medio."

Lo curioso también en el sistema de racionalización penal es la insistencia en desvincular la finalidad de la pena de su "distribución": "(...) decir que la pena está justificada *ob malum actionis, quia peccatum, quia prohibitum*, o algo por el estilo, si bien equivale a decir *cuándo* está justificado (o es posible o lícito) castigar, no dice sin embargo, absolutamente nada acerca de *por qué* está justificado (o es necesario u oportuno) castigar."[70] Es decir, conforme a esta formula, se castiga porque se desea tal o cual fin, pero se castiga cuando se ha cometido tal delito y en proporción a la gravedad de ese delito determinado.

Sin embargo, cabe preguntarse qué sentido tiene esta separación. "De qué sirve proporcionar la medida de la pena a la del crimen si no se percibe la función asignada a la primera. Está bien, es necesario que la seguridad social sea superior a la venganza, la intimidación al castigo, la amenaza a la ejecución, la enmienda a la eliminación. Pero si se excluye toda intención de suprimir la violación del derecho en el sujeto de la violación, desaparece la idea misma de la pena. El crimen y el criminal son simplemente nocivos y 'quizás se pueda juzgar irrazonable desear un mal porque ya hay un mal' (Hegel)."[71] Si se separan las finalidades de la pena de su medida, la pena como pena pierde sentido. La pena se convierte entonces en uno entre los tantos medios que podrían utilizarse para alcanzar esos mismos fines. La pena como tal solamente encuentra su razón de ser en el territorio mítico, donde su función es compensar un mal con un mal. "Tal es la aporía del derecho penal: racionalizar la pena según el entendimiento eliminando el mito de la expiación significa, al mismo tiempo, privarla de su principio."[72] O bien la

70. Ferrajoli denuncia como equívoco de todas las doctrinas retribucionistas el hecho de que confunden dos problemas que, a su juicio, son completamente distintos: el "fin general justificador de la pena, que no puede ser sino utilitario y mirar hacia el futuro, y el de su 'distribución', que tiene lugar por el contrario sobre bases retributivas y por consiguiente mira hacia el pasado." También distingue entre una "razón legal y una razón judicial" de la pena, entre un preguntarse ¿por qué castigar? Y un preguntarse ¿cuándo castigar y cómo castigar?, op. cit. p. 256.

71. P. Ricoeur, *La simbólica del mal*, op. cit. p. 99.

72. *Ibidem*.

encuentra en la esfera de la filosofía del derecho o del derecho abstracto, como dice Ricoeur, donde lo racional se comunica con lo mítico.

La intención de separar los fines de la pena, de la pena como medio para alcanzarlos, supone la pretensión de aislar la pena en el mundo racional que el derecho penal se ha construido, manteniéndola incontaminada de los fines cambiantes que escapan a ese mundo. Sin embargo, esa búsqueda de incontaminación resulta imposible, como lo demuestra el recurso a "las valoraciones ético políticas" a las que se refiere Ferrajoli cuando explica cómo se pone en relación la intensidad de la pena con la gravedad del delito: "(...) no existen en efecto criterios naturales, sino sólo criterios pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y la cantidad de la pena adecuada a cada delito."[73] Y son esas valoraciones las que en última instancia abren el pretendido círculo delito-pena a los fines de la pena.[74] Se trataría entonces de una lógica ternaria y no binaria. En tanto no optemos por un fin de la pena, la relación de ésta con el delito queda en el aire. Es el tercer elemento de la relación ternaria: el fin de la pena, el que determinará la proporción entre los otros dos.[75]

Queda demostrada así, la imposibilidad, señalada por Zaccaria, de establecer una división "entre el ámbito racional de los medios y el ámbito – expuesto al riesgo de caer en lo irracional – de los fines (...)"[76] Es este ámbito "expues-

73. L.Ferrajoli, op cit, p. 398.

74. Son las valoraciones ético-políticas las que determinarán el mayor o menor rechazo de un determinado delito y, por lo tanto, la necesidad de que se disuada con mayor o menor intensidad de su perpetración.

75. La congruencia entre el segundo elemento y el tercero, es decir, entre la pena y su finalidad podría considerarse, en términos weberianos, un ejemplo de la "racionalidad respecto al fin". Esta racionalidad se caracteriza por la valoración de las consecuencias y la "conciencia" del objetivo prefijado, el cálculo de los medios, la ponderación de las consecuencias. El cálculo es el elemento central y definitorio de esta racionalidad. B. Pastore, *Tradizione e diritto*, Recta Ratio, G. Giappichelli Editore, Torino 1990, pp. 51 y 52.

76. G. Zaccaria, *Complessità della ragione giuridi*ca, op. cit., p. 88.

to al riesgo de lo irracional" el ámbito del derecho penal cuando determina los fines de la pena.[77]

Y siendo la cárcel la pena por excelencia, al plantearse cuál es la racionalidad de la pena, cabe preguntarse a qué racionalidad obedece la pena de prisión: "La racionalidad de la prisión es un tema culturalmente e socialmente relegado, pero que resurge constantemente en formas paradójicas e inquietantes (...) ¿Qué puede significar el término "racionalidad" cuando se refiere a las instituciones penitenciarias? A qué racionalidad corresponden la cantidad y la calidad aflictiva de la pena de prisión?"[78] La extensión de la pena en el tiempo, es decir, su duración, no es mero transcurso de las unidades temporales en las que se mide, sino transcurso y vida en la contingencia, en el riesgo, por un lado comunes a todos los seres mortales, pero por otro lado agravados por las condiciones del lugar en el que se cumple.[79] El contenido real de la pena, los sufrimientos que comporta y el significado que tiene para la vida individual quedan librados a lo contingente. Pero no hay que olvidar que la medida misma en que se expresa la pena, la duración temporal, es contingencia pura, porque es duración de vida de un ser finito.

Todo el proceso de racionalización del castigo narrado por Foucault, que se refiere a "une sorte d'esthétique raisonnable de la peine",[80] traducido en la burocratización[81] del sistema penal, no lo ha podido liberar de las connotaciones

77. G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice,* CEDAM, Padova 2002. Fiandaca advierte que debería resultar también obvio que la idea misma de una racionalidad penal específica plantea problemas que en cierto modo y medida interfieren con el tema más general de la racionalidad en el ámbito de la filosofía teórica, y sobre todo de la filosofía práctica. p. 80.

78. D. Zolo, op. cit., p. 53.

79. La denuncia de las llamadas "aflicciones accesorias" que causa la prisión está presente en una gran parte de la doctrina penal y criminológica actual. Ferrajoli dice: "Es preciso reconocer, por otra parte, que la cárcel ha sido siempre en oposición a su modelo teórico y normativo, mucho más que la 'privación de un tiempo abstracto de libertad'(...) ha conservado muchos elementos de aflicción física (...) que difieren de las antiguas penas corporales sólo porque no están concentradas en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración de la pena." Op. cit. p. 412.

80. M. Foucault, op. cit., p. 127.

81. M. Delmas Marty, op. cit. se refiere a un "derecho penal burocrático" pero en un sentido diverso.

irracionales, míticas y mágicas que lo acompañan desde su nacimiento. Garland señala que se interpone un proceso burocrático entre las emociones reactivas de la sociedad y el castigo real del trasgresor. La burocratización y las preocupaciones administrativas fueron dominando el discurso criminológico transformando la filosofía penal en una "ciencia penitenciaria". Sin embargo, por más rutinaria y práctica, neutral y administrativa que sea la red de instituciones penales, en ellas siguen vivos, y se alimentan cada día, el resentimiento, la indignación, el odio.[82]

6. Conclusión

La filosofía penal pensada por los penalistas ha buscado infatigablemente fundamentos que permitieran justificar la pena. Su razonamiento siempre ha seguido una vía ascendente, desentendiéndose en general de la posibilidad efectiva de traducción de la norma penal, concretamente de la pena, al mundo real. Ese desentenderse de lo que en la realidad la pena supone obedecía a la necesidad de preservar como principios fundamentales del derecho penal la certeza y la seguridad jurídicas. Tan fundamentales han siempre sido dichos principios que se considera que la historia del progreso del derecho penal es una historia de lucha contra el despotismo de los jueces:[83] La necesidad de una absoluta predeterminación legal de la pena y la supresión de la discrecionalidad judicial constituyó uno de los mitos del derecho penal consagrado en el Código penal francés de 1791, que disponía penas fijas e invariables.[84]

La predeterminación legal de la pena, el principio de legalidad, constituye la garantía que el derecho penal ofrece con respecto a sí mismo, habida cuenta de

82. D. Garland, *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, siglo veintiuno editores, Madrid 1999, pp. 209 y ss.

83. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Rizzoli, Milano 1981, p. 68.

84. Con respecto al tema de la arbitrariedad en el siglo de las luces, ver M. Porret, Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève, Droz, Genève, 1995.

los instrumentos de que se sirve: "Estos instrumentos son tan peligrosos que una sociedad civil debe en diversas ocasiones garantizar su certeza y sus límites (...)".[85] Al predeterminarse la pena, lo garantizado es un mínimo y lo no garantizado un máximo. Si bien se ofrece esa garantía mínima (por ejemplo, la duración de la pena), se omiten tantas otras. En cierto modo se niegan todas las otras garantías que se ofrecerían si no se estableciera la que se establece.

Si por una parte se ha intentado superar la concepción abstracta del individuo autónomo, que pretendía la responsabilidad individual y la imputación de los actos a un ser "libre", no ha merecido la debida atención la necesidad de "contextualizar e individualizar" la pena. A pesar de que mucho camino se ha recorrido, incluso con el establecimiento de jueces encargados de vigilar la aplicación de la pena, sigue en pie la indiferencia ante la necesidad de "contextualizarla" e "individualizarla". No obstante, esa indiferencia oculta la conciencia del fracaso que espera a la racionalidad penal, construida en torno a la pena, en el momento de su concretización.

La clara importancia que la hermenéutica jurídica asigna a la aplicación la conduce a seguir el camino inverso al del pensamiento penal tradicional, preocupado mucho más por la justificación y fundamentación de la pena que por su aplicación, y a seguir una vía descendente: de la norma a los hechos. Y en ese sentido a tomar conciencia de que, como dice Ricoeur, la sentencia pone fin a una etapa, pero da comienzo a otra: la aplicación de la pena: "comienza una nueva historia",[86] y a no desentenderse de esta nueva historia que comienza. Una de las premisas en las que se basa la hermenéutica jurídica es el reconocimiento del carácter incompleto de la norma jurídica antes de su aplicación: "Por ello, la hermenéutica jurídica se define teóricamente por el reconocimiento de que la

85. W. Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto*, Ars Interpretandi 2, Padova 1997, p. 178. Es interesante a este respecto lo que dice Hassemer sobre la prohibición de la analogía en el ámbito penal. p. 190

86. P. Ricoeur, *Le Juste 2*, Esprit, Paris 2001, p. 264.

norma abstracta revela una estructura necesariamente incompleta, que puede completarse solamente en el procedimiento hermenéutico de concretización de la norma jurídica al interior de la decisión del caso práctico."[87] Esta premisa supone completar el significado de la norma, de los términos que emplea y de su sentido, poniéndola en relación con los hechos. No significa volver a un enfoque referencial del lenguaje, sino observar los hechos que "hacemos con las palabras",[88] y a dar a las palabras el significado que adquieren con la realización de esos hechos. Esto podría tener graves consecuencias para la definición de pena.[89]

Este "hacer" genera una responsabilidad para los jueces que prescriben la pena, pero también para los juristas y los filósofos del derecho. Asumir cabalmente esta responsabilidad no significaría únicamente intentar una nueva o perfeccionada "racionalización" del sistema penal, sino una reflexión verdaderamente crítica de su legitimidad, de su necesidad, de su existencia misma. Una reflexión que llegara a las raíces mismas de los fundamentos del castigo.[90]

Para ello se debería renunciar a la pretensión de una racionalidad única, y por consiguiente absoluta. Dicha pretensión supone el desconocimiento de la naturaleza finita de la existencia humana. Como se pregunta Gadamer: "¿No es cierto más bien que toda existencia humana, aún la más libre, está limitada y condicionada de muchas maneras? Y si esto es así, entonces la idea de una razón absoluta no es una posibilidad de la humanidad histórica. Para nosotros la razón sólo existe como real e histórica, (...) la razón está siempre

87. G. Zaccaria, L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea, CEDAM, Padova, 1990, p. 87.

88. H. G. Gadamer, *Verdad y Método.* Ediciones Sígueme, Salamanca 2001, p. 343.

89. Me permito remitir a mi escrito, *Derecho penal, derechos humanos. Los círculos hermenéuticos de la pena,* en El tiempo como pena, Campomanes, Buenos Aires 2001.

90. A ese respecto, MacIntyre señala que cada tradición, reconozca o no el hecho, confronta la posibilidad de caer en algún momento futuro en un estado de crisis epistemológica, reconocible como tal por sus propios criterios de justificación racional, que a su vez han sido validados hasta ese momento como los mejores que han surgido de la historia de esa tradición concreta. *Whose Justice? Which Rationality?,* University of Notre Dame Press, Notre Dame 1988, p. 364.

referida a lo dado en lo cual se ejerce."[91] Es fundamental partir de la base de que "la racionalidad misma, teórica o práctica, es un concepto con una historia: en efecto, puesto que hay una diversidad de tradiciones de indagación, con sus respectivas historias, hay (...) racionalidades y no racionalidad, (...) justicias y no justicia".[92]

Además, la racionalidad única que pretende el pensamiento penal es también una forma de desconocer la enorme influencia que la tradición ejerce en ella. La razón puede atribuirse una independencia que el reconocimiento de la tradición menoscabaría. Sin embargo, "nuestro ser histórico y finito está determinado por el hecho de que la autoridad de lo trasmitido, y no sólo lo que se acepta razonadamente, tiene poder sobre nuestra acción sobre nuestro comportamiento."[93]

No obstante esta influencia, como explica Gadamer, "la tradición siempre es también un momento de la libertad y de la historia. Aún la tradición más auténtica y sólida no se realiza, naturalmente, en virtud de la capacidad de permanencia de lo que de algún modo ya está dado, necesita ser afirmada, asumida, y cultivada. La tradición es esencialmente conservación (...) Sin embargo, la conservación es un acto de la razón."[94]

Esta posibilidad de conciliar tradición y razón también es percibida y señalada por MacIntyre cuando se pregunta de qué nos ha privado la Ilustración: "Lo que la Ilustración nos impidió ver en su mayor parte y que ahora necesitamos recuperar es (...) una concepción de la indagación racional incorporada en una tradición, una concepción según la cual los propios criterios de justificación racional surgen y son parte de una historia en la que están validados por la forma en

91. H. G: Gadamer, op cit, p. 349.

92. A. MacIntyre, op. cit., p. 9. En ese sentido también F. Viola *Il diritto come pratica sociale*, Edizioni Universitarie Jaca, Milano 1990 p. 44.

93. H. G. Gadamer, Vol. I, op cit, p. 329.

94. *Ibidem*, p. 349.

que superan las limitaciones y dan remedio a los defectos de sus predecesores dentro de la historia de esa misma tradición."[95]

Admitir esta premisa significa admitir una perspectiva propia de la filosofía hermenéutica. Y es precisamente la filosofía hermenéutica la que puede permitirnos salir de los círculos viciosos de la racionalidad penal, internándonos en un territorio prohibido para otras filosofías que hermenéuticas no son. Al enfrentarse al problema de la pena, al problema de la relación entre delito y pena, el derecho se enfrenta al problema del sufrimiento. Y fracasa. Principalmente porque no reconoce que se enfrenta con ese problema, incluso porque se niega a enfrentarse a ese problema. Sin embargo, "(...) el derecho penal, entre todos los derechos, posee esta singularidad, de querer ser doloroso."[96] Lo más preocupante es el desconocimiento de esta voluntad, o su enmascaramiento en otras finalidades.

"Llegaremos a comprobar que la hermenéutica del mal no es una región indiferente sino la más significativa, quizás el lugar de nacimiento del problema hermenéutico.", dice Ricoeur.[97] Por ejemplo, el mal y el dolor –afirma Pareyson– que se han hecho desaparecer del mundo racionalizado de la filosofía, están bien presentes en el mito, y la filosofía hermenéutica se permite reflexionar sobre el mito, como experiencia existencial, respetándolo y salvaguardando su carácter revelador, en el sentido de que el mito dice cosas que no se pueden decir de otro modo, pero se trata de cosas que para la filosofía es importante que sean dichas. "De estas cosas se propone tanto aferrar y aclarar el significado como desarrollar

95. A. MacIntyre, op. cit. p. 7 También recuerda que el legado de la Ilustración ha sido establecer un ideal de justificación racional que ha resultado imposible alcanzar, de lo que se deriva en lo fundamental la incapacidad dentro de nuestra cultura de unir la convicción y la justificación racional. p. 6.

96. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit, Sous la Ve République* Flammarion, Paris 1996, p. 144.

97. P. Ricoeur, *La simbólica del mal,* op. cit, p. 57. Y a ese respecto es interesante observar la importancia que tiene para la reflexión hermenéutica de Ricoeur el problema del mal y el sufrimiento. "Es en efecto primero en este nivel donde se siente la necesidad de interpretar una experiencia que corre el riesgo de aparecer totalmente opaca al análisis filósofico" J. Greishc, *Paul Ricoeur, L'itinérance du sens,* Millon, Grenoble 2001, p. 89.

la carga de potencialidad y la capacidad de interesar e involucrar a cada ser humano, cualesquiera sean sus convicciones y creencias.".[98]

Pero también se permite tener conciencia de la presencia de "lo trágico" en lo cotidiano jurídico, intentando una respuesta "no trágica". Es la presencia de "la tragedia de la acción" que nace cuando se enfrentan, de un lado, la necesidad de respetar la norma universal, y del otro, la necesidad de respetar las personas singulares. Esta tragedia es inseparable del fenómeno jurisdiccional, dado que el derecho, como el mito, aspira a la universalidad.

La imposible justicia es la justicia abstracta, previa al planteamiento del caso concreto, aspiración que responde a la pretensión de que existe una "verdad de la situación": "el descubrimiento del carácter interpretativo de la verdad nos habrá enseñado que aquello que consideramos el equilibrio objetivo turbado no es otra cosa que nuestra interpretación, constitutivamente jamás desinteresada, de la situación."[99]

Este carácter interpretativo de la justicia, paralelo a un carácter interpretativo de la verdad, se ve confirmado en el ámbito de la filosofía hermenéutica del derecho: "La justicia non puede darse a priori, como si fuese una 'cosa', sino que se 'encuentra' a través de una mediación (...) el derecho siempre es hermenéutica".[100]

La hermenéutica supone la aceptación de la incertidumbre, no su negación, con la cual perdería su razón de ser. Pero tampoco es posible una ética sin la aceptación de la incertidumbre y el riesgo. La aceptación de la incertidumbre nos invita a tomar distancia de las soluciones aportadas tradicionalmente a las situaciones problemáticas en la esfera penal. La correspondencia delito-pena es solamente posible en el plano del derecho abstracto. La medida de la pena, establecida en la

98. L. Pareyson, op. cit., p. 161. También analiza el problema del mal y del sufrimiento en *Dostoevskij, Filosofia, romanzo ed esperienza religiosa*. Einaudi, Torino 1993. También tratan este tema R. Safranski, *Le Mal ou le Théatre de la liberté*, Grasset, Paris 1996; E. Ocaña, *Sobre el dolor*, Pre textos Valencia 1997; B. Sichère, *Historias del Mal*, Gedisa, Barcelona 1996.

99. G. Vattimo, Nichilismo ed emancipazione, etica, politica, diritto, Garzanti, Milano 2003, p.151, en el capítulo titulado "Fare Giustizia del diritto".

100. G. Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, op. cit. p. 66.

norma, se convierte en desmedida cuando se la aplica al caso. La ecuación penal no respeta la complejidad de la realidad, la diversidad individual. Es necesario, como dicen Digneffe y Kaminski: "(...) superar la ecuación penal clásica y evitar caer en una forma de desmedida, justificada falsamente por la afirmación según la cual uno "esta en su (amparado por el) derecho" y uno defiende valores esenciales".[101] A propósito de valores esenciales – conforme señala Delmas Marty en su obra "*Le flou du droit*"– tal vez la presencia cada vez más importante de los derechos humanos en la doctrina y la legislación comience a dar más flexibilidad a la racionalidad jurídica.[102] Pero la relación del derecho penal con los derechos humanos es otro de los temas que merecerían una atención y un análisis más profundos.

No obstante, queda siempre abierto el interrogante que plantea reconocer la necesidad de responder al mal, o de prevenirlo, con un mal. Y el de si se justifica que el derecho se haga eco y cargo de esa necesidad que habría que estudiar en el campo antropológico, mítico, filosófico.

Pavarini se pregunta si la penalidad en la postmodernidad – a pesar del hincapié en los valores de la racionalidad burocrática, la eficiencia y el cálculo – no termine por confiarse a una "economía del exceso" de los castigos, en pocas palabras, a una penalidad exquisitamente expresiva".[103] El hecho de que la economía de la pena descrita por Foucault se vaya convirtiendo en una "economía del exceso de la pena" no puede no ser alarmante.

Tal vez, por consiguiente, al referirnos a la tragedia griega, debamos referirnos a Prometeo, donde conmueve el exceso del castigo, la "naturaleza absoluta, cruel y sin medida de la pena" que se le inflige y que sufre.[104]

101. F: Digneffe et D. Kaminski, op. cit. p. 129.

102. M Delmas Marty, op cit. p. 278.

103. M. Pavarini, op. cit., p. 98

104. G. Pieri, op. cit. pp.76 y 77 "A partir del momento en el que se instaura, bajo la soberanía de Zeus, un orden distributivo de *timai* surge la idea de una pena cuya función no es simplemente la compensación de un ultraje personal para restablecer un equilibrio entre las partes, sino esencialmente

La historia de la pena es una historia de constante frustración en la búsqueda de la justicia; por eso cabe decir con Carbonnier que en el derecho penal hay "una mala conciencia jurídica que provoca el deseo, a veces la exigencia de reformas. Es una inquietud activa hacia un derecho en el que la inquietud estaría proscrita".[105] Y un derecho en el que se proscribe la inquietud es un derecho absurdo. Porque para eliminar la inquietud habría que eliminar la conciencia. En realidad se desea eliminar la conciencia en tanto se trata de una mala conciencia.

"¿El mito de la pena es el mito de la mala conciencia?"[106]

la eliminación de todo elemento que perturbe el orden establecido con el objetivo de preservar este orden." La pena deja de utilizarse como compensación entre fuerzas equivalentes, y se convierte en una manifestación de poder que refleja un orden jerárquico del mundo. La sanción pasa del terreno del intercambio, de la reciprocidad y de la compensación, al de la retribución penal pública. También en Platón se manifiesta este carácter de la pena como última palabra del soberano: "Con respecto a tus padres (...) no disponías de una igualdad de derechos que te permitiera tratarlos de igual forma que ellos a ti, ¿cómo pues vas a disfrutar de esa igualdad con respecto a tu patria y sus leyes?", "Critón o del deber", 50 d. Obras completas, Aguilar, Madrid 1969.

105. J. Carbonnier, op. cit. p. 175.

106. E. Castelli, op. cit, p. 21.

La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de la red

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

Sumario: 1. La necesidad de la protección jurídico-penal de las comunicaciones a través de las redes telemáticas – 2. La protección penal de las comunicaciones a través de la red, en particular de los mensajes de correo electrónico – 3. El objeto material del delito – 4. La adecuación típica de las diversas modalidades comisivas: 4.1 El apoderamiento de mensajes de correo electrónico; 4.2 La interceptación de las telecomunicaciones de otro a través de la red; 4.3 La desviación de una telecomunicación; 4.4 El apoderamiento de trazas de acceso a la red; 4.5 Realización del hecho sin el consentimiento del interesado; 4.6 El tipo subjetivo – 5. Accesos legítimos a las comunicaciones de terceros a través de la red; 5.1 La prevención y la persecución de los delitos; 5.2 Las comunicaciones en el lugar de trabajo – 6. Bibliografía citada.

Resumen: La rápida y enorme expansión lograda por las comunicaciones personales a través de internet, en particular el correo electrónico, ha generado al mismo tiempo abusos contra la confidencialidad y el anonimato con el que deben estar presididas aquéllas en relación con terceros. Se trata en el presente estudio de comprobar si los instrumentos jurídico-penales actuales son suficientes para prestar la protección adecuada a dichas comunicaciones.

Palabras-clave: Ciberdelincuencia; Protección de las comunicaciones; Derecho Penal e internet.

1. La necesidad de la protección jurídico-penal de las comunicaciones a través de las redes telemáticas*

La circulación de información por las redes telemáticas (internet) se ha convertido en un creciente y útil vehículo de comunicación interpersonal, de creación, difusión y acceso a la información.

Al mismo tiempo, el uso de este todavía nuevo procedimiento de comunicación electrónica o telemática comporta la generación de nuevas formas de vulnerabilidad de la intimidad y de los datos de carácter personal en torno a la red, en particular en relación con el anonimato o confidencialidad con que deben estar presididas estas actividades con respecto a terceros ajenos a la comunicación,[1] con la integridad de la información producida y con el acceso no consentido a las terminales privadas desde donde los ciudadanos se introducen en la red. Téngase en cuenta, además, que cada acto de recepción o remisión de comunicación o de acceso a sitios de la red deja su huella o traza digital, la cual es susceptible de seguimiento e identificación.

En ocasión anterior he apuntado[2] cómo los bienes jurídicos implicados en las comunicaciones personales a través de las redes telemáticas dignos de pro-

* Véase más extensamente sobre la materia objeto de este estudio, así como en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, en los que se enmarca este estudio, Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal, II* (Díez Ripollés y Romeo Casabona, Coords.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 591 y ss.

1. Apunta también hacia este nuevo peligro, por cierto, no exento de tensiones con otros intereses de los poderes públicos en relación con la seguridad (así, desde la perspectiva norteamericana), Morales Prats , *Internet: riesgos para la intimidad* en *Internet y derecho penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid: CGPJ, 2002 71 y s.; Véase también, Morón Lerma, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red*, Pamplona: Aranzadi, 1999 114 y ss.

2. Romeo Casabona *La protección penal de la intimidad y de los datos personales en sistemas informáticos y en redes telemáticas (internet)*, en "EJMF", Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid: Ministerio de Justicia, III-2001, 209.

tección jurídico-penal no se agotan en la intimidad y los datos personales. Esta consideración me ha llevado a pronunciarme también acerca de la oportunidad político-criminal de proteger penalmente de forma integrada y autónoma el pacífico uso y disfrute de tales redes en las relaciones privadas (sin entrar en su consideración para otro tipo de relaciones) o, dicho de otro modo, la *comunicación pacífica a través de redes telemáticas*, con independencia de las garantías y protección que correspondan a otras formas de manifestación de la intimidad y de los datos de carácter personal.

En efecto, con este nuevo perfil –en cualquier caso, no completamente desconocido para el ordenamiento jurídico español, según se expondrá más adelante–, se quiere llamar la atención sobre la necesidad de ofrecer una protección jurídica más intensa –pero no exclusiva o principalmente penal– a las comunicaciones personales en cuanto tales, así como a las actividades de producción y de consumo de información en las redes, con independencia de que se generen datos personales o no. Posiblemente habría que diseñar la vertebración de cuándo tal protección debería ser asumida por el Derecho Penal y cuándo por otros sectores del ordenamiento jurídico, cuestión sobre la que volveré más adelante.

Ha de señalarse al menos como objeto de reflexión que habrá que reconsiderar en un futuro próximo la conveniencia de introducir algún delito específico contra ciertos actos de acceso ilegítimo a ficheros o registros ajenos, así como el acceso ilegítimo o interceptación de las comunicaciones telemáticas ajenas, cualquiera que sea el propósito del autor. Es cierto también que en la actualidad esta comunicación pacífica se ve entorpecida cada vez con mayor frecuencia –en ocasiones con efectos muy graves, llegando a alcanzar al propio sistema y a sus archivos–, por la introducción de rutinas –los llamados virus informáticos– precisamente con ocasión y por medio de las comunicaciones telemáticas (p. ej., el correo electrónico), aunque en gran medida estos hechos podrían estar cubiertos por los delitos de daños, bien que se haya demostrado su inoperatividad frente a estos hechos por otros motivos no relacionados con el principio de legalidad (así,

las dificultades en la identificación de los autores y la persecución policial, determinación de la competencia jurisdiccional y de la ley penal aplicable, funcionamiento de la entreayuda judicial etc.).

Antes de adoptar la decisión político-legislativa oportuna habrá que ser consciente de los inconvenientes que puede presentar una solución de esta naturaleza en relación con la difuminación del bien o bienes jurídicos implicados y la lejanía de la referencia de éstos si se configura el nuevo delito como de simple actividad (de peligro abstracto –o de peligrosidad– o de peligro abstracto-concreto –o de acción peligrosa–). La elaboración de un bien jurídico como el que se ha propuesto podría contribuir a paliar parte de estos obstáculos. Además, otro aspecto sobre el que debería reflexionarse antes de tomar una decisión de política legislativa sería la valoración de la posible concurrencia de determinados elementos subjetivos, que podrían dar lugar a un diferenciado desvalor –entre si– de lo injusto, con su correspondiente repercusión agravatoria del marco punitivo (p. ej., la intención de vulnerar la intimidad de las personas, o secretos industriales o financieros, o relativos a la seguridad del Estado etc.).[3]

Será necesario asimismo reflexionar sobre si en estos casos el recurso a la tipificación penal estará o no justificado en virtud de los principios de *ultima ratio* y de intervención mínima del Derecho Penal (sobre todo en relación con los accesos ilegítimos sin el propósito de producir ningún daño determinado). En efecto, tampoco aquí debería abusarse del recurso a los instrumentos punitivos, dado que a través de normas extrapenales podrían satisfacerse –al menos en buena medida– las necesidades de tutela jurídica. Si el Derecho Penal está llamado a intervenir, no es menos cierto que de forma paralela habrán de adoptarse otros bloques de medidas y regulaciones jurídicas en el ámbito del Derecho Internacional y del Derecho Procesal o revisar, en su caso, la eficiencia de las ya existentes –tareas que

3. Téngase en cuenta que delitos muy próximos a los mencionados en el texto figuran en el Convenio sobre el Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23.11.2001 (p. ej., el acceso ilegal, art. 2.º, y la interceptación ilegal, art. 3.º).

probablemente revisten todavía mayor complejidad–, como garantía para conseguir una *optima ratio* a la intervención de aquél. De lo contrario, es seguro que estará condenado al fracaso.

En cualquier caso, estas reflexiones político-criminales sobre los nuevos escenarios para la intimidad, los datos personales y las telecomunicaciones a través de la red se acrecentarán probablemente a corto plazo, tanto como consecuencia de la presión doctrinal en torno a estos delitos[4] como por los compromisos que se deriven del Derecho Internacional para los poderes públicos españoles.

2. La protección penal de las comunicaciones a través de la red, en particular de los mensajes de correo electrónico

Al consistir los mensajes de correo electrónico y otras telecomunicaciones realizadas a través de las redes telemáticas en una forma de comunicación privada debe reconocérseles en principio el mismo tratamiento jurídico que el ordenamiento reconoce a ésta.[5] Es oportuno mencionar, en primer lugar, la protección constitucional que se garantiza al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial, en el art. 18.3 CE, y que la misma naturaleza jurídico-constitucional que a las postales, telegráficas y telefónicas que menciona a modo de ejemplo hay que reconocer a cualquier otra forma de comunicación a través de la red, como el acceso a páginas y sitios de la misma, la obtención a través de ella de documentos, datos, imágenes, sonidos, conversaciones escritas u orales instantáneas (chat) etc.

4. V. posiciones doctrinales diferentes sobre esta cuestión: Mata y Martín, *Delincuencia informática y Derecho Penal*, Madrid: Edisofer, 2001, 28 y ss.; Morón Lerma, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red*, 77 y ss.; Rovira del Canto, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Granada: Comares, 2002, 39 y ss. (si bien centrado en el ámbito patrimonial de los delitos informáticos).

5. Así lo entiende también Morales Prats, *Internet: riesgos para la intimidad*, 76.

Valga recordar la doctrina del TC sobre el alcance constitucional de la protección de las comunicaciones en general, que abarca tanto al proceso y al soporte de la comunicación como a su contenido mismo: "Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así, –a través de la imposición a todos del "secreto"– la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)".[6]

Con posterioridad el TC ha realizado también una aproximación a la cuestión que nos ocupa en la línea sugerida más arriba, al entender que el referido precepto constitucional ha de extenderse asimismo a las nuevas tecnologías: "Ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE".[7]

La Ley General de Telecomunicaciones establece por su parte la protección no penal del secreto de las telecomunicaciones y de los datos personales en el sector.[8]

En el art. 197[9] del CP encontramos varias modalidades típicas básicas, una de las cuales gira en torno al apoderamiento de papeles y cartas, en línea muy

6. SsTC 114/1984 y 34/1996.

7. STC 70/2002.

8. Ley 32/2003, de 3 de noviembre, Capítulo III (arts. 33 y ss.).

9. Dice así el art. 197.1 del CP: "1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o

semejante a su predecesor, aunque incluyendo ahora otros objetos materiales novedosos, tributarios de las nuevas tecnologías de la comunicación, como lo es el correo electrónico, o que simplemente pretenden cumplir una función de escoba o de recogida en relación con los objetos anteriores.[10] Como ya he adelantado, se incluye asimismo la interceptación de las telecomunicaciones de otro, aparte de varios procedimientos técnicos de captación del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación (expresión confusa por lo que atañe a su naturaleza y contenido, pero que en todo caso pretende asumir de nuevo una función de recogida o de escoba respecto a las innovaciones tecnológicas que puedan surgir en el futuro) (art. 197.1). Finalmente, se incorporan como delito diversas conductas relacionadas con los datos reservados de carácter personal y familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado (art. 197.2), las cuales presentan en su conjunto la estructura de un tipo básico paralelo pero autónomo, en relación con un bien jurídico en gran medida diferente.[11]

Respecto a la naturaleza jurídico-penal de este delito puede calificarse como *de acción peligrosa* (es decir, de peligro abstracto-concreto),[12] pues es preciso que

cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses."

10. De este parecer, en relación con la expresión "cualesquiera otros documentos o efectos especiales", Mata Martín, *Delincuencia informática y Derecho penal*, 127.

11. Sobre el bien jurídico protegido en este delito y sobre su estructura típica me he ocupado previamente con mayor detenimiento en Romeo Casabona, *La protección penal de la intimidad y de los datos personales en sistemas informáticos y en redes telemáticas (internet)*, 288 y ss.; el mismo, *La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos*, en "Libro en memoria del Profesor Lidón", Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, 513 y ss.

12. Como compatibles con la estructura de los delitos de peligro abstracto se pronuncia Sola Reche, *La protección penal de los datos personales genéticos en el Derecho español*, en Carlos María Romeo Casabona (Ed.), "Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal Español de 1995", Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco – Ed. Comares, Bilbao – Granada,

la acción sea en si misma peligrosa para el bien jurídico (de conformidad con el art. 16 CP), es decir, para la intimidad de otra persona. Significa esto que no es necesario que se haya producido la lesión del bien jurídico ni que haya corrido un efectivo peligro (delito de peligro o de peligro concreto). Por consiguiente, es evidente que el tipo básico no es de resultado material.[13]

3. El objeto material del delito

El objeto material de este delito es múltiple y variado. Todos estos objetos se caracterizan por consistir en soportes físicos con capacidad para recoger, incorporar o reproducir hechos, datos, manifestaciones de voluntad, etc. que constituyan un secreto para alguien y afecten a su intimidad o que sin ser secreto involucren a dicha intimidad; esto es, esos soportes han de incorporar aspectos que afecten a la intimidad de otra persona.[14] Están integrados, en primer lugar, por papeles y cartas, que eran los únicos soportes que señalaba el CP anterior. Además, por mensajes de correo electrónico, documentos y efectos personales.

2001, 214, en nota 40, quien llega a esta conclusión tras la no obstante acertada reflexión de que "no se prevén como delito, o como agravación, las concretas conductas de averiguación de la información pretendida". Sobre la denominación de delitos de peligrosidad, de acción peligrosa y delitos de peligro, que se refieren en el texto, v. Romeo Casabona, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, en "Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología", UNED, Madrid, 2001, 91 y s.

13. De forma similar, Rodríguez Ramos, PE II, *Derecho Penal, Parte Especial*, II, Serv. De Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1997, 30 lo califica como delito de mera actividad: Sin embargo, Polaino Navarrete, PE I, *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*, I (dir. Cobo del Rosal), Madrid: Marcial Pons, 1996, 398, considera este delito como de resultado material, encontrando éste en "la efectiva traslación posesoria de los respectivos documentos a la esfera del autor". Orts Berenguer/Torres Roig, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, 20, entienden que es necesaria la causación de una ofensa al derecho a la intimidad, "como precisa el legislador al exigir el elemento subjetivo". Lo cierto es que el resultado, para que fuera material, habría que orientarlo a la efectiva afectación del bien jurídico protegido y ello no tiene que producirse necesariamente en ninguna de las hipótesis que manejan las dos argumentaciones acabadas de mencionar.

14. Así, Orts Berenguer/Roig Torres, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, 20.

Lógicamente, en este estudio sólo voy a referirme a los mensajes de correo electrónico, mientras que los demás objetos materiales mencionados por la ley únicamente presentan interés en la medida en que son susceptibles de acoger a su vez otros objetos que son fruto de una comunicación telemática personal. Nótese que cualquier mensaje o comunicación telemática que ha sido recogida en un soporte material fuera del sistema informático o telemático constituye ya en cuanto tal un objeto material diferente como papel o carta u otro documento[15] o, en su caso, efecto personal.

El CP no proporciona una definición de mensaje de correo electrónico. Sin embargo, el Derecho comunitario ha incluido una propia, que seguramente será incorporada al Derecho interno una vez que el legislador español haya procedido a la oportuna transposición de la disposición jurídica correspondiente: "Todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que pueda accederse al mismo".[16] Puede aceptarse la anterior definición a título orientativo, por ejemplo es valiosa la referencia a la modalidad del mensaje, entendido como texto, voz, sonido o imagen, así como la exigencia de la posibilidad de almacenamiento temporal (en la red o en el equipo terminal del receptor) hasta que pueda accederse al mismo. Sin embargo, si atendemos a los propósitos específicos del Derecho Penal, dirigidos a la protección de un determinado bien jurídico, la definición comunitaria que, no debe olvidarse, está subordinada a los propósitos sectoriales en los que se enmarca, puede ser parcialmente inadecuada. En efecto, en cuanto tal definición es al mismo tiempo demasiado restrictiva y demasiado amplia. Lo primero lo encontramos en la limitación

15. Lo que se ve facilitado por la amplia definición de documento que aporta el propio CP: "A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica" (art. 26).

16. Art. 2, *b* de la Directiva 2002/58/CE, sobre privacidad y comunicaciones electrónicas. Esta Directiva ha sido traspuesta parcialmente por la LGT.

a mensajes cursados a través de redes de comunicación públicas y, sin embargo, no debe excluirse la intervención jurídico-penal allí donde existen comunicaciones que deben ser salvaguardadas del alcance ajeno, con independencia del carácter público o privado que tenga la red.[17] Por otro lado, al Derecho Penal sólo interesan las comunicaciones electrónicas que sean personales.

Por consiguiente, y a los solos efectos penales, por mensaje de correo electrónico puede entenderse una modalidad de comunicación, por lo general de carácter personal, que incorpora texto, voz, sonido o imagen y que se sirve de las redes telemáticas como tecnología de transmisión y de los sistemas informáticos (ordenadores y el *software* o sistema lógico correspondiente) como instrumentos de remisión y de recepción entre dos o más comunicantes y, en su caso, de almacenamiento de los mensajes. Conforme a lo indicado más arriba, a los efectos del presente estudio es necesario que la comunicación sea de carácter personal (por tanto, estarían excluidos los mensajes publicitarios o comerciales no individuales o personalizados). En estos casos, la determinación del soporte como objeto material del apoderamiento puede ser más complicada, mientras sólo exista una mera visualización. Estas circunstancias obligarán a un análisis sumamente cuidadoso de la acción típica cuando recae sobre un mensaje de estas características.

Puesto que en el CP vigente –con mayor claridad todavía que en el CP/73– las comunicaciones que son abarcadas por el tipo ya no pueden ser entendidas únicamente como las orales,[18] hay que concluir en que acoge, por consiguiente,

17. De todos modos, la Directiva citada no es ajena a los dos aspectos que se comentan en el texto y viene a coincidir con las preocupaciones allí aludidas, puesto que, por un lado, remite a la Directiva 95/46/CE para la protección de las comunicaciones a través de redes privadas (EM párr. 10), y, por otro lado, señala explícitamente que la Directiva se aplicará al tratamiento de datos personales en relación con las comunicaciones electrónicas (art. 3.1).

18. Pues, aunque confiriera una cobertura penal residual, el art. 497 bis del CP/73 acogía también las comunicaciones no orales, siempre que se realizaran a través de la línea telefónica o por otro medio que pudiera calificarse como tal. Véase en este sentido, Romeo Casabona *Poder informático y seguridad jurídica (La función tutelar del Derecho Penal ante las nuevas tecnologías de la Información)*, Madrid: Fundesco, 1988, 29 y s.

todo tipo de comunicaciones,[19] sean orales, escritas, mediante imagen o el sonido u otros signos o la combinación de varios de cualesquiera de ellos. Pero, en segundo lugar, se limita a las comunicaciones a distancia que se valen por ello de procedimientos técnicos de comunicación,[20] como telemáticos y otros por cable o inalámbricos,[21] bien se realicen estos últimos por medio de ondas radioeléctricas o vía satélite con cualquier receptor de comunicación, p. ej., una radio o un teléfono celular o terminal móvil.[22]

La información obtenida ha de tener un contenido de intimidad,[23] pero no es necesario que sea en todo caso secreta. El mantenimiento en el tipo del término "secretos" ha sido objeto de crítica por algún sector doctrinal,[24] y con razón, al no ser el secreto en cuanto tal objeto de tutela penal por este delito, pues no presenta en realidad autonomía alguna respecto a la intimidad, que es el bien jurídico protegido. Se tacha la permanencia de este término como fuente de distorsiones interpretativas –dado el sentido polisémico del mismo, que puede aludir a secretos de diversa naturaleza y alcance: secretos industriales o de empresa, de Estado etc.–, en particular por constituir uno de los dos ejes de la parte subjetiva del tipo. En todo caso, al aludir a los "secretos de otro", es indudable que

19. De acuerdo con la Directiva 2002/58/CE, por comunicación puede entenderse "cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles para el público".

20. A este sentido genérico aluden Ag. Jorge Barreiro, *Comentarios al Código Penal* (dir. Rodríguez Mourullo, coord. Ag. Jorge Barreiro), Madrid: Civitas, 1997, 567; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 14ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, 247; Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial, 3ª ed. corregida y puesta al día*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996, 194.

21. Véase la SAP Zaragoza de 23.10.2001, sobre un caso de interceptación y grabación de conversaciones inalámbricas.

22. Véase la STC 34/1996, de 11 de marzo; SAP Almería de 27.07.1992. En la doctrina, Ag. Jorge Barreiro, ComCP, 567; Morales Prats, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares, coord. Morales Prats), 3ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2002, 432.

23. La mera divulgación de la dirección de correo electrónico de tercero no se adecua a la tipicidad del art. 197.2, según la SAP Madrid 15.02.2002, ni tampoco forma parte de del cuerpo de un mensaje, podríamos añadir, pero no deja de ser una dato de carácter personal.

24. Morales Prats, ComCP, 324.

abarca exclusivamente los secretos de carácter personal,[25] lo que viene reforzado por la rúbrica que encabeza el Título en el que se inserta este delito. Esta observación no contradice la garantía que merece el secreto de las comunicaciones.

4. La adecuación típica de las diversas modalidades comisivas

El CP de 1995 introdujo de forma expresa como delito el apoderamiento de los mensajes de correo electrónico, así como la interceptación de las telecomunicaciones de otra persona. Sin perjuicio de las precisiones que se introducirán más abajo, puede adelantarse ya que en el primer caso se trata de conductas que pueden afectar al mensaje de correo electrónico o a cualquier otra comunicación a través de la red asimilable que se encuentra en una situación estática, esto es, guardados en un fichero una vez recibido, pendiente de recepción y guardado en el sistema del prestador de servicios o guardado en el terminal de remitente cuando se halla pendiente de remisión. Mientras que las segundas –las telecomunicaciones– se refieren a conductas que afectan a cualquier mensaje u otra forma de comunicación telemática semejante mientras se encuentran en el proceso de transmisión (y, en ocasiones, de creación), es decir, en "movimiento". Sin perjuicio de que comporten situaciones diferentes, en todas ellas puede accederse a la comunicación privando a su destinatarios o a alguno de ellos de su contenido o sin privar del mismo.

Las acciones de privación del mensaje o de cualquier otra comunicación a través de la red mediante su obstrucción, alteración o destrucción estarían más próximas en todo caso a los delitos de daños que a la finalidad que anima al tipo de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, que difícilmente puede verse afectada por meros actos obstructivos o impeditivos de la comunicación entre terceras personas. De todos modos, en su caso, podría verse afectada

25. Así también, Morales Prats, ComCP, 424.

la integridad de los datos de carácter personal, y puesto que éstos constituyen un bien jurídico autónomo, podría dar lugar a la aplicación del delito establecido en el art. 197.2 del CP, donde se protegen estos datos frente a su alteración o modificación no autorizada en perjuicio de terceros, además de frente a su acceso o utilización también no autorizados.

4.1 El apoderamiento de mensajes de correo electrónico

La primera acción típica en la que vamos a detener nuestra atención está constituida por el apoderamiento de mensajes de correo electrónico y de otras formas de telecomunicación. Para tal propósito habrá que abordar el alcance que tiene la acción de apoderarse en el conjunto del tipo en el que se inserta.

La acción típica viene expresada en el art. 197.1 del CP como *apoderarse* de los objetos que se enumeran en el tipo, entre ellos los mensajes de correo electrónico. Esta expresión proviene del CP/73 (art. 497) y continúa presentando en la actualidad semejantes y al mismo tiempo nuevos problemas interpretativos y mereciendo por ello las mismas críticas que entonces, como tendremos ocasión de comprobar a continuación. En efecto, tradicionalmente el término ha dado lugar a varias interpretaciones posibles sobre su significado, algunas de las cuales son compatibles entre si; pero no quiere decirse con ello que este criterio haya encontrado aceptación generalizada, pues en realidad la mayor parte de los autores conciben algunas de tales interpretaciones como excluyentes. En todo caso, es indudable que este término ha experimentado un proceso de idealización o espiritualización que no puede desconocerse (en algún caso, incluso no puede prescindirse de esa depuración, pues, como se verá, es una exigencia taxativa del tipo), por lo que uno de los problemas más importantes radica en decidir hasta qué grado es admisible tal espiritualización sin que suponga un desvío no permitido del principio de legalidad de los delitos (analogía *in malam partem*).

La primera acepción, que gira en torno a su expresión literal, consiste en entender que el acto de apoderamiento comporta el desplazamiento o *traslación física de la cosa* –del soporte en el que se encuentra la información o el hecho secreto o íntimo– por parte del sujeto activo del delito a su propio ámbito de dominio o de control, en sentido similar, en consecuencia, al que suele interpretarse esta misma expresión en los delitos contra el patrimonio de apoderamiento (el hurto, en el que se utiliza la palabra "tomar", pero en especial el robo, con el que coincide la de "apoderarse"). Sin embargo, sin perjuicio de que parece razonable aceptar que no puede desconocerse el parentesco que guardan en su forma de comisión ambos grupos de delitos, precisamente por utilizar el mismo vocablo para definir la acción típica, no debe olvidarse en ningún momento la diferente orientación de cada uno de ellos en relación con el bien jurídico que están llamados a proteger los respectivos delitos. En consecuencia, esa traslación física en el delito de descubrimiento y revelación de secretos habrá que entenderla como suficiente –típica– desde el momento en que capacita al sujeto activo para acceder –no que acceda efectivamente– al contenido del objeto material trasladado a su control. La acción típica quedaría plenamente realizada con el mero hecho material descrito, sin que sea precisa la captación o aprehensión intelectual del contenido del soporte de la información o circunstancia íntima (que, ciertamente, puede llegar a producirse). Esta interpretación es casi unánime en la doctrina[26] y debe aceptarse como una interpretación válida.

Otro significado es fruto del criterio jurisprudencial, ya antiguo, del que se hacen eco algunos autores, conforme al cual el apoderamiento también puede

26. Así, p. ej., Carbonell/González Cussac PE, Vives/Boix/Carbonell/González Cussac, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, 286; Higuera Guimerá *El descubrimiento y la revelación de secretos*, "AP", n. 31, 2002, 774; Ag. Jorge Barreiro, ComCP, 566 y s.; Lozano Miralles, PE: Bajo Fernández, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, II, Madrid, 1998, 210; Mata y Martín, *Delincuencia informática y Derecho penal*, 127 y s.; Morales Prats, ComCP, 427; Muñoz Conde, PE, 251; Polaino Navarrete, PE, 398; Serrano Gómez PE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Madrid: Dykinson, 2002, 251; Sola Reche *La protección penal de los datos personales genéticos en el Derecho español*, 214. Sin embargo, mantienen un criterio contrario, que comentamos más abajo, Anarte Borrallo, *Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal*, en "JD", n. 43, 2002, 54; Queralt Jiménez, PE, 194.

verse encarnado en la retención de lo recibido por error (en concreto, una carta postal remitida por error a un destinatario equivocado por parte del servicio de correos). En el tema que nos ocupa aquí consistiría, por ejemplo, en la recepción de un mensaje de correo electrónico enviado por el remitente a persona distinta del destinatario al que se quería dirigir en realidad (p. ej., al copiar del listado de direcciones incorrecta pero inadvertidamente la dirección de otra persona) y su subsiguiente apertura por el receptor.[27] La jurisprudencia ha matizado, respecto a los supuestos de cartas remitidas a un destinatario equivocado por correo postal, que no basta con la simple inactividad o pasividad respecto a la retención, pues en coherencia con el sentido de la palabra apoderamiento es necesaria una acción positiva por parte de quien recibe la cosa para que ésta quede bajo su dominio.[28] Desde luego, debe aceptarse que la apertura y subsiguiente aprehensión de su contenido ha podido ser accidental como consecuencia de un error inicial ajeno, con mayor motivo si se trata de un mensaje telemático, en el que el autor del error será normalmente el propio remitente. En tales situaciones (tanto de comunicaciones telemáticas como postales) es aceptable la exclusión del dolo en relación con lo realizado, según se verá más abajo, y considerar consecuentemente atípico el hecho. Sin embargo, cabría preguntarse si el tipo quedaría constituido si el receptor accidental procede a la copia del mensaje con el fin de vulnerar la intimidad de tercero (p. ej., para divulgarlo), una vez descubierto el error, dado el sentido que asigno más abajo a la acción de copiar.

Como efecto de estos argumentos y de las propias características semánticas de la acción típica, podemos extraer dos conclusiones: una, que ya no es necesario

27. La doctrina y la jurisprudencia se han ocupado tan sólo del caso de la apertura de una carta tras su remisión indebida por parte del servicio postal (u otro privado semejante) y es al que aplican la solución que se menciona en el texto: Anarte Borrallo, *Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal*, 54; Bajo Fernández/Díaz Maroto, PE, *Manual de Derecho penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, 161; Carbonell Mateu/González Cussac, PE, 286; Lozano Miralles, PE, 210; Muñoz Conde, PE, 251, y SsTS de 6.10.1967, 25.11.1969 y 8.03.1974.

28. SsTS de 6.10.1967 y 25.11.1969.

en todos los casos que el acto de traslación haya sido realizado por el sujeto activo o por un tercero que obre con dolo (ni en relación con esto último tampoco se trataría de un instrumento no doloso, dado que la acción inicial relativa al envío erróneo no ha sido generada o provocada por el presunto sujeto activo),[29] basta con un acto de dominio –eso sí, positivo– sobre el soporte, una vez que éste ha llegado a su esfera de acción. Asimismo, está excluida la comisión de estos hechos por omisión. Ambas conclusiones han de ser igualmente asumidas.

El siguiente paso en este proceso de espiritualización del acto de apoderarse se construye a partir de la aceptación de que a la conducta de apoderamiento hay que asimilar, según los casos, el hecho de copiar (mensaje de correo o de fax electrónicos),[30] fotocopiar o fotografiar el soporte material (papel, documento o efecto personal)[31] en el que se encuentra la información secreta o íntima, o incluso únicamente el contenido del soporte y no éste (piénsese, p. ej., en el mensaje de correo electrónico que es impreso en papel o copiado en un disquete, disco compacto u otro soporte informático), si por ese medio aquélla –la información– se hace accesible. Ésta es una exigencia derivada de una interpretación teleológica a partir del bien jurídico protegido y del hecho de que el acto de apoderamiento es instrumental (medio idóneo para poder acceder a una información, etc., íntima, pero no para su mera apropiación material), de acuerdo con la interpretación primera que de este término acabamos de ver, y lo que ha de permitir es el acceso

29. La SAP Madrid 11.05.2001, considera que no constituye divulgación ni dolo de divulgación el hecho de presentar a juicio de separación las cartas de correo electrónico obtenidas por un envío anónimo.

30. Sin embargo, traslada estos supuestos al último inciso "o de cualquier otra señal de comunicación" (sobre esta expresión típica véase más abajo), Muñoz Conde, PE, 254. En mi opinión es innecesario acudir a esta modalidad típica, pues el fax electrónico y cualquier otro medio similar de comunicación presentan idénticas características y condicionamientos técnicos que los mensajes de correo electrónico, aparte de la definición que hemos propuesto para éste último, radicando su única diferencia en el formato de presentación al usuario.

31. En este sentido, la STS de 14.09.2000: "para que concurra el apoderamiento exigido basta su aprehensión virtual, esto es, que el sujeto activo del delito se haga con su contenido de cualquier forma técnica que permita su reproducción posterior, como por ejemplo, mediante su fotografiado".

al contenido del soporte que se pretende descubrir, pero no el soporte en cuanto tal, que por lo general será irrelevante para la intimidad del sujeto pasivo.

Una ulterior acepción de la acción típica –ciertamente, ya con un alto grado de espiritualización– incluiría el conocimiento del contenido del documento o efecto personal sin que esté precedido o acompañado por el apoderamiento material de dicho soporte. Ahora bien, incluso en este caso cabe contemplar varias hipótesis diferentes. La primera de ellas se refiere a cuando el sujeto activo necesita realizar un acto previo que le permita la visualización del contenido

Así, extraer de un sobre abierto la carta o documento para volverlos a depositar en su sitio una vez leídos; o meramente levantar un papel u otro objeto que impide la visión de otro que se encuentra tapado debajo; o encender el terminal del ordenador, acceder a la carpeta donde figuran los mensajes ya leídos –o no– por su destinatario y visualizarlos a continuación. Esta nueva propuesta de comprensión del tipo comporta, una vez más, una ampliación del concepto de apoderamiento a un conjunto de supuestos en los que el sujeto ha de realizar una acción tendente a remover, aunque sea de forma temporal y en todo caso no irreversible, cualquier obstáculo –por insignificante que sea éste– que impida la visualización del contenido que incorpora el soporte. A este respecto es significativo el acto de colocar un obstáculo, por muy leve que sea éste, por parte del sujeto pasivo al eventual acceso visual de terceros (apagar la pantalla del terminal, cerrar la puerta del despacho etc.), pues constituye un reflejo *objetivo* de la voluntad de aquél de guardar o proteger el secreto o de mantenerlo fuera del alcance de otros, por lo que de acuerdo con esta interpretación cualquier acto encaminado a levantar o remover ese impedimento se adecuaría a las exigencias del tipo.

La otra hipótesis o paso quedaría integrado cuando el sujeto accede directamente a la visualización del contenido, sin necesidad de eliminar o remover impedimento alguno, ni tan siquiera de tocar físicamente el objeto, ni, por supuesto, de desplazamiento ilegítimo. Por ejemplo, leyendo el documento de un tercero situado a la vista sobre la mesa de éste mismo, o un texto –un mensaje

de correo electrónico que haya sido impreso previamente– o imagen visualizables sobre la pantalla de un terminal de ordenador.

Para que sea admisible la conclusión de la adecuación típica de esta diferente dimensión de la referida expresión de apoderarse es preciso reconocer a la misma un significado o alcance todavía más espiritualizado que en los supuestos mencionados con anterioridad, pues supone un notable alejamiento de la interpretación que resulta más evidente, como traslación física del soporte del secreto o información íntima (p. ej., un papel o carta) desde el círculo de su propietario al autor del hecho, quedando desposeído aquél de dichos objetos; supone entender la acción típica, además –pero no siempre–, como la pura y simple aprehensión intelectual del contenido que aquéllos incorporan, así como los comportamientos intermedios. Por consiguiente, el último criterio interpretativo apuntado resulta ya discutible desde el punto de vista de su adecuación típica, pues es dudoso que se pueda forzar tanto el proceso de "desmaterialización" –espiritualización– del tipo, pues éste exige en todo caso –probablemente con dudoso acierto– un comportamiento material vinculado con los soportes que menciona.[32] En cualquier caso, es revelador señalar que la doctrina se encuentra muy dividida sobre este particular.[33]

Incluso en sentido estricto, pero siempre desde la perspectiva interpretativa propuesta, la mera captación intelectual del contenido tampoco sería necesaria para sostener la tipicidad, pues el sujeto activo podría retener en su memoria el

32. En una línea argumental similar, Orts Berenguer/Roig Torres, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, 26, estiman que es necesario que el autor realice una acción física dirigida a obtener los datos secretos.

33. Por el criterio afirmativo se decantan Ag. Jorge Barreiro, ComCP, 566 y s.; Morales Prats, ComCP, 427; Polaino Navarrete, PE, 398. En sentido contrario, exigen el apoderamiento material o físico del objeto, pues de lo contrario no concurriría el tipo objetivo, Higuera Guimerá *El descubrimiento y la revelación de secretos*, 774, 776 y s.; Muñoz Conde, PE, 251. Como puede apreciarse, en el texto defiendo una postura diferente a las anteriores y tal vez intermedia (y semejante a la de Orts Berenguer/Roig Torres, véase nota anterior): es necesario remover un obstáculo para acceder a la información –sin verdadera traslación física del objeto-, pero no es suficiente con la mera visualización de aquélla.

texto visualizado sin llegar a comprender su significado (p. ej., por hallarse escrito en un idioma desconocido para aquél, o consistir en signos –p. ej., matemáticos, criptográficos– únicamente comprensibles por un experto).

Sin perjuicio de las consideraciones hermenéuticas presentadas hasta el momento en este trabajo, en las que ya se ha podido comprobar las singularidades de especial relieve de las que son tributarios los mensajes de correo electrónico, y se han ofrecido respecto a ellos algunas propuestas específicas, el apoderamiento de los mismos requiere todavía un examen detallado.[34] Para algunos autores el hecho típico está caracterizado por el acto de apoderarse del correo electrónico de otro, por ejemplo, del mensaje una vez impreso sobre papel o soporte similar.[35] Cierto que no presenta la menor duda la adecuación típica de tal conducta, pero en realidad quedaría ya plenamente cubierta a través de los demás objetos materiales que han sido estudiados más arriba, dado que a ese mensaje impreso no se le puede negar la condición de 'papel', 'carta' o 'documento', o de los tres objetos al mismo tiempo. Sin embargo, no me parece suficiente, pues esto no es lo específico y diferencial del mensaje de correo electrónico, y en consecuencia no puede ser el motivo que impulsara al legislador a incluirlo expresamente en la ley. El legislador supuestamente debió pretender cubrir alguna posible laguna de la descripción típica del CP anterior, y ya se ha visto cómo no sería éste el caso si lo limitamos al supuesto acabado de mencionar sugerido por un sector doctrinal, pues sin la menor duda sería ya típico incluso con la deficiente redacción del CP derogado. Algo semejante podría decirse de los telefaxes y teletextos, así como de los mensajes de voz, sonido, texto o imagen intercambiados por medio de terminales móviles. Por consiguiente, es preciso buscar otras propuestas más acordes con el verdadero sentido de la ley.

34. En Romeo Casabona *La protección penal de la intimidad y de los datos personales en sistemas informáticos y en redes telemáticas (internet)*, 298 y ss., se mantenían ya las posiciones que se incluyen aquí, respecto a las cuales se han reforzado ahora las líneas argumentales sostenidas entonces.

35. Así, Morales Prats, ComCP, 427.

a) Acceder al mensaje que se visualiza directamente sobre la pantalla de un terminal, sin realizar ningún tipo de maniobra: en coherencia con lo apuntado anteriormente sobre otros documentos informáticos diferentes al mensaje de correo electrónico, debe excluirse tal conducta del ámbito de la tipicidad de este delito.[36]

b) Abrir una carpeta no destinada en principio a estos mensajes: el hecho inicial, de ser accidental, sería también atípico, pero de aprovechar tal circunstancia persistiendo en la captación de la información, sería típica, por concurrir ya en este supuesto el dolo. De no ser accidental el acceso, se trataría de un supuesto asimilable al que se estudia a continuación.

c) Acceder al buzón –informático– de un tercero, en el que se encuentran almacenados todos los correos electrónicos recibidos por un mismo destinatario (p. ej., abrir e introducirse en la llamada "bandeja de entrada" del programa de correo electrónico), captando así el autor el contenido de los mensajes, pero sin desposeer de ellos a su titular: configura un supuesto similar a los mencionados más arriba como subsumibles en el tipo, en los que se remueve un obstáculo con el fin de poder acceder a los mensajes ya recibidos y archivados sin que se produzca un desplazamiento físico ilegítimo de los mismos.

En esta última hipótesis y en la señalada en segundo lugar podría operarse tanto desde el equipo terminal del sujeto pasivo, como desde el terminal del sujeto activo o de un tercero, pudiendo incluso trasladar una copia a otro terminal, aspecto este que sería irrelevante para la configuración de este tipo. En todo caso, el acceso al equipo terminal del sujeto pasivo introduciendo para ello la clave que da entrada a dicho equipo, habiendo sido obtenida por cualquier medio sin el consentimiento de aquél o con dicho consentimiento pero más allá de los límites de autorización, es un procedimiento concluyente de haber vencido el obstáculo que previene cualquier acceso no deseado, como lo es también el desbloqueo de dicha clave.

36. De opinión contraria, Morales Prats, ComCP, 427; Ag. Jorge Barreiro, ComCP, 567 (siguiendo al autor anterior).

Ahora bien, en mi opinión la literalidad del art. 197.2 impone admitir que en la tercera de las hipótesis planteadas se produciría al mismo tiempo el apoderamiento de datos reservados personales en ficheros o soportes informáticos y otros, a los que se refiere este precepto. Estaríamos ante un concurso de leyes, cuya resolución es irrelevante, al llevar consigo la misma pena (pero, con todo en este caso seria ley especial el art. 197.1, al referirse específicamente al correo electrónico, frente a otros ficheros mas genéricos que menciona el art. 197.2).

Para poder llegar a las sucesivas conclusiones y propuestas interpretativas que se han ido exponiendo respecto a la palabra apoderarse, algunas de las cuales me parecen razonables y defendibles, es preciso recordar las siguientes puntualizaciones con propósitos de recapitulación: a) la palabra apoderamiento guarda una estrecha proximidad semántica con aquellos delitos contra el patrimonio en los que se recurre a dicho término para describir la acción típica, pero que al ir orientados a finalidades diferentes (a la protección de bienes jurídicos diversos), su coincidencia no es total: en los delitos de descubrimiento de secretos no comporta necesariamente un desplazamiento o traslación física del objeto material ni tiene por qué tener efectos posesorios o intelectivos;[37] b) debe reconocerse que entender compatible con la palabra apoderarse las conductas de retener un documento (carta), primero, y de copiar el contenido del soporte, después, supone el inicio de un proceso de espiritualización de dicho término; c) en la misma dirección se inscriben los supuestos de remoción de obstáculos para acceder a la información; d) el propio CP de 1995 ha dado un paso más allá hacia la espiritualización del término estudiado cuando incorpora explícitamente como objeto material los mensajes de correo electrónico. En efecto, la inclusión de este objeto material en el delito aporta un argumento intrasistemático adicional, en el sentido de que si abre razonablemente las puertas a una comprensión más dinámica

37. Véase, sin embargo, Polaino Navarrete, PE, 298, quien califica el apoderamiento como una "traslación posesoria cognitiva".

de la palabra apoderarse, tal interpretación no debe estar cerrada a los demás objetos materiales incluidos en el tipo, si por su propia naturaleza admiten y requieren al mismo tiempo una interpretación de este tenor.

Cualquier otro comportamiento que no incluya algún acto de desplazamiento o de acceso a lo inicialmente oculto se sitúa al margen de este delito.

En conclusión, no constituye una interpretación analógica en perjuicio del reo, contraria a las estrictas exigencias del principio de legalidad, entender que la palabra apoderamiento admite la traslación física o material del soporte, la reproducción de éste junto con el contenido que incorpora, la reproducción únicamente del contenido sobre un soporte diferente o, incluso, la captación directa de su contenido, siempre que haya un comportamiento previo que facilite el acceso al objeto material. Cualquiera de las variantes analizadas integra la acción típica que estamos estudiando. De todos modos, esta conclusión no impide insistir en el desacierto de mantener la expresión legal comentada –apoderarse–, puesto que ofrece un rendimiento muy trabajoso para lograr cubrir la variedad de aspectos –nuevos y no tan nuevos– mediante de los cuales puede presentarse la acción en la vida real.

A la vista de las reflexiones y propuestas anteriores se comprenderá lo excesivamente rígida y angosta –y por ello rechazable– que resulta la hipótesis, defendida minoritariamente por la doctrina,[38] de que el tipo exige no sólo apoderarse del objeto o soporte que contiene la información secreta, sino además que llegue a conocerse también su contenido. Esta interpretación cuenta con un soporte legal todavía menos claro que del que pudiera disponer alguna de las anteriores propuestas interpretativas y, desde luego, no se compadece con la evolución inherente a este tipo en atención en parte, precisamente, a los nuevos objetos materiales que incorpora.

38. Sostenida por Anarte Borrallo, *Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal*, 52; Queralt Jiménez, PE, 194.

4.2 La interceptación de las telecomunicaciones de otro a través de la red

La segunda variante típica está constituida por la interceptación de las telecomunicaciones de otro. Puesto que sobre el significado del objeto material (las telecomunicaciones) ya me he ocupado más arriba, queda ahora centrarnos en el alcance de la acción típica: interceptar.

La palabra *interceptar* es polisémica. En primer lugar, y según lo expuesto, puede entenderse como "apoderase de una cosa antes de que llegue al lugar o a la persona a la que se destina" (según la RAE). Asimismo, como obstruir una vía de comunicación. Finalmente, acceder a la comunicación de otros sin obstruir o interrumpir esa comunicación. En resumen, interceptar desde un punto de vista lingüístico puede consistir en desviar, obstruir o acceder, en este caso a una telecomunicación, pero en atención a la estructura compleja que presenta el art. 197.1 y al bien jurídico protegido, procede realizar varias precisiones.

En efecto, la primera acepción debe ser descartada de todo punto en este lugar, puesto que de lo contrario no permitiría establecer ninguna forma de distinción con el primer inciso del art. 197.1 del CP, ya estudiado, al menos por lo que se refiere a la acción típica. A semejante conclusión debe llegarse por lo que respecta al sentido obstructivo de la palabra, puesto que ya quedó apuntada más arriba su desvinculación con la protección de la intimidad y de la confidencialidad de las comunicaciones.

Nos queda, por consiguiente, como significado más conforme con la naturaleza del delito el de acceder a la comunicación de otros sin interferir en su prosecución. En consecuencia, satisfaría los requerimientos de este segundo inciso ('interceptar' como equivalente a intromisión) y no del primero ('apoderarse'), en virtud de lo ya argumentado, si el sujeto activo logra acceder a un mensaje de correo electrónico durante el proceso de su transmisión, mientras está circulando por la red, captando su contenido sin desviarlo de su destino. Sería aplicable entonces

este segundo inciso del art. 197.1 del CP. Ahora bien, si el sujeto activo lograra reenviar una copia a su propia terminal, podría incluirse en ambos incisos del art. 197.1 indistintamente, dado que hemos admitido como adecuadas típicamente al primero de ellos las acciones de copiar un documento sin privar al mismo tiempo de él a su propietario o tenedor.[39]

Es indiferente asimismo que se utilicen medios técnicos aptos para la interceptación de la comunicación o comunicaciones sucesivas de una o de varias personas entre si o de un conjunto de ellas inicialmente indiferenciado (p. ej., técnicas de barridos aleatorios de las comunicaciones).[40]

En conclusión, en relación con el objeto de interés de este estudio es típica conforme al inciso segundo del art. 197.1 del CP la acción de interceptar los mensajes de correo electrónico o cualquier otra forma de comunicación telemática sostenida a través de la red en el sentido de acceder a la comunicación realizada por terceros, siempre que esto se sustancie sin impedir la llegada del mensaje a su destino o el efectivo intercambio de mensajes.

4.3 La desviación de una telecomunicación

La acción puede consistir, finalmente, en la desviación del mensaje a un tercer terminal (p. ej., desde el que opera el sujeto activo o a otro diferente) durante el período de transmisión desde el equipo terminal del remitente al del destinatario, siempre que se prive a éste de su recepción. Nos encontramos aquí con una conducta que participa de elementos de los dos tipos referidos en los apartados anteriores, puesto que se actúa en el proceso de la transmisión, pero se priva al mismo tiempo de su recepción al destinatario o destinatarios. Entiendo que será punible de acuerdo con el primer inciso del art. 197.1, en el sentido de

39. Este supuesto de copia o grabación lo entiende subsumible únicamente en el segundo inciso Morales Prats, ComCP, 427.

40. Alude expresamente en sentido afirmativo a esta posibilidad, Muñoz Conde, PE, 253.

apoderamiento que he propuesto más arriba, pues si el mensaje llegase a pesar de ello a su destino estaríamos ante el supuesto de interceptación de las comunicaciones de otro que menciona el segundo inciso del art. 197.1, como voy a tratar de demostrar a continuación.

En efecto, lo que aquí ocurre es que se intercepta un mensaje de correo electrónico, en el sentido de "apoderase de una cosa antes de que llegue al lugar o a la persona a la que se destina" que le otorga la RAE (dentro de las diversas acepciones que admite el vocablo "interceptar"), sin acceder necesariamente al contenido del mensaje. La acción se asemeja con cierta fidelidad –incluso etimológicamente– al efecto traslativo que adjudicamos inicialmente a la palabra apoderarse, pero con la significativa diferencia –tributaria de las propias características tecnológicas de las que se vale este correo virtual– de que no se produce el traslado material de ningún soporte, sino del contenido mismo del mensaje. Consecuentemente, la adecuada interpretación de "apoderarse de... mensajes de correo electrónico" no ha de limitarse al sentido material o físico de los supuestos analizados con anterioridad, incluso los entendidos más laxamente, porque el estado "natural" de estos mensajes que estamos analizando ahora –los mensajes de correo electrónico– es virtual, sin ningún soporte material que los contenga (a salvo del propio equipo terminal, si ya se encuentra en él, o del servidor, si está pendiente de recepción por el destinatario). Por otro lado, la posibilidad de acceder a un mensaje de correo electrónico desde diferentes puntos o terminales, y no sólo –ni de forma excluyente– desde el terminal habitual abunda a favor de esta propuesta interpretativa. A partir de aquí podría sostenerse el mismo criterio respecto a otros mensajes que se valen de instrumentos y procedimientos tecnológicos semejantes (p. ej., el telefax cuando se envía a un terminal informático).

Debe dejarse claro inmediatamente que, por consiguiente, la palabra interceptar según se está utilizando ahora no guarda relación semántica con la que se utiliza en el segundo inciso del art. 197.1 ("interceptar las telecomunicaciones de otro"), y por ello no puede ser integrada en esa modalidad del tipo, sino en la de apoderamiento,

pues como se indicó más arriba, en aquella estructura típica no se produce una traslación-privación del dominio de la comunicación, que es lo que ocurre en nuestro caso, sino una mera intromisión cognoscitiva en la comunicación de terceros.[41]

En conclusión, la anterior interpretación sí parece responder más certeramente a las características propias de los mensajes virtuales y probablemente también a la preocupación del legislador por despejar cualquier duda sobre la incriminación de las conductas mencionadas, recurriendo por ello a la mención explícita de estos mensajes en la descripción de los objetos materiales sobre los que puede recaer la acción típica.

4.4 El apoderamiento de trazas de acceso a la red

Como es sabido tanto las comunicaciones a través de la red como el mero acceso a determinados sitios de la misma (páginas *web*), suele dejar huellas de los mismos (páginas visitadas, hora de acceso, etc.), como ocurre en el propio historial de la navegación efectuada por la red, así como con los llamados *cachés*, pues ambos quedan registrados en el equipo terminal. En particular, algunos sitios de la red introducen en el equipo terminal como condición previa a permitir el acceso al mismo un fichero (*cookie*) que suministra información sobre el propio usuario. Sin entrar ahora en el estudio de este procedimiento, que requeriría un abordaje específico, lo cierto es que accediendo a las *cookies*, como también a los demás rastros, se puede obtener también información sobre los accesos realizados por el usuario, lo que afecta sin duda a su vida privada.[42] ¿Cómo podría calificarse

41. Sin embargo, Morales Prats, ComCP, 427 y 431, considera que este hecho queda abarcado en los supuestos de interceptación de las telecomunicaciones, esto es, el segundo inciso del art. 197.1. En mi opinión, según se defiende en el texto, éste es un caso evidente de apoderamiento en el primer sentido de traslación material, aunque lo sea por otros procedimientos, en todo caso virtuales; para la conducta típica de interceptación quedan otros supuestos diferentes al que propone este autor, de los que también me ocupo en el texto.

42. En este sentido, Hernández Guerrero, *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, en "Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal", III-2001, Madrid: Centro de Estudios de la Administración de Justicia, 2001, 346 y ss.; Morales Prats, *Internet: riesgos para la intimidad*, 73 y ss.

entonces si alguien accede al terminal de un tercero y se apodera o copia dichas *cookies* u otros rastros de las sucesivas navegaciones?

Lo cierto es que el objeto material a duras penas encaja en las previsiones actuales del CP, pues aunque podría aceptarse que el acto constituye un apoderamiento típico, no se trata de papel o carta, ni es un mensaje de coreo electrónico ni tampoco un efecto personal y es al menos discutible que constituya documento en el sentido del CP (art. 26). Por otro lado, el hecho no tiene por qué comportar la interceptación de una comunicación (aunque podría serlo), por lo que surgen en un primer plano dudas sobre la tipicidad del acceso o apoderamiento de estas informaciones.

La cuestión es si cabe considerar dichas informaciones como dato reservado de carácter personal, pues en ese caso al abarcar el art. 197.2 del CP como objeto material esos datos bastará con que estén registrados en soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, que es lo que ocurre con la hipótesis que nos ocupa (esta información se halla en el equipo terminal u ordenador del usuario; también puede encontrarse parte de ella en el sistema del proveedor de acceso a la red, como se verá más abajo). La LOPD define los datos de carácter personal como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables (art. 3, a). Por consiguiente, a partir de una definición tan amplia (en este caso en relación con la expresión "cualquier información concerniente a"), y al no ser preciso que formen parte de un fichero en sentido estricto cuando se encuentran registrados en un soporte como el indicado, éste sería entonces el camino para sancionar penalmente el acceso a esta clase de información residual pero tan reveladora potencialmente de la intimidad del sujeto que ha generado esa información en su propio equipo terminal. Esta interpretación sería alternativa de persistir la duda sobre la existencia de documento, como se apuntaba más arriba, si bien no me parece que deba descartarse en todo caso, por lo que podría producirse un concurso de leyes en relación con el inciso primero del art. 197.1

4.5 Realización del hecho sin el consentimiento del interesado

En todas las variantes examinadas es necesario que el sujeto activo realice la acción correspondiente sin el consentimiento del sujeto pasivo. Por consiguiente, el consentimiento de cada uno de los participantes en la comunicación se configura como el eje sobre el que se vertebra el marco de licitud de aquélla en relación con terceras personas.

El consentimiento del interesado excluye, desde luego, la tipicidad del hecho, es decir, de las diversas conductas que han sido estudiadas más arriba.[43] En este delito el consentimiento opera como causa de exclusión del tipo y no de la antijuricidad, porque cuando se produce la mediación del mismo (previa o simultáneamente al hecho) no se sustancia ningún menoscabo fáctico del bien jurídico. Esto es así porque este delito pertenece al grupo en los que junto al bien jurídico en cuanto tal se protege la libre disposición del mismo por parte de su titular.[44]

Cuando se trata de la comunicación simultánea entre dos o más personas y una de ellas revela a terceros ajenos a tal comunicación el contenido de la misma o procede a su grabación o registro mediante artificios técnicos o a copiar una imagen, de consistir en un procedimiento audiovisual de comunicación, no concurre el tipo, puesto que el interlocutor es cotitular de la información reservada y está legitimado para hacer uso de ella, salvo que a su vez tenga una obligación previa de secreto laboral o profesional, pero entonces se trataría de un tipo delictivo diferente (art. 199 CP).

43. Las posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del consentimiento en este delito son divergentes. En el sentido del texto (excluye el tipo), Anarte Borrallo, *Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal*, 51; Carbonell Mateu/González Cussac, PE, 288; Higuera Guimerá *El descubrimiento y la revelación de secretos*, 775; Ag. Jorge Barreiro, ComCP, 566; Serrano Gómez, PE, 256. Por el contrario, consideran que es causa de justificación Lozano Miralles, PE, 205; Muñoz Conde, PE, 254 (al menos, así lo plantea en relación con la interceptación de comunicaciones); Queralt Jiménez, PE, 197.

44. Véase sobre ello ya Romeo Casabona, *El Médico y el Derecho Penal (Licitud y responsabilidad) I. La actividad curativa*, Barcelona: Bosch Casa Ed., 1981, 325 y ss.; el mismo, *El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 198*, en "CPC", n. 17, 1982, 35 y ss. Se adhiere a ello en este delito, Higuera Guimerá *El descubrimiento y la revelación de secretos*, 775.

En este sentido, la jurisprudencia entiende que no se produce la vulneración del art. 18.3 de la CE ni, por consiguiente, el tipo del art. 197.1 del CP.[45]

Más clara me parece la respuesta al supuesto de captaciones del sonido o la imagen de otro u otros por una persona ajena a la comunicación, pero que cuenta para ello con el consentimiento de uno o varios de los interlocutores. En estos casos, tal consentimiento no excluye la tipicidad, puesto que el partícipe en la comunicación está involucrando a un tercero sin que tal circunstancia sea conocida por los demás, y pueda ser consentida implícitamente, como se deduce del hecho de que al iniciar una comunicación con varios interlocutores previamente identificados –aunque no necesariamente de forma nominal– se está aceptando implícitamente el acceso de todos ellos. Es decir, los participes captados no se encuentran en condiciones de poder asumir en esta situación el riesgo de un comportamiento desleal por parte de alguno de ellos.[46]

4.6 El tipo subjetivo

El tipo subjetivo está comprendido, en primer lugar, por el dolo en cualquiera de sus variantes (directo de primer o segundo grado o eventual),[47] el cual implica la conciencia y voluntad de la realización de todos los elementos objetivos del tipo.

Además, es necesaria la concurrencia de un específico elemento subjetivo de lo injusto, como elemento típico común –al igual que el dolo– para las diversas modalidades típicas ya estudiadas en su vertiente objetiva, consistente en la intencionalidad

45. A este respecto señala la STC 114/1984, de 29 de noviembre: "El derecho al "secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial" no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida". Similar, la STS 8.06.2001.

46. De esta opinión Muñoz Conde, PE, 254, para quien el interlocutor podría ser coautor o –más plausiblemente– partícipe punible por estos hechos.

47. Admite únicamente el dolo directo, sin aparente justificación, Morales Prats, ComCP, 428.

de "[para] descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro". Sobre el alcance de ambos componentes subjetivos, que se presentan como exigencia típica alternativa, por lo que se refiere a "descubrir", alude a la captación intelectual del contenido del soporte, a su conocimiento, pero en este caso tal captación ha de recaer sobre un secreto de carácter personal, esto es, sobre un hecho que su titular ha querido dejar fuera del alcance de los demás o tan sólo accesible a un número limitado de personas. En el segundo caso ha de concurrir la intención de vulnerar la intimidad de un tercero, aunque no afecte a un secreto ajeno, conclusión que abunda en la idea de lo superfluo de la referencia expresa al secreto y a su descubrimiento, pues bastaba con la segunda –vulnerar la intimidad de otro–, que se proyecta explícitamente sobre el bien jurídico protegido y en ella quedaría ya incluida la primera.[48]

Es por ello un delito de intención mutilado de dos actos, el primero de los cuales configura ciertamente la acción típica –apoderarse, interceptar, etc.–, pero quedando el segundo de ellos ya fuera del tipo (el efectivo descubrimiento del secreto o vulneración de la intimidad),[49] cuya comisión quedará en principio en manos del sujeto activo, sin perjuicio de que se pretenda que el descubrimiento lo realice un tercero al que se entrega el soporte correspondiente sin haber entrado en conocimiento de su contenido,[50] lo que podrá dar lugar a su vez a un tipo delictivo distinto (art. 197.3 CP).

Si concurriese una finalidad distinta a las dos señaladas, no existirá este delito, sin perjuicio de que pueda dar lugar a la comisión de otro, siempre que a su vez concurran sus propios requisitos de tipicidad (p. ej., hurtos, daños).[51] En conclusión, este ele-

48. Véanse planteamientos críticos semejantes en Morales Prats, ComCP 428; siguiéndole, Ag. Jorge Barreiro, ComCP, 569.

49. Estiman asimismo que se trata de un elemento subjetivo del tipo, Ag. Jorge Barreiro, ComCP, 569; Morales Prats, ComCP, 427 y s., quien, no obstante, se muestra muy crítico con la exigencia de tal elemento; Sola Reche *La protección penal de los datos personales genéticos en el Derecho español*, 214.

50. Muñoz Conde, PE, 252.

51. Muñoz Conde, PE, 252. Considera que estos elementos subjetivos introducen una restricción para otras formas de intrusismo no animadas por ningún elemento subjetivo especial, Morón Lerma, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red*, 50 y s.

mento subjetivo –al igual que ocurre con otros delitos con una estructura típica semejante– puede producir un doble y tal vez antagónico efecto: adelantar la intervención del Derecho Penal, al no ser necesario que el sujeto haya adquirido un conocimiento efectivo del contenido secreto o íntimo; pero al mismo tiempo, excluye del delito aquéllos comportamientos que objetivamente pueden dar lugar a una vulneración de un secreto o de la intimidad, pero no se hallan animados por tal intención.

La comisión por imprudencia no está tipificada expresamente, por lo que no resulta punible, de acuerdo con la exigencia del art. 12 del CP. Desde una perspectiva político-criminal es acertada esta exclusión punitiva, y al mismo tiempo resulta coherente con la en principio incriminación excepcional de la imprudencia por la que optó el legislador en el CP vigente.

La impunidad de la imprudencia tiene relevancia para el error sobre el tipo (p. ej., si una persona se apodera de un papel creyendo equivocadamente que no posee ningún contenido relevante para la intimidad, siendo que el dolo ha de abarcar el conocimiento de tal circunstancia),[52] pues tanto sea el error invencible (porque así lo establece el art. 14.1, primer inciso, del CP), como vencible (en cuyo caso se prevé su sanción por imprudencia, art. 14.1, segundo inciso), el hecho será impune, al no existir la tipicidad imprudente para estos delitos.

Asimismo, las intromisiones accidentales quedan fuera de la cobertura de este delito,[53] lo que puede hacer problemática la incardinación en algún tipo delictivo el uso posterior de lo aprehendido o interceptado.[54]

52. Anarte Borrallo, *Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal*, 53.

53. En este sentido, la STS 8.07.1992 ha señalado que "no basta con la mera u ocasional escucha producida cuando el usuario de un determinado teléfono oye casualmente una conversación de otros dos interlocutores debido a defectos técnicos de la infraestructura telefónica o por las especiales características del tipo de teléfono utilizado [...] la acción de comunicar la conversación así escuchada a una tercera persona puede ser reprochada social y éticamente como un acto indirecto y maledicente, pero no tiene un específico encaje legal en el tipo".

54. Sobre este particular Sola Reche *La protección penal de los datos personales genéticos en el Derecho español*, observa que no son típicos los hechos consistentes en descubrir los secretos o vulnerar la

5. Accesos legítimos a las comunicaciones de terceros a través de la red

La presencia de causas de justificación en estos delitos puede ser muy amplia, pero al mismo tiempo de una excepcional complejidad.[55] Por lo general, sin perjuicio de la casuística con que se presenten, la mayor parte de las causas de justificación cuya concurrencia puede dar lugar a discusión gira en torno al ejercicio legítimo de un derecho,[56] al cumplimiento de un deber (7.º del art. 20) y, probablemente con menos frecuencia, el estado de necesidad.

Como quedó dicho y argumentado más arriba, el consentimiento del interesado (art. 197.1) no opera como una causa de justificación, sino de exclusión de la tipicidad misma. Sería absurdo pensar que, p. ej., cuando alguien señala a otro un documento con información íntima y le solicita que lo tome y lea con el fin de que le de su consejo, está incurriendo ya en el tipo, pero de forma lícita. Insistamos en que la voluntad del titular del contenido íntimo es decisiva para determinar hasta dónde puede llegar la intervención del Derecho Penal, dada la amplia disponibilidad del bien jurídico reconocida a su titular.

A semejante conclusión llegamos también en relación con las conductas de acceso, alteración, utilización etc., de datos personales cuando han sido autorizadas por quienes tengan competencias para ello y dentro de las operaciones que la ley prevé para el tratamiento y gestión de los datos.[57]

intimidad de otro, sin su consentimiento, cuando hacerse con papeles, etc., no constituya apoderamiento, y el acceso a las telecomunicaciones no signifique su interceptación, lo que además, hace notar el autor, puede plantear dificultades de encaje de algunos tipos que guardan dependencia con éste (en concreto, el art. 197.3 CP).

55. De semejante parecer, Anarte Borrallo, *Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal*, 55; Muñoz Conde, PE, 252 y s.

56. Cfr. SAP Madrid de 11.01.2002.

57. Y por lo que entonces se expuso, es mucho más absurdo conferir al consentimiento del titular de los datos una relevancia que en realidad no tiene, a salvo de hipotéticos supuestos excepcionales.

A continuación se estudian algunos supuestos más frecuentes y, por lo general, también más problemáticos.[58]

5.1 La prevención y la persecución de los delitos

El acceso a correos electrónicos y a otras formas de comunicación y a datos de carácter personal en la red con el fin de prevenir la comisión de delitos a través de la misma (pornografía infantil, incitación a la xenofobia, terrorismo) y de su persecución, en su caso, ha despertado un particular interés en los últimos años. En ocasiones puede constituir un deber intervenir las comunicaciones efectuadas a través de la red. En efecto, el nuevo régimen legal establecido sobre los servicios de la sociedad de la información[59] impone a los proveedores de acceso y a los prestadores de servicios en la red ciertas obligaciones que podrían afectar a la protección de los datos personales y en concreto dar lugar a la realización de alguna de las conductas típicas estudiadas con anterioridad.

En relación con las competencias y obligaciones de los prestadores de servicios se plantean dos clases de problemas. En primer lugar, determinar qué comportamientos pueden verse afectados por los tipos delictivos que están siendo objeto de este estudio, o bien por otros tipos delictivos; y, en segundo, lugar, qué naturaleza jurídico–penal tienen dichas conductas, a la vista de que actuarán o deberán actuar de acuerdo con lo previsto en la ley, es decir, estando autorizados, mientras que el tipo del art. 197.2 requiere actuar "sin estar autorizado". Por consiguiente, aunque este segundo aspecto lo entiendo como una cuestión de tipicidad, lo trataremos aquí de forma autónoma, a la vista de las características más peculiares que presenta. Por otro lado, no debe olvidarse que el delito exige que el objeto material sobre el que recae la acción han de serlo los datos reserva-

58. V. más ampliamente sobre accesos legales, Hernández Guerrero, *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, 391 y ss.

59. Véase la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

dos de carácter personal y familiar, circunstancia que no siempre tiene por qué concurrir en los datos que pueden hallarse involucrados en relación con estos hechos. Sin embargo, respecto al correo electrónico y otras comunicaciones hemos visto cómo únicamente el consentimiento en cualquier forma de acceso en los mismos excluye el tipo y que en estos casos es, sin embargo, la ley la que puede legitimar tales accesos por los prestadores de servicios.

En primer lugar, los prestadores de servicios de la sociedad de la información tienen la obligación de interrumpir la prestación o de retirar los datos que vulneren ciertos principios que se enumeran en la ley.[60] Estas conductas en si mismas consideradas no comportan en absoluto actos de apoderamiento de datos. Por lo que en relación con este delito la acción es atípica, sin perjuicio de que pudiera constituir un delito de daños (art. 264.2 del CP –daños sobre datos, programas o documentos electrónicos contenidos en sistemas informáticos, si los datos se destruyen, alteran o inutilizan, a lo que, por cierto, no alude la ley como parte del comportamiento obligado).

En segundo lugar, corresponde a estos mismos profesionales el deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas por un período máximo de doce meses (art. 12 Ley 34/2002).[61] Es indudable que el hecho

60. De conformidad con lo que prevé el art. 8.1 de la Ley 34/2002. Los principios aludidos en el texto, que se enumeran en dicho precepto, son: a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional. b) La protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores; c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y d) la protección de la juventud y de la infancia". Es oportuno destacar que se añade en el mismo precepto que cuando esté normativamente previsto que las actuaciones que han sido mencionadas en el texto hayan de ser intervenidas por la autoridad judicial competente, a ésta corresponderá entonces la adopción de tales medidas.

61. La Directiva 2002/58/CE, ya citada, indica qué debe entenderse por datos de tráfico, así como por datos de localización: "Datos de tráfico; cualquier dato tratado a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de la facturación de la misma. Datos de localización: cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal del usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles para el público" (art. 2, letras *b* y *c*, respectivamente).

se enmarca dentro de la conducta típica de apoderamiento, del art. 197.1 del CP, aunque la acción se limite a guardar una copia de dichos datos.

No obstante, con el fin de dejar sentado el alcance de esta obligación, sus límites, sus finalidades y el hecho de tener que cederse a terceros, debe completarse aquí la exposición de parte de esta normativa: "2. Los datos que, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, deberán conservar los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones serán únicamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información. Los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener sólo aquellos imprescindibles para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio. En ningún caso, la obligación de retención de datos afectará al secreto de las comunicaciones. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los prestadores de servicios a que se refiere este artículo no podrán utilizar los datos retenidos para fines distintos de los indicados en el apartado siguiente u otros que estén permitidos por la Ley, y deberán adoptar medidas de seguridad apropiadas para evitar su pérdida o alteración y el acceso no autorizado a los mismos. 3. Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así lo requieran. La comunicación de estos datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se hará con sujeción a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales" (art. 8.º, Ley 34/2002).

Como es obvio, la concurrencia del tipo objetivo (más exactamente, de la acción típica mencionada) no exime del análisis del resto de los elementos, en concreto ahora, del subjetivo. En otro lugar me he decantado a favor de que "en perjuicio de tercero", frente a la posición jurisprudencial y de algún sector doctrinal (que lo conciben, incorrectamente en mi opinión, como un elemento objetivo), debe entenderse como un elemento subjetivo de lo injusto que debe añadirse a la

presencia del dolo.[62] En consecuencia, y conforme a este criterio, me parece dudoso que el prestador de servicios actúe en los casos en los que se lo impone la legislación vigente animado por la antedicha intención, por lo que por esta vía podría quedar ya incompleto –y excluido– el tipo.

De todos modos, queda pendiente de valoración el sentido que en este contexto tan particular cabe otorgar a "sin estar autorizado" (art. 197.2 del CP). No cabe duda de que la Ley citada otorga una autorización para realizar las conductas mencionadas más arriba en relación con la sociedad de la información. Sin embargo, a diferencia de las actividades de las personas a quienes corresponde las tareas de tratamiento y gestión de los datos con la finalidad de que éstos puedan cumplir su función normal a la que están destinados sin que se produzca en principio ninguna interferencia que afecte al titular de los datos, en los supuestos que nos ocupan ahora los datos que son objeto de captación, eliminación (alteración o modificación), etc., con propósitos de seguridad en la red, están realizando conductas que, en sentido estricto, van más allá de lo que correspondería a al tratamiento funcional de los mismos (esto es, servir de intermediarios para la difusión de los datos a través de la red), por lo cual, sin dudar de la importancia que dichas operaciones pueden comportar en beneficio de los demás usuarios de la red y de terceras personas, y por ello de su legitimidad, entiendo que tales comportamientos pueden traspasar el ámbito de la tipicidad, constituyendo así la autorización (o imposición normativa: cumplimiento de un deber) una causa de justificación.

Como acaba de comprobarse, la ley autoriza a determinados profesionales a que de forma sistemática procedan a registrar y conservar durante un período de tiempo legalmente establecido los datos de tráfico de todos los usuarios, con el fin de poder localizar, si ello fuera necesario, el equipo terminal empleado para la transmisión, así como identificar el origen de los datos alojados y el momento en el que ese inició la prestación del servicio, sin que tales retenciones puedan afectar

62. Véase Romeo Casabona, ComCP II, 671 y s.

al secreto de las comunicaciones. Cabe preguntarse entonces si los agentes de la autoridad (los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad) estarán legitimados al acceso directo a tal información o incluso al contenido de las comunicaciones si tienen indicios o sospechas de la comisión de algún delito.

A este respecto debe recordarse previamente que las conductas tipificadas como delito en el art. 197 configuran otros tipos agravados cuando el hecho es cometido por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por las leyes (art. 198 del CP). Aunque las leyes procesales no hacen mención de los mensajes de correo electrónico, no cabe duda de que, como he venido apuntando en pasajes anteriores, constituyen una forma de correspondencia y a ella hay que asimilar su tratamiento jurídico, en este caso el relativo al derecho de interferir en estos mensajes por parte de la autoridad o un funcionario público. En consecuencia, son aplicables a las interceptaciones o accesos a los mensajes de correo electrónico las misma excepciones justificantes y con los mismo requisitos que marca la ley.

No tan fácilmente asimilable es el control o revisión de los accesos a internet cuando éstos no consistan tan sólo en comunicaciones directas con otras personas (chat oral o escrito), por ejemplo, el acceso a determinadas páginas o sitios de la red. En cualquier caso, y sin perjuicio de la actualización que requiere de forma general el ordenamiento jurídico en relación con las diversas manifestaciones y aplicaciones de las tecnologías de la información y la comunicación, no veo obstáculo para aplicar las prescripciones que se refieren a las comunicaciones, tanto en lo relativo a su protección como cuando se trata de acceder legítimamente a ellas mediante la en todo caso necesaria autorización judicial.

5.2 Las comunicaciones en el lugar de trabajo

En el seno de la empresa se plantean varios problemas en relación con el acceso a los mensajes de correo electrónico de los empleados y a otros accesos y comunicaciones semejantes a través de la red realizadas por aquéllos. En resumen,

se trata de hipotéticos comportamientos en los que se plantea el acceso al correo del trabajador para comprobar si está utilizando el servicio de correo electrónico y el acceso a la red con fines particulares u otros abusivos.

En cuanto al acceso al correo electrónico privado del trabajador la cuestión es ciertamente compleja. No cabe duda de que, como se vio más arriba, a él se extiende el derecho al secreto de las comunicaciones.[63] En resumen, se trata de información personal de carácter reservado que puede entrar asimismo en el ámbito de protección de la norma penal que estamos estudiando (art. 197.1 o 2 del CP, según los casos). Por su parte, el empresario puede estar movido por diversos intereses aparentemente legítimos para acceder al correo electrónico de sus empleados, como podría serlo la obtención de elementos de prueba para un despido, o con el fin de comprobar si el trabajador está haciendo uso privado del correo electrónico, y además si lo hace en horas de trabajo, aspectos ambos que podrían comportar un perjuicio económico para la empresa, o cuando sospecha que el correo está siendo usado para la comisión de un delito (distribución de mensajes xenófobos, pornografía, etc.). Entonces se trata de ver si el empresario puede actuar amparado por una causa de justificación, en concreto la del ejercicio legítimo de un derecho (art. 20 n. 7 del CP).

La escasa jurisprudencia existente sobre estas situaciones, en todo caso no penal, ha exigido como primer requisito la proporcionalidad entre el objetivo buscado por el empresario y el acceso al correo del empleado, habiendo negado su concurrencia cuando aquél únicamente pretendía acopiar pruebas para fundamentar como procedente un despido.[64]

Por lo que se refiere a los accesos de inspección o revisión del correo para comprobar la naturaleza privada o laboral-profesional del correo, debe

63. También en este sentido, Ruiz Marco, *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Madrid: Colex, 2001, 57.

64. Sentencia del Juzgado de lo Social n. 12 de Barcelona de 16.09.2002.

añadirse que para determinar si por parte del trabajador hay un comportamiento abusivo que pueda ser causa de despido, habrá de estarse a lo pactado entre el empresario y los trabajadores sobre el uso de ese servicio. En todo caso, no se estima en la actualidad razonable una exclusión absoluta al trabajador del acceso al correo electrónico, dada su utilidad y el hecho de que no puede privarse a las personas de acceder a nuevos recursos tecnológicos, siempre que se usen con moderación y comporten, cuando se hace durante el horario laboral, un uso con repercusiones inapreciables en relación con la actividad laboral a la que está obligado a prestar el trabajador.[65] En consecuencia, para que el comportamiento sea lícito, el acceso al correo del trabajador bajo sospecha por parte del empresario deberá hacerse de acuerdo con las formalidades de la normativa laboral[66] o abstenerse en otro caso. Los controles, monitorizaciones o revisiones rutinarias a toda la plantilla de empleados sólo podrán realizarse si hay una norma legal que lo autorice.

La Dirección General del Mercado Interno de la Unión y el Grupo de Trabajo de la Comisión Europea sobre protección de datos[67] se han pronunciado sobre este asunto, admitiendo la posibilidad de acceso a los mensajes de correo de los trabajadores, siempre y cuando se den una serie de garantías entre las que destacan: a) la necesidad de un propósito especificado, explícito y legítimo; b) que la supervisión sea una respuesta proporcionada sobre un patrón de riesgo, y c) la mínima repercusión sobre los derechos a la intimidad de los trabajadores afectados.[68]

65. Así, la STSJ de Madrid de 12.06.2001 y sentencia del Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona de 16.09.2002.

66. En este sentido, Ruiz Marco, *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, 60, apunta al art. 18 del ET de 1995, conforme al cual deberá hacerse en presencia de un testigo (un enlace sindical o, en su defecto, otro trabajador).

67. Opinión 8/2001 y Resolución 29.05.2002, respectivamente.

68. En estos documentos y en la vulneración del art. 18.3 CE y 11 LOPJ se funda la STSJ de Cataluña de 11.06.2003, para considerar ilícitos el bloqueo, acceso y copia del correo electrónico

Si existe la sospecha de que el trabajador está cometiendo un delito por medio del correo electrónico u otras comunicaciones por medio de la red deberá ser la autoridad judicial quien tome la decisión de autorizar la intervención de esta correspondencia o comunicación.

Respecto al control de los accesos a páginas *web* a través de internet, al consistir en comunicaciones privadas, está sometido en términos generales a un régimen similar.

6. Bibliografía citada

AA.VV., *Internet y derecho penal, CDJ*, CGPJ, Madrid, 2002.

Fernández López, *La nueva regulación de la protección de datos personales en España a partir de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, en Ius & Law*, n. 1 y 2, 2001.

Higuera Guimerá (1986a), *Los delitos de colocación ilegal de escuchas telefónicas en el Código penal español*, en *BIMJ*, n.s 1414 y 1415, 1986.

Morales Prats (2001), *La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular*, en Zúñiga Rodríguez, Méndez Rodríguez y Diego Díaz-Santos (Coords.), "Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías", Madrid: Colex, 2001.

Rodríguez Fernández, *La intervención telefónica como restricción al derecho fundamental a la intimidad*, en *RP*, n. 5, 2000.

Romeo Casabona, *Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías*, en *PJ*, n. 31, 1993 (publicado también en *Revista del Foro Canario*, n. 87, 1993).

y las trazas (cookies) de acceso a otras páginas web por parte de una trabajadora realizados por su empresa para justificar un despido disciplinario, que el Tribunal considera improcedente.

Seoane Rodríguez, *De la intimidad genética la derecho a la protección de los datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte I)*, en *RevDerGenH*, n. 16, 2002.

De Vicente Remesal, *Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas*, en *PJ*, 1990.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais*

Emerson Martins dos Santos
Advogado e mestrando em Direito
pela Universidade de Lisboa.

Sumário: 1. Introdução – 2. Antecedentes históricos – 3. Definição do bem jurídico "meio ambiente" – 4. Situação do problema no direito comparado – 5. Posicionamento do problema no direito positivo – 6. Legitimidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas – 7. Capacidade de ação – 8. Princípio da personalidade das penas – 9. Inviabilidade na aplicação de algumas sanções – 10. Capacidade de arrependimento ou reeducação – 11. Princípio da culpabilidade – 12. Responsabilidade penal direta das pessoas jurídicas e de seus órgãos – 13. O problema das pessoas jurídicas de direito público interno – 14. Conclusões.

Resumo: O presente artigo trata do problema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em face dos crimes contra o ambiente, numa perspectiva do direito luso-brasileiro. Por meio de uma análise crítica, são afloradas as principais questões dogmáticas e de política criminal que circundam essa temática. Procura-se articular a responsabilidade penal dos entes coletivos na estrutura complexa da teoria do delito, com seus princípios e regras criadas inicialmente para responsabilizar apenas a pessoa humana e os graves atentados contra o ambiente, em sua maioria praticados por grandes empresas.

* O presente artigo representa, no essencial, o trabalho de conclusão da disciplina de direito penal, do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, no ano de letivo de 2001/2002, que foi apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal.

Palavras-chave: responsabilidade penal; pessoa jurídica; crimes ambientais; bem jurídico.

1. Introdução

A temática da responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais está inserida no âmbito do direito penal secundário, tendo em vista que tanto o direito positivo quanto a doutrina reconhecem que as condutas lesivas ao meio ambiente[1] não devem constar do elenco de crimes contidos nos Códigos Penais,[2] devendo ser dispostas em leis extravagantes.[3] O Código Penal reú-

1. O termo *meio ambiente* é criticado pela doutrina brasileira, pois *meio* significa o centro ou o lugar onde se vive e *ambiente* o lugar ou área onde vivem os seres vivos. Trata-se de um pleonasmo que é consagrado pela Constituição Federal, no Título VIII, Capítulo VI, "Do meio ambiente" (art. 225). Mais correto é o disposto no art. 66º da CRP, que utiliza somente o termo *ambiente*. Não obstante, durante o presente trabalho, utilizar-se-ão ambos os termos, já que tanto o direito positivo quanto a doutrina e a jurisprudência vêm utilizando esses termos.

2. Neste sentido e para um desenvolvimento mais detalhado sobre o assunto, veja-se: DIAS, Jorge de Figueiredo. "Sobre o papel do direito penal na proteção do ambiente". *Revista de Direito e Economia*. nº 1, 1978, pp. 5 e ss; Do mesmo autor: "Para uma dogmática do direito penal secundário". *Revista Direito e Justiça*. vol. 4, 1989/1990, pp. 19 e ss. Esse último artigo está publicado em uma obra brasileira, a saber: PODVAL, Roberto. (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2001, pp. 24 e ss. Afirmando que os crimes ambientais devem figurar no âmbito do direito penal secundário: SARDINHA, José Miguel. "Introdução ao direito penal ecológico". *Revista da Ordem dos Advogados*. ano 48, nº 2, 1988, pp. 459-460 e GREGORI, Giorgio e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Problemi generali del diritto penale dell'ambiente*. Padova: CEDAM, 1992, p. 101.

Contra essa posição: MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000, p. 20, argumenta que a orientação segundo a qual a responsabilidade penal das pessoas jurídicas deve figurar no direito penal secundário peca por algum formalismo, pois a distinção entre direito penal de justiça e direito penal secundário não é tarefa fácil, não bastando apenas a localização externa ao Código Penal para que seja estabelecida essa diferença.

3. Em que pese essa afirmação, tanto o CP português quanto o brasileiro prevêem alguns crimes contra o meio ambiente, mas estes, não têm o condão de responsabilizar a pessoa jurídica, respondendo por esses crimes seus representantes, pessoas físicas. À guisa de exemplo, os arts. 278º (Danos contra a natureza), 279º (Poluição), 280º (Poluição com perigo comum), 281º (Perigo relativo a animais ou vegetais) do CP português e 250 (Incêndio), 270 (Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal), 271 (Corrupção ou poluição de água potável) do CP brasileiro. Não obstante, no caso brasileiro, pode-se dizer que a proteção dos bens jurídicos é apenas mediata, uma vez que o fim último é a defesa da saúde e vida humanas.

ne tradicionalmente aquelas condutas consideradas mais lesivas ou de maior reprovação ético-social à comunidade,[4] tais como o homicídio, o roubo, etc.

Verifica-se que a grande maioria dos crimes ambientais é cometida por intermédio de entes coletivos[5] e daí surge a indagação sobre a possibilidade de que essas empresas possam ser responsabilizadas criminalmente por condutas ilícitas praticadas em seu proveito. A idéia de responsabilização criminal das pessoas coletivas não é nova: alguns países de origem anglo-saxã prevêem essa possibilidade de forma ampla há muito tempo. Já entre os países de origem romano-germânica, há uma resistência mais aguda em aceitar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A responsabilidade pessoal ou individual sempre foi considerada como a única forma capaz de adequar-se aos preceitos do direito penal. Todos os princípios foram construídos idealmente para uma realidade pessoal de delinqüência.[6]

4. É bem verdade que não é só por essa razão que os crimes ambientais em geral são previstos em legislação extravagante e não no Código Penal, podendo-se dizer que no caso dos crimes ambientais tal se verifica, pois, com a rapidez com que as formas atentatórias a tais bens jurídicos evoluem, com o freqüente aparecimento de novas tecnologias e a descoberta de outros meios de lesão ao meio ambiente, a proteção jurídico-penal disposta no Código Penal poderia ficar ultrapassada, obsoleta, dificultando a revisão, atualização e combate a esses novos ataques. Esse parece ter sido o entendimento do legislador português, conforme se vê do disposto no Dec.-lei 48/95 (Código Penal), no parágrafo nº 24 (preâmbulo ou exposição de motivos) da Parte Especial do Código. Somado a isso, há ainda o problema objeto do presente estudo: a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, já que o CP português e brasileiro inadmitem a responsabilidade penal desses entes coletivos.

5. Neste sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. "Sobre o papel do direito penal na proteção do ambiente", p. 12.

6. Numa perspectiva dos delitos econômicos, argumentando que a sanção penal não atuaria de modo dissuasivo em face de uma sociedade, mas sim na individuação e ataque às pessoas físicas que escondem sua atividade criminosa por trás dos muros protetores da pessoa jurídica. Cf. PEDRAZZI, Cesare e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das sociedades anônimas*. São Paulo: RT, 1973, pp. 29-30. Sobre a questão da responsabilidade individual como obra exclusiva do ser humano há um número expressivo de autores que defendem essa posição, podendo-se citar, entre outros: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal – parte general*. Buenos Aires: Ediar, vol. 3, 1981, pp. 55-59; FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de direito penal – parte geral*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 1988, pp. 191-192; DOTTI, René Ariel. "Os atentados ao meio ambiente: responsabilidade e sanções penais". *Revista Brasileira de Ciências*

Há um nítido embate entre a dogmática penal e a política criminal: de um lado, aparece o entendimento dogmático segundo o qual princípios como os da ação, da personalidade das penas e da culpabilidade não se coadunam com a responsabilidade penal das pessoas jurídicas; de outro lado, surge a imperiosa necessidade de coibir, através dos mecanismos penais, atividades criminosas que não são praticadas por agentes isolados, mas por parte desses entes coletivos.

Não menos importante, é a crescente preocupação nos dias atuais das Nações em todo o mundo com a questão ambiental. Diversos países prevêem em suas Cartas Políticas, rigorosas medidas visando a proteção desse bem jurídico universal. Essa mudança de comportamento por parte desses países pode ser interpretada como uma importante conscientização do ser humano acerca da preservação da natureza e por extensão de si próprio.

I. LINHAS GERAIS SOBRE O PROBLEMA

2. Antecedentes históricos

Num rápido mergulho sobre a história pode-se notar a evolução do instituto ora em estudo. Desde a idade antiga até a idade média verifica-se que era predominante a imposição de sanções coletivas impostas às tribos, vilas, comunas, cidades e famílias.[7] De um modo geral, nesse período, as sanções eram aplicadas na esfera familiar. Com o passar dos tempos e com o reconhecimento de certos direitos e garantias essenciais à existência do ser humano em sociedade, passou-se a não mais ser levada em consideração a responsabi-

Criminais. ano 2, nº 7, 1994, p. 124 e ss; Do mesmo autor: "A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* ano 3, nº 11, 1995, pp. 206-207; PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais.* 2. ed. São Paulo: RT, p. 20 e ss. e MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte geral, Arts. 1º a 120 do CP.* São Paulo: Atlas, vol. 1, 2001, pp. 122-124.

7. Cf. AMORIM, Manoel Carpena. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica". *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.* vol. 3, nº 10, 2000, pp. 23-24.

lização coletiva, dando-se preponderância para a responsabilidade individual ou pessoal.

O direito romano não conheceu outra figura que não a da pessoa física ou natural, embora esse posicionamento não seja unânime na doutrina.[8] Para os romanos a responsabilidade era pessoal e esse entendimento tem-se protraído no tempo, através do axioma *societas delinquere non potest.*

A partir da Idade Média ficou definido pelo direito canônico um traço distintivo na aplicação de sanções às pessoas jurídicas: a elaboração do conceito de *universitas* como algo distinto dos membros da Igreja, fazendo-se a indagação a despeito da possibilidade de a *universitas* ser excomungada. Com essa colocação, a maioria dos canonistas firmou a capacidade penal desta instituição. Não tardou para que essa posição fosse rechaçada pelo Papa Inocêncio IV, no Concílio de Lyon de 1245, pois este afastou a possibilidade de excomungar a *universitas*, com fundamento de que esta não seria capaz de culpabilidade.[9] É atribuída a essa corporação a origem do dogma *societas delinquere non potest.*

Mais recentemente, a responsabilidade da pessoa jurídica por seus atos tem sido encarada através de algumas teorias. A primeira teoria, também conhecida como teoria da *ficção*, teve como figura proeminente SAVIGNY, no século XIX. Consistia em considerar a pessoa jurídica como um *ente fictício*, negando a sua existência real, visto que a qualidade de sujeito da relação jurídica é prerrogativa exclusiva do homem. O Direito concebe a pessoa jurídica como uma *criação artificial,* sendo certo que além do homem não há que se falar em um ser com existência real.[10] Somente por intermédio de abstrações é possível reconhecer a personalidade desses entes.

8. Cf. AMORIM, Manoel Carpena. *op. cit.*, p. 25.

9. Cf. HIRSCH, Hans Joachim. "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* nº 3, 1993, p. 1.101.

10. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 2001, pp. 189-190.

A segunda teoria, denominada realista ou organicista, teve um grande desenvolvimento a partir de GIERKE, e consistia na contraposição à teoria anterior, pois considera o ente coletivo como uma realidade dotada de *existência própria* ou *autônoma,* inconfundível com a das pessoas naturais que a criaram.[11] Trata-se da chamada teoria da *realidade objetiva* ou *orgânica.*

Essas duas teorias apresentam algumas falhas, o que impossibilita a sua plena aplicação. Pode-se dizer que a teoria da ficção encontra-se superada, pois não se pode admitir que um ente coletivo seja apenas uma criação do homem. Senão como se explicaria a criação de um Estado?[12] Já a teoria pura da realidade peca ao considerar que a pessoa jurídica possui vontade própria tal como a pessoa natural.

Por essa razão surgiu uma teoria mista, que contêm elementos da teoria da ficção e da realidade, conhecida como teoria da *realidade técnica* ou *jurídica.* Da mesma forma que o Direito confere a personalidade jurídica a uma pessoa, pode estendê-la ao ente coletivo. Vale dizer, a personalidade jurídica não é uma ficção, mas um atributo conferido pelo Estado a certos entes que atendam a certos requisitos. Por isso, fala-se em *realidade jurídica* e não realidade física. O mais importante é destacar que aos entes coletivos é atribuído o mesmo caráter subjetivo outorgado às pessoas naturais.[13]

Alguns penalistas de renome como FRANZ VON LISZT e MAX ERNST MAYER, em fins do século XIX, manifestaram-se a favor da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, argumentando o primeiro que: "quem pode concluir contratos, pode concluir também contratos fraudulentos ou usurários".[14]

11. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, pp. 193-194.

12. Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – parte geral.* 35. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1997, p. 101.

13. Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit.*, pp. 102-103.

14. Cf. LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal.* Trad. 27 ed. Luís Jiménez de Asúa. Tomo 2. Madrid: REUS, 1927, pp. 287-288, nota nº 1.

Neste sentido, a tese de ACHILLE MESTRE[15] já fazia menção a esse relevante problema.

O direito penal brasileiro, influenciado pelo direito português, previa a responsabilização penal das pessoas jurídicas no Código Criminal do Império de 1831 (art. 80) e no Código Penal de 1890 (art. 103, parágrafo único), ao estabelecer sanções para as corporações. Em que pese essas previsões legais, não houve nenhum efeito prático, já que a redação de tais dispositivos apresentava deficiências ou imperfeições que eram inconciliáveis ou incompatíveis com o sistema então vigente.

3. Definição do bem jurídico "meio ambiente"

Nos últimos anos, os ataques ao meio ambiente têm causado inúmeros danos que não poucas vezes são irreversíveis ou altamente destrutivos para as espécies animais e vegetais. Essas lesões não atingem somente a água, o ar, o som, a fauna e a flora, mas também o homem. O Direito como instrumento regulador das atividades humanas não poderia se calar diante de tal situação.

O relevo que vem sendo dado ao meio ambiente é de tal monta, que tanto a Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88)[16] quanto a da Constituição da República Portuguesa (CRP)[17] dispensam um tratamento especial para

15. Cf. *La responsabilité pénale des personnes morales.* Paris: Rousseau, 1899. Esta obra está traduzida para o espanhol: *Las personas morales y su responsabilidad penal.* Madrid: Góngora, 1930.

16. Na doutrina brasileira, por todos: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 820-822 e MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 602 e ss.

17. Para maiores detalhes sobre o relevo dado pela CRP ao ambiente, veja-se: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – Direitos fundamentais.* 3. ed. Tomo 4. Coimbra: Coimbra ed., 2000, pp. 532 e ss. e CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra ed., 1993, pp. 346 e ss.

Destacando o direito ao ambiente como direito fundamental assegurado pela CRP numa dimensão objetiva e subjetiva: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). *Introdução ao direito do ambiente.* Lisboa: Universidade Aberta, 1998, pp. 26-29; Do mesmo autor: *Direito constitucional*

esse bem da coletividade[18] (arts. 9.º e 66º da CRP e art. 225 da CF/88). Basicamente, o meio ambiente é definido como patrimônio *natural* e *cultural*. O patrimônio natural refere-se ao solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna e o som; já o patrimônio cultural diz respeito ao patrimônio arqueológico, histórico, paisagístico, artístico e turístico.

O legislador constituinte destinou grande realce ao meio ambiente, fazendo com que a matéria ganhasse uma maior amplitude para possibilitar uma proteção mais efetiva. No entanto, o direito penal não tutela a generalidade dos bens jurídicos existentes na sociedade. A intervenção da tutela penal deve recair somente sobre aqueles "bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada".[19]

Esse caráter fragmentário do direito penal – que tem disposição expressa na CRP, art. 18º, n. 2 – faz com que somente aqueles bens jurídicos mais importantes, cuja lesão ou perigo de lesão revelem a necessidade de uma pena é que possam ser concebidos como dignos da tutela penal.[20] Trata-se do princípio da subsiariedade ou da intervenção mínima do direito penal, que é variante do prin-

e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 472 e ss. e SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito*. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 84 e ss.

18. Definindo o ambiente como *bem da coletividade* de fruição indivisível: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Procedimento administrativo e defesa do ambiente". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 123, nº 3799, 1991, p. 293. Ainda neste sentido, falando em bens jurídicos pertencentes à *coletividade não personificada*: GARCÍA, María José Segura. *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal – naturaleza y eficácia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 126.

19. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. "A 'dignidade penal' e a 'carência de tutela penal' como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 2, fasc. 2, 1992, p. 178.

20. Não é por acaso que a doutrina da dignidade penal e da necessidade de tutela penal vem despertando nos dias atuais grandes divergências no âmbito da ciência penal, como bem destacado por ANDRADE, Manuel da Costa. "A 'dignidade penal' e a 'carência de tutela penal' como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime", p. 175. Aliás, no referido artigo, o autor faz um primoroso estudo sobre a distinção e os reflexos desses institutos penais na perspectiva teleológico-racional (funcional) do crime à pp. 173 e ss.

cípio constitucional da proporcionalidade,[21] o qual não admite a intervenção penal se o efeito pode ser obtido por outras medidas menos extremadas.[22]

Ainda nessa esteira de pensamento, cumpre salientar que não basta apenas o reconhecimento de um bem jurídico como digno da tutela penal: ainda é necessário saber se tal bem é carente de tutela penal. A carência de tutela penal surge através de um juízo dual: primeiro deve-se verificar um juízo de *necessidade*, no qual haja uma ausência de alternativa de uma tutela não penal idônea e eficaz;[23] depois, deve estar presente um juízo de *idoneidade* do direito penal, para que essa tutela não se assente em meios gravosos para a liberdade ou no sacrifício de outros bens jurídicos.[24] Atingidos esses requisitos, pode-se dizer que o bem jurídico possui idoneidade para ser tutelado pelo direito penal. Por esse motivo, afigura-se-nos correto o entendimento segundo o qual o ambiente apresenta-se como um bem jurídico *qua tale*.[25]

21. Sobre a relevância do princípio da proporcionalidade no Estado de Direito, Jorge Miranda assevera que o referido princípio se subdivide em três subprincípios: de necessidade, de adequação e de racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*. Alerta ainda o referido autor, que a falta de necessidade ou de adequação traduz-se em arbítrio e a falta de racionalidade em excesso. Cf. MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 207.

22. Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 60-61.

23. Apontando como desanimador os meios gerais de política social verificado nos instrumentos jurídicos *não penais* para a proteção de bens jurídicos entre uma sociedade industrial e uma sociedade do risco, já que essa tutela civilista limita-se ao "princípio do pedido". Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. "O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade do risco'". *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares.* Coimbra: Coimbra ed., 2001, p. 595. Esse posicionamento parece-nos o mais correto, pois a intervenção jurídico-penal demonstra-se adequada para regular o ambiente, já que, somado ao que foi dito, há ainda a vantagem do caráter *preventivo* e *repressivo* da tutela penal, como de resto será discutido mais à frente, no tópico referente a legimitidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

24. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. "A 'dignidade penal' e a 'carência de tutela penal' como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime", p. 186.

25. DIAS, Jorge de Figueiredo. "Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois". *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues.* Coimbra: Coimbra ed., vol. 1, 2001, p. 381, aponta como adequada a compreensão de um "bem jurídico *ambiente*" ao invés de "bens jurídicos *ecológicos*".

A definição de quais porções do ambiente deve receber essa tutela não é tarefa simples por se tratar de um bem complexo.[26] Em razão da intervenção subsidiária do direito penal, somente aquelas condutas que exprimam ofensas inadmissíveis ao ambiente é que poderão ser objeto de criminalização.[27]

Outro aspecto a ser analisado, no que diz respeito ao problema do bem jurídico nos crimes ambientais, é o de saber se tal bem possui dissonâncias em relação ao bem jurídico previsto no direito penal de justiça.[28] Por outras palavras: o bem jurídico tutelado pelo direito penal secundário é diferente do bem jurídico protegido pelo direito penal do CP?

Figueiredo Dias define o bem jurídico como a "expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reco-

26. A própria definição do bem jurídico é complexa, pois não é possível defini-lo como algo concreto, de existência real, por dois motivos: pode haver uma confusão entre o que seja bem jurídico e objeto da ação; pelo caráter indeterminado, vago do conceito de bem jurídico, como demonstrado por: HASSEMER, Winfried e CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, pp. 105 e ss.

27. Neste sentido, fazendo ainda referência à distinção entre as ofensas admissíveis e inadmissíveis ao meio ambiente, argumentando que tal distinção poderá ser realizada através de *uma ponderação de interesses complexos e diversificados*. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. "Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente", pp. 377 e 378. De igual modo, o art. 279º do CP português ao dispor sobre o crime de poluição, delimitando a punição quando a conduta se verifique *em medida inadmissível*. É esse também o disposto no art. 54 da Lei brasileira 9.605/98, que trata do crime de poluição, estatuindo que será configurado o crime quando o agente causar poluição de qualquer natureza em níveis tais, que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

O autor supracitado, já alertava para essa questão, numa perspectiva dos novos rumos da política criminal, precisamente na sua primeira proposição fundamental. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. "Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro". *Revista da Ordem dos Advogados.* ano 43, 1983, p. 13 e Do mesmo autor: *Direito penal português – Parte geral II. As conseqüências jurídicas do crime.* Lisboa: Aequitas, 1993, p. 65.

28. Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa. "A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei 28/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de 'bem jurídico'". *Direito penal econômico.* Coimbra: CEJ, 1985, pp. 86 e ss.

nhecido como valioso".[29] Essa é a definição de bem jurídico *lato sensu*, se assim for possível dizer. Dela não se pode extrair uma verdadeira distinção entre os bens jurídicos protegidos em cada um dessas searas penais.

Para que se possa ser alcançada essa distinção, é mister analisar qual é o tratamento que a Constituição[30] dá aos bens jurídicos normalmente protegidos pelo direito penal de justiça e pelo direito penal secundário (direito penal do ambiente). No caso dos bens jurídicos tutelados pelo CP, pode-se dizer que estes emanam de valores ligados aos direitos, liberdades e garantias; já os bens jurídicos protegidos pelo direito penal secundário, aparecem como concretizações de valores ligados aos direitos sociais e à organização econômica.[31]

Daqui resulta que o tratamento dispensado pela Constituição ao meio ambiente faz com que os bens protegidos pelo direito penal do ambiente apresentem uma distinção em relação aos demais bens jurídicos do direito penal de justiça. Enquanto o direito penal de justiça visa proteger, normalmente, bens jurídicos pessoais ou individuais, o direito penal do ambiente tutela bens jurídicos supra-individuais, coletivos ou universais.[32]

29. Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo. "Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro", p. 15 e do mesmo autor: *Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal e sobre a doutrina geral do crime.* Coimbra: Coimbra ed., 2001, p. 43.

30. Defendendo há muito tempo a derivação do bem jurídico a partir da Constituição: ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.* 2. ed. tomo 1. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, pp. 55 e ss.

Em conformidade com esse entendimento, HASSEMER, Winfried e CONDE, Francisco Muñoz. *op. cit.*, p. 114, asseveram que o estabelecimento de um conceito geral do bem jurídico deve levar em conta que o direito penal está adstrito aos limites traçados pela Constituição e pela idéia de Estado de Direito.

31. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. "Sobre o papel do direito penal na proteção do ambiente", p. 11; e do mesmo autor: "Para uma dogmática do direito penal secundário", p. 37.

32. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). *Introdução ao direito do ambiente*, p. 25 e RODRIGUES, Anabela. "Crimes contra a vida em sociedade – art. 279º do CP". *In:* DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal – parte especial.* Tomo 2. Coimbra: Coimbra ed., 1999, p. 950.

Nessa matéria, é muito importante a alusão às teorias monistas e dualista do bem jurídico.[33] As teorias monistas, em rápidas palavras, procuram funcionalizar os interesses a partir de um ponto de vista da pessoa. Para essas teorias, os interesses gerais só podem ser legitimamente reconhecidos na medida em que sirvam aos interesses pessoais.[34] Temos como inadequada a adoção da teoria monista personalista[35] baseada exclusivamente no interesse individual, visto que o bem jurídico ambiental não pode e não deve ser considerado apenas através do interesse pessoal. O ambiente pertence à coletividade, sendo certo que todos os seres humanos têm o direito a um ambiente saudável e equilibrado, nos termos da Constituição (arts. 66º, n. 1, da CRP e 225º, da CF/88).

É certo que não se quer dizer com isso que estão excluídos os interesses individuais da tutela penal: podem coexistir e até prevalecer sobre os interesses supra-individuais.[36] Assim, parece-nos mais sensato a adoção da teoria personalista-dualista do bem jurídico ambiental, pois através dela serão satisfeitos tanto os interesses pessoais quanto os interesses coletivos e será possível estabelecer uma distinção entre o bem jurídico e o objeto da ação ou agressão.[37]

33. Sobre essa problemática das teorias monistas e dualista dos bens jurídicos, veja-se: HASSEMER, Winfried e CONDE, Francisco Muñoz. *op. cit.*, pp. 107 e ss. Sobre o mesmo tema, numa perspectiva do direito penal espanhol, veja-se: CONDE, Francisco Muñoz. "Monismo y dualismo en el derecho penal español". *Estúdios penales y criminológicos*. vol. 6. Universidade de Santiago de Compostela, 1983, pp. 215-239.

34. HASSEMER, Winfried e CONDE, Francisco Muñoz. *op. cit.*, p. 109.

35. Teoria esta que é sustentada por HASSEMER, Winfried e CONDE, Francisco Muñoz. *op. cit.*, p. 108, como a mais adequada para a proteção de bens jurídicos como o ambiente.

Esse não parece ser o melhor entendimento, já que o bem jurídico ambiental não pode estar atrelado *apenas* aos interesses pessoais ou individuais. Deve antes, corresponder aos interesses supra-individuais ou da coletividade, até mesmo porque o ambiente pertence à comunidade como um todo.

36. Neste sentido, TIEDMANN, Klaus. *Poder económico y delito (Introducción al derecho penal económico y de la empresa)*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 13 e DIAS, Jorge de Figueiredo. "Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente", p. 383.

37. Assim, DIAS, Augusto Silva. "A estrutura dos direitos ao ambiente e à qualidade dos bens de consumo e sua repercussão na teoria do bem jurídico e na das causas de justificação". *Jornadas em homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*. Lisboa: RFDUL, 1995, p. 190.

Para exemplificar o que acaba de ser dito, no caso de uma fábrica que emita no ar poluentes em níveis tais que prejudiquem a saúde da população local, não há que se falar que a manutenção dos postos de trabalho justifique o dano a saúde dessas pessoas.[38] A distinção entre o objeto da ação e o bem jurídico pode ser dada do seguinte modo: no caso de crime praticado através de abuso ou de maus-tratos contra animais silvestres (art. 32, da Lei brasileira 9.605/98), o *bem jurídico tutelado* é a preservação do patrimônio natural, especialmente a fauna silvestre; quanto ao *objeto da ação* consubstancia-se na prática do abuso ou dos maus-tratos.

Do tratamento dado pela Constituição ao bem jurídico ambiental em cotejo com o bem jurídico estabelecido pelo direito penal de justiça, chega-se a conclusão que este primeiro goza de autêntica *autonomia*.[39] Justamente essa autonomia faz com que tal bem jurídico seja protegido por si mesmo e não por meio de outros bens jurídicos, além de apresentar outras distinções em face de sua veste supra-individual.

Algumas são as conseqüências verificadas diante do caráter supra-individual do bem jurídico ambiental. Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que tal bem goza de uma proteção *imediata* do ordenamento jurídico-penal.[40] Vale dizer, a proteção dos bens jurídicos ambientais deve ser reconhecida em relação direta com os titulares desse direito subjetivo e não por intermédio de "soluções artificiosas", tais como a associação de tais bens à proteção da saúde, do patrimônio ou de bens jurídicos individuais.[41]

38. Exemplo dado por TIEDMANN, Klaus. *Poder económico y delito*, p. 14, de acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal alemão.

39. Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo. "Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente", p. 384.

40. Contra esse entendimento, numa formulação funcionalista, fazendo menção sobre os tipos penais que protegem o ambiente através da proibição de algumas atividades, asseverando que na verdade o fim último dessas incriminações é a tutela da saúde. Cf. PALMA, Maria Fernanda. "Direito penal do ambiente – uma primeira abordagem". *In: Direito do Ambiente*. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1994, p. 439.

41. Neste sentido, DIAS, Augusto Silva. *op. cit.*, pp. 191-192.

Em segundo lugar, cabe acentuar que a tutela do bem jurídico em questão não admite um caráter ecocêntrico, segundo o qual o ambiente é reconhecido como um valor em si mesmo, baseado na existência de "direitos da natureza".[42] A perspectiva ecocêntrica de proteção do bem jurídico ambiente não leva em consideração a realidade e o contexto de uma sociedade como a nossa caracterizada por forte desenvolvimento industrial. Os extremismos defendidos por uma tal perspectiva não leva em consideração as exigências da ordem econômica e financeira do Estado, sendo por essa razão inaceitável e inexeqüível.[43]

Em terceiro lugar, poder-se-ia falar numa tutela penal do bem jurídico ambiente através de uma vertente antropológica. Desta feita, o ambiente seria encarado como meio de defesa do homem e de sua vida. Nessa concepção, o que importaria seria a proteção, ainda que mediata, de bens jurídicos individuais. Esse entendimento está ligado as já citadas teorias monistas pessoais, as quais já tivemos a oportunidade de refutá-las, por não reconhecerem o caráter supra-individual do bem jurídico ambiente e, por atribuírem uma proteção indireta a tal bem jurídico, através da proteção da saúde e do patrimônio. Por esse motivo, não nos parece aceitável a adoção de uma postura antropocêntrica do bem jurídico ambiente, pois inconciliável com o caráter supra-individual ou coletivo de tal bem jurídico.[44] Dessa forma, o bem jurídico ambiente deve ser considerado como verdadeiro bem jurídico coletivo ou universal, onde também estão presentes os interesses pessoais, mas não apenas eles.

Em quarto lugar, o caráter coletivo do bem jurídico ambiental enuncia outra característica que este comporta: a idéia de um interesse difuso. A conceituação do interesse difuso serve de supedâneo para definir de forma apropriada a relação

42. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Procedimento administrativo e defesa do ambiente", p. 290.

43. Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. "Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente", p. 382.

44. *Ibidem.*, p. 384.

subjetiva entre os interesses individuais e coletivos, pois indica uma pretensão que não é privativa de uma só pessoa, mas sim de um grupo indefinido de pessoas.[45]

Por fim, cumpre verificar quais são as porções do ambiente que devem ser consideradas para os fins da tutela jurídico-penal. Como enunciado no princípio, o ambiente é compreendido pelos aspectos natural e cultural. Sendo assim, qual é posição a ser adotada nessa matéria?

Há um entendimento no ordenamento jurídico português de que o bem jurídico ambiente relevante para o direito penal é o concebido apenas no aspecto natural, estando excluídos os componentes ambientais humanos, nos seus aspectos culturais, históricos e artísticos.[46]

Esse não parece ser o entendimento no direito brasileiro, pois há uma ampliação do conceito de ambiente. A própria Constituição Federal brasileira é responsável por esse alargamento ao prever de forma expressa a proteção do patrimônio cultural (art. 216 da CF/88).[47] Seguindo essa orientação, a legislação infraconstitucional também se posiciona neste sentido há muito tempo.

Afigura-se-nos correta a inclusão do patrimônio cultural ao conceito de ambiente. Os elementos históricos, paisagísticos e turísticos dizem respeito à identidade, à memória dos diversos grupos que formam a sociedade de um dado país. Nesses conjuntos que formam os aspectos culturais, encontram-se os valores históricos, paisagísticos, arqueológicos, entre outros, que são muito relevantes não só para as gerações presentes como também para as futuras. Aliás, o reconhecimento do ambiente nesses dois pólos vem sendo destacado

45. Neste sentido, apontando ainda a distinção entre interesse difuso e interesse público, já que no primeiro há um fracionamento em várias situações subjetivas, ao passo que o segundo é indivisível. Cf. DIAS, Augusto Silva. *op. cit.*, pp. 184-185.

46. Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo e RODRIGUES, Anabela. "Tutela penal do ambiente". *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). *Introdução ao direito do ambiente*, p. 153.

47. Sobre esse tema, desenvolvidamente: FERREIRA, Ivette Senise. "A tutela ambiental da paisagem no direito brasileiro". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 95, 2000, pp. 129 e ss.

em diversas oportunidades por organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU).[48]

II. PANORAMA ATUAL SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

4. Situação do problema no direito comparado

A generalidade dos países, a exceção de uns poucos e dos países de origem anglo-saxã, não reconhecem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Isso é devido em grande parte pela aceitação do velho brocardo *societas delinquere non potest*.[49] Entretanto, com a evolução da atividade econômica e de seus riscos para o meio ambiente, um número considerável de novos delitos vem sendo praticados não por parte de um agente isolado, mas de um verdadeiro "centro de imputação penal",[50] que é justamente o ente coletivo.

Os países de origem anglo-saxã – e aqui citaremos apenas para ilustrar a Inglaterra e os Estados Unidos – admitem amplamente a responsabilidade penal

48. Desta feita, grande realce desempenhou a Declaração de Estocolmo da ONU de 1972, pois através dela fomentou-se um grande estímulo na comunidade internacional para a elaboração de uma legislação ambiental.

49. Discorrendo sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, apresentando cinco modelos mais frequentes nas diversas legislações do mundo para o combate aos delitos praticados por esses entes, a saber: a) responsabilidade civil (subsidiária ou cumulativa); b) medidas de segurança (tanto no direito penal quanto no direito administrativo); c) sanções administrativas (financeiras e outras); d) verdadeira responsabilidade criminal; e) medidas mistas (de caráter penal, administrativo ou civil). Cf. TIEDMANN, Klaus. "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 3, nº 11, 1995, p. 23.

50. Expressão utilizada por COSTA, José Faria da. "A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade, nas pessoas coletivas, à luz do direito penal)". *Revista do Instituto Nacional de Polícia e Ciências Criminais*. II série, nº 6-7, 1993/1994, p. 33. Este artigo encontra-se publicado numa obra brasileira, a saber: PODVAL, Roberto (Org.). *op. cit.*, p. 165. Antes dele e no mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. "Para uma dogmática do direito penal secundário", p. 49, utiliza o termo "*centros éticos-sociais de imputação jurídico-penal*".

das pessoas jurídicas. Na Inglaterra, há muito tempo vem sendo admitida a responsabilidade penal dos entes coletivos. Para uns, o marco da superação do brocardo *societas delinquere non potest* foi a sentença de 1840, onde a ferrovia *Glouscester Railways* sofreu condenação criminal por ter desobedecido a ordem judicial de demolição de uma ponte.[51] Para outros, tal orientação baseia-se na *Interpretation Act* de 1889, onde é permitida a imputação penal do ente coletivo nos crimes econômicos, de segurança do trabalho, contaminação atmosférica, proteção ao consumidor, proteção ao ambiente.[52] Nos Estados Unidos, as infrações culposas podem ser imputadas aos entes morais, ainda que não sejam praticadas em proveito da empresa. A teoria do *Responded Act* dá a possibilidade da empresa responder pelas ações de qualquer empregado. A responsabilidade penal das empresas nesse sistema é baseada na *strict liability* ou na responsabilidade sem culpa. O que predomina é o *interesse coletivo*.[53]

Na Espanha não é admitida a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. O Código Penal espanhol de 1995 manteve a responsabilidade individual. A doutrina espanhola[54] resiste ferozmente em aceitar a responsabilidade penal do ente coletivo. Por esse motivo, foi criada a figura da responsabilidade por fato de outrem, que nada mais é do que fazer com que o protagonista da responsabilida-

51. Cf. OLIVEIRA, William Terra de. "A responsabilidade penal da pessoa jurídica e sistemas de imputação". *In*: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal.* São Paulo: RT, 1999, p. 163.

52. Cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. "A responsabilidade penal da pessoa jurídica". *In*: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *op. cit.*, p. 110.

53. *Ibidem*, p. 110.

54. Alguns nomes de peso figuram entre os que refutam a responsabilidade penal das pessoas coletivas na Espanha, podendo-se citar: FERNANDEZ, Miguel Bajo. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial.* Madrid: Civitas, 1978, pp. 109 e ss.; Ideado mesmo autor: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español". *In*: PUIG, Santiago Mir e PEÑA, Diego-Manuel Luzón (Coord.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto.* Barcelona: JMB, 1996., pp. 17 e ss.; MARTÍN, Gracia. "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas". *In*: PUIG, Santiago Mir e PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *op. cit.*, pp. 35 e ss. e BACIGALUPO, Enrique. (Dir.). *Curso de derecho penal económico.* Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 49 e ss.

de penal seja sempre a pessoa natural, visando afastar por todas as formas a imputação do fato ao ente moral.

Na Alemanha, vigora o brocardo *societas delinquere non potest*. Porém, algumas medidas de responsabilização das empresas têm natureza administrativa, por isso fala-se em sanção quase-penal. Trata-se das multas aplicadas de acordo com o § 30 da *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWiG), em função da prática de um fato por uma pessoa singular representando a pessoa coletiva.

Na Itália, por força de preceito constitucional, a responsabilidade é de caráter pessoal. É o que dispõe o art. 27 da Carta Política italiana. Apesar disso, atualmente tal orientação parece comportar ao menos uma exceção no ordenamento jurídico italiano.[55]

Na França, com a entrada em vigor do novo Código Penal, de 01.03.1994, houve uma ruptura com a velha tradição da responsabilidade individual. A partir do novo estatuto penal, as pessoas jurídicas[56] passam a responder por ilícitos penais, não somente os econômicos e ambientais como quase todos os crimes nele previstos. A responsabilidade do ente coletivo não exclui a das pessoas físicas.

5. Posicionamento do problema no direito positivo

O direito positivo luso-brasileiro vem encarando o problema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais de forma distinta. No direito brasileiro, há disposição constitucional expressa acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas (arts. 173, § 5.º e 225, § 3.º), além de uma lei que regula essa matéria (Lei 9.605/98).[57] O direito português preferiu atribuir tal responsabilidade no âmbito das contra-ordenações.

55. A Lei italiana 287/90, de 10 de outubro, reconhece um caso de responsabilidade direta da pessoa jurídica nas infrações de monopolização.

56. Vale destacar que os entes coletivos respondem criminalmente pelos fatos praticados em seu proveito, ficando de fora dessa previsão o Estado, de acordo com o art. 121-2 do CP francês.

57. Sobre a proteção do ambiente, há ainda no Brasil outras leis (extravagantes), se bem que sem conter a previsão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. São elas: a Lei 4.771/65, de 15

Ambos os países reconhecem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas no caso específico das lesões ao ambiente, o legislador luso optou por não adotar o mesmo entendimento. A LBA é o estatuto jurídico criado em 1987 para regular a matéria do ambiente,[58] remetendo ora ao CP, ora ao Dec.-lei português 433/82 (contra-ordenações) para que os infratores sejam sancionados de acordo com a conduta praticada.

Da análise da Constituição, das leis ordinárias e das recomendações do Conselho da Europa[59] é que poderá ser delineado o desenvolvimento e os problemas que o tema sugere nos dois países.

de setembro, que institui o Código Florestal; a Lei 5.197/67, de 03 de janeiro, que dispõe sobre a proteção à fauna; a Lei 6.453/77, de 17 de outubro, que dispõe sobre a responsabilidade civil e criminal por atos relacionados com atividades nucleares; a Lei 6.938/81, de 31 de agosto, dispondo sobre a política nacional do meio ambiente; a Lei 7.679/88, de 23 de novembro, que dispõe sobre a proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução; a Lei 7.802/89, de 11 de julho, versando sobre os delitos referentes ao uso de agrotóxicos; a Lei7.804/89, de 18 de julho, sobre os delitos de poluição. Mais recentemente, foi promulgada a Lei 9.985/2000, de 18 de julho, que regulamenta o art. 225, § 1.º, I, II, III e VII da CF/88.

58. Pode-se dizer que a Lei 11/87, de 07 de abril – Lei de Bases Ambiental (LBA) – é o principal estatuto jurídico sobre o ambiente no ordenamento jurídico português (direito penal secundário), pois este define as bases de política do ambiente. No entanto, não é a única norma a tratar da matéria, destacando-se, entre outros: o Dec.-lei 236/98, de 01 de agosto, sobre a proteção e a melhoria da qualidade da água; o Dec.-lei 56/99, de 26 de fevereiro (alterado pelo Dec.-lei 390/99, de 30 de setembro), referente a fixação de valores limite a considerar na fixação das normas de descarga de águas residuais na água e no solo, com vistas a eliminar ou reduzir a poluição que podem provocar esses meios (transposição das Diretivas nº 86/280/CEE e 88/347/CEE, do Conselho, de 12 e 16 de junho, respectivamente); o Dec.-lei 506/99, de 20 de novembro, versando sobre a redução da poluição dos meios aquáticos provocada pelas descargas residuais, pontuais ou difusas em águas superficiais, do litoral e territoriais, através da fixação de objetivos de qualidade para determinadas substâncias perigosas; o Dec.-lei 194/2000, de 21 de agosto, referente a prevenção e controle integrados da poluição proveniente de certas atividades e estabelecimento de medidas destinadas a evitar ou reduzir a emissão dessas atividades para o ar, a água ou solo, bem como a prevenção e controle de ruídos e a produção de resíduos (transposição da Diretiva nº 96/61/CE, do Conselho, de 24 de setembro); o Dec.-lei 292/2000, de 14 de novembro, que institui o "regulamento geral do ruído" e o Dec.-lei 243/2001, de 05 de setembro, que regula a qualidade da água destinada ao consumo humano (transposição da Diretiva 98/83/CE, do Conselho, de 03 de novembro).

59. Neste sentido, a Recomendação R (77) 28, de 27.09.1977, do Conselho da Europa, versando sobre a contribuição do direito penal para a proteção do ambiente, recomendando a introdução da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Em termos mais gerais, consulte-se as Recomendações R (81), 12, R (82), 15 e R (88), 18, todas do Conselho da Europa, recomendando a inserção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A Constituição portuguesa de 1976 não faz menção expressa à responsabilidade penal das pessoas coletivas. O art. 12º, n. 2, da Constituição, ao dispor sobre o princípio da universalidade, prescreve que as pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres *compatíveis com a sua natureza*, superando dessa forma a concepção de direitos fundamentais exclusivamente centrada sobre os *indivíduos*.[60] Dessa forma, não havendo incompatibilidade constitucional, a lei infraconstitucional é que vem a definir a dita responsabilidade dos entes coletivos.

O Código Penal português prevê o caráter pessoal da responsabilidade, excetuando os casos de disposição legal em contrário (art. 11º). Com isso, abre uma lacuna, pois não restringe a responsabilidade penal somente à esfera individual, mas permite a ampliação desse conceito nos casos em que uma lei extravagante assim o preveja.

Por ocasião da revisão do CP português verificada em 1995, surgiram alguns tipos penais que tutelam o ambiente (arts. 278º a 281º) e por força do art. 11º, estes não têm o condão de responsabilizar as pessoas coletivas, respondendo pelos crimes somente as pessoas singulares.[61] Melhor seria se o legisla-

60. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 122 e MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 219 e ss. No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional (TC) português, em diversas oportunidades, vem reconhecendo que o princípio da individualidade da responsabilidade criminal não tem consagração constitucional expressa. É o que se vê nos Acórdãos: 212/95, de 20 de abril, publicado no *Diário da República*, II Série, de 24.06.1995; 213/95, de 20 de abril, publicado no *Diário da República*, II Série, de 26.06.1995 e 302/95, de 08 de junho, publicado no *Diário da República*, II Série, de 29.07.1995.

61. A responsabilidade das pessoas coletivas nas infrações ambientais fica a cargo das contra-ordenações (art. 7º do Decreto-Lei 433/82), que prevê a punição dos infratores com penas pecuniárias (coimas – art. 17º), por expressa disposição da LBA (art. 47º). Para um maior desenvolvimento sobre a temática da responsabilidade contra-ordenacional da pessoa jurídica, veja-se os Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República 102/89, de 27.09.1990, publicado no *Diário da República*, II Série, de 07.03.1991, pp. 2684-2694 e 10/94, de 07.07.1994, publicado no *Diário da Repúblcia*, II Série, de 28.04.1995, pp. 4576-4584. Ainda sobre esse tema, veja-se: GASPAR, Pedro. "Breves Apontamentos sobre o ilícito de mera ordenação social na área da proteção do ambiente". *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. nº 8, 1997, pp. 11-30 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). *Introdução ao direito do ambiente*, p. 175 e ss.

dor tivesse disposto tais delitos em legislação penal extravagante, tendo em vista que – como já foi mencionado algures – tais delitos são praticados em sua maioria por empresas.

Parece que o legislador português entendeu que seria suficiente para amainar esse problema o uso da figura da *atuação em nome de outrem* em articulação com as *contra-ordenações*.[62] Um dos dispositivos penais extravagantes que prevê as situações em que a pessoa coletiva pode ser responsabilizada criminalmente é o Dec.-lei 28/84, de 20 de janeiro, o qual dispõe sobre os crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a saúde pública.

A Constituição brasileira de 1988 traz inovações não compreendidas nas Cartas Políticas anteriores. Dispõe no Título VII, sobre a Ordem Econômica e Financeira e no Título VIII, Capítulo VI, sobre o Meio Ambiente (arts. 173, § 5.º e 225, § 3.º). O primeiro artigo prescreve que a lei estabelecerá a responsabilidade da pessoa jurídica, sujeitando-a às sanções compatíveis com a sua natureza, sem prejuízo da responsabilidade individual de seus dirigentes. O segundo dispõe que tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas, ficam sujeitas as sanções penais, administrativas, independentemente de reparar os danos causados, em razão da prática de condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

Desde logo, cumpre salientar que, mesmo com a clareza que os dispositivos constitucionais apresentam, parte da doutrina brasileira coloca em dúvida a

62. No intuito de solucionar esse problema, a exemplo do que se verifica no CP espanhol, preferiu-se adotar a responsabilidade penal através da *atuação em nome de outrem* (art. 12º, nº 1, do CP) quando o agente atuou "voluntariamente como titular dos órgãos de uma pessoa coletiva, sociedades ou mera associação de fato, ou em representação legal ou voluntária de outrem, mesmo quando o respectivo tipo de crime exigir" determinados elementos que a lei descreve nos números seguintes. Ao lado da figura da atuação em nome de outrem, o legislador argumenta que tais medidas deverão ser alinhadas com a aplicação do direito das contra-ordenações. É o que se verifica no preâmbulo do Dec.-lei 48/95, parágrafo nº 15, sobre a parte geral do CP.

Em que pese esse entendimento, pensamos que a figura da atuação em nome de outrem se constitui numa forma indesejável de privilegiar a pessoa jurídica em detrimento da pessoa singular. Nesses casos, a pessoa jurídica estará sempre isenta de responsabilidade penal.

aceitação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.[63] Para tal corrente, a leitura apressada dos referidos dispositivos pode ensejar confusão, mas com a leitura atenta, pode-se verificar perfeitamente que o legislador ao reconhecer a responsabilidade para as pessoas jurídicas o fez administrativa e civilmente. Para corroborar com essa assertiva, alegam que o art. 173, § 5.º, ao dispor que as pessoas jurídicas estariam sujeitas às punições *compatíveis com a sua natureza*, na realidade, era uma forma de dizer que as sanções advindas do ordenamento jurídico-penal não lhes seriam adequadas.

Em que pesem os argumentos apresentados pela aludida corrente doutrinária, pensamos que o legislador constituinte, através da redação dos artigos anteriormente citados, previu, de forma expressa, a responsabilidade penal da pessoa jurídica.[64] E fê-lo limitando essa incriminação penal dos entes coletivos aos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular

63. Entre os que defendem o posicionamento de que a Constituição Federal não adotou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, destacam-se: DOTTI, René Ariel. "Meio ambiente e proteção penal". *Revista de Informação Legislativa.* ano 27, nº 108, 1990, pp. 138 e ss.; Do mesmo autor: "A incapacidade criminal da pessoa jurídica", pp. 184 e ss.; OLIVEIRA, Cláudio Mariz de. "Reflexões sobre os crimes econômicos". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* ano 3, nº 11, 1995, p. 97 e ss.; PIERANGELI, Jose Henrique. *op. cit.*, pp. 215-216 e CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição.* 3. ed. São Paulo: RT, 1994, pp. 159 e ss.

64. Esse parece ser o entendimento da escassa jurisprudência existente até o momento, cabendo citar o precedente do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que em sede de mandado de segurança, decidiu reformar a sentença de 1ª instância, na qual foi recebida a Denúncia contra uma empresa petrolífera, acusada de ter derramado aproximadamente 1.000.000 (um milhão) de litros de óleo através do vazamento de um duto de sua propriedade num rio local. Nesta decisão, a Turma julgadora manifestou-se pela inépcia da denúncia, mas entendeu que o art. 3.º da Lei 9.605/98 era constitucional, ou seja, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não fere a Carta Magna. Cf. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal.* São Paulo, Vol. 48, out-dez., 2000, pp. 382-404.

A título de esclarecimento, cabe ressaltar que a *Denúncia* nos termos do CPP brasileiro (art. 24), é a peça acusatória oferecida pelo representante do MP para dar início a Ação Penal, consistente numa exposição por escrito dos fatos que constituem, em tese, o ilícito penal, bem como todas as suas circunstâncias e a indicação das provas em que se baseia a acusação. No direito processual penal português, a referida peça exordial, recebe o nome de *Acusação*, nos termos do art. 53, alínea *c*, do CPP.

e contra o meio ambiente. Por outras palavras, quis o legislador restringir o âmbito de aplicação a esse setor crítico, e não a todo ordenamento jurídico-penal. Compete ao direito penal secundário ou extravagante desenvolver tais mandamentos constitucionais.[65]

Desta feita, após quase dez anos de vigência da Constituição brasileira, surgiu a primeira lei para regulamentar a matéria. A Lei 9.605/98, de 12 de fevereiro, dispõe sobre as sanções penais e administrativas contra os crimes ambientais. Com a finalidade de cumprir o disposto no art. 225, § 3.º, da Carta Magna, a referida lei prevê de forma expressa a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, independentemente das de seus representantes ou de seus órgãos (art. 3.º).

A referida lei não faz qualquer restrição ao definir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, sendo certo que tal lapso legislativo, faz-nos entender que tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as pessoas jurídicas de direito privado podem ser responsabilizadas criminalmente pelos crimes ambientais que cometerem.

Essa lei possui algumas falhas,[66] talvez a mais grave delas seja essa atribuição de responsabilidade penal indiscriminada aos entes públicos e privados, o que pode ter como conseqüência a inaceitável situação de o Estado, responsável pela aplicação da Justiça (nesse caso da Justiça Criminal), de ocupar ao mesmo tempo

65. Diversamente do que foi feito na França recentemente, pois, o legislador infraconstitucional, através do novo Código Penal, de 01.03.1994, preferiu adotar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas de forma ampla, deixando de fora apenas o Estado. Para o novo estatuto legal persecutório, os entes morais respondem criminalmente por todos os crimes previstos no CP, inclusive os clássicos, como o homicídio, lesões corporais, etc. Para um maior aprofundamento sobre o assunto, veja-se: SIMONE, Giulio de. "Il novo codice francese e la responsabità penale delle 'personnes morales'". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.* fasc. 1, 1995, pp. 189-229 e PRADEL, Jean. "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês". *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* ano 6, nº 24, 1998, pp. 51-63.

66. SHECAIRA, Salomão. "A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação". *In*: GOMES, Luiz Flávio (Coord.)., *op. cit.*, pp. 139 e ss., aponta as seguintes falhas: a) falta de critérios definidos para a fixação da pena de multa em relação às pessoas jurídicas; b) falta de critérios para a aplicação de penas restritivas de liberdade, principalmente quando estas forem aplicadas em substituição às penas privativas de liberdade.

os três pólos da ação penal. É inegável que a regulamentação de assunto tão tormentoso não poderia passar desapercebido: muitos autores vêm criticando intensamente essa norma, pois esse estatuto legal estaria contrariando uma série de princípios do direito penal.

No entanto, ressalvadas algumas falhas existentes, pensamos que a entrada em vigor da referida lei trouxe muitos aspectos positivos para a tutela do ambiente[67] e, particularmente, para a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, pois possibilitou a regulamentação do disposto na Constituição e também possibilitou a aplicação de sanções aos verdadeiros responsáveis pelos delitos ecológicos.

III. RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS E O AFORISMO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

6. Legitimidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas

Quando se fala em responsabilizar os entes coletivos através da tutela jurídico-penal, logo de início surge a pergunta sobre a legitimidade que a situação impõe. Até que ponto é legítima a intervenção do direito penal, responsabilizando criminalmente os entes coletivos como *ultima ratio* da política criminal em face dos crimes ambientais?

No âmbito administrativo, existem alguns recursos que podem restringir as condutas lesivas ao meio ambiente. De todas as sanções aplicáveis, a mais usual

67. Não poderíamos deixar de registrar que o Governo Federal, logo após a entrada em vigor desta lei, cedeu às pressões dos empresários poluidores, o que culminou com a edição de uma Medida Provisória que vem sendo reeditada (MedProv 1.710, de 07.08.1998; a reedição mais recente dessa Medida Provisória é a 2.163-41, de 23.08.2001), permitindo que as empresas tenham ao seu dispor um período de até 6 anos para corrigir o método de produção irregular às regras estabelecidas pela lei, ou seja, mesmo praticando lesões ao ambiente não serão responsabilizadas durante esse período, bastando apenas fazer um cadastro nos órgãos administrativos competentes.

é a sanção pecuniária ou multa. As sanções pecuniárias têm algum valor intimidatório. É certo que as pequenas empresas podem sentir-se acuadas com tais penas, ou seja, a intimidação da empresa será tanto maior quanto menor ela seja.[68] Entretanto, o que se verifica é que, no mais das vezes, essas multas são insuficientes para coibir a ação criminosa das grandes empresas.[69] As multas podem ser deduzidas no preço final do produto, como forma de minimizar tal sanção.[70]

Poder-se-ia falar das sanções civis, com cunho ressarcitório, tal como a ação civil pública, o mandado de segurança e a ação popular ambiental. A legitimidade desse tipo de intervenção é válida, mas traz um inconveniente: o Poder Público só poderá ser acionado judicialmente quando o dano ao ambiente ocorrer, ou seja, tal medida tem natureza de reparação de um dano já efetivamente verificado.[71]

Além desses inconvenientes, no caso do mandado de segurança, só é legítima a impetração de tal remédio constitucional perante os atos pratica-

68. FERNANDEZ, Miguel Bajo. *op. cit.*, p. 117, assevera que a multa é uma sanção pouco eficaz diante da pessoa jurídica. Da mesma forma, apontando a *multa* como inadequada às exigências de prevenção, além de dificilmente desestimular os criminosos com grande poderio econômico. Cf. COSTA, José Faria da e ANDRADE, Manuel da Costa. "Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico – notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, Setembro de 1982)". *In*: CORREIA, Eduardo (Org.) *Direito penal econômico e europeu – textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra ed., vol. 1, 1998, p. 360 e do mesmo autor: *In* PODVAL, Roberto (Org.). *op. cit.*, p. 116.

69. Dissertando sobre os aspectos criminológicos de empresas transnacionais, onde apresenta dados interessantes fornecidos por Clinard e Yeager, a saber: em 5.000 processos judiciais e administrativos, motivados por suspeita de prática de crime econômico nos Estados Unidos, 70% deles dizia respeito a grandes empresas norte-americanas, com faturamento em vendas superior a um bilhão de dólares. Cf. TIEDMANN, Klaus. "Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales". *In*: *Estudios penales y criminológicos*. vol. 6. Universidad de Santiago de Compostela, 1983, p. 318.

70. GREGORI, Giorgio e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *op. cit.*, p. 92, afirmam que a sanção pecuniária, ainda que elevada, dificilmente terá a capacidade de exaurir as vantagens direta ou indiretamente auferidas pela empresa e, que, mesmo que tal ocorresse, poderia ser descontado entre os custos ou no imposto de renda.

71. Neste sentido e para um maior desenvolvimento na doutrina brasileira, veja-se: ZARIF, Tiago Cintra. "Responsabilidade civil em matéria ambiental". *In*: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999, pp. 145 e ss.

dos por *autoridade pública* ou por *agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*, que violem *direito líquido e certo*, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, ficando, portanto, excluídas as pessoas jurídicas de direito privado.

Dessa forma, a responsabilidade penal das pessoas coletivas surge como uma necessidade, justificada por razões de política criminal[72] e através de um pensamento analógico das noções de ação e de culpa.[73] Além da previsão de multas, podem ser aplicadas outras sanções que tenham a devida eficácia. Penas restritivas de direito, como suspensão de subsídios governamentais ou de participar de licitações, prestação de serviços à comunidade, entre outras, podem causar um efeito mais intimidante do que apenas a reparação patrimonial do dano. Aliás, a tutela penal ainda possui a vantagem de *prevenção* e *repressão* para tais condutas lesivas ao ambiente.

7. Capacidade de ação

Quando se fala em capacidade de ação nos moldes da doutrina penal, pensa-se logo numa ação humana. Por essa razão, surge a seguinte indagação: a pessoa jurídica tem ou não capacidade de ação?

Uma das críticas que se interpõe diante da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é justamente a incapacidade de ação destas. O agir por si mesmo importa – sem adentrar nas diversas teorias causal, final e social – atuar através de um comportamento voluntário, dominado ou dominável pela vontade.[74] A ação que provoca uma alteração no mundo exterior e que possui relevância para o direito

72. Neste sentido, os acórdãos citados na nota nº 60.

73. Cf. COSTA, José Faria da. *op. cit.*, p. 38.

74. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, p. 194; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 77 e PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal – parte geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, vol. 2, 2001, p. 10.

penal não se dá apenas através do fazer, mas também por meio do não fazer. Trata-se da omissão que é o não fazer aquilo que era devido.[75]

Os que defendem a irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas, argumentam que o elemento volitivo não está presente nos entes coletivos, a não ser através de seus órgãos. Por conta disso, somente as pessoas naturais que ostentem a titularidade dos órgãos das pessoas jurídicas é que poderão ser os destinatários das normas de conduta.[76] No entanto, é bom lembrar que a pessoa jurídica não se constitui em uma ficção, mas sim em uma realidade. Atua por intermédio de seus representantes ou de seus órgãos. Seus atos não repercutem apenas na seara civil ou administrativa, mas também no âmbito penal. As condutas lesivas ao meio ambiente, não são praticadas por um agente isolado, mas por grupos que representam essas empresas.

Tiedmann afirma que às pessoas jurídicas não lhes falta capacidade de atuar, pois estas atuam e raciocinam através de seus órgãos, cujas ações e omissões são consideradas como as da própria entidade.[77] Seguindo essa linha de raciocínio, o autor alemão argumenta que, se as empresas podem concluir um contrato, podem da mesma forma violar essas obrigações, ou seja, podem atuar de maneira antijurídica.[78] Com essa posição, busca substituir o conceito psicológico de ação – no qual a *vontade* constitui o seu elemento imprescindível – por um conceito *normativo* ou *funcional.*

Para Tiedmann, as pessoas jurídicas também são destinatárias diretas das normas de conduta e têm capacidade de ação da mesma forma que os seres humanos, pois se o legislador dirige as normas às pessoas jurídicas é porque elas

75. Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.*, p. 102.

76. Cf. MARTÍN, Gracia. *op. cit.*, p. 68 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro.* 4. ed. rev. São Paulo: RT, 2002, pp. 409 e ss.

77. Cf. TIEDMANN, Klaus. *Poder económico y delito*, pp. 154-155. No mesmo sentido, reconhecendo a capacidade de ação da pessoa jurídica: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, p. 183.

78. Cf. TIEDMANN, Klaus. "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado", p. 28. Nos mesmos termos: LISZT, Franz Von. *op. cit.*, pp. 287-288.

também podem produzir os efeitos previstos pela norma, ou seja, podem produzir ações e omissões.[79]

Hirsch, concordando com o posicionamento defendido por Tiedmann, mas de uma forma mais ampla e contundente, acrescenta que as pessoas jurídicas são capazes de ação por si mesmas. Justifica tal entendimento baseando-se no reconhecimento da capacidade de ação que é dado pelas outras áreas do Direito. Conclui dizendo que se as pessoas jurídicas são destinatárias de deveres jurídicos, então, não só podem cumpri-los como também lesioná-los, não sendo possível negar, ao menos como princípio, que a ilicitude desta lesão seja apropriada para impor sanções penais às pessoas jurídicas, fundamentando-o nas particularidades deste ilícito de ação.[80]

Porém, a questão de saber se a pessoa jurídica é ou não capaz de ação, não fica resolvida apenas com essas assertivas. Há ainda que ser respondida se uma tal representação por parte dos órgãos pode significar uma ação da própria pessoa jurídica. Para solucionar essa última questão, cabe tecer algumas considerações.

Desde já, cumpre salientar que uma resposta satisfatória a essa questão é a de que a pessoa jurídica só pode agir por intermédio de seus órgãos. Mas esse agir não deve ser considerado um ato isolado de seus representantes: deve ser entendido como uma forma de externar a vontade do próprio ente coletivo. As manifestações de seus órgãos são realizadas em seu proveito, sendo consideradas como verdadeiras emanações do próprio ente coletivo, produzindo efeitos jurídicos que, no mais das vezes, podem materializar-se tanto na prática de ações consoante o Direito como contra este.

O modo como as pessoas jurídicas se organizam internamente, permitenos verificar a existência de uma verdadeira estrutura militarizada, baseada na

79. TIEDMANN, Klaus. *apud* MARTÍN, Gracia. *op. cit.*, pp. 59-60.

80. Cf. HIRSCH, Hans Joachim. *op. cit.*, pp. 1.106 e 1.108.

divisão de trabalho.[81] Cada um de seus órgãos possui uma atribuição, sendo que a soma dessas funções compõe o todo que representa a vontade do ente coletivo. Vale dizer, as condutas dos representantes da pessoa jurídica em seu benefício, com vistas a contrariar o ordenamento jurídico-penal, são tidas como ações ou omissões da própria empresa. Nesse ponto, o direito anglo-saxão – muito mais avançado e propenso a resolver essas questões pragmáticas e de política criminal – desenvolveu uma teoria que é conhecida como *doutrina da identificação.*

Para essa teoria, os órgãos da empresa funcionam como se fossem partes do corpo humano: *o cérebro* da empresa seria o órgão diretivo superior; *o tronco* seria composto pelos órgãos de nível médio ou intermediário; e *os braços* seriam os agentes subordinados.[82] O aspecto negativo dessa teoria – assimilada do modo como vem sendo desenvolvida pela doutrina anglo-saxã – é que permitiria a indesejável responsabilidade penal sem culpa, tanto em relação ao ente coletivo, como para os autores individuais (*strict liability*). Entretanto, tal teoria pode perfeitamente ser aplicada como vem sendo feito no Japão, pois este país possui algumas leis extravagantes que dispõem sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos moldes da doutrina da identificação, mas não admite a responsabilidade sem culpa.[83]

Para confirmar a tese favorável da capacidade de ação da pessoa jurídica, seguimos mais uma vez os ensinamentos de Figueiredo Dias, ao asseverar que "a

81. Neste sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* tomo 41, fasc. 2, 1988, pp. 531-533; Ideado mesmo. "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea". *Hacia un derecho penal economico europeo – jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedmannn°* Universidad Autonoma de Madrid, 1995, p. 570 e FRISH, Wolfgang. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa" e "Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo". *In*: PUIG, Santiago Mir e PEÑA, Diego-Manuel Luzón (Coord.). *op. cit.*, pp. 99 e ss.

82. Cf. TIEDMANN, Klaus. "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado", p. 27.

83. *Ibidem.*, p. 27.

tese contrária à capacidade de ação da pessoa jurídica só poderia ser justificada através de uma ontologificação e autonomização inadmissíveis". A adaptação a essa realidade pode ser realizada por meio de tipo-de-ilícito, contendo exigências normativas que permitam uma certa unidade e sentido social. Diz mais: da mesma forma que o próprio homem individual, as organizações humanos-sociais são "obras da liberdade" ou "realizações do ser-livre", sendo por essa razão aceitável em domínios especiais e bem delimitados aceitar-se o *princípio da identidade da liberdade*, como forma de substituição do homem individual por obras ou realizações coletivas, em que o ser-livre se exprime.[84]

Dissertando ainda sobre esse tema, o referido autor aponta como válido um conceito geral de ação como "expressão da personalidade". Para o conceito de ação baseado na "expressão da personalidade", seriam consideradas tanto as ações provenientes de pessoas físicas como de pessoas jurídicas.[85]

Por fim, uma vez mais, a lição de Figueiredo Dias ao considerar que a "atuação em nome de outrem" (art. 12º, n.º 1, do CP português) não deveria tornar dispensável a responsabilidade penal direta da pessoa jurídica, pois se tal ocorresse, haveria um inexplicável tratamento privilegiado em favor dos entes coletivos.[86]

8. Princípio da personalidade das penas

Inevitavelmente uma sanção penal atribuída à pessoa jurídica forçosamente afetará terceiras pessoas que nada tiveram com a ação delituosa. Diante disso, pergunta-se: como fica a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em face do princípio da personalidade ou da individualidade da pena? A pena imposta ao ente coletivo pode atingir culpados e inocentes?

84. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. "Para uma dogmática do direito penal secundário", pp. 49-50.

85. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. "Sobre o estado atual da doutrina do crime – 1ª parte". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 1, fasc. 1, 1991, p. 39.

86. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. "Para uma dogmática do direito penal secundário", p. 50.

Hodiernamente, a maioria das constituições democráticas dispõe sobre a total impossibilidade da sanção penal ultrapassar a pessoa do condenado (art. 5.º, XLV, da CF/88 e art. 30º, nº 3, da CRP). Realmente, nos dias atuais é inadmissível que uma sanção penal seja dirigida a uma pessoa que não o próprio condenado. Como é sabido, um ente coletivo é constituído por diversos órgãos, os quais são responsáveis pelas decisões que irão nortear os rumos deste.

Digamos que uma decisão no seio da empresa seja tomada por maioria, por exemplo, para comercializar um produto que polua o ambiente. Numa eventual condenação do ente coletivo por esse fato, seriam atingidos tanto a maioria que votou quanto os sócios ou os representantes que não tomaram parte na decisão, ou ainda, os que contra ela se manifestaram.[87] Nesse caso, a sanção atingiria inocentes e culpados.[88]

Os estatutos constitutivos prevêem a representação como procedimento válido para externar o querer, a vontade deste perante terceiros. Por essa razão, não há que se falar em violação do princípio da personalidade da pena pelo simples fato de que a sanção aplicada ao ente coletivo venha a atingir reflexamente os representantes que não tomaram parte ou se opuseram à decisão da maioria. A sanção será aplicada somente aos agentes que deram causa ao resultado e também ao ente coletivo. Somente os efeitos negativos advindos da condenação é que irão incidir sobre os sócios inocentes.

Poder-se-ia ainda falar em violação do princípio da personalidade da pena, no caso de a pessoa jurídica ser condenada à pena de dissolução. Uma tal pena teria efeitos reflexos altamente negativos não só para os sócios da empresa, como

87. Acerca da adoção coletiva de decisões no âmbito da empresa, Günther Jakobs apresenta seis casos práticos interessantes, onde no instante da votação para a tomada de uma decisão causadora de algum tipo de lesão (à saúde ou ao ambiente), os sócios ou representantes se posicionam de uma determinada forma (votam diretamente, votam informalmente, abstêm-se, etc) e, ao final, aponta os casos em que as condutas desses representantes poderiam responsabilizá-los criminalmente. Cf. JAKOBS, Günther. "Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos". *In*: PUIG, Santiago Mir e PEÑA, Diego-Manuel Luzón (Coord.). *op. cit.*, pp. 75 e ss.

88. Cf. TIEDMANN, Klaus. *Poder económico y delito*, p. 157.

também para os empregados que perderiam os seus empregos. Também aqui não há tal violação, visto que essa pena é aplicada de há muito na esfera cível, produzindo efeitos semelhantes. A aplicação dessa sanção somente se dará em casos de extrema gravidade, em virtude do seu caráter especial e dos efeitos daninhos que pode provocar.

Ainda sobre os prejuízos que a condenação à dissolução poderia causar aos empregados, pode-se comparar com o caso do "chefe de família" – com mulher e filhos para prover o sustento – que ao sofrer uma condenação a uma pena privativa de liberdade deixa seus entes queridos ao desabrigo. Nos dois casos, a pena não tem o condão de ultrapassar a pessoa do condenado, mas por meros fatores circunstanciais acaba atingindo-os *indiretamente*.[89]

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não fere o princípio da personalidade da pena, pois a responsabilidade desta não isenta a de seus representantes. Todos os agentes que produzirem o fato qualificado como crime ambiental, dolosa ou culposamente, responderão na medida de sua culpabilidade.

9. Inviabilidade na aplicação de algumas sanções

O direito penal oferece um rol variado de sanções, destacando-se as penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa. Por esse motivo, emerge a indagação sobre o que pode ser feito no caso das penas que são inviáveis ou inadequadas para as pessoas jurídicas. Esse obstáculo será intransponível?

A pena privativa de liberdade (prisão ou recolhimento domiciliar) é um exemplo de sanção inviável para as pessoas jurídicas por motivos óbvios. É certo que tal pena, de um modo geral, vem sendo aplicada somente para aqueles casos onde haja uma tamanha periculosidade por parte do agente, que a retirada do

89. Neste sentido, ROCHA, Manuel Antonio Lopes. "A responsabilidade penal das pessoas coletivas – novas perspectivas". *In:* CORREIA, Eduardo (Org.). *op. cit.*, p. 440.

convívio social é quase que uma obrigação. A pena privativa de liberdade somente é prevista como *ultima ratio* da política criminal.[90]

Há outras medidas que são capazes de combater o caráter criminoso do ente coletivo. As penas restritivas de direito e as de multa, constituem-se num forte instrumento de *prevenção* e *repressão* a esses ataques ao bem jurídico ambiental. Aliás, penas como a prestação de serviços à comunidade, consistente na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, proibição de receber incentivos governamentais, proibição de contratar com o poder público por um determinado tempo e, dependendo da gravidade do fato, a dissolução da empresa, são medidas de uma eficácia a toda prova.[91]

A dissolução pelos graves efeitos que produz não só para os representantes da pessoa jurídica como também para os seus trabalhadores deve ser aplicada com muito critério, sob pena de causar consideráveis injustiças. Uma tal pena, só é justificável para os casos de alta criminalidade, onde se verifique a constituição de uma pessoa jurídica com o escopo de delinqüir ou quando esta se direcione para esse caminho. É o que dispõe o art. 24º da Lei brasileira 9.605/98, ao dispor que a pessoa jurídica que for constituída, preponderantemente para a prática de crimes, terá decretada a sua liquidação forçada, sendo que seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido para o Fundo Penitenciário Nacional.

A pena de dissolução poderia ensejar uma comparação com a "pena de morte", visto que a aplicação de tal sanção causa a extinção do ente coletivo. Se a Constituição portuguesa e a brasileira vedam expressamente a pena de morte, como ficaria tal situação?

Em nossa opinião essa comparação não é oportuna, pois a valoração do bem vida e do bem personalidade jurídica do ente coletivo não se compara. Para

90. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*, p. 53.

91. Muitas dessas sanções são previstas pela Lei brasileira 9.605/98 (arts. 7.º a 24) e pelo Dec-lei português 28/84 (art. 7.º).

não nos alongarmos muito nessa argumentação, apenas diremos que a morte da pessoa natural é irreversível. Já o ente coletivo pode desaparecer e surgir com outras vestes diversas vezes.[92]

10. Capacidade de arrependimento ou reeducação

O direito penal ao prever a pena como medida adequada ao agente que infringe a norma, busca atingir uma finalidade de desaprovação ético-social da conduta perpetrada por parte deste. Ao longo dos tempos foram desenvolvidas várias teorias sobre os fins das penas – *retribuição, prevenção geral, prevenção especial, unificadora retributiva ou mistas, unificadora preventiva* e *reprovação ético-social*.[93] Se o escopo da pena é este, pergunta-se: a pessoa jurídica tem uma capacidade dessa natureza? Possui uma capacidade de sentir o caráter de reprovação daquela conduta para ser reeducada?

Sem adentrar nos aspectos positivos e negativos atinentes às diversas teorias supracitadas, só são admitidos como fins da pena o caráter *preventivo* e não o caráter *retributivo*.[94] Vale dizer, a finalidade da pena não pode ser outra que não a de evitar que o agente volte à prática de novos crimes. No caso das pessoas jurídicas, é mister que estas possuam um grau de arrependimento ou que a sanção aplicada provoque efeitos de natureza intimidatória.

De um lado, as pessoas jurídicas agem por seus órgãos e estes se vêem compelidos a não reincidirem em práticas delituosas com a aplicação das sanções impostas. Por outro lado, a finalidade da pena não se resume somente à preven-

92. No mesmo sentido, MEIRELES, Pedro. "Sanções das (e para as) pessoas coletivas". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* ano 10, fasc. 4, 2000, pp. 525-526.

93. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal,* p. 99. Para um estudo mais aprofundado das diversas teorias sobre os fins das penas, veja-se: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina* penal, pp. 65-111.

94. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina* penal, p. 104 e ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal.* Madrid: Reus, 1981, pp. 42 e ss.

ção da reincidência: há ainda a necessidade de socialização ou ressocialização[95] e reintegração dos agentes à comunidade.[96]

Nessa perspectiva, o criminoso clássico definido pela criminologia é aquele indivíduo degenerado, sem escrúpulos, sem qualquer vestígio de adequação ao meio social. Ocorre que, nos crimes ambientais – praticados em sua maioria por grandes empresas – os órgãos e representantes desses "centros de imputação penal" são constituídos por pessoas altamente qualificadas, tanto no âmbito profissional quanto no social, sendo inadmissível tal comparação.[97]

A prática delituosa desses agentes ficou conhecida como crime do "colarinho branco". Essa expressão foi apresentada por Edwin Sutherland para definir os empresários que se serviam da empresa para praticar atos ilícitos, tendo como características pessoais: "a respeitabilidade ou credibilidade da sociedade; um elevado *status* social; praticavam os fatos ilícitos no exercício da profissão; e, em regra, atuavam através da violação da relação de confiança".[98]

Dessa forma, o pretenso caráter de ressocialização ou reeducação não se dará por intermédio da pena. E tal ocorrerá, não porque a pessoa jurídica, por intermédio de seus órgãos – pessoas singulares que são – não seja capaz de reeducação, mas porque estes últimos não necessitam de ressocialização, pois já ocupam lugares de destaque na sociedade. Então, a pena terá um efeito preventivo, para que não haja um sentimento de impunidade nessa espécie

95. Hassemer faz uma ressalva sobre o uso do termo ressocialização, alegando que este termo caiu em descrédito nas teorias da socialização, visto que muitos indivíduos que sofreram uma condenação penal e passaram por um sistema penitenciário para a reinserção social fracassaram. Esse fracasso permite deduzir que antes de uma ressocialização, esses indivíduos deveriam ser socializados. Apesar dessa ressalva, o autor reconhece que ambos os termos ainda hoje são usuais. Cf. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal.* Barcelona: Bosch, 1984, p. 352 (nota nº 17).

96. Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.*, p. 245.

97. Cf. ROCHA, Manuel António Lopes. *op. cit.*, p. 439.

98. Cf. SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime do colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal).* Coimbra: Coimbra ed., 2001, pp. 45-46 e da mesma autora: "O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle". *In:* PODVAL, Roberto (Org.). *op. cit.*, pp. 192-193.

de crimes. Aliás, a ressocialização não se dará através da pena se o agente se revelar dela carente.[99]

O que pode ocorrer e vem sendo notado, principalmente nos Estados Unidos, é que a pessoa jurídica fica compelida a não mais reincidir nas práticas delituosas, nos casos onde haja uma divulgação perante a opinião pública. A condenação ou a divulgação de um crime praticado por um ente coletivo, pelos meios de comunicação social – imprensa escrita e falada – pode ensejar um certo receio por parte deste em não se prejudicar com uma tal situação, forçando-o a redobrar as cautelas para que o fato não se repita.[100]

11. Princípio da culpabilidade

Dentre as questões dogmáticas referentes ao nosso tema, deixamos propositadamente o tópico referente à culpabilidade entre os últimos, tendo em vista que a culpabilidade – além da complexidade de definição de seus pressupostos e fundamentos[101] – apresenta-se como um dos grandes obstáculos ao reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Sem pormenorizar a evolução histórica da culpabilidade, desde a superada teoria psicológica da culpabilidade[102] até o surgimento da teoria normativa da

99. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, p. 108.

100. Cf. HIRSCH, Hans Joachim. *op. cit.*, p. 1113.

101. Roxin chega a afirmar que a culpabilidade é um tema eterno do Direito Penal e seu principal problema específico: tanto em sua existência e em seus pressupostos, como na constatação de seu fundamento e medida, estando exposto a dúvidas que nunca serão solucionadas. Cf. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, p. 147. Neste sentido: HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, p. 270, assevera que o conceito de culpabilidade constituí-se em um dos instrumentos mais difíceis e obscuros do sistema jurídico-penal.

102. Para tal teoria, a culpabilidade é o liame psicológico que existe entre a conduta e o resultado, que se verifica por intermédio do dolo e da culpa (negligência). De acordo com essa concepção, a culpabilidade é tão somente a descrição de uma relação psicológica, mas não contém qualquer elemento normativo, sendo apenas a pura descrição de uma relação. Em razão de esta teoria considerar apenas o aspecto psicológico, resta sem explicação a questão referente à culpa inconsciente. Sobre o tema, veja-se: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade Culpa Direito Penal*. 3.

culpabilidade,[103] apresentaremos, perfunctoriamente, duas posições essenciais que reclamam para si a responsabilidade de dar o significado ao conceito de culpabilidade na seara jurídico-penal.

Em primeiro lugar, surge o entendimento segundo o qual a culpabilidade consiste na liberdade do autor de agir de outro modo no momento do fato. Por outras palavras, baseia-se na censurabilidade do comportamento humano, em razão do culpado ter querido agir contra o dever quando podia atuar de acordo com ele.[104] Trata-se da indicação do *livre arbítrio*[105] para fundamentar toda a culpa[106] do agente.

ed. Coimbra: Coimbra ed., 1995, pp. 11 e ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, pp. 395 e 603-604 e REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2000, pp. 123 e ss.

103. A teria normativa da culpabilidade surge para tentar dirimir as dúvidas suscitadas em relação àquelas situações em que a teoria psicológica não se louvava em explicar (culpa inconsciente, coação moral etc.), tendo em vista que nestas, apesar do agente dar causa ao resultado com dolo ou culpa (negligência), sendo imputável, não era punido. Para compor o terceiro elemento da culpabilidade, surgiu através do pensamento de FRANK, a *reprovabilidade*. Essa teoria teve outras variações, mas não será objeto de análise neste espaço. Para uma análise desenvolvida sobre o assunto, veja-se: REALE JÚNIOR, Miguel. *op. cit.*, pp. 128 e ss.

104. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade Culpa Direito Penal*, p. 22.

105. A tese do livre arbítrio como pressuposto necessário de toda a culpa é defendida há muito tempo em Portugal por Jorge de Figueiredo Dias: *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, Coimbra: Almedina, 1969; *Liberdade Culpa Direito Penal* e mais recentemente: "Sobre o estado atual da doutrina do crime – 2ª parte". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 1, 1992, pp. 12 e ss.

No entanto, essa tese recebeu acentuada crítica por parte de alguns autores alemães, particularmente de Roxin, ao afirmar que "o decisivo não é o poder atuar de outro modo, mas sim que o legislador, a partir de um ponto de vista jurídico-penal, queira fazer responsável o autor daquela ação". Cf. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, p. 71. Em conferência realizada na Universidade de Coimbra em 1983, o referido autor, uma vez mais, discorrendo sobre o tema, asseverou não ser susceptível de verificação a culpa no sentido de poder individual de atuar de outro modo no momento do fato, concluindo ser supérflua a discussão acerca do livre arbítrio. Essas críticas e suas justificativas podem ser encontradas em: ROXIN, Claus. "Acerca da problemática do direito penal da culpa". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Separata do vol. 59, 1984, pp. 7 e 17.

Seguindo esta esteira de pensamento, Hassemer chega a afirmar que a polêmica sobre a liberdade da vontade é "totalmente irrelevante" para o princípio da culpabilidade. Cf. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad – bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 111-112. Assumindo uma postura mais contida, Jakobs

A liberdade de agir de modo diverso consubstancia-se numa ficção, que se orienta através do entendimento dos demais membros de uma sociedade. De acordo com essa ficção, o culpado age em contradição consigo mesmo, aproximando-se neste sentido a culpabilidade de uma autodeterminação moral, fato este que é criticado, pois se viola a separação entre moral, costume e direito.[107]

Em segundo lugar, a culpabilidade procura superar as dificuldades apontadas pela perspectiva da liberdade da vontade do autor no momento do fato. E o principal fundamento para rechaçar esse obstáculo reside no fato de que muitas vezes o autor não é punido apesar da afirmação de sua liberdade.[108]

Além disso, a culpabilidade aparece como fundamento de justificação da pena, sendo certo que a culpabilidade limita a aplicação da pena. Se tal não ocorresse, correr-se-ia o risco de tratar como coisa a pessoa a ela submetida. Por outras palavras, a culpabilidade funciona como limite ao poder punitivo do Estado, para

argumenta que não há dúvida que a culpabilidade está relacionada com a liberdade, porém, não com a liberdade da vontade (livre arbítrio), mas sim com a liberdade de autodeterminação. Cf. JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos; Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997, p. 392.

Ainda sobre este tema, na doutrina portuguesa, dissertando sobre os fins das penas, Maria Fernanda Palma assevera que: "A liberdade de decisão é, assim, algo que se convenciona existir e nada mais. E mesmo que se reconhecesse, em abstrato, a liberdade da vontade, ter-se-ia de negá-la na maior parte dos criminosos que chegam por um processo social conhecido da criminologia". Cf. PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – parte geral*. Lisboa: AAFDL, 1994, p. 41.

106. O termo *culpa* pode assumir uma conotação diversa de acordo com o seu emprego no ordenamento jurídico-penal português ou brasileiro. No direito penal português, a *culpa* é sinônimo de culpabilidade; no brasileiro, além desse sentido, a *culpa* é o elemento normativo da conduta, sendo comumente utilizado para qualificar os crimes praticados por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, II, do CP brasileiro), ou seja, quando se fala em *culpa* no ordenamento jurídico brasileiro, fala-se da negligência do direito português (art. 15º, do CP português). O que poderia ser representado no seguinte exemplo: o agente praticou um homicídio *culposo* (no caso brasileiro – art. 121, § 3º, do CP); o agente praticou um homicídio por *negligência* (no caso português – art. 137º, do CP).

107. Cf. GÜNTHER, Klaus. "A culpabilidade no direito penal atual e no futuro". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 6, nº 24, 1998, p. 79.

108. *Ibidem*, p. 80.

que não haja pena que vá além da medida da culpa.[109] É a materialização do axioma *nulla poena sine culpa.*

Os elementos constitutivos da culpabilidade são três: a *imputabilidade,* a *potencial consciência da ilicitude* e a *exigibilidade de conduta diversa.* A capacidade de culpabilidade compreende um momento *cognoscivo* e outro *volitivo,* ou seja, a capacidade de entendimento do injusto e a determinação da vontade de acordo com esse entendimento.[110]

Como se pôde verificar, o princípio da culpabilidade comporta uma série de componentes, os quais não gozam de um entendimento dogmático uniforme, por essa razão fala-se que este é um tema eterno do direito penal. Além dessas divergências, o próprio entendimento acerca da culpabilidade individual encontra-se em crise.[111]

Não obstante, uma coisa é comum em todas essas teorias: o caráter de reprovabilidade *pessoal,* ou seja, em virtude do princípio da culpabilidade, somente ao autor do fato será censurável aquele comportamento em desacordo com o Direito, havendo a imputação subjetiva daquele fato. Diante disso, emerge algumas indagações: se somente é possível falar em culpabilidade em relação à *pessoa,* como fica a situação da pessoa jurídica? Poderá se falar em uma equiparação entre pessoa natural e pessoa jurídica para fins de culpabilidade? Haverá responsabili-

109. Assim, ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal,* p. 46 e JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal,* pp. 74 e 365 e ss.

110. BITENCOURT, Cezar Roberto. "Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica". *In:* GOMES, Luiz Flávio (Org.). *op. cit.,* p. 63 e REALE JÚNIOR, Miguel. *op. cit.,* pp. 148-150.

111. HASSEMER fala na "erosão do princípio da culpabilidade", alegando que tal princípio vem sendo bombardeado. Aponta como fatores desencadeadores algumas questões de política criminal, que muitas vezes impedem a aplicação da pena e o reconhecimento da culpabilidade do agente (caso da aplicação de medidas de segurança), bem como algumas questões dogmáticas referentes à limitação do princípio da culpabilidade (demonstração da liberdade da vontade como fundamento da culpabilidade), *In: Persona, mundo y responsabilidad,* pp. 99-102. No mesmo sentido: ROCHA, Manuel Antonio Lopes. *op. cit.,* p. 442.

dade objetiva nos fatos a ela imputados? Será possível ou admissível uma verdadeira responsabilidade sem culpa?

A questão da culpa em direito penal vem sendo encarada com um certo radicalismo, pois a doutrina tem optado pela negativa da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em grande parte em razão do princípio da culpabilidade. No entanto, "a culpa, para os efeitos de responsabilidade criminal, não é algo que esteja inscrito nas leis da natureza como atributo exclusivo das pessoas humanas, cientificamente comprovável e determinável por juízos de experiência". A sua finalidade precípua é a de legitimar o direito de punir comportamentos que lesam ou põe em perigo a subsistência do ordenamento jurídico-penal.[112]

Conforme já mencionado, o conceito geral de ação deve ser reconhecido como uma "expressão da personalidade", sendo aceitáveis ações provenientes tanto de pessoas naturais quanto de pessoas coletivas.[113] Neste sentido, a capacidade de ação pode ser atribuída às "pessoas deliberativas".[114]

Vejamos algumas teorias que surgiram para justificar a aplicação do princípio da culpabilidade às pessoas jurídicas. Algumas delas, aproximam-se dos métodos adotados pelos países de origem anglo-saxã. Outras procuram criar uma espécie de analogia entre o homem e a pessoa jurídica.

De início, surge uma teoria da culpabilidade que se assemelha muito com a *strict liability doctrine* anglo-saxã. Para essa teoria, a capacidade de culpabilidade inerente ao homem poderia vincular-se segundo o ponto de vista do "interesse público predominante".[115] Haveria a substituição do princípio da culpabilidade pelo do interesse do Estado. Essa primeira orientação baseia-se na já citada teo-

112. Cf. ROCHA, Manuel Antonio Lopes. *op. cit.*, p. 442.

113. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. "Sobre o estado atual da doutrina do crime – 1ª parte", p. 39.

114. Expressão utilizada por Klaus Günther para indicar a pessoa que possui uma capacidade de atitude crítica (cognitiva e volitiva), não sendo essa capacidade um atributo exclusivo da pessoa humana. Cf. GÜNTHER, Klaus. *op. cit.*, pp. 82 e 84, nota nº 11.

115. Cf. SCHÜNEMANN e STRATENWERTH, *apud* HIRSCH, Hans Joachim. *op. cit.*, p. 1108.

ria da *identificação*. Tal entendimento não é adequado, pois atualmente não há que se falar em direito penal sem o princípio da culpabilidade. Além disso, seria insuportável haver uma preponderância por parte do Estado nos ditos interesses públicos, pois afastadas as garantias do princípio da culpabilidade.

Outro caminho para fundamentar a culpabilidade das pessoas jurídicas é dado por Tiedmann, através do critério da "culpabilidade por defeito da organização". Esse defeito traduz-se na omissão de medidas que se adotadas, evitariam a comissão do delito. Essa omissão seria tomada como do próprio ente coletivo.[116] Para ele, a culpabilidade por um defeito da organização pode fundamentar a culpabilidade da própria pessoa jurídica, ou seja, a culpabilidade seria orientada por um sentido social. Vale dizer, ao ente coletivo seria imputado o fato ilícito através de um conceito social de culpabilidade. Haveria aqui, uma verdadeira substituição do conceito psicológico de ação para um conceito normativo ou funcional. A responsabilidade penal do ente coletivo ocorreria nos mesmos moldes já verificados no direito civil, ou seja, praticaria a conduta os representantes da empresa legalmente investidos na função. Apenas os dirigentes por intermédio dos órgãos diretivos seriam os competentes para praticar ações ou omissões que pudessem repercutir no âmbito penal em relação à pessoa jurídica. A manifestação de vontade do ente coletivo dar-se-ia através de seus órgãos superiores.[117] Por essa razão esse entendimento ficou conhecido como *teoria da representação*.

Uma terceira teoria consubstancia-se numa posição intermédia, mesclando um pouco da primeira teoria com a defendida por Tiedmann. Trata-se de uma verdadeira renúncia ao princípio da culpabilidade, onde a legitimação para a apli-

116. Cf. TIEDMANN, Klaus. "La responsabilité pénale dans l'interprise. Vers un espace judiciaire européen unifié? Rapport Introductif". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. nº 2, 1997, pp. 260 e ss.

117. Cf. TIEDMANN, Klaus. "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado", p. 33.

cação das sanções se daria tanto para as pessoas físicas quanto para as pessoas jurídicas de forma distinta.[118]

Essa posição, formulada por Schünemann, assenta-se na idéia de necessidade do bem jurídico e de um verdadeiro estado de necessidade preventivo, tendo como pressuposto a lesão de um bem jurídico praticada no seio do ente coletivo, sem que haja a possibilidade desse ente demonstrar quem foi o seu autor (pessoa natural), em razão de uma falha de organização do mesmo.[119] Dito de outra forma, a primeira providência para que tal se verificasse, seria a comprovação de que a pessoa natural tivesse realizado, no seio da empresa e, em proveito desta, uma ação que cominasse com uma pena ou uma multa administrativa. A segunda providência seria a verificação da insuficiência de medidas de direção ou vigilância necessárias para evitar tais fatos.

A grande diferença entre o critério de culpabilidade apresentado por Tiedmann e por Schünemann é que no primeiro, a falha de organização tem como pressuposto a conexão entre um órgão de direção superior; já no segundo, basta apenas a constatação de um fato praticado por um integrante da empresa – inclusive de um membro subordinado da organização – e de falhas nas medidas de direção e de vigilância desta.[120]

Basicamente essas são as principais teorias que procuram justificar a culpabilidade das pessoas jurídicas.[121] O princípio da culpabilidade está assentado sobre o direito penal liberal, visando garantir não só que não haja condenações arbitrárias ou ilegítimas como também que a pena aplicada não ultrapasse o limite da participação do condenado no fato criminoso.

118. Cf. VALLEJO, Beatriz. "El sujeto del Derecho penal económico". *In*: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *op. cit.*, p. 58.

119. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *op. cit.*, pp. 589-590.

120. *Ibidem*, p. 591.

121. Para uma leitura acerca dessas três teorias e do posicionamento no ordenamento jurídico português, veja-se: SERRA, Teresa. "Establishing a basis for criminal responsibility". *In*: ESER, Albin; GÜNTER, Heine e HUBER, Barbara (Org.). *Criminal responsability of legal and collective entities – international colloquium Berlin 1998*. Freiburg im Breisgau: Iuscrim, 1999, pp. 209 e ss.

As críticas a essas teorias, como de resto já ficou demonstrado, baseiam-se na impossibilidade de imputação da ação das pessoas físicas – por seus representantes e órgãos – à pessoa jurídica, sob o argumento de que o direito penal só pode sancionar as próprias pessoas que praticaram o fato. Tal argumento não pode prosperar, já que o direito penal não pode se limitar a uma ontologização exacerbada do conceito de ação.

Não nos parece aceitável a adoção de uma teoria como a *strict liability* no ordenamento jurídico-penal luso-brasileiro, pelos motivos já aludidos no início desse tópico. Da mesma forma, entendemos não ser admitida a teoria esposada por Schünemann, visto que uma infinidade de fatos podem ser praticados por quem não tenha competência para tal. Esses fatos não podem ser atribuídos à própria empresa.

Pensamos ser mais adequada a adoção da teoria de Tiedmann, pois esta permite uma melhor aplicação da lei penal, em virtude de que uma empresa rege-se por seus estatutos e pela lei, sendo que seus representantes são as únicas pessoas com competência para praticar ações ou omissões em favor da empresa que sejam relevantes para repercutir na seara penal. Aliás, essa é apenas a integração de uma teoria que já existe há muito tempo no ordenamento jurídico-civil.

Há ainda que se fazer uma observação no que tange a teoria esposada por Tiedmann. Entendemos não ser adequada a indicação dos dirigentes através de critérios meramente formais, como o de, pelo simples fato de um dirigente ocupar determinado cargo, ser-lhe atribuída toda a responsabilidade. Tal situação pode ensejar injustiças, pois a empresa pode inserir pessoas nesses cargos e na verdade a decisão provir de outras pessoas. O que vai valer é a situação fática, ou seja, quem no seio da empresa, atuando com poder de mando, praticar o fato ilícito será por ele responsável, independentemente de ocupar efetivamente o cargo.[122]

122. Aqui concordamos com a posição aduzida por Pedro Soares de Albergaria, ao asseverar que os instrumentos de representação do direito civil nem sempre seriam os mais adequados para al-

Não há também que se falar em responsabilidade sem culpa ou de uma responsabilidade objetiva dos fatos praticados pela pessoa jurídica. Ao comprovar-se a prática delituosa por parte dos órgãos e representantes em benefício da pessoa jurídica, esta deverá também responder pelo crime praticado, na medida de sua culpabilidade.

Para finalizar, no que se refere à questão da culpabilidade da própria pessoa jurídica, há um interessante entendimento, exarado pelo Conselho da Europa, através da Recomendação R (88) 18, ao propor não ser necessária a identificação da pessoa física para se poder condenar uma pessoa jurídica.[123] Com maior precisão, o Anexo n.º 2 dessa Recomendação, sugere que os Estados membros imponham, tanto quanto possível, a responsabilidade penal aos entes coletivos, *havendo* ou *não* a identificação de uma pessoa física como autora da conduta que constitua a infração penal.

Essas empresas possuem um arcabouço complexo, caracterizado pela divisão do trabalho e por uma verdadeira estrutura militar, onde nem sempre é possível identificar cada um dos responsáveis (pessoas físicas) pelos atos lesivos ao ambiente. Além disso, muitas vezes esses entes têm a sede de seus centros diretivos em diversos países, dificultando mais ainda a identificação dos responsáveis para a imputação penal.

cançar "os verdadeiros responsáveis". Cf. ALBERGARIA, Pedro Soares de. "A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* ano 9, fasc. 4, 1999, p. 619.

123. Esse também foi o entendimento exarado no XV Congresso Internacional de direito penal, levado a efeito em setembro de 1994, no Rio de Janeiro, onde a comunidade jurídica internacional aprovou uma recomendação na qual assevera que: "não obstante a exigência usual de responsabilidade pessoal por infrações delituosas, a persecução de entidades jurídicas privadas por delitos contra o meio ambiente deve ser possível, ainda que a responsabilidade pelo crime de que se trate não possa ser diretamente imputada a um elemento humano dessa entidade". Essa é a recomendação n. 4, do Capítulo III, referente à responsabilidade criminal das empresas pelos delitos contra o meio ambiente. Cf. SHECAIRA, Salomão. "A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação". *In:* GOMES, Luiz Flávio (Coord.), *op. cit.*, pp. 137-138.

Em razão disso, o ente coletivo deve ser sempre penalizado,[124] pois a dificuldade de produção de provas e a fixação de competência no âmbito do processo penal, podem funcionar como um elemento encorajador da impunidade.[125] Numa área delicada como é a do ambiente não se pode prescindir da persecução penal dos responsáveis, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.

12. Responsabilidade penal direta das pessoas jurídicas e de seus órgãos

Uma questão que se coloca diante da imputação penal de crimes ambientais aos entes coletivos é a de saber como fica a situação de seus órgãos. Haveria a possibilidade da pessoa jurídica ser responsabilizada diretamente, ou seja, seria possível imputar-lhe um fato criminoso somente a ela, isentando os agentes individuais de participação ? Devem responder em co-autoria[126] ou em concurso de pessoas juntamente com aquela? Ao sancionar tanto o ente coletivo quanto as pessoas físicas não estaria sendo violado o princípio do *ne bis in idem?* Essa é uma questão de difícil resposta, pois as pessoas jurídicas agem através de seus órgãos. Como então desassociar esse liame entre o ente moral e seus agentes?

124. Evidentemente, este só deverá ser penalizado, desde que presentes todos os requisitos, ou seja, somente quando houver a participação da empresa na consecução do resultado, por ação ou omissão dos órgãos superiores.

125. Esse parece ter sido o entendimento exarado no HC 351.992/2 do extinto TACrim/SP, onde o relator faz menção as dificuldades que podem atingir o Poder Judiciário, já que através da transferência de responsabilidade de empresas nacionais e transnacionais, poderia esse Poder ficar durante anos perquirindo "quem será o responsável, onde pode ser encontrado e se é competente para julgar fatos daquela empresa, cuja sede é quase impossível definir, também pela utilização de nomes diversos". Cf. NETO, Lagrasta. "Responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais". *Boletim do IBCCrim.* ano 10, nº 116, 2002, pp. 621-622.

126. O termo *co-autoria* é utilizado pelo CP brasileiro para apontar a situação na qual mais de um agente, em conluio e perseguindo a mesma finalidade, pratica o fato criminoso, sem haver a necessidade da contribuição de cada um dos agentes ser idêntica (art. 29, do CP). O CP português utiliza o termo *comparticipação* para designar essa atuação de mais de um autor num determinado fato criminoso (arts. 28º e 29º).

No que se refere a responsabilidade dos órgãos diretivos do ente coletivo, mais uma vez faremos menção à divisão do trabalho como característica essencial de sua estrutura. O que vai importar aqui é a identificação das atividades praticadas por esses órgãos, capazes de lesar o bem jurídico ambiente. Nesse ponto, as condutas podem ser praticadas através de lesões por parte de trabalhadores subalternos ou por meio dos próprios dirigentes. Na primeira situação, quando o empregado der causa a uma lesão sem estar vinculado ao poder de direção das pessoas competentes, deve responder por esta individualmente. No segundo caso, o órgão pode cometer o fato ilícito de duas formas: por ação (pratica a conduta diretamente) ou por comissão[127] (negligencia o poder de fiscalização).[128]

A responsabilidade penal do órgão segue os parâmetros da autoria mediata[129] ou como ROXIN denomina, *a autoria mediata por força do domínio de um*

127. Neste sentido e para ilustrar melhor o assunto, a interessante a jurisprudência do BGH alemão no caso Erdal. Trata-se de uma empresa que produzia um *spray* para couro, que era distribuído por outras empresas filiais. A sociedade produtora possuía quatro gerentes e as sociedades distribuidoras possuíam cinco gerentes, com funções distintas. Após cerca de 20 anos de comercialização, alguns usuários do produto começaram a reclamar de danos a saúde que este produzia. Essas reclamações fizeram com que os gerentes procurassem alterar a fórmula do *spray* no sentido de dirimir os problemas, sem, no entanto, tirá-lo de circulação. Passado algum tempo, sem a devida solução, os gerentes optaram por colocar advertências nos *sprays*, decidindo não retirar os produtos até que fosse provada a existência de algum tipo de defeito no produto. A questão foi colocada diante do Poder Judiciário para resolução do problema e, em primeira instância, o Tribunal decidiu que os gerentes deviam responder penalmente como co-autores pelas lesões dolosas causadas, sendo posteriormente ratificada pelo Supremo Tribunal alemão (BGH). Para maiores detalhes sobre esse caso, veja-se: SHUMANN, Heribert. "Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la 'Sentencia Erdal' del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)". *In*: PUIG, Santiago Mir e PEÑA, Diego-Manuel Luzón (Coord.). *op. cit.*, pp. 199 e ss.

128. Para Schünemann, quem como superior de uma empresa, não impede a prática de fatos puníveis de empregados subordinados no seio desta, aproveita-se da influência criminógena do subordinado, pois este último está submetido a um poder de mando e ao exercitar a obediência, seria, em relação com o superior, "parcialmente menor de idade". Cf. SCHÜNEMANN, *apud* BOTTKE, Wilfried. "Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica". *In*: PUIG, Santiago Mir e PEÑA, Diego-Manuel Luzón (Coord.). *op. cit.*, p. 182.

129. Sobre a autoria mediata, imprescindível a leitura do artigo de SERRA, Teresa. "A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 5, fasc. 3-4, 1995, p. 303 e ss. e ALBERGARIA, Pedro Soares de. *op. cit.*, pp. 605 e ss.

aparelho de poder organizado.[130] Vale dizer, nos casos onde haja uma participação efetiva do órgão, ainda que por meio de uma deliberação coletiva, ser-lhe-á atribuída a responsabilidade quando o agente praticar o fato ilícito sem a consciência da ilicitude ou em cumprimento à determinação não manifestamente ilegal do órgão.

A questão de saber se a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente sem que, no entanto, seus órgãos, pessoas físicas, sejam responsabilizados em co-autoria, pode ser respondida através do exemplo dado pelo recente CP francês, que nos traz algumas soluções adequadas ao problema aqui posto. Há dois posicionamentos que vem sendo defendido no âmbito do CP francês relativamente à responsabilidade do ente coletivo: *a teoria da responsabilidade por reflexo* ou *ricochete* e a *teoria da responsabilidade direta*.[131]

Para a primeira, os crimes cometidos pelas pessoas físicas – representantes da pessoa jurídica – refletem sobre esta, tendo como conseqüência a sua responsabilização. É em relação aos agentes físicos é que deve ser aferido o elemento subjetivo da conduta (dolo e culpa). Por outras palavras, as deliberações exaradas pelos órgãos diretivos que se constituírem em fatos criminosos, dolosa ou culposamente, serão atribuídos ao ente coletivo.

Já a segunda, admite que a pessoa jurídica é um ente real e não uma ficção. Portanto, sendo uma realidade distinta da de seus órgãos, há um verdadeiro elemento psicológico da pessoa jurídica, que não se confunde com a da pessoa física. Notadamente, esse posicionamento tem sido defendido principalmente nos crimes onde há *negligência* por parte do ente coletivo.

De nossa parte, entendemos que a teoria do reflexo ou do ricochete é a mais aceitável, pois a pessoa jurídica só pode externar sua vontade por intermédio de seus órgãos. Porém, verifica-se que a pessoa jurídica, em algumas situações, pode ser responsabilizada diretamente por um crime ambiental. Nos casos onde

130. Cf. ROXIN, Claus. *apud* SERRA, Teresa. "A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder", p. 304.

131. Cf. PRADEL, Jean. *op. cit.*, p. 53.

haja dificuldade na identificação do agente – pessoa física – que praticou o ato, é admitida a orientação contrária.[132] Por outras palavras, pode-se argumentar a favor da tese da responsabilidade direta da pessoa jurídica no caso de impossibilidade de identificação da pessoa física que cometeu o crime, por dificuldades ou impossibilidade na descoberta da função de cada um dos membros para se imputar o fato a um agente determinado.[133] Neste sentido, a jurisprudência francesa tem admitido que o fato criminoso seja imputado à pessoa jurídica, ainda que não identificada à pessoa física.[134]

Cumpre ressaltar que é plenamente possível o concurso entre a ação dos órgãos – constituídos por pessoas físicas – e o ente coletivo, ou seja, a responsabilidade das pessoas físicas não isenta a responsabilidade do ente moral.

Agora, no que diz respeito à culpabilidade da pessoa jurídica, esta deve ser aferida de acordo com a verificada em relação às pessoas naturais, isto é, se a deliberação do órgão ou do dirigente foi no sentido de praticar uma conduta criminal dolosa ou culposa, essa será a consideração do elemento subjetivo pelo qual o ente coletivo será responsabilizado.

Dessa situação pode-se extrair outra questão: imagine-se o caso de uma pessoa física, atuando no seio da empresa, com poderes para tal, sendo beneficiada por uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade. Como ficaria a situação da pessoa jurídica? Assim mesmo responderia pelo fato delituoso?

132. Há uma interessante estatística sobre os casos julgados na França em face das pessoas jurídicas. Até 1997, foram julgados 100 casos, sendo que em 57 casos, somente a pessoa jurídica foi processada e em 43 casos, a pessoa jurídica foi processada juntamente com a pessoa física. Cf. PRADEL, Jean. *op. cit.*, p. 53, nota nº 8.

133. Essas dificuldades de identificação do agente que praticou o fato ou determinou que este fosse praticado, é uma constante no meio empresarial. Como já tivemos a oportunidade de mencionar, as grandes empresas possuem as suas filiais em diversos países e as lesões ao ambiente podem ser praticadas num país, por ordem de uma empresa sediada em outro país (matriz).

134. Neste sentido, a já citada Recomendação 88 (18) do Conselho da Europa, referente à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, propõe não ser necessária a identificação da pessoa física para condenar a pessoa jurídica.

Essa questão é respondida por Jean Pradel através de duas posições: para a primeira, o ente coletivo deverá responder pelo crime, ainda que o dirigente tenha sido considerado irresponsável. O autor cita o exemplo da absolvição de um diretor acometido de alienação mental, devendo o ente coletivo ser responsabilizado por falta de diligência do ente ao ter mantido um doente mental naquele posto; para a segunda, há o entendimento contrário, ou seja, excluída a responsabilidade da pessoa física, por dolo ou culpa, fica resolvida a situação do ente coletivo, visto que não há como se aferir o elemento subjetivo da conduta em relação ao ente coletivo.[135]

A primeira vista, o segundo entendimento seria o mais aceitável, mas como foi mencionado, há uma forte tendência para se aceitar a responsabilidade penal do ente coletivo independentemente da identificação do responsável (pessoa física). Se a empresa pode responder sem que haja uma identificação do autor, com mais forte razão responderá pela prática de fato criminoso por um agente individual beneficiado com uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade, pois haveria aqui uma notável falha da própria empresa.

Uma última questão que pode ser colocada é a de saber se a punição do ente coletivo e dos seus representantes não estaria ferindo o princípio do *ne bis in idem*, havendo, portanto, uma dupla punição, pois o autor individual seria atingido tanto pela punição em relação ao fato por ele praticado quanto pela punição sofrida pela pessoa jurídica.

Nesse caso, não há que se falar em dupla punição, pois como já referido, as pessoas singulares agem em favor da pessoa jurídica, sendo que de um lado tem-se a punição relativa a sua própria responsabilidade e de outro da responsabilidade da empresa. Nenhuma das duas é eliminada total ou parcialmente, respectivamente pela outra. Os eventuais efeitos mediatos dessa punição do ente coletivo não atingem o autor do fato de forma diferente do que ocorre com os demais sócios ou trabalhadores.[136]

135. PRADEL, Jean. *op. cit.*, pp. 59-60.

136. HIRSCH, Hans Joachim. *op. cit.*, p. 1.116.

13. O problema das pessoas jurídicas de direito público interno

Desde o início referimo-nos as pessoas jurídicas de uma forma genérica. Preferiu-se seguir essa orientação visto que a maior parte dos países que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, deixa de fora a previsão de responsabilidade penal do Estado. A dificuldade de uma imputação penal ao Estado reside no fato de que as conseqüências não aproveitariam a finalidade da pena. Entretanto, vamos vislumbrar a possibilidade de uma tal responsabilidade, porque o Estado, invariavelmente, possui atividades econômicas através de entes que não estão subordinados diretamente ao Poder Político.

O Código Penal francês, apesar de todo o rigor apresentado no combate aos crimes praticados pelas pessoas jurídicas e seus órgãos, deixou expressamente de lado a responsabilização penal do Estado.[137] Os inconvenientes poderiam provocar a incompatibilidade de algumas penas, causando uma fragilização do estatuto persecutório.

Por meio de uma análise perfunctória, poderia ser dito que a primeira e talvez a maior incongruência estaria no fato de o Estado – responsável pela elaboração e garantia do ordenamento jurídico – ser punido por si mesmo, ou seja, uma punição do Estado contra o próprio Estado.[138] Além das diversas conseqüências negativas que poderiam advir dessa situação, a credibilidade do Poder Público ficaria totalmente desvanecida. De mais a mais, na prática de qualquer delito, o Estado figura sempre como sujeito ativo da ação penal, seja ela pública ou privada, de tal modo que não poderia figurar no pólo passivo da relação processual penal.

137. O art. 121-2 do CP francês tem a seguinte redação: *As pessoas jurídicas*, com exceção do Estado, *são penalmente responsáveis segundo as disposições dos arts. 121-4 a 121-7 e nos casos previstos pela lei ou regulamento, pelas infrações cometidas, por sua conta, por seus órgãos e seus representantes.*

138. Neste sentido, ROTHENBURG, Claudios. "Considerações de ordem prática a respeito da responsabilidade criminal da pessoa jurídica". *In:* GOMES, Luiz Flávio (Org.). *op. cit.*, p. 146.

Poder-se-ia falar numa quebra do princípio da isonomia, pois seria dado um tratamento privilegiado ao Estado em detrimento das pessoas jurídicas de direito privado. Entendemos não haver tal violação, já que nessa situação não há que se falar em igualdade entre os entes públicos e privados. À guisa de exemplo, no âmbito patrimonial essas questões são facilmente resolvidas a favor de uma preponderância do Estado sobre os particulares. A *fortiori sensu,* na seara penal tal entendimento é estreme de dúvidas.

Algumas penas seriam de difícil ou senão mesmo de impossível aplicação em face do Estado. Imagine-se a aplicação de uma pena de impossibilidade de contratar com o Poder Público ou dele obter subsídios ou subvenções? Ou mesmo de uma pena de suspensão parcial ou total de atividades? Ou ainda, de interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade?

Em todas essas situações, não só a imagem do Estado ficaria altamente comprometida, como também, dependendo da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica de direito público, poderia suceder graves prejuízos para o Serviço Público e para a sociedade que dele se utiliza. É bem verdade que algumas dessas penas podem se revelar adequadas de acordo com o caso concreto, por exemplo: a proibição de um Município firmar determinados contratos com o Estado-membro, a União e demais pessoas jurídicas de direito público destes; a proibição de uma autarquia federal – uma universidade que tenha violado a legislação sobre engenharia genética – receber incentivos estaduais ou municipais.[139] Apesar de que, a verificação de tais sanções, ao que parece, têm cariz administrativo e não penal.

Nem todas as penas são incompatíveis com a pessoa jurídica de direito público. Diante disso, qual seria a solução mais adequada: responsabilidade penal com certos limites ou exclusão do Estado dessa responsabilidade?

Em nossa opinião, a resposta que se impõe, é pela negativa da responsabilidade penal do Estado. Sem dúvida a responsabilidade civil contra este já é pre-

139. *Ibidem,* p. 146.

vista pelo Código Civil brasileiro, sendo que o mesmo possui direito de regresso contra o agente que praticou o fato (art. 43). O monopólio do Estado de Direito de punir não poderia ser revertido contra o próprio Estado. É claro que quando falamos em Estado, estamos nos referindo aos órgãos de soberania. Dessa análise, ficam de fora as empresas paraestatais, nas quais o Estado tem uma participação juntamente com os particulares. Exemplo disso é o de uma empresa petrolífera, que no caso particular do Brasil, tem sido a grande protagonista das maiores lesões ao meio ambiente.

14. Conclusões

De tudo quanto foi exposto, podemos concluir que a superação do velho brocardo *societas delinquere non potest* surge como uma imperiosa medida de combate aos graves atentados praticados contra o ambiente. Isso já é uma realidade no direito penal extravagante brasileiro e apesar de não ser ainda uma realidade no ordenamento jurídico-penal luso – ao menos no âmbito do ambiente – vem sendo reconhecido em outros setores como é o caso dos crimes contra a economia.

A intervenção do direito penal como *ultima ratio* da política social, só será legítima quando a responsabilidade penal for compartilhada entre os órgãos – pessoas físicas – e o ente coletivo, desde que atendidos os pressupostos da culpabilidade, sob pena de haver um indesejável tratamento privilegiado em favor dos entes morais.

Como vimos, as questões dogmáticas concernentes ao direito penal clássico, não servem de supedâneo para impedir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Ao contrário, tais questões só servem para reforçar a idéia de um direito penal dinâmico, que não quer parar no tempo.

Essa pretensa antinomia entre a dogmática e a política criminal, na verdade não tem o poder de afastar o reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. Conforme ficou demonstrado, os prin-

cípios garantistas do Estado Democrático de Direito não estão em choque com as necessidades prementes de política criminal. Ao contrário, devem caminhar juntos para a consecução dos objetivos de um direito penal que tem que se adaptar aos novos desafios dos tempos modernos.

Outro aspecto que não pode passar desapercebido é a enorme dificuldade que se tem de comprovar e identificar, no seio da empresa, qual foi o agente individual que praticou o ilícito penal. A estrutura rígida das empresas, baseada numa organização militarizada e com expressivo grau de hierarquização, dificulta ou impossibilita a apuração das responsabilidades. Por esse motivo, é imperiosa a sanção do ente coletivo, independentemente da identificação da pessoa singular que tenha praticado o delito. Esse é o entendimento corrente tanto no âmbito do Conselho da Europa, quanto nas recentes legislações sobre o tema.

Por fim, cabe ressaltar que as sanções aplicadas aos entes coletivos têm o poder de dissuasão, coibindo as condutas criminosas e a reincidência. No mundo dos negócios a imagem é tudo, por essa razão a pessoa coletiva sob a ameaça da sanção penal e dos reflexos que dela pode advir, adotará todas as medidas cabíveis de forma a não lesionar o ambiente, sob pena de além da sanção penal, ter o seu nome maculado por essa prática.

Somados a esses inconvenientes, o ente coletivo pode ter uma ficha de antecedentes criminais, onde constarão os crimes por ele cometidos e as penas sofridas. E todos sabemos as dificuldades que passam as pessoas que sofrem uma sanção penal.

Teoría final de la acción e imputación objetiva. Consideraciones sobre la teoría de la adecuación social*

Manuel Cancio Meliá
Profesor titular de Derecho Penal
en la Universidad Autónoma de Madrid.

Sumário: 1. Introducción – 2. La teoría de la adecuación social en Welzel – 3. ¿Concepto normativo o mero topos? – 4. Adecuación social y lado subjetivo del delito: ¿expresión de sentido sólo en el hecho doloso? – 5. Teoría de la acción y adecuación social: 5.1 ¿Dos pretensiones incompatibles?; 5.2 Salto en el tiempo – 6. La adecuación social como precursora de la normativización del tipo objetivo.

Resumo: O autor tenta mostrar de que maneira a teoria da adequação social se relaciona à teoria da imputação objetiva, propondo uma releitura das relações entre o finalismo e a moderna teoria da imputação.

Palavras-chave: Finalismo; funcionalismo; adequação social; imputação objetiva.

* Versión española, con algunas modificaciones, del trabajo "*Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz*", publicado en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, pp. 179 y ss. Este estudio tuvo su origen en una ponencia presentada por el autor en el seminario del Prof. Günther Jakobs (Universidad de Bonn), durante una estancia de investigación realizada con ayuda de una beca del Servicio de Intercambio Académico Alemán (DAAD).

Manuel Cancio Meliá

La teoría de la "adecuación social", desarrollada por Welzel en los inicios del finalismo, hasta el momento ha sido interpetada con frecuencia, de modo erróneo, como mero criterio de interpretación. Sin embargo, contiene las bases de una teoría del tipo objetivo que advirtió la componente de socialidad del injusto y anticipó la actual normativización del tipo objetivo. Fue el posterior desarrollo del finalismo, con su fijación unilateral en un concepto de acción ontológico-subjetivizante, el que condujo a la pretendida incompatibilidad de los logros dogmáticos del finalismo en el tipo subjetivo con la teoría de la imputación objetiva.

1. Introducción

Según algunos representantes de la teoría final de la acción, resulta inviable la pretensión de desarrollar una teoría general de la imputación objetiva.[1] Tam-

1. Cfr. en este sentido, por todos, respecto del delito doloso, Armin Kaufmann, "*Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?*", en: *Festschrift für* H.-H. Jescheck, t. I, Berlin, 1985, pp. 269, 271 y *passim* (traducción castellana de Cuello Contreras ["¿Atribución objetiva en el delito doloso?"] en: *ADPCP 1985 pp. 807 y ss.); en el ámbito del delito imprudente, Struensee* ("*Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*", GA 1987, pp. 97 y ss. [= CPC 1991, pp. 449 y ss.]; "*Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*", JZ 1987, pp. 53 y ss. [= "El tipo subjetivo del delito imprudente", ADPCP 1987, pp. 424 y ss., trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo]) considera que las cuestiones tratadas por la imputación objetiva han de resolverse en el ámbito del tipo subjetivo del delito imprudente, siguiéndole en España Serrano González de Murillo, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Madrid, 1991, pp. 87 y ss. Cfr. también la exposición crítica, desde un punto de vista algo distinto, de Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990, pp. 91 y ss., 99 y s., 100 y ss. y las tomas de postura de Hirsch (*Leipziger Kommentar*, 10ª ed., n.m. 32 previo al § 32, con ulteriores referencias; "*Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*", FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, pp. 403 y ss.) y Cerezo Mir (*Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4ª edición, Madrid, 1994, pp. 347 y ss.).

Respecto de la teoría de la imputación objetiva, cfr. sólo Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2ª ed., München, 1994, § 11; Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Santafé de Bogotá, 1994 (trad. Cancio Meliá); (hay edición española, Madrid, 1996, y próximamente también argentina, Buenos Aires, 1996); Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988. Sobre el estado de la discusión de esta teoría en Alemania y España, cfr. sólo Wolter, "*Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum 'Risikoprinzip' von Claus Roxin und zur 'Wesentlichkeit von Kausalabweichungen'*", en: Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches*

bién el fundador de la teoría final de la acción, Welzel, en la última edición de su manual resuelve el ejemplo en el que alguien "envía a otro al bosque cuando amenaza una tormenta, con la esperanza de que un rayo lo matará"[2] no excluyendo la tipicidad objetiva – como haría la teoría de la imputación objetiva –, sino afirma que no concurre dolo, pues el autor no tiene "voluntad de matar". Sin embargo, en su estudio programático "*Studien zum System des Strafrechts*"[3] precisamente este supuesto era abordado de modo completamente distinto: "Este ejemplo no tiene que ver ni con la causalidad, ni con el dolo, sino con el significado social de la acción que hemos denominado adecuación social".[4] Para Welzel, la adecuación social es la "interpretación de sentido de los tipos",[5] conforme a la cual quedan excluidas "del concepto de injusto (...) todas las acciones (...) que se ubiquen funcionalemnte dentro del orden históricamente generado".[6] Tan sólo con la adecuación social se entra en el "ámbito del tipo, (...) en las regiones del injusto tipificado".[7]

Las consideraciones precedentes quizás provoquen una sensación algo extraña en un observador que tenga en mente la imagen habitual del finalismo. Pues en la categoría de la adecuación social –como aquí se intentará demostrar– aún no cabe advertir una obsesión de la concepción dogmática de la teoría final de la acción por lo ontológico.[8] En las presentes reflexiones, en primer lugar, se

Symposium zu Ehren von Claus Roxin, Heidelberg, 1995 y Suárez González/Cancio Meliá, "La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva", estudio preliminar a Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, pp. 21-88.

2. *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 66.

3. ZStW 58 (1939), pp. 491 y ss. (= *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 120 y ss.).

4. ZStW 58 (1939), p. 517.

5. Welzel, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1ª ed., Berlin, 1940, p. 33; 2ª ed., p. 40.

6. ZStW 58 (1939), p. 516.

7. Loc. cit., p. 529.

8. En este sentido se pronuncia también Roxin ("*Zur Kritik der finalen Handlungslehre*", ZStW 74 [1962], p. 534 [= "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción" (traducción y notas de

pretende plantear la cuestión acerca de si la teoría de Welzel, aparte de la introducción de la estructura final en el tipo, de todos conocida, también advirtió, a través del concepto de adecuación social, la necesidad de tener en cuenta esquemas de interpretación social en el marco del injusto. Después de eliminar algunos malos entendidos históricos y de mostrar ciertas desviaciones en la evolución del la concepción original, puede darse una respuesta afirmativa a esta cuestión: la categoría de la adecuación social supuso la realización de los "trabajos preparatorios"[9] para la renormativización del tipo objetivo operada por la teoría de la imputación objetiva; la adecuación social debe ser entendida como un verdadero "segundo pilar" de la teoría final de la acción en su concepción original.[10] Desde esta perspectiva, parece difícil seguir afirmando que los resultados alcanzados por la teoría final de la acción son incompatibles con la imputación objetiva; por el contrario, en el concepto de adecuación social incluso se hallaba el punto de partida para desarrollar una teoría de la imputación objetiva. En segundo lugar, también hay que cuestionar en este contexto si la teoría final de la acción estaba vinculada desde un principio de modo exclusivo a lo ontológico, o si, por el contrario, hubiera podido hallar acomodo en una teoría general de la imputación junto con la adecuación social.[11] Respecto de esta cuestión se alcanzará la siguiente conclusión: fue el desarrollo ulterior de la teoría de la acción, fijado de manera

Luzón Peña), en: Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 84 y ss.]), desde perspectiva más general, sobre el trabajo de Welzel en ZStW 58.

9. Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, p. 29. Por lo general, en cambio, la categoría de la adecuación social se entiende en la evolución de Welzel como mera solución de compromiso con la que Welzel, embarcado en el desarrollo del concepto personal de injusto, quiso dejar de lado la problemática material hoy abarcada por la teoría de la imputación objetiva (en este sentido se pronuncian, por ejemplo, Hirsch [*"Soziale Adäquanz und Unrechtslehre"*, ZStW 74 (1962) p. 133] y Roxin [*"Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht"*, en: *Festschrift für Ulrich Klug*, t. II, Köln, 1983, p. 311]).

10. La expresión es de Reyes Alvarado, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", ADPCP 1992, p. 947 (= *"Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung"*, ZStW 105 [1993], pp. 114 y s.).

11. Cfr. las consideraciones de Jakobs en este sentido, *Handlungsbegriff, passim*.

unilateral en la atribución de sentido *individual*, el que desligó al finalismo de la categoría original de la adecuación social.

No resultará del todo sencillo dar respuesta a las cuestiones planteadas, y ello por varias razones: por un lado, Welzel expuso su postura en este ámbito de manera muy sintética y cambió de opinión en varias ocasiones. Por otra parte, sus puntos de vista se generaron con ocasión de la discusión mantenida en el contexto de cuestiones distintas; por ello, la exposición que sigue necesariamente será fragmentaria. Esto, sin embargo, no significa que se pretenda recomponer de modo arbitrario la teoría de Welzel con ayuda de distintos fragmentos. Por el contrario, lo que se persigue es investigar qué hay de válido en la concepción de Welzel, sobre todo en su *formulación original*.

2. La teoría de la adecuación social en Welzel

Welzel modificó en varias ocasiones los supuestos de hecho enunciados como casos de aplicación de la teoría de la adecuación social. En este sentido, afirma a lo largo de su obra que podían resolverse los siguientes casos a través de la adecuación social: el sobrino que manda a su tío rico a realizar un viaje en tren con la esperanza de que éste muera; plantar una belladona en el bosque con la esperanza de que alguien la ingiera y muera por ello; las amenazas con medios adecuados al tráfico; el coito realizado con una mujer aquejada de una enfermedad pulmonar con la intención de que muera durante el embarazo; los pequeños presentes que habitualmente se entregan a los carteros en la época de Navidad; el "riesgo permitido" en aquellas actividades peligrosas que tienen unas reglas fijas (competiciones deportivas; fábricas peligrosas); limitaciones de la libertad de movimientos en el tráfico de masas etc.[12]

En el momento actual, estos casos deberían ser ubicados en muy diversas posiciones dentro de la teoría del delito: falta de un riesgo no permitido, generación

12. Cfr. los casos recogidos por Hirsch, ZStW 74 (1962), pp. 87 y ss.

de un riesgo vital normal, falta de dominio del hecho, falta de adecuación en delitos de peligro abstracto, autolesión (...) Si sólo se tienen en consideración los supuestos aducidos por Welzel como casos de aplicación, queda justificado, desde luego, que se hable del mero "eslogan de la adecuación social".[13] Sin embargo, Welzel no partió de un determinado caso problemático para llegar a la adecuación social, sino que, a la inversa, la planteó en primer lugar en el marco teórico de su doctrina como categoría y después adujo ejemplos (más o menos afortunados).[14] Aquí interesa lo primero, esto es, el alcance teórico de su propuesta.[15]

Al desarrollar la formulación original de la idea de adecuación social, antes esbozada, Welzel partió de dos reflexiones de principio: por un lado, su argumentación se inscribe en el marco de la crítica que formula frente a la concepción "naturalista-causal" de la acción y del bien jurídico.[16] En opinión de

13. En este sentido, por ejemplo, *LK*-Hirsch[10], n. m. 29 previo al § 32; Roxin, FS Klug, p. 304; Armin Kaufmann, FS Jescheck I, p. 268; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 113; Serrano González de Murillo, *Teoría del delito imprudente*, p. 123.

14. En sentido similar, Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, p. 145.

15. El hecho de que Welzel en su análisis pretenda sentar las bases de un nuevo sistema dogmático, y por ello su exposición no se refiera en primera línea a la resolución de determinados casos concretos, no justifica la opinión de que sus argumentos persiguen "legitimar metadogmáticamente" un determinado "sustrato social" (el trabajo de Welzel se publicó en 1939). En este sentido se manifiesta Frommel ("*Welzels finale Handlungslehre eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht – oder die Legende von der 'Überwindung des Wertneutralismus' im Strafrecht*"], en: Udo Reifner/B.-R. Sonnen [ed.], *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, p. 87 [trad. castellana de Muñoz Conde en ADPCP 1989, pp. 621 y ss.]). Sin entrar a discutir en profundidad la postura de Frommel, parece difícil estar de acuerdo en que los "Estudios" carecían de toda intención dogmática (p. 87), y no es acertado ni negarle valor científico a su trabajo ni colocarlo en el ámbito de influencia del "Derecho penal de la voluntad" nazi (p. 90). En sentido similar, en contra de esta intepretación, también Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Berlin, 1988, p. 189 nota 55. Respecto de la interpretación en clave exclusivamente subjetiva de la propuesta original de Welzel, cfr. *infra* 4.

16. Sin que aquí sea preciso desentrañar hasta qué punto su crítica se dirige hacia el causalismo y en qué medida se refiere a la corriente neokantiana en la dogmática penal de la época. Basta constatar que tampoco esta dirección dogmática había llegado, más allá del hallazgo de los "elementos normativos del tipo", a ubicar una categoría normativa general en el tipo. Así, por ejemplo, lo sostiene Schünemann, "*Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*", en: *idem* (ed.), *Grundfragen des*

Welzel, ésta partía de una visión de la realidad propia de las ciencias naturales, inadecuada desde un principio para abarcar el objeto del Derecho penal. De este modo, la cuestión del curso causal, que originalmente no era más que "una pequeña cuestión puntual", se había hipertrofiado hasta llegar a ser el problema dominante del lado objetivo del delito.[17] El problema causal "(...) ha sabido colocarse en el centro del sistema del Derecho penal, ha absorbido la totalidad del lado objetivo de la acción delictiva...".[18] La teoría de la lesión del bien jurídico,[19] emparentada con "el dogma causal",[20] según la cual "el estado original de los bienes jurídicos es la ausencia de lesión, de libertad y seguridad frente a las lesiones", de modo que "es sólo el delito el que hace sufrir lesiones"[21] al bien jurídico, había hecho posible, siempre según Welzel, que el delito pudiese concebirse como la mera lesión exterior de un bien jurídico. Esto, sin embargo, constituye una interpretación errónea de la "realidad social del Derecho", en la que sólo hay bienes jurídicos en la medida en que "desempeñan una 'función'".[22] Sin que los bienes jurídicos se expongan, es imposible que se desarrolle la vida social; sólo una concepción de la realidad como "mundo museal muerto" puede partir de una visión estática de los bienes

modernen Strafrechtsystems, Berlin, 1984, pp. 24 y ss., 32 nota 68. (= en: *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, traducción e introducción de Silva Sánchez). Cfr. también, por ejemplo, las amplias exposiciones de la evolución doctrinal antes de Welzel realizadas por Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, p. 17 y ss. (= *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, 1990, traducción de Sancinetti) y Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 48 y ss.; según estos autores (respectivamente, pp. 58 y 55 y ss., ambos con referencias a otras obras [de filosofía jurídica] de Welzel), la crítica de Welzel se refiere también a la filosofía valorativa neokantiana.

17. Welzel, ZStW 58 (1939), p. 492.

18. *Ibidem.*

19. Aun después de la reformulación que Welzel pretende realizar, ZStW 58 (1939), p. 514; sobre el concepto de bien jurídico en Welzel, cfr., por ejemplo, Amelung, "*Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit*", en: Jung *et al.* (ed.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Stadortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, pp. 274 y ss., con referencias.

20. Welzel, ZStW 58 (1939), p. 509.

21. *Ibidem.*

22. ZStW 58 (1939), pp. 514 y s.

jurídicos. En la vida social habitual, todos están permanentemente expuestos a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos, sin que ello tenga relevancia jurídico-penal alguna; ello es así, según Welzel, porque el "mundo del Derecho" es un "mundo del sentido, del significado";[23] y es la adecuación social el concepto en el que se refleja la inserción del Derecho penal en la sociedad, que refiere "los elementos del tipo (...) al (...) conjunto de la sociedad".[24]

Por otro lado, los tipos jurídico-penales son, según Welzel, "tipificaciones de comportamientos antijurídicos";[25] por ello, las acciones socialmente adecuadas, desde un principio, no pueden ser típicas; el significado de las expresiones contenidas en el tipo sólo puede averiguarse en su contexto social. La adecuación social, al eliminar del tenor literal de los tipos aquellos procesos vitales que desde el punto de vista material no deben subsumirse bajo ellos, es la que *hace posible* que el tipo sea la tipificación del injusto merecedor de pena.[26]

Sin embargo, esta formulación original fue posteriormente abandonada y sometida a numerosas modificaciones. En efecto, el carácter "tornasolado"[27] de este concepto seguramente hay que reconducirlo también a los múltiples cambios de opinión de Welzel. Sin poder entrar aquí en un análisis pormenorizado de estas modificaciones, cabe constatar que se produjeron dos fases ulteriores de desarrollo: en una *segunda fase*,[28] sin embargo, Welzel consideró a la adecuación social como una *causa de justificación consuetudinaria*.[29] En una *tercera fase*, Welzel finalmente volvió a

23. ZStW 58 (1939), p. 530.

24. *Ibidem*.

25. ZStW 58 (1939), p. 527; *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 2ª ed., Berlin, 1943, p. 42: "el tipo [es] tipificación del injusto jurídico-penal", "el tipo es el injusto jurídico-penal, descrito con base en elementos típicos".

26. *Der allgemeine Teil*, 1ª ed. (1940), pp. 34 y s.; 2ª ed. (1943), p. 42.

27. Roeder, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, Berlin, 1969, p. 13; Roxin, FS Klug, p. 303; *LK*-Hirsch[10], n. m. 29 previo al § 32.

28. De la 4ª a la 8ª edición de su manual *Das Deutsche Strafrecht*.

29. Por ejemplo, en: *Das Deutsche Strafrecht*, 8ª edición (1967), p. 76.

colocar a la adecuación social de nuevo en el ámbito del tipo. Sin embargo, a pesar de que vuelve a la ubicación en el tipo, el *status* de la adecuación social es distinto al que ocupaba en la formulación original. De momento, constatemos que ya no aparece la referencia al "valor ético-social" de la acción en este contexto:[30] ahora, la adecuación social es "la falsilla de los tipos jurídico-penales: es el estado 'normal' de libertad de actuación social que se encuentra en la base de los tipos y que éstos presuponen (tácitamente)".[31] Lo que se discute ya no es un elemento del injusto (la referencia a la significación social) sino el sustrato empírico-social previo a los tipos (la aprobación o desaprobación fáctico-social de determinadas conductas). Por ello, la adecuación social queda reducida a un "principio general en materia de interpretación".[32]

La teoría de Welzel ha desencadenado una viva discusión, discusión que ha contribuido de modo esencial a su carácter "tornasolado": ha sido incorporada prácticamente en todos los niveles de la teoría del delito, con relevancia y contenido cambiantes.[33]

30. En este sentido, Peters, "*Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip*", en: *Festschrift für* Hans Welzel, Berlin, 1974, p. 420.

31. Welzel, *El nuevo sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1964 (trad. de Cerezo Mir de la cuarta edición alemana de *Das neue Bild des Strafrechtssystems* [1961], incorporando algunas modificaciones, entre ellas también el paso de la segunda a la tercera fase en materia de adecuación social), pp. 55 y s.; *idem*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. (1969), p. 57.

32. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. (1969), p. 58; *idem*, "*Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*", en: *Abhandlungen*, p. 351, nota 21.

33. Algunos autores recogieron la propuesta de Welzel en la "segunda fase" de construir la adecuación social como *causa de justificación*; cfr. Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1975, pp. 298 y s. (partiendo de su peculiar definición del tipo); Otto (*Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 3ª ed., Berlin-New York, 1988, pp. 77 y s.) sostiene sobre la base de su sistema bipartito del delito que es equivalente la exclusión del tipo a la exclusión de la antijuridicidad; Klug ("*Sozialkongruenz und Sozialadäquanz*", en: *Festschrift für* Eb. Schmidt, 2ª ed. [reimpresión de la 1ª ed. 1961], Göttingen, 1971, pp. 249 y ss., 262) distingue entre la "congruencia social", que excluiría el tipo, y la "adecuación social" como causa de justificación.

En algún caso, incluso se ha defendido la calificación como *causa de exculpación* (Roeder, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, pp. 77 y ss.).

La mayoría de la doctrina se pronuncia por un uso restringido como *instrumento hermenéutico* de la adecuación social, aproximándose, por tanto, a la "tercera fase" en Welzel, o la rechazan por ser

3. ¿Concepto normativo o mero topos?

En primer lugar, a la hora de valorar la teoría de la adecuación social, en realidad se trata de determinar si es siquiera una "teoría". En efecto, se le niega esta consideración si se entiende su formulación original como referida meramente a la aceptación social *fáctica* de determinadas formas de comportamiento, a la "normalidad" social en este sentido. De hecho, algunas expresiones de Welzel parecen indicar que sus reflexiones se refieren a valoraciones sociales concretas, referidas a casos individuales.[34] Si esto fuera así, también cobraría sentido una

demasiado inconcreta. Sin embargo, tampoco aquellos autores que quieren hacer uso de ella en materia de interpretación le atribuyen un significado sistemático de carácter general; cfr. en la bibliografía jurídico-civil Wiethölter, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, Karlsruhe, 1960, p. 56 con referencias; Hirsch ZStW 74 (1962) p. 132; Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1977, pp. 263 y ss.; Jakobs, "*Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung*", ZStW 89 (1977), p. 5, y *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin, 1991, 24/14; Eser, *Strafrecht II*, 3ª ed., München, 1980, 24 A 3, 27 A 7 y ss.; Jescheck, *AT*, p. 238; Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, "Significación social y tipicidad", en: LH Antón Oneca, Salamanca, 1982, pp. 121 y ss., 130 y ss.; Roxin, FS Klug, pp. 313 y *AT I*, § 10 IV n.m. 37; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito, Derecho Penal Parte General*, Madrid, 1984, p. 165; Armin Kaufmann, FS Jescheck, p. 271; Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª ed., Buenos Aires, 1986, pp. 46 y s. y *Principios de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Madrid 1994, pp. 138 y s.; Baumann/Weber, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9ª ed., Bielefeld, 1985, p. 181; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 301 y ss.; Schönke/Schröder-Lenckner, *StGB*, 24ª ed. (1991), n.m. 70 previo a los §§ 13 y ss.; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva*, p. 151.

Finalmente, algunos autores vinculan la problemática de la adecuación social, desde distintos puntos de vista, al *riesgo permitido*: cfr. por todos Engisch, "*Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*", en: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, t. I., Karlsruhe, 1960, pp. 417 y s. (refiriéndose expresamente a la concepción original de Welzel respecto del tipo); Jakobs, "*Das Fahrlässigkeitsdelikt*", Beiheft zur ZStW 86 (1974), p. 13; *idem*, ZStW 89 (1977) pp. 4 y s.; *idem*, *AT*, 7/4b; Mir Puig, *Derecho Penal Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 3ª ed., Barcelona, 1990, pp. 246, 569 y s., esp. nota 41; Bacigalupo, *Principios*, pp. 138 y s.

34. Como por ejemplo, "ético-social" (*Der allgemeine Teil*, 1ª ed., 1940, p. 33; ZStW 58 [1939], p. 497) u "orden social 'normal'" (*Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. (1969), p. 56; *El nuevo sistema*, p. 54). Este tipo de aproximación también existía en la dogmática anterior a Welzel; aparece, por ejemplo, en el "riesgo ponderado" de Binding (*Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, t. IV, Die Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1919, pp. 440 y ss.) en el ámbito de los delitos imprudentes: en casos excepcionales está permitido generar un determinado riesgo, dependiendo de cuáles sean las razones concretas

interpretación en clave subjetiva de la teoría, pues el considerar decisiva la "buena" o "mala" voluntad en este ámbito es un proceder propio de la valoración fáctico-social.[35] Por otro lado, parece claro que es imposible relacionar una adecuación social entendida de este modo con un elemento o una categoría normativa del tipo, esto es, con el tipo como injusto tipificado.[36]

Parece que es en este sentido en el que se entiende el concepto de adecuación social, por ejemplo, por parte de Hirsch; por ello es posible que hable –para criticar la concepción de Welzel– de riesgos socialmente *in*adecuados y *no* prohibidos:[37] según Hirsch, ciertos riesgos no pueden compatibilizarse con el orden normal de la vida social y, a pesar de ello, no constituyen infracciones típicas del deber de cuidado, como, por ejemplo, la "puesta en peligro de la salud y de la vida de las meretrices empleadas en un burdel de un barrio portuario poco recomendable". Constata que no todo lo que es socialmente *in*adecuado en el sentido de "socialmente reprobado" cae bajo tipos penales, lo que a su modo de ver hace inviable la categoría de adecuación social como elemento de definición del injusto. Al entenderse el "eslogan" adecuación social de manera literal,[38] no

por las que ello se haga, esto es, de cómo se valore socialmente el comportamiento concreto. "Sin embargo, cuanto más prescindible sea la acción, más disminuye el riesgo permitido a correr con ocasión de ella. Nunca puede justificarse que concurra tal riesgo permitido al llevarse a cabo... acciones completamente inútiles e innecesarias" (Binding, op.cit., p. 442.); y lo que es "inútil" o "innecesario" no se tipifica, sino que queda "justificado" de caso a caso – como sucedía con la segunda fase de la adecuación social en Welzel.

35. Roxin, FS Klug, p. 311.

36. Así, por ejemplo, la comprensión de Graf zu Dohna de la adecuación social (que se manifiesta en la recensión de la primera edición de la parte general de Welzel [ZStW 60 (1941) p.293]), en virtud de la cual afirma que el cazador furtivo realiza el tipo de la caza furtiva de modo prohibido, mientras que el titular del derecho de caza lo realiza conforme a derecho (mientras que la caza "en sí" es socialmente adecuada), sólo es posible con base en una concepción del tipo distinta de la del "injusto tipificado".

37. ZStW 74 (1962) pp. 95 y s., 134; en el mismo sentido de Hirsch, Cerezo Mir, "El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos", ADPCP 1983, p. 482 nota 40.

38. Y de procederse así, la adecuación social necesariamente consistirá en "criterios valorativos extrajurídicos" (así Zipf, "*Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht*", ZStW

puede ir más allá del descubrimiento que la realización de los tipos penales no suele ser socialmente adecuada (= aceptada por la sociedad). Entonces, en efecto, no parece ser un punto de partida demasiado útil, ya que "la moderna teoría de la imputación posibilita... reglas mucho más precisas que el *recurso a la ética social*, que difícilmente puede dejar totalmente fuera de consideración la *motivación* de quien actúa...".[39] Si esta interpretación es correcta, la adecuación social no hace más que indicar "meramente el contenido de desvalor social del hecho que es consustancial al injusto y conforma su fundamento material".[40]

Si ésta hubiese sido de hecho la intención de Welzel al formular la adecuación social, habría dejado de advertir que la falta de aceptación social fáctica de determinados comportamientos de hecho constituye la base de los tipos penales, pero no tiene por qué coincidir necesariamente con ellos: entonces, la adecuación social de Welzel no podría ser un *elemento integrante* del tipo, a través del cual penetrase el carácter social de las normas jurídico-penales, sino que *se referiría al tipo* en cuanto tipo de delito.[41] La consecuencia que deriva de esta interpretación de la postura de Welzel es considerar que su punto de partida en ningún momento tuvo una pretensión que fuese más allá de configurar un *criterio* general *de interpretación*, de utilidad en determinados casos problemáticos, o que la adecuación social directamente carece de interés por su vaguedad.[42]

82 [1970], p. 637); esto mismo lo constata, para criticar la adecuación social, Rodríguez Mourullo, *PG*, p. 265.

39. Roxin, FS Klug, p. 311, sin subrayado en el original.

40. Roxin, *AT I*, § 10 n.m. 37.

41. Roxin, *ibidem*, sin subrayado en el original; en sentido similar Zipf (ZStW 82 [1970], p. 637); consecuentemente, la adecuación social es entonces "(...) subsidiria respecto de la regulación legal" (y no forma parte de esa regulación [por ejemplo, del tipo]).

42. Cfr. las referencias en la nota 34. Welzel mismo considera más tarde (en la "tercera fase") la adecuación social un "principio general de interpretación" (*Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. [1969], p. 58), "un principio de interpretación *dentro* del tipo" ("*Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*", en: *Abhandlungen* [1975], p. 351 nota 21, subrayado en el original). En los trabajos de la "primera fase", esto no se afirma: aunque Welzel habla de la "interpretación de

¿Se limitó entonces Welzel a resaltar la obviedad de que "al averiguar la voluntad de la Ley es preciso tomar en consideración también la realidad de la vida"[43]? Las referencias de Welzel al "orden ético-social" y también a la "normalidad" social o a la adecuación social como principio inmanente de la creación del Derecho,[44] sobre todo la diversidad de los ejemplos por él utilizados, en los que el denominador común parece ser una relación con las ideas valorativas de la sociedad, parecen abogar a favor de una respuesta afirmativa. En primer lugar, hay que exponer la diversidad de ambas intepretaciones: al hablarse aquí de una diferencia entre "valoración fáctico-social" y "sentido social", ello puede parecer una diferenciación artificiosa y excesiva. Y, sin embargo, aquí se encuentra una diferencia esencial; pues el paso de la realidad social como sustrato de los tipos penales (normalidad social) a la idea de que el acontecer al que se refieren las normas jurídico-penales no sólo debe ser entendido desde el punto de vista científico-natural ("causal"), sino como expresión de sentido social, como proceso *de comunicación* (*en* Welzel: "significado social"), es el paso decisivo de la categoría de la adecuación social hacia la desnaturalización del tipo objetivo, un paso que no se da con la mera referencia a las valoraciones empíricas de una sociedad. Y, de hecho, la interpretación empírico-fáctica no hace justicia al verdadero alcance de la adecuación social. La referencia a la *génesis histórica* de los "valores ético-sociales" no tiene por qué significar desde un principio que con ella pretenda recurrirse a convicciones sociales

sentido del tipo" (por ejemplo, en *Der allgemeine Teil*, 2ª ed. (1943) p. 40), no lo hace en el sentido de un criterio externo al tipo: "sólo las acciones que *sobrepasan* la adecuación social..." entran en el injusto (op. cit., p. 42, sin subrayado en el original). Cfr. sobre esto en el texto.

43. Hirsch, ZStW 74 (1962), p. 134.

44. Esta afirmación de Welzel, que se produce en uno de los puntos de su trabajo original que más extensamente se ocupan de la adecuación social (ZStW 58 [1939], p. 516 nota 38), recuerda la expresión relativa a la adecuación social como "falsilla de los tipos jurídico-penales" (perteneciente a la "tercera fase"), por ejemplo, en *Das Deutsche Strafrecht* 11ª ed. [1969], p. 57, *El nuevo sistema*, p. 55), que no forma parte de los tipos, sino que es "presupuesto" de éstos, y parece abogar en favor de la interpretación según la cual la propuesta de Welzel no llegaba más allá de afirmar que los comportamientos socialmente adecuados (= socialmente aceptados) son atípicos (Roxin, *ATI*, § 10 n. m. 36 y s.). Respecto del contexto de esta formulación, sin embargo, cfr. el texto que sigue.

empíricas del momento; puede referirse sin más a uno de los mecanismos de constitución de "riesgos permitidos".[45] Por el contrario, es preciso colocar las consideraciones de Welzel en el contexto en el que fueron formuladas; todo su punto de partida se dirige contra la concepción según la cual lo injusto consistía en la mera causación de un resultado "disvalioso". Por un lado, pretende que se reconozca que la esencia de las acciones humanas se halla en la "realización del sentido de la acción, formulado por la voluntad",[46] y ello le llevó, como es sabido, a introducir la finalidad en el tipo, a incorporar el dolo en un tipo subjetivo. Por otra parte, sin embargo, también forma parte de su concepción crítica que esta acción se conciba como "fenómeno socialmente relevante, como acción en el ámbito vital social";[47] este punto de vista es el que conduce a la afirmación de que *es sólo la adecuación social la que hace posible que los tipos sean injusto tipificado*.[48] Esto, sin embargo, no concuerda con una interpretación en clave exclusivamente fáctica del concepto. Por ello, el criterio de la "completa normalidad" del comportamiento aún no aparece en la formulación original de la teoría; por el contrario, Welzel critica los conceptos de [comportamiento] "adecuado al ámbito de relación" y "cuidado debido en las relaciones sociales" por hacer pensar "en primer lugar sólo en un concepto de promedio fáctico", lo que no tiene en cuenta suficentemente el lado "normativo-valorativo" de la adecuación social.[49] A pesar de las expresiones relativas a la ética social etc. expuestas más arriba, que ciertamente contribuyen a difuminar la intención de Welzel, debe considerarse

45. Aquellos supuestos de riesgo permitido por legitimación histórica, es decir, sin un proceso consciente de ponderación para su establecimiento; cfr. sobre esto Jakobs, *AT*, 7/36 con nota 36. También Welzel era consciente de ese elemento histórico-consuetudinario: el Derecho entra en un mundo ya configurado por la historia, cuyos ordenamientos afianza o "*modifica y desarrolla*" (ZStW 58 [1939], p. 517 nota 38), sin subrayado en el original.

46. ZStW 58 (1939) p. 503.

47. Loc. cit., p. 516.

48. *Der allgemeine Teil*, 1ª ed. (1940), p. 34.

49. ZStW 58 (1939), p. 517 nota 38.

que se refería al contenido normativo-social del tipo,[50] a aquello que va más allá de los "meros nexos causales".

4. Adecuación social y lado subjetivo del delito: *¿expresión de sentido sólo en el hecho doloso?*

Para intentar desentrañar el significado de la categoría de la adecuación social, es preciso entrar también en el campo del lado subjetivo del delito. Pues para hacer justicia a la pretensión sistemática inicial de la teoría de la adecuación social, ambas modalidades de dirección del comportamiento, dolo e imprudencia, deberían ser objeto, ya en el tipo objetivo, de una valoración normativo-social: "Si está permitido crear determinados riesgos para bienes jurídicos ajenos, esto debe regir por principio también para los comportamientos dolosos, y por tanto, para *todo* actuar jurídico-penalmente relevante."[51] Hay que plantear la cuestión acerca de si la posición preeminente de la finalidad en la teoría final de la acción conduce a que la adecuación social en cuanto interpretación de sentido se identifique con

50. Esto, en mi opinión, es independiente, en su significado sistemático específico para la teoría del delito, de cuáles fuesen las características que estos valores tuviesen en la concepción de Welzel: parece que se produce una evolución desde valores absolutos (aunque inscritos en el momento histórico concreto) hacia consideraciones más bien de tipo funcional (cfr. la adecuación social como "concepto ordenador valorativo" [ZStW 58 (1939) p. 517 nota 38] y como "comportamiento no necesariamente *modélico* en sociedad, sino un comportamiento dentro del marco de la libertad de acción social" [*El nuevo sistema*, p. 55; *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. (1969), p. 56, subrayado en el original] y, desde una perspectiva más genérica ["Vom Bleibenden...", [Abhandlungen] p. 357] "El Derecho en todo caso sólo puede ser un intento de interpretación del orden social correcto", cuando son necesarios tales ordenamientos generales). Cfr. también Peters (FS Welzel p. 427), quien constata un progresivo vaciamiento del concepto de adecuación social de valores sociales para ir evolucionando hacia la "habitualidad de la actuación". Respecto de la evolución de Welzel en el ámbito de la filosofía del Derecho, cfr. Loos, "H. Welzel. *Die Suche nach dem Überpositiven im Recht*", p. 504 y ss., en: Loos [ed.], *Rechtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen, 1987, y la exposición de las bases filosóficas de Welzel hecha por Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 57 y ss. Como ya se ha dicho, sin embargo, en lo relativo al valor dogmático de la adecuación social, lo relevante es que con la concepción se hace referencia a normas sociales.

51. Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 3ª ed. (1980), n. m. 341, refiriéndose al "riesgo permitido"; en contra ("riesgo permitido" sólo en los comportamientos imprudentes, sino solución a través de la falta de dolo), por ejemplo, *LK*[10]-Hirsch, n. m. 32 previo al § 32.

el dolo, es decir, que la adecuación social sea sustituida o mediatizada por elementos psíquicos. Si sólo la comisión dolosa constituye la verdadera "*expresión de sentido*", ello indica que la adecuación social es fragmentaria en cuanto concepto autónomo, que Welzel identifica sentido social y hecho psíquico,[52] esto es, que rellena el contenido normativo de la adecuación social con lo psíquico. En este contexto se pretende analizar el significado del término "expresión de sentido", ya que en él se manifiesta tanto la pretensión global de Welzel de oponerse al "sin-sentido", al mecanicismo del causalismo, como su concepción acerca del tipo.[53]

Desde un principio, Welzel afirma que objeto del Derecho penal es "la acción en cuanto manifestación *de la voluntad* que se objetiviza".[54] El "sentido" es aquí la creación de sentido a través del dolo previsor: la voluntad "se decide" a favor o en contra de una acción;[55] "el conjunto de la acción en todas sus fases es una unidad de *sentido* real dominada por la voluntad que establece los fines, una realización de la *voluntad* en el sentido más propio: la realización del *sentido* de la acción fijado por la voluntad".[56] Aún más rotunda parece la definición de la "expresión de sentido" en el trabajo anterior de Welzel "*Kausalität und Handlung*":[57] "Las causas físicas de un resultado no se generan de modo puramente causal, sino que contienen a la vez un sentido de intención, esto es, se producen en consideración a su idoneidad para producir el resultado planeado".[58] La "expresión de sentido"

52. Así lo sostiene Jakobs, *Handlungsbegriff*, p. 36.

53. Puppe constata en otro contexto ("*Tatirrtum, Verbotsirrtum, Subsumtionsirrtum*", GA 1990 p. 146 nota 2; trad. castellana ["Error de hecho, error de prohibición, error de subsunción"] de Cancio Meliá y Bruzzone, CPC 47 [1992]; p. 350 nota 2), que Welzel usa "bastante libremente" los términos "sentido" y "significado"; Jakobs entiende la "expresión de sentido" en Welzel como finalidad (*Handlungsbegriff*, p. 24). Respecto de la opinión aquí sostenida del doble sentido del "sentido" en el planteamiento original vid. a continuación en el texto.

54. ZStW 58 (1939), pp. 496 y s., sin subrayado en el original.

55. Loc. cit., p. 506.

56. Loc. cit., p. 503, subrayado en el original.

57. ZStW 51 (1931), pp. 703 y ss. = *Abhandlungen*, pp. 7 y ss.

58. *Abhandlungen*, p. 19.

de la acción intencional (más tarde, "final") en principio no contiene valoraciones desde la otra perspectiva (esto es, desde el medio circundante del sujeto). "Si la causa es meramente un eslabón de un proceso causal", esto es, si es abarcada por la intencionalidad, "la realización del resultado es el hecho propio del sujeto...".[59] Por lo tanto, desde un principio existe en la concepción de Welzel la acepción de "sentido" como base ontológica de la intencionalidad de la acción.[60]

De este modo se determina que la acción pertenece a un sujeto, que es acción humana. Pero, ¿es éste el mismo "sentido" que según Welzel tiene un comportamiento en el mundo significativo social? De *qué* acción se trata (si es socialmente adecuada) no queda dicho aun, no puede aprehenderse con la expresión de sentido en cuanto finalidad. Sin embargo, hay afirmaciones que hacen pensar que este sentido individual es el que Welzel estima el prisma dogmático decisivo. Por ejemplo, el caso en el que un sujeto que realiza el acto sexual con una mujer tuberculosa con la intención de que muera durante el embarazo,[61] y respecto del que Welzel afirma que se trata de un asesinato, parece indicar que la adecuación social (objetiva) debería pasar a un segundo plano frente al dolo, ya que ésta "nunca puede constituir una tapadera de infracciones dolosas del Derecho",[62] de modo que precisamente la valoración normativo-social del comportamiento quedaría determinada por la representación del autor. Esta es también la conclusión a la que se llega de manera inexorable si se concibe el plano normativo-social sólo como objeto del actuar final.[63]

59. Loc. cit., p. 20.

60. Cfr. la explicación detallada del origen filosófico de esta idea dada por Tjong, "*Der Ursprung und die philosophischen Grundlagen der Lehre von den 'sachlogischen Strukturen' im Strafrecht*", en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 54 (1968), pp. 413 y ss.; cfr. también Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pp. 70 y ss. y Silva Sánchez, *Aproximación*, pp. 57 y ss.

61. ZStW 58 (1939), pp. 519 y s.

62. Así lo sostiene Zipf, ZStW 82 (1970), p. 635.

63. Como lo hace, por ejemplo, Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 71, al interpretar la concepción de Welzel.

Sin embargo, y aunque esta confusión se produce en la posterior evolución del pensamiento de Welzel (cfr. *infra* 5.), *no* está presente en la propuesta dogmática original; aquí, el contenido normativo-social del tipo existe como valoración que se refiere desde fuera (desde la Ley) a la acción (ontológica); no cabe entender de otro modo que Welzel considere a la adecuación social la interpretación de sentido *del tipo*[64] – ¡no de la acción! – que la conciba como el vehículo para penetrar en el ámbito del injusto.[65] La identificación entre adecuación social y expresión de sentido individual es sólo aparente. La idea de "expresión de sentido", cuando se refiere únicamente a la dirección dolosa del comportamiento, forma parte del nivel ontológico de la estructura de la acción,[66] y no de la adecuación social, del "mundo del sentido" social, esto es, la adecuación social aún no está siquiera presente. La adecuación social, por el contrario, se plantea en una fase sistemática *ulterior*: la acción final, en cuanto mera dirección del comportamiento, es para el propio Welzel una idea igual de naturalista, igual de incapaz de penetrar en el mundo significativo en el que debe moverse la dogmática jurídico-penal, que el dogma causal:

"[el concepto de] 'acción' (*también en cuanto acción final*) sigue siendo una abstracción semejante a 'causación' si no se concibe como fenómeno socialmente relevante, como acción en el espacio vital social."[67]

64. *Der allgemeine Teil*, 1ª ed. (1940), p. 33; 2ª ed. (1943), p. 40.

65. ZStW 58 (1939), p. 529.

66. Roxin (ZStW 74 [1962], pp. 526 y ss., 532) afirma en otro contexto (en su crítica del concepto final de acción) que no resulta posible mantener un concepto ontológico-prejurídico de dolo una vez que se han incluido elementos de "sentido": "Una vez que se ha comenzado a incorporar elementos de sentido en el concepto de finalidad, no queda ya ni la sombra de un argumento para afirmar que el dolo se halla limitado al conocimiento de las circunstancias del hecho." En lo que se refiere a lo que aquí interesa, lo decisivo es que no sucede a la inversa, que WELZEL en su planteamiento inicial no identifica la atribución de sentido del tipo (adecuación social) con la atribución de sentido en la acción (dolo). Respecto de la adecuación social y el concepto de acción, cfr. *infra* 5.

67. ZStW 58 (1939), p. 516, sin subrayado en el original.

La consecuencia lógica de esta pretensión global de la perspectiva normativo-social es que la adecuación social deba aplicarse por igual a los delitos dolosos e imprudentes:

"Las acciones socialmente adecuadas... nunca son antijurídicas, aunque tengan como consecuencia la lesión de un bien jurídico. Si, por consiguiente, no son típicas en el sentido de los delitos dolosos, tampoco lo son en el de los delitos de causación imprudentes (...)"[68]

Muchos de los ejemplos que Welzel enuncia en su formulación inicial de la teoría como casos en los que no se traspasa la adecuación social son supuestos en los que concurre un comportamiento doloso – y en los que la mera presencia del dolo no es el criterio decisivo.[69] La adecuación social tiene la pretensión de ser aplicada, como "límite inferior... de toda posibilidad de antijuridicidad"[70] a los delitos doloso *e* imprudentes. Precisamente, Welzel resolvió en un momento posterior el ejemplo de la mujer tuberculosa justamente a la inversa (comportamiento atípico a pesar de la presencia de dolo).[71] Ya desde el principio habla en este contexto de comportamientos que sólo "en apariencia" son "socialmente adecuados", esto es, de modalidades de comportamiento ambivalentes que precisan de la adición de elementos subjetivos para poder siquiera ser sometidos a un examen en cuanto a la adecuación social – precisamente una cuestión que es objeto de discusión en la actual teoría de la imputación objetiva.[72] La adecuación social no

68. Loc. cit., pp. 557 y s.

69. Mientras que en la posterior evolución de Welzel, los ejemplos de hechos dolosos desaparecen prácticamente (menos el de las limitaciones a la libertad de movimientos en el uso de medios de transporte públicos); así lo constata Schaffstein, ZStW 72 (1960), pp. 372 y s.

70. Welzel, ZStW 58 (1939), p. 557, subrayado en el original.

71. *El nuevo sistema*, p. 54; *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. (1969), p. 56.

72. La cuestión es hasta qué punto la imputación objetiva es "objetiva", como ha planteado Struensee (GA 1987, p. 98), en especial, cuáles son los conocimientos "especiales" del autor que deben tenerse en cuenta en el marco del tipo subjetivo. Cfr. en cuanto a esta polémica, por todos Armin Kaufmann, FS Jescheck, pp. 251 y ss., 265; Mir Puig, "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de injusto", ADPCP 1988, pp. 661 y ss. (= *en*: Dornseifer (ed.), Gedächtnisschrift für

queda rellenada por elementos subjetivos. El significado social –a pesar de la posición central de la finalidad en la acción– debe añadirse aún, no es "sustituido finalmente"; la finalidad se encuentra antes de la adecuación social y no debe ser incompatible con ésta. En la formulación original de la teoría de la adecuación social, la "expresión de sentido" (individual) de la acción final no se halla confundida con la "interpretación (social) del sentido del tipo". Sin embargo, la primera acepción –en su ubicación en la teoría de la acción– ha influido de modo decisivo en el posterior desarrollo del finalismo:

5. Teoría de la acción y adecuación social

5.1 ¿Dos pretensiones incompatibles?

El punto de partida de toda la teoría de Welzel era el de enfrentarse a la concepción según la cual la ciencia del Derecho penal podía subdividir arbitrariamente todo el suceso jurídico-penal en lo objetivo o causal y lo subjetivo o culpable.[73] Para superar esta situación, Welzel planteó la necesidad de formular un concepto rector para la dogmática penal que permitiese superar el punto de partida mecanicista del causalismo: un nuevo *concepto de acción*. Este debía entender la acción en Derecho penal como "*conjunto real, expresivo de un sentido* dentro de la vida social *real*",[74] que la concibiese como "fenómeno *social*".[75] Welzel formuló inicialmente el punto de partida de la implicación del Derecho

Armin Kaufmann, 1989, pp. 253 y ss., 265 y ss.); Roxin, "*Finalität und objektive Zurechnung*", GS Armin Kaufmann, pp. 237 y ss., 250; Jakobs, "*Tätervorstellung und objektive Zurechnung*", en: GS Armin Kaufmann, pp. 271 y ss., 282 [trad. castellana ("Representación del autor e imputación objetiva") de Suárez González, ADPCP 1991, pp. 493 y ss.). Ulteriores referencias sobre la cuestión en Suárez González/Cancio Meliá, estudio preliminar a Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 65 y ss.

73. ZStW 58 (1939) p. 491, cfr. también pp. 527 y ss., 530.

74. Loc. cit., p. 491, subrayado en el original.

75. Loc. cit., p. 503, subrayado en el original.

penal en la realidad social y lo trasladó a la categoría dogmática de la adecuación social como elemento del tipo. ¿Qué sucedió, en cambio, con la pretensión antes reproducida de que fuese precisamente el concepto de *acción* el que sirviese de vehículo a la "realidad social"? ¿Está relacionado el práctico abandono de la categoría de la adecuación social en el posterior desarrollo del finalismo con el hecho de que tampoco el concepto de acción fuera configurado en ese sentido? El concepto de acción final es, desde el principio, "la *base material ontológica* sobre la que se asientan las posibles valoraciones jurídico-penales...".[76] ¿Es, sin embargo, compatible tal concepto de acción con un entendimiento de la acción como fenómeno social?

Quizás Welzel viese la forma de resolver la contradicción entre un concepto de acción avalorativo, asocial, y la pretensión de que sea precisamente el concepto de acción el que elimine el "naturalismo" de la teoría jurídico-penal en la siguiente propuesta: "La teoría de la acción desarrollada es la teoría del delito misma (esto es, la acción significativa ético-socialmente en su existencia *jurídica*)".[77] Aquello que queda por "desarrollar", por "ampliar",[78] esto es, la implicación en el mundo social, es lo que según Welzel puede convertir la teoría de la acción en teoría del delito, de manera que no constituya una mera "abstracción" (¡como la idea de "causación"!).[79] De este modo, pareciera que Welzel había instrumentado su propuesta estableciendo que la acción jurídico-penal (= teoría del delito) sólo puede ser concebida teniendo en cuenta el mundo social.

76. Welzel, "*Kausalität und Handlung*" (*Abhandlungen*), p. 21, sin subrayado en el original; cfr. también lo expuesto *supra* 4.): se trata del "lado antropológico" del problema (Roxin, ZStW 74 [1962], pp. 523 y s.; Jakobs, *Handlungsbegriff*, p. 27; ampliamente, Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pp. 62 y ss.).

77. Welzel, ZStW 58 (1939), p. 497, subrayado en el original.

78. *Ibidem*, nota 13, remitiéndose al desarrollo de la adecuación social como la "ampliación más importante".

79. Loc. cit., p. 516.

5.2 *Salto en el tiempo*

¿Qué sucedió más tarde con esta propuesta? A principios de los años sesenta, Roxin formula la siguiente crítica: una concepción de finalidad entendida como comprensión del mundo significativo social no puede ser construida sin tener en cuenta el carácter histórico de éste, ya que de lo contrario conduciría a una "discrepancia teórica" entre la ontología del concepto de acción y el mundo significativo social.[80] Roxin intenta demostrar en la crítica a la teoría final de la acción antes citada lo absurdo del carácter ontológico de la misma modificando un ejemplo referido a la teoría causal de la acción. En este sentido, afirma que no es menos ridículo definir unas injurias como "sobredeterminación final de ondas sonoras dirigida a producir vibraciones en un tímpano" que definirlas como la mera "causación de estimulación sensorial en el aparato auditivo de la persona afectada".[81] Aún en este momento de su evolución, pretende Welzel que su concepto de acción no se limita a la mera biología, y se defiende del siguiente modo: replica que tal formulación únicamente reproduce un "experimento fisiológico", ya que no se tiene en cuenta la "dimensión de sentido" inmanente de la acción:

"...una acción no puede dejar de 'abarcar la dimensión del sentido', concretamente la dimensión de sentido que se *abre* a través de la anticipación del objetivo de la acción, de la selección de los medios de la acción. La *dimensión del sentido* distingue la acción que acabamos de describir como experimento acústico de las injurias, en las que la acción viene determinada y dirigida por la anticipación 'demostración de desprecio'. El elemento de sentido que ello constituye (...) distingue la acción de las injurias del experimento físico antes descrito y la distinguiría de cualquier otra acción con otro sentido de acción, como por ejemplo de lo contrario de las injurias, de la atribución de honor."[82]

80. ZStW 74 (1962), pp. 534 y ss.

81. Loc. cit., p. 525.

82. Welzel, "*Vom Bleibenden*" (*Abhandlungen*), p. 347, subrayado en el original.

Por el contrario, sostiene que no existe una relación de discrepancia teórica entre el elemento ontológico (la acción final) y el elemento histórico-social del injusto, sino que, por el contrario, el primero es presupuesto del segundo:

"El carácter categorial de la estructura final, que debe estar presente en *toda* acción humana, y que por ello podría haber sido demostrado con base en *aquella* acción en la que 'el primer ser humano utilizó una piedra como herramienta' no es de ningún modo 'antagónico' con la evolución histórica. ¡Al contrario! Esta ley estructural de la actividad humana es la que hace posible la evolución histórica de las configuraciones vitales humanas."[83]

Como se ha señalado (cfr. *supra* 4.), en la propuesta original, la "dimensión de sentido" en su primera acepción, en cuanto finalidad, era mera anticipación individual. En este momento posterior, sin embargo, la "estructura final" ya no es una relación "teleológica"[84] ni una "abstracción"[85]: no es sentido individual, sino que puede anticipar como dimensión de sentido conceptos como honor o desprecio. La finalidad abandona el ámbito del sentido individual, de lo antropológico, y da entrada a valoraciones jurídico-sociales,[86] de modo que no precisa de "desarrollo" ni "ampliación" para constituirse en un concepto de acción jurídico-penal en la teoría del delito. La adecuación social ya no es necesaria, pues la estructura final ya *contiene* el "sentido social".[87] Sin embargo, el verdadero punto de discusión estriba en determinar si en todos los tipos las normas sociales

83. Welzel, loc. cit., p. 348.

84. Así lo afirma Welzel, "*Kausalität und Handlung*" (*Abhandlungen*), p. 17, en el sentido de mera relación subjetiva hacia un objetivo perseguido.

85. Welzel, ZStW 58 (1939), p. 516.

86. En este mismo sentido, Roxin, ZStW 74 (1962), p. 531.

87. Por otra parte, no es extraño que esta confusión entre la finalidad como sentido individual y la valoración objetivo-normativa se presente con tanta claridad en el ejemplo de las injurias, ya que se trata de un delito en el que están en juego las condiciones de comunicación de una sociedad, esto es, de manera evidente el mundo normativo social. Más exactamente: se trata de garantizar la corrección de los mecanismos informales de imputación negativa (de acuerdo con la concepción de Jakobs, "*Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschutzes*", en: FS Jescheck t.I, pp. 627 y ss.).

constituyen un elemento esencial, o si la finalidad es suficiente como categoría ontológica en la gran mayoría de tipos en los que el sentido dado a la acción por el autor y el sentido del tipo habitualmente coinciden. En el planteamiento inicial, Welzel se proclamó partidario de la primera alternativa: siempre es necesaria la "ampliación" de la acción final "abstracta". Más tarde, sin embargo, no se desarrolló este pensamiento. Una vez abandonada la pretensión de "ampliar" el concepto de acción a través de la adecuación social, lo social tuvo que ser introducido de contrabando en la expresión de sentido (pretendidamente ontológica) individual.

Quizás sea "la diferencia entre la acción como expresión de sentido y la 'acción' como mera causación evitable", que "es de máxima importancia también en el ámbito del Derecho"[88] (o, formulándolo de otro modo: el hecho de que los comportamientos dolosos tienen un mayor potencial para producir alteraciones sociales que los imprudentes) lo que condujo a esta confusión. En todo caso, en la propuesta original, lo normativo no se hallaba determinado por el prisma subjetivo, y por ello le correspondía a la adecuación social un papel propio dentro del tipo tanto de los delitos dolosos como de los imprudentes. Sin embargo, el primer pilar de la concepción (la convicción de que ya el injusto jurídico-penal depende de la modalidad de dirección del comportamiento) se sobrepuso al segundo (el carácter de fenómeno social del injusto). Su programa de crear una "teoría de la acción desarrollada" que debía ser "la teoría del delito misma", la "acción significativa ético-socialmente",[89] quedó sin instrumentar porque el concepto de acción pretendidamente ontológico comenzó a absorber elementos normativos, de modo que aparentemente ya no precisaba de "ampliación" alguna. Sin embargo, este programa existía, y ello confirma que el "desligamiento de la sociedad" de la teoría de la acción de Welzel "no era voluntario".[90] Fue sólo en

88. Welzel, ZStW 58 (1939), p. 503.

89. Welzel, ZStW 58 (1939), p. 497.

90. Jakobs, *Handlungsbegriff*, p. 45.

un momento posterior cuando la rama "finalista" del árbol de la dogmática de Welzel asfixió a su hermana, la adecuación social.

6. La adecuación social como precursora de la normativización del tipo objetivo

Pero ¿qué sucedió con la adecuación social? En el desarrollo de la teoría final de la acción, el carácter "primario" del delito doloso, nacido de la sobrevaloración unilateral de la atribución de sentido individual, ha llevado a una posición marginal del delito imprudente. Y el delito imprudente –puesto que en él falta precisamente la finalidad (hacia el resultado) como elemento de interpretación subjetiva– era precisamente aquel ámbito en el que la adecuación social, en cuanto esquema social de interpretación, podía quedar reflejada con mayor claridad. De hecho, en el planteamiento inicial, aparece claramente que el deber de cuidado en el delito imprudente es un derivado[91] de la adecuación social:

"...aquí, en el campo de la imprudencia, la idea de la adecuación social siempre ha sido reconocida por el Derecho de manera explícita: en el así llamado criterio objetivo de la imprudencia, el 'cuidado necesario en el ámbito de relación'. Este criterio esboza el límite de aquel ámbito de la vida social activa dentro del cual la cuestión de la antijuridicidad ni siquiera puede plantearse."[92]

Pero también más adelante el concepto de adecuación social permanece vinculado al del deber de cuidado, a lo largo de las distintas fases de la evolución de la teoría de Welzel en la materia.[93] Aunque esta conexión va reduciéndose a

91. En este sentido también Serrano González de Murillo, para quien la adecuación social fue "la fuente de donde se derivó la idea del deber objetivo de cuidado", *El delito imprudente*, p. 123; en sentido similar, Gómez Benitez, *PG*, p. 165; en contra de que sea posible equiparar ambos conceptos, Cerezo Mir, ADPCP 1983, p. 481 nota 40.

92. Welzel, ZStW 58 (1939), p. 558.

93. *Der allgemeine Teil*, 1ª ed. (1940), p. 81: "La medida del cuidado debido se determina con base en la adecuación social, que se refleja legalmente en el § 276 BGB (...)"; 2ª ed. (1943), p. 98: "La medida del cuidado debido se determina... en lo objetivo, conforme a la adecuación social

una fórmula cada vez más en lo que se refiere a la mención del concepto de adecuación social, los contenidos presentados originalmente en el marco de la adecuación social siguen presentes e incluso son precisados.[94] Esto sucede, sin embargo, mientras que la adecuación social misma en cuanto categoría general –como inicialmente había sido formulada– se atrofia cada vez más, se ve degradada temporalmente a una causa de justificación consuetudinaria general y acaba sus días en la concepción de Welzel siendo entendida como mera "falsilla" de los tipos penales. Por ello, pareciera que lo que acaba sucediendo es que el deber objetivo de cuidado es el continente en el que fue acogida la adecuación social, mientras que se marchitaba en su posición sistemática original.

Pero después del análisis del planteamiento original de la adecuación social, desde luego cabe constatar características paralelas a las evoluciones doctrinales actuales en el ámbito del tipo objetivo que se denominan "imputación objetiva". El punto de partida constituido por la adecuación social demuestra que el finalismo, la corriente dogmática iniciada por Welzel, no sólo pretendía añadir la finalidad al tipo objetivo del causalismo, sino que originalmente éste debía convertirse en la ubicación del significado objetivo del comportamiento. La extraordinaria amplitud de enfoque de la adecuación social en su formulación original, concebida como puerta normativa hacia el injusto, demuestra que no se trataba de un mero mecanismo corrector de los tipos por vía de interpretación,[95] sino reflexiones re-

(...)"; *Das Deutsche Strafrecht*, 3ª ed., p. 98: "Cuidado objetivo significa el respeto de la medida socialmente adecuada de puesta en peligro de bienes." (aquí, como objeto de complementación judicial); "*Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*" (1961), en: *Abhandlungen* (1975), p. 327: "Aquí se añade el segundo aspecto –normativo– del actuar 'prudente' al primero [la previsibilidad]: solamente infringe el cuidado debido aquella puesta en peligro que rebasa la medida 'habitual en el tráfico', 'socialmente adecuada'". (Sigue una exposición relativa a las leges artis, al desarrollo histórico del "riesgo permitido" y a su atribución al injusto pp. 333 s.); esta formulación –"infringe el deber de cuidado solamente aquella puesta en peligro que rebasa la medida 'habitual en el tráfico', 'socialmente adecuada'"– es la que se mantiene hasta la última edición de *Das Deutsche Strafrecht* (11ª ed., p. 132; 8ª ed., p. 115, etc.).

94. Cfr. a este respecto "*Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*", en: *Abhandlungen*, pp. 326 y ss., 333 y ss.

95. Así Armin Kaufmann, FS Jescheck, p. 269.

lativas a la Parte General prefectamente comparables con la actual teoría de la imputación objetiva.[96] En el ámbito de la imputación del resultado, el finalismo continuó desarrollando con posterioridad a la propuesta incicial –si bien de manera limitada a los delitos imprudentes– dentro del "deber objetivo de cuidado" los criterios ateriales planteados en la adecuación social. Sin embargo, la implicación sistemática general de la adecuación social planteada al principio se perdió, y en el ámbito de los delitos dolosos este vacío hubo de ser rellenado con soluciones trasladadas al concepto de dolo. La insistencia en el desarrollo de la teoría final de la acción por parte del finalismo –desde un prisma ontológico– subjetivo exclusivo– hizo caer en el olvido al otro pilar de la concepción de Welzel, un olvido injustificado que puede finalizar a la luz de la evolución actual de la dogmática del tipo objetivo. Dicho de otro modo: la teoría de la adecuación social es un "caminito que el tiempo ha borrado" y que gran parte de la dogmática de la Parte General actual recorre alborozada, llamándolo "autopista de la imputación objetiva", como si fuera una senda nunca transitada. Pero retirando un poco la maleza que lo cubre se observa que fue Welzel quien lo desbrozó.

96. Además, esta amplitud también permite observar un paralelismo hacia aquellos intentos doctrinales que persiguen la ampliación de la imputación objetiva hacia una teoría del "lado externo del injusto". En este sentido, por ejemplo, las concepciones desarrolladas por Jakobs, *AT*, 7/1 y ss., especialmente 7/4 a y s., 7/35 y ss.; 7/51 y s. (principio de confianza); *AT*, 7/56 y ZStW 89 (1977), pp. 34 y s. (posición de garante en los delitos de comisión); ZStW 89 (1977), pp. 17 y ss., 26 y s. y *AT*, 21/14 y ss. (prohibición de regreso); sobre todo esto, cfr. idem, *La imputación objetiva, passim*; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten, passim* (resaltando terminológicamente el "comportamiento típico", pp. 67 y s.; Reyes Alvarado, ADPCP 1992, pp. 933 y ss.; *idem*, *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994, *passim*. La opinión actualmente dominante, sin embargo, limita la imputación objetiva como categoría de la Parte General a los delitos con imputación de un resultado, cfr. por todos Roxin, *AT*, § 11 n. m. 1. Sobre esta tendencia doctrinal, cfr. el análisis en Suárez González/ Cancio Meliá, estudio preliminar a Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 50 y ss.

"¿La reparación del daño como 'tercera vía' punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin"[1-2]

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 Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Colaborador cientifico para Latinoamerica del *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* en Freiburg-Alemania.

Sumario: 1. Introducción – 2. La reparación y la teoría de la pena – 3. La reparación en el Código Penal Alemán – 4. El Proyecto Alternativo de 1992 sobre la reparación – 5. ¿La reparación como tercera vía? – 6. La reparación en la praxis alemana – 7. Conclusión – Bibliografia.

Resumen: En este articulo realizado para el "Libro Homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica", Tomo I, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 493 y ss., consideramos especialmente la posición del Profesor alemán respecto a la posibilidad de aceptar una "*tercera vía*" punitiva, que junto a las penas y las medidas de seguridad sirvan al juez como nueva alternativa al momento de la sentencia. Por esa razón hemos

1. La contribución que se ofrece se realizó en usufructo de una beca para una estancia de investigación en el *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* en Freiburg-Alemania (julio-agosto 2003).

2. El autor agradece las oportunas consideraciones de los Profesores: Hans-Heinrich Jescheck, Kai Ambos, Adelmo Manna y Jan-Michel Simon.

comenzado por la relación que necesariamente debe existir entre la reparación penal y los fines de la pena. Además de analizar la propuesta de Roxin nos referimos al instituto de la reparación tanto dentro del Código Penal Alemán –y la práctica de los Tribunales– como en el Proyecto Alternativo de 1992. Por último, en la conclusión, nos planteamos la posibilidad de aceptar esa "*Dritte Spur*" desde un plano crítico sin desconocer la importancia y necesidad de un Derecho Penal de alternativas.

Palabras-clave: Reparación – Fines de la pena – Diferencias con la responsabilidad civil – Tercera vía punitiva – Derecho Penal de alternativas.

1. Introducción

Podría decirse que el Código Penal es el *catálogo en el que se reúnen los fracasos de una sociedad*, aquello que ésta no ha podido resolver de otra forma. Sin embargo, el Código Penal no puede ser la Enciclopedia del fracaso social, albergando todo tipo de comportamiento que la propia sociedad no ha podido resolver por otros medios.[3] El Código Penal reúne el catálogo de conductas humanas que en un momento histórico determinado, ponen en peligro los bienes individuales y colectivos más preciados. Allí, con forma de norma previene, motiva y finalmente, amenaza a posibles infractores con una pena. Pero tampoco debe abarcarlo todo. Prevenir, motivar, amenazar y penar conductas que no son de extrema gravedad, lo haría fracasar rotundamente en su cometido.

3. Los principios de subsidiariedad y fragmentariedad lo impedirían. El Derecho penal solo puede intervenir ante el fracaso de otros medios de solución del problema, por ello la pena es la "última ratio de la política social y se define su misión como de protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza "fragmentaria" del Derecho penal". Cfe. Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Trad. y notas Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, 1997 p. 65. Ver también Francesco Palazzo, *Principi Costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, en *Studi in Memoria di Pietro Nuvolone*. Volume Primo, Milano, 1991, pp. 371 y ss.

El sistema penal no puede ser un "cajón de sastre" que albergue todo tipo de herramientas – muchas de ellas inútiles – respecto a la función de mayor importancia que el Derecho Penal debe cumplir en sociedad. Me refiero a la de proteger bienes jurídicos de los más intolerables ataques y solucionar el conflicto causado por el delito.[4] Pero tampoco, la "utilidad" puede conseguirse a cualquier costo, sino de la forma menos lesiva para los intereses de los ciudadanos.

Es así que, por más que el sistema penal deba encargarse de los fracasos sociales, se le debe reclamar eficacia sin que mermen las elementales garantías individuales, aquellas que en líneas generales se encuentran contenidas en la Constitución.[5]

A través de la historia – y no en época muy lejana en el continente americano – distintos sistemas penales, haciendo un mal uso del monopolio de la fuerza, se encargaron de perseguir (a veces, condenar a muerte) a los libre pensadores, disidentes, enemigos políticos o aquellos que defendían la libertad de opinión, puesto que el "sistema" lo entendía necesario para su subsistencia. A solución similar recurren muchos sistemas penales modernos, que demuestran su impotencia – ahora – a través del aumento de las penas, creación de delitos

4. El problema que se ha venido dando, es que con el advenimiento del Estado social (*Welfare State*) se ha producido un giro en el papel teleológico que cumplía el bien jurídico. Este ha dejado de cumplir una función limitadora para realizar una función de propulsión del Derecho penal, abarcando áreas sociales a partir de principios programáticos que surgen de la Constitución. De esta forma ha colaborado involuntariamente con la inflación del Derecho penal. El Derecho penal no puede cumplir la función de promover valores sociales. Esto lo conduciría a su desnaturalización En ese sentido, ver Fermín Morales Prats, *Funciones del derecho penal y sociedad civil*, en *Il Diritto Penale alla svolta di fine millennio. Tai del Convengo in ricordo di Franco Bricola* (Bologna, 18-20 maggio 1995). A cura di Stefano Canestrari, Torino, pp. 62 y ss.

5. Vide, Gastón Chaves, *El Derecho Constitucional y el Derecho Penal Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo*. Tomo II, Dardo Preza, Ingranussi, Montevideo, 2000, pp. 127 y ss. Ver también, Franco Bricola, *Carattere "sussidiario" del Diritto Penale e oggetto della tutela*, en *Studi in Memoria di Giacomo Delitala*. Vol. I, Milano, 1984, pp. 101 y ss; Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, cit, p. 55; Emilio Dolcini-Giorgio Marinucci, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, en *Scritti in Memoria di Renato Dell'Andro*. Vol. I, Cacucci Editore, 1994, pp. 271 y ss.. En opinión de Francesco Palazzo: "*Le scelte di criminalizzazione, i beni giuridici e le indicazioni costituzionali sono i sentieri lungo i quali si aggira oggi la scienza penale nel suo attuale idillio con la politica criminale*"; obra cit. p. 377.

innecesarios o regímenes de "tolerancia cero".[6] Si bien su política criminal se reduce al simbolismo, la represión y el fracaso, su finalidad es la de ejercer un fuerte control social.[7]

Dentro de este panorama, el derecho penal no ha podido renunciar a la pena privativa de libertad como pena principal, a pesar que la misma no cumple con los designios de resocialización que exigen las distintas Constituciones.[8]

En vista de este rotundo fracaso político criminal, el legislador ha venido intentando paliar la situación a través de sustitutos a la pena privativa de libertad.[9] Primero, recurriendo a la pena de multa;[10] luego por medio de sanciones alternativas,[11] algunas de ellas aplicadas en determinadas figuras relacionadas con la ejecución de la pena.[12]

6. Ver Hassemer-Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 328 y ss; Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde/Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 275 y ss.

7. Vide al respecto, David Garland, *Punishment and Modern Society. A study in social theory*, The University of Chicago Press, 1990; *The culture of control*, Oxford Univ. Press, 2001. Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, 2ª. Ed., Temis, 1999.

8. Vide Pablo Galain, *La relación existente entre las teorías de la pena y el principio de culpabilidad en el Derecho Penal actual*, en *Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo*. Tomo II, Dardo Preza, Ingranussi, Montevideo, 2000, pp. 165 y ss.

9. Según entiende Roxin, "las reacciones en contra de la conducta punible se modificarán ampliamente al retroceder cada vez más la pena privativa de libertad y ser completada o incluso reemplazada por un rico arsenal de consecuencias jurídicas, que si bien presuponen una conducta punible, ya no pueden seguir siendo entendidas como penas en sentido tradicional." Vide, "El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo", en *Dogmática Penal y Política Criminal*, Traductor y editor Manuel Abanto, Idemsa, Lima, 1998, p. 440.

10. § 40 StGB. En Alemania en 1990 las privaciones de la libertad ascendían al 5,3% contra el 83,3% de las penas de multa impuestas. Cfe Kaiser, *Kriminologie*; cit. por Roxin, *El desarrollo*, cit, p. 452. En 2001 las multas ascendieron al 86,2% según datos de la Fiscalía. Staatsanwaltschaften (Arbeitsunterlage) 1993 bis 2001 jew. Tab. 2.2. Pese a la gran utilización de la pena de multa en Alemania, como bien indica el Profesor Roxin, ésta fracasa frente a los autores que no poseen dinero, o frente a aquellos que lo "ponen a buen resguardo" de la justicia. Vide, *El desarrollo*, cit, p. 453.

11. § 43a, § 44 StGB. Roxin propone algunas nuevas penas en vistas de un futuro cercano. Así se refiere en reiterados artículos al arresto domiciliario o a la interdicción en la conducción de vehículos automotores. Vide por todos, *El desarrollo*, obra cit, pp. 453 y ss.

12. § 56b y § 56c StGB.

Desde el apogeo de la Escuela Positivista el catálogo punitivo ofrece al juez pocas variantes; el sistema vicarial no permite ir más allá de la pena o medida de seguridad para enfrentar el fenómeno delictivo.

Es así como – llegados a este punto – una vez más Claus Roxin, [13] realiza una propuesta dogmática innovadora. Esta vez propone una "Tercera Vía" *(dritte Spur)* dentro de la teoría de la pena, que estaría referida básicamente a la reparación voluntaria del daño causado por parte del delincuente. El sistema vicarial se pone en tela de juicio y es nuevamente Roxin quien motiva la discusión científica.

Al somero desarrollo de esta propuesta, sin ingresar en la vasta discusión alemana sobre la reparación *(Wiedergutmachung)* y la conciliación entre el autor y la víctima *(Täter-Opfer-Ausgleich)*, se dedican las páginas que siguen.

2. La reparación y la teoría de la pena

2.1 Hoy se acepta pacíficamente que la discusión sobre los fines y fundamentos de la pena, la evolución de su teoría, ha derivado en la discusión explicativa de la esencia del Derecho penal mismo.[14]

Partir de la idea de que la privación de libertad no debe ser la única consecuencia penal, no parece gran avance en época de aparente dominio funcional o sistémico.[15]

13. Quien en la década del 70 ya había propuesto una "apertura de puertas" de la dogmática penal a los designios de la política criminal, provocando un nuevo ámbito de discusión al sostener la ineficacia de los ontologicismos y la necesidad de solucionar los problemas de la teoría del delito recurriendo a fines de política criminal, en lugar de partir de estructuras lógicas-objetivas que determinaban la acción. Vide *Kriminalpolitik und Strafrechsystem*, De Gruyter, Berlin, 1970; existe traducción de Muñoz Conde, *Politica criminal y sistema del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1972.

14. Roxin, *Derecho Penal*, cit; Günther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición, corregida.", trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1997; Jescheck/Weigend *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 4ª Ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., corr. y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995, Aranzadi, Barcelona, 1996.

15. En el ámbito de la Sociología, la teoría sistémica establece en líneas generales que: "a. La sociedad es un enorme sistema constituido por una serie de partes interrelacionadas. b. Su fundamento es el funcional-estructuralismo, el cual entiende que la función antecede a la estructura, a diferencia del estructural-funcionalismo, que parte de la existencia de estructuras dadas que deben

Empero, si se dijera que la renuncia a la misma, o su sustitución por sanciones alternativas no quiebran la "coherencia del sistema", en cuanto no merma el mensaje de la norma ni la función de la pena, puesto que, además, derivan del propio ordenamiento jurídico, podría considerarse como tal.[16]

Es así que, más que nunca debe ser definida con claridad, cual es la función del derecho penal. Entendiendo que la doctrina mayoritaria ha aceptado la ruptura definitiva con las estructuras ontológicas como base de la teoría del delito; ahora, los elementos de dicha teoría, deberán ser interpretados según coordenadas funcionales o funcionalistas. Para esto, según los fines de la norma – interpretación teleológica – para definir al delito, debemos delimitar en forma previa, que funciones cumple el derecho penal, pero también, que funciones cumple la pena. En este proceso se podrán descartar, aquellas funciones y fines que el derecho penal o la pena, no están legitimados para cumplir.

Al derecho penal se le ha asignado la misión de: a) Proteger bienes jurídicos; b) motivar conductas; c) prevenir en forma general y reafirmar la norma.

ser sostenidas por las funciones. c. Los sistemas sociales se construyen a partir de la comunicación. d. Se trata de una teoría generalizadora, multidisciplinaria, que define la sociedad como un sistema autorreferente y autopoiético que se compone de comunicaciones; en el que autorreferencia equivale a un sistema entendido como conjunto de elementos que se relacionan entre sí, teniendo en cuenta el entorno, mientras autopoiesis significa que el sistema puede crear sus propios elementos y la estructura que resulta de ellos.". Cfe Álvaro Orlando Pérez Pinzón, "El funcionalismo en la sociología actual", en *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, E. Montealegre (coordinador), Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 123. En sentido penal, lo funcional surge del método teleológico, el cual obliga al Derecho penal a construirse desde o a partir de las consecuencias que él produce. El criterio de sistematización jurídicopenal serán las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Ver Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 203. La pena, consecuencia natural del Derecho penal, según la función que debe cumplir, debe ser el instrumento que permita la prevención general positiva o integradora –esto es– la reafirmación del derecho frente al delito, como medio de lograr la "fidelidad frente al derecho" de la generalidad y del autor individual. La pena tiene un significado especial, debe demostrar que el comportamiento del infractor no es determinante, pues, lo determinante sigue siendo la norma. "La pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo." Ver Günther Jakobs, *Derecho Penal*, cit., p. 14. La legitimación del Derecho Penal se encuentra en la función preventiva y en la persecución de fines políticos. Ver Neumann-Schroth, *Neuen Theorien von Kriminalpolitik und Strafe*, Darmastadt, 1980, p. 122.

16. En sentido similar Quintero Olivares, "La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena", en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, 1989, p. 595.

Partiendo del respeto de estas funciones, debería analizarse si podría adoptarse sin mayores problemas sistémicos, la reparación como una de los fines de la pena.

Si de encontrar un punto de partida se trata, podríamos hacerlo desde la premisa que la pena no puede servir solamente para infligir un castigo sin ulterior finalidad que el sufrimiento del autor como forma de responsabilizarlo por el daño causado.

Por designio de la Constitución la pena debe servir a la resocialización del individuo, aunque la doctrina sea conteste que en ese caso el modelo tradicional de privación de libertad ha fracasado absolutamente.[17]

La pena, desde un punto de vista preventivo general positivo o integrador, debe servir a los efectos de la reafirmación de la norma que ha sido vulnerada por el delito, pero no debe descuidar el mensaje preventivo general negativo, el cual –a nuestro entender – se cumple en forma debida sin necesidad de penas desmesuradas o desproporcionados. Para que la población confíe en su sistema normativo y de justicia, basta con que los ataques más intolerables sean perseguidos y juzgados, sin que hagan falta penas ejemplarizantes. [18] Es más, dichas penas causan el efecto contrario y producen solidaridad con el delincuente, quien en lugar de asumir su responsabilidad, se siente –con razón– a su vez víctima de un sistema "injusto".

La pena debe cumplir con una función retributiva, [19] y con una función preventiva, [20] pero también, la pena debería cumplir una función reparadora, ya sea para con la víctima directa del delito o para con la sociedad en general.

17. Por todos, Muñoz Conde, "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", en *Cuadernos de Política Criminal* n. 7, 1979, pp. 91 y ss. "Las críticas a la resocialización del delincuente no sólo se dirigen contra la resocilización como tal, sino también contra el medio o sistema empleado para conseguirla: el tratamiento penitenciario", *Ibidem*, p. 100.

18. Vide, E. Dolcini, *Il castigo sia moderato, ma certo*, en *Sistema Sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè Eidtore, 2002, pp. 31 y ss.

19. En lo que respecta al principio de culpabilidad como límite de la pena, aunque pueden existir matices en su gradación en lo que refiere al mínimo de pena y los efectos preventivos; "la pena adecuada a la culpabilidad no tiene sentido en sí misma, sino como instrumento al servicio de un fin político-social". Roxin, "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena.", en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, trad. De Muñoz Conde, Reus, p. 97. Esa finalidad no es otra que la surge del Estado de Derecho.

20. Desde el punto de vista de prevención especial, impidiendo al menos una mayor desocialización del sujeto; y desde el punto de vista preventivo general dando el mensaje a la población de que el sistema

"¿La reparación del daño como 'tercera vía' punitiva?"

También existe la posibilidad de considerar la reparación como una alternativa a la pena;[21] lo que podría encuadrarse dentro de un "efecto premial"[22] del derecho penal, antes que meramente sancionador. Hasta el momento el código penal alemán ha considerado la reparación del daño como una circunstancia atenuante de la responsabilidad con incidencia al momento de fijar la pena[23] o

trata igual a los iguales y desigual a los desiguales sin ulterior diferencia, persiguiendo los delitos que la sociedad en general entiende como "socialmente inadecuados" e intolerables y absteniéndose de actuar cuando la infracción no reviste tal condición o cuando la víctima no tiene interés en la persecución del mismo y la investigación de los hechos depende de su exclusiva voluntad. Según entiende Roxin, la prevención general de mayor importancia es la "positiva" o "integradora", de cuyo concepto se derivan tres consecuencias: a) "el efecto motivador pedagógico-social de aprendizaje, que debe provocar la ejercitación en la fidelidad al Derecho"; b) "el efecto de confianza, que se logra cuando el ciudadano ve que el Derecho se realiza; y c) "el efecto de satisfacción, que aparece cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica general se apacigua acerca de la infracción al Derecho y da por finalizado el conflicto con el autor". Conforme, "Fines de la pena y reparación del daño", trad. Julio Maier y Elena Carranza, *De los delitos y las víctimas*, Ad-hoc, 1992, p. 149.

21. La consideración de la reparación dentro de los fines de la pena podría entenderse legitimada desde y a partir del principio de subsidiariedad de la pena de prisión, la reorientación hacia la víctima y la no desocialización del delincuente. Ver Elena Larrauri, "La reparación"; en *Penas alternativas a la prisión*; Bosch, p. 175.

22. Al referirnos al "efecto premial" queremos significar aquellas situaciones en que la norma prevé un beneficio para el autor; lo que no quiere decir que lo premial no pueda hallarse también dentro del catálogo punitivo. En éste encontramos penas y sanciones, y entre ellas distintas gradaciones. El "premio" a la reparación vendría en cuanto la posibilidad de aplicar la pena o sanción más benigna, o incluso en determinados casos, la exención de pena. En el derecho europeo continental generalmente el recurso a la premialidad no se da en sustitución de la pena, sino que se traduce en factores que o bien excluyen la punibilidad o atenúan las consecuencias del delito, ya sea extinguiendo el delito o la pena. En opinión de Bobbio un derecho que premia determinados comportamientos o da relevancia a sanciones positivas es propio de un estado de bienestar, no de uno estático y conservador, protector del *status quo*, sino de un Estado que intenta programar y reformar la sociedad (Norberto Bobbio, *Sulle zanzioni positive*, en *AAVV, Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, Milano, 1971, pp. 238 y ss.).

Es una ventaja del recurso a un derecho premial, el bajo costo político de legislar en forma positiva. A *contrario sensu*, una política de intervención negativa, contiene efectos deslegitimadores sobre el destinatario no favorecido, mientras que el efecto inverso se da con aquel que se ve favorecido por el efecto premial. A su vez, en caso de errores judiciales, el costo social de un derecho premial es mucho menos lesivo que uno que legisla en forma negativa o represiva.

La función positiva del derecho penal asume roles simbólicos de relevancia social que la función negativa no logra asumir mas allá de la prevención general negativa.

23. § 46 inc. 2 StGB: "Fijación de la pena: (2) 1. En la fijación sopesa el tribunal las circunstancias favorables y desfavorables al autor. 2. En esta relación deben tomarse en consideración de manera

una obligación que se puede imponer para la suspensión condicional de la pena.[24] Pero también, según dispone el § 46a StGB, la conciliación realizada entre autor y víctima o el esfuerzo considerable del autor por su consecución, sumado a la indemnización total o parcial del daño, permite al tribunal (en causas menores)[25] atenuar la pena según el § 49 StGB o prescindir de la misma.

Si bien se deben aceptar como válidos la mayoría de los argumentos a favor de una revalorización de la víctima, esto debe hacerse dentro de los límites del derecho penal y no fuera de él. Por tanto, implica analizar la situación también desde la teoría del bien jurídico, el cual merece a esos efectos una repersonalización.[26]

2.2 En aras de la aceptación del modelo reparador, dentro de la teoría de la norma, debemos partir de una concepción dualista-personalista de la misma, donde la norma, además de regla de valoración que *valora en forma negativa* la conducta realizada (*desvaloración*), es también una norma de motivación de comportamientos. La función de *Ansprechbarkeit* o de dialogo normativo, requiere de un interlocutor válido que pueda responder al "llamado" de la norma a través de un proceso de razonamiento interno. El sujeto debe reunir la condición de "abordable" por el mensaje motivador de la norma. Por tanto, la

particular:...su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor de lograr un acuerdo con la víctima".

24. § 56b inc. 2. 1 StGB: Suspensión de la pena. Obligaciones: "El tribunal puede imponer al condenado: 1. reparar de acuerdo con sus posibilidades los daños causados por el hecho..."

25. Que no superen un año de pena de privación de libertad o multa de hasta 360 importes diarios.

26. Ver Albin Eser, "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima", trad. Cancio Meliá, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol XLIX fasc. III, 1996; "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992; "Una justicia penal "a la medida del ser humano" en la época de la europeización y la globalización", trad. de Teresa Manso, Congreso Internacional. Facultad de Derecho de la UNED. Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2002, Separata; J. Baumann, *Zur Repersonalisierung des Strafrechts*, en W. Küper/J. Welp (eds), Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70 Geburtstag, Heidelberg, 1993, pp. 42 y ss.

norma tiene a un hombre de capacidad "normal" como su destinatario. Es así, que intentará una orientación normativa –no la simple imposición– [27] respecto a aquellos comportamientos "no tolerados" en una sociedad determinada.

El ordenamiento jurídico motiva en forma apriorística, al mismo momento que amenaza con una pena en caso de desconocimiento voluntario de tal motivación y actuación en contrario.

El Estado se ve forzado a actuar a efectos de mantener la confianza general en la norma, de otra forma, todo el ordenamiento jurídico perdería paulatinamente su validez.

La utilización del *ius puniendi* estará justificada solo ante el fracaso motivacional de la norma, la violación de la misma y el ataque efectivo al bien jurídico tutelado, de hacerlo antes, aun con la excusa de la prevención o de una efectiva Defensa social, estaríamos ante una intromisión en los derechos del ciudadano que sería intolerable.

Es en esa línea de pensamiento, que para procederse a una imputación de responsabilidad, el desvalor de acción o comportamiento valorado negativamente, debe traducirse en un resultado dañoso o desvalor de resultado.[28]

27. La teoría "monista" de las normas de Binding, podemos considerarla como el opuesto a la que se menciona en este trabajo. Según ésta, el individuo solo debe obedecer el mandato o imperativo normativo, siendo el Estado el destinatario de la misma y no el individuo que solo tiene el deber de sumisión. Ya nos adheríamos a la concepción dualista de la norma en *La relación existente*, cit. p. 229.

28. Dentro de la nueva orientación que sigue mayoritariamente la doctrina penal, además de la causalidad se exige la imputación para que un hecho pueda considerarse un comportamiento con relevancia jurídica penal. Junto a la acción desvalorada debe darse un resultado también desvalorado por el legislador. Esto va a significar que no cualquier resultado dañoso podrá ser imputado a un individuo, sino sólo aquel que pueda con exactitud sostenerse que es su obra. Para ello se ha desarrollado la teoría de la imputación objetiva, para proceder a un primer nivel de imputación, que conecta al sujeto con el resultado, pero también con la teoría del riesgo permitido, puesto que deberá decidirse (según aquello que es de interés penal), que era lo que la norma pretendía evitar se produjera, o mejor expresado, si el resultado acaecido tiene relación con las exigencias normativas derivadas del tipo penal. Sólo de esa forma tal resultado podrá ser imputado (en sentido penal) al sujeto que lo causó según las leyes de la física. La teoría de la imputación objetiva indica que no basta con que se haya producido un riesgo o aumentado uno ya existente –hasta ese momento tolerado– (desvalor de acción), sino que el mismo debe transformarse en un resultado dañoso

Estamos convencidos que el sistema penal debe gozar de cierta unidad y congruencia, especialmente entre sus aspectos material y formal. Es así que muchos de los principios que inspiran a la teoría del delito y de la pena, tienen también ingerencia en la materia procesal. La teoría dualista-personalista de la norma, también exige un sistema procesal abierto al diálogo antes que a una búsqueda inquisitiva de la verdad. Delito y proceso son indicadores legales de una situación que debe ser dinámica, como forma de explicar la sociedad "como un proceso de interacción y comunicación."[29]

Convengamos que desde el punto de vista normativo, la reparación operaría como un "premio" al delincuente que proceda voluntariamente a reparar el daño causado o disminuir los efectos de su acción. De aceptarse la técnica premial, no debería ser la retribución el fin primordial de la pena, pues "esta amarga necesidad" de imponer mal por el mal realizado, no se condice con la función de "premiar" una conducta.

De todas formas, siempre queda un problema por resolver en cuanto a las técnicas premiales, puesto que, como señala Bricola, la técnica del estímulo (*incoraggiamento*) y la función premial (*premiale*) del derecho penal, son incompatibles con la esencia y la función de la sanción penal.[30]

Sin embargo, cuando las circunstancias permiten la exención de pena, no pueden caber dudas que el comportamiento positivo posterior del delincuente ha recibido un premio por la "buena acción".

(desvalor de resultado), que a su vez debe coincidir con aquel resultado que la norma pretendía evitar se produjera. Ver Roxin, "Omisión e imputación objetiva en derecho penal", en *Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal*, Enrique Gimbernat (Ed.), Univ., Servicio de Publ., Facultad de Derecho Madrid, 1994; *La imputación objetiva en el derecho penal*, Idemsa, Lima, 1997; *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Trad. e introd. de Luis Greco, Rio de Janeiro, 2002.

29. Habermas, *La lógica de las ciencias sociales*, tecnos, Madrid, 1988, p. 309; Gonzalo Fernández, "*Seguridad Ciudadana y reforma procesal*", FCU, Montevideo, 1995, pp. 24 y s.

30. Aunque podría entenderse con Fiandaca (*Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1978, p. 67) que el premio estaría en relación con el efecto promocional, en los mismos términos en los que pena se relaciona con la tutela del bien jurídico". Ver F. Bricola, *Funzione promozionale, tecnica premiale e Diritto Penale*, en *Diritto Premiale e Sistema Penale*, Milano, 1983, p 123.

Es indudable que la pena debería tener hoy funciones más importantes, positivas y menos frustrantes que cumplir. Ésta debe prevenir la comisión de delitos,[31] actuando sobre el infractor como sobre la sociedad en general. Pero además, la pena devuelve la confianza a la sociedad en el derecho y en su sistema penal. Aunque para ello, no debe exigir sacrificios innecesarios ni la expiación de la culpa, ni infligir sufrimiento en represalia por un mal comportamiento social. La pena puede prevenir, aun a través de su no imposición *en caso de no ser necesaria.*[32]

Pero también la "pena" podría consistir en una amonestación con reserva de pena.[33] Lo que realmente importa es que la pena cumpla con su función de solucionar de la forma menos costosa, un grave e intolerable problema social.

Dentro de la búsqueda de los costos mínimos, se debe recurrir necesariamente a la política criminal y a las experiencias de derecho comparado.[34]

31. La norma operó como primera "barrera preventiva", pero ante su fracaso, a través de la pena se vuelve a reforzar el sentimiento hacia el respeto de los bienes jurídicos ajenos o comunes. El Derecho penal pretende motivar al ciudadano a través de conductas que –al ser prohibidas– se tiene la expectativa que no se lleven a cabo. De esta forma realiza una función de prevención a través de la motivación normativa. Ver Muñoz Conde, *Derecho Penal y control social*, Temis, 2ª. Ed, 1999, p. 20; Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª. Ed, Tecnos, 1990, pp. 179 y ss; Pablo Galain, *La relación*, cit. p. 255. De otra opinión Bustos Ramírez, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, ed. Jurídica Conosur, 1994, p. 196.

32. § 46a StGB. Según el § 153b StPO en una etapa procesal anterior, en aplicación de los principios de oportunidad y celeridad, puede el fiscal renunciar a la acusación o –en su defecto– solicitar el sobreseimiento, siempre que se den las condiciones bajo las cuales el tribunal podría prescindir de la pena.

33. Según el § 59 StGB cuando el ordenamiento jurídico no exija la condena de una pena y se trate de una pena de multa de hasta 180 días-multa, podrá el tribunal amonestar al autor, determinar la pena y reservar la condena de esa pena, siempre que: "1. sea de esperar que el autor se abstenga en el futuro de cometer hechos punibles aun sin condena a pena. 2. una valoración en conjunto del hecho y de la personalidad del autor demuestran especiales circunstancias según las cuales es procedente que a él se le pueda eximir de la condena a pena".

34. Si un ordenamiento jurídico recurriera a la pena de muerte como forma de disminuir el reiterado delito de "secuestro", y las estadísticas indicaran que el número de secuestros no disminuyen – o aun disminuyendo –, aumenta el número de víctimas "asesinadas" por los secuestradores; quiere decir que la pena de muerte no ha servido a los efectos de la prevención del delito y que en contrapartida, un delincuente que se sabe de "antemano", será penado con la muerte, poco le importa que su víctima permanezca con vida en caso de ser detenido por la policía o de haber cobrado

La prevención debe comenzar con la norma, pero culminar con la imposición de la pena,[35] siempre que ella sea necesaria a estos mismos efectos. [36]

Es cierto que cada vez que la pena es aplicada, se procede a la reafirmación de la norma como modelo de orientación en el que la ciudadanía (incluido el delincuente) puede confiar. Además, y como complemento, la pena no perderá su efecto intimidatorio. Pero éste no es de mayor importancia dentro de las funciones que la pena tiene que cumplir. Este efecto se relaciona generalmente con aquellos delitos que han causado una "alarma social" que debe ser acallada me-

el precio del rescate. Esa política criminal además de ser errónea desde el punto de vista de los fines de la pena, produce un alto costo social, contabilizado en número de víctimas. Las víctimas directas del delito y las posibles víctimas de un sistema de "justicia" que –sin ser infalible, o aun siéndolo– condena a penas de muerte. Pero si a ese mismo delincuente, la norma penal, además de no castigarlo con la pérdida de su vida (sino con la de su libertad), le ofrece la posibilidad de considerar como atenuante el hecho de que libere a la víctima antes de la consumación del delito, o lo que es lo mismo, del cobro del rescate, serán mayores las posibilidades de que la víctima sea liberada con vida. La pena de muerte para el delito de secuestro, en lugar de actuar como freno inhibitorio o como función preventiva general negativa, tan sólo disminuiría las posibilidades de que la víctima resulte con vida en caso de no pagarse el precio del rescate. Una política criminal que no considere a la víctima no estaría justificada, por más que pudiera obtener "beneficiosos" efectos preventivo general negativos.

35. La pena de privación de libertad debe quedar reservada para aquellas situaciones en que deviene imprescindible por razones de seguridad, en consideración de la culpabilidad del sujeto, el daño causado, la forma de llevar a cabo la acción disvaliosa y la importancia del bien jurídico tutelado. Este tipo de pena no puede ser la regla general. Utilizarla de esa forma sería un abuso por parte de quien tiene la potestad de legislar, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en la peor forma de utilizar el monopolio de la fuerza.

El legislador ha entendido conveniente el recurso a otro tipo de pena que no prive la libertad al sujeto, sin dejar de cumplir los fines que ésta necesariamente debe cumplir. Es así que surge la multa como pena alternativa. Empero sucede que en la mayoría de los Códigos Penales, la pena de multa, siempre que no fuera satisfecha se convierte en pena de privación de libertad. En el caso alemán ver § 43 StGB.

36. Hay ocasiones en las que la pena no ha sido aplicada, y de todas formas no se ha resentido el efecto preventivo general de la misma. Como dice J. J. Queralt, "El Estado, es decir, la comunidad política, puede, en ciertas circunstancias, siempre legalmente reguladas, considerar que la prevención general se mantiene pese a la no verificación en la realidad de la pena, en cualquiera de las fases procesales de imposición y o ejecución, o cuando tales se condicionan en su virtualidad, en todo o en parte, a que el victimario se someta a la realización de alguna modalidad de reparación". "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación", en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. J.M. Silva Sánchez ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 168.

diante la acción e intervención del derecho penal. Sin embargo, muchos de los delitos que llegan a los tribunales, son "conflictos" que podrían solucionarse por vías menos costosas al proceso penal tradicional, o con sanciones alternativas a la pena de privación de libertad, o incluso de multa.[37]

2.3 En una sociedad que debe ser más comunicativa, donde debe primar el diálogo como fuente de inspiración de las acciones comunicativas,[38] no debe sustituirse el intento de tal instancia comunicativa por violencia formalizada. Donde sea posible el acercamiento ofensor-victima, este debe propiciarse y no renunciarse a priori.[39]

37. Respecto al recurso permanente de los jueces a las penas tradicionales, se pregunta Albin Eser: "¿Quien no iba a poder comprender la decepción de la víctima que al final del proceso penal tiene que soportar que el autor sea condenado a una pena de multa o de privación de libertad, mientras que ella sale con las manos vacías? Y, ¿acaso no se oscurecen aún más las perspectivas de obtener el resarcimiento de daños en un proceso civil por el hecho de que el autor tenga que pagar primero la multa o porque a través del cumplimiento de la pena privativa de libertad incluso se le quita por completo la posibilidad de hacer frente al daño? o, por otra parte, ¿cómo ha de sentirse el autor que ya ha hecho todo para satisfacer por completo a la víctima y a pesar de ello todavía ha de someterse a un procedimiento penal incierto? También aquí se hace patente que lo que pueda resultar beneficioso para la autoafirmación del Estado no necesariamente es justo con los seres humanos directamente afectados". Cfe. *Una justicia penal*, cit. p. 23.

38. En el entendimiento de las acciones comunicativas como aquellas manifestaciones simbólicas (lingüísticas y no lingüísticas) a través de las cuales los sujetos capaces de lenguaje y acción entablan relaciones con la intención de entender sobre algo y coordinar así sus actividades. Vide, Jürgen Habermas, obra citada.

39. Sobre el tema Täter-Opfer-Ausgleich"se recomienda: Heinz Müller-Dietz "*Was bedeutet Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht-notwendige Begriffsbestimmungen; Rössner/Bannenberg Das Prinzip des Täter-Opfer-Ausgleichs im Allgemeinen Strafrecht-Leitfaden für di Praxis*"; en *Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht. Theorie und Praxis konstruktiver Tatverarbeitung: Grundlagen, Modelle, Resultate und Perspektiven*, Bonn, 1993; Jürgen Schreckling, *Bestandsaufnahmen zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland*, Bonn 1. Verlag Bundesminister d. Justiz, 1991. J. Meyer, "*Zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems unter besonderer Berücksichtigung des Täter-Opfer-Ausgleichs*", in *Festschrift für Otto Triffterer* zum 65. Geburtstag, Wien-New Cork, 1996, K. Schmoller (Hrsg.), pp. 629 y ss; Michael Kilchling, *Aktuelle Perspektiven für Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im Erwachsenenstrafrecht*, NStZ, 1996, Heft 7, pp. 309 y ss. Britta Bannenberg/Petra Uhlmann, *Die Konzeption des Täter-Opfer-Ausgleich in Wissenschaft und Kriminalpolitik*, en *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Bonn, 1998, pp. 1 y ss; *Horst Viehmann Täter-Opfer-Ausgleich und Strafrecht?, Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis. Erfahrungen, neue Ansätze, Gesetzesvorschläge. Bericht über das Forum 1992 für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung vom 10. bis 12. April 1992 in Bonn*, 1993, pp. 204 y ss.

El sistema penal debe ofrecer al delincuente la posibilidad de "reparar" su mal acto, por propia voluntad (*freiwillig*), obteniendo de esa forma ciertos beneficios materiales y formales. Y esto tiene sentido porque el delincuente ha demostrado con su acción que los fines de prevención –especial como general– que la pena habría de intentar cumplir, ya han sido cumplidos al momento de proceder a la reparación (sea material o simbólica),[40] por lo que podría carecer de sentido y oportunidad la imposición de una pena. Al fin y al cabo, la solución del conflicto debería ser el *Leitmotiv* del proceso penal, que de ninguna forma puede quedar limitado a la "búsqueda de la verdad" *tout court*.[41]

El Derecho Procesal (alemán) tampoco puede admitir que el Estado deba perseguir necesariamente todos los delitos,[42] porque no todos los casos ni las situaciones son iguales, debiendo tratarse desigual a los desiguales, como mejor forma de respetar el principio de igualdad. Sino que tampoco el Estado (basado en el interés público, no el político) puede dedicarse a perseguir todas las infracciones a la ley penal, debiendo reservarse para aquellas que revisten gravedad. Dentro de estos parámetros tendría cabida el principio de

40. Cuando la doctrina se refiere a la reparación simbólica, lo hace desde la perspectiva de que la reparación no puede limitarse solamente a los delitos que causan un daño material, sino que también debería abarcar aquellos que no han sido consumados (tentativa fracasada) o algunos delitos de peligro abstracto (conducción imprudente sin consecuencias lesivas). En estos casos la reparación consiste en el pago de una suma de dinero a un fondo de compensación de víctimas. Ver al respecto, Christian Laue, *Symbolische Wiedergutmachung*, Duncker und Humblot, Heidelberg, 1999; Jin-Kuk Lee, *Symbolische Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem. Auf der Suche nach der Möglichkeit einer weiteren konstruktiven Tatverarbeitung und Entkriminalisierung durch symbolische Wiedergutmachung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000.

41. Vide, Muñoz Conde, "La búsqueda de la verdad material en el proceso penal", *Lección inaugural curso 1998-1999 Universidad Pablo Olavide*, Sevilla.

42. Ver Ulf Kapahnke, *Opportunität und Legalität im Strafverfahren*, Tübingen, 1982; Franz Mayer, *Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung*, Duncker & Humblot, 1963; Hans-Rainer Malluche *Opportunitätsprinzip – Überprüfung der Rechtsprechung* – Würzburg, 1978; Pott, Christine. *Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a*, Frankfurt, 1996; Erb Volker *Legalität und Opportunität*, Duncker & Humblot, Mainz, 1999; Markus Horstmann, *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen*, Duncker und Humblot, Köln, 2002; Carlos Aderito Teixeira, *Principio da oportunidade*, Coimbra, 2000.

oportunidad.[43] El proceso penal no es aconsejable para ciertos delitos ni para determinados infractores, siendo preferible en estos casos, el recurso a una vía alternativa de solución, o directamente reclamar la despenalización de tales figuras. Es indudable que el Derecho procesal penal debe tender a soluciones que busquen el consenso y la verdad formal antes que la inquisición y la verdad material.

2.4 La pena de reclusión –consecuencia por excelencia de los sistemas penales latinoamericanos– debe reservarse para los delitos más graves e intolerables, esos que no pueden solucionarse por vía distinta sin menoscabar otros fines de la pena como son la prevención general negativa y positiva; pero también la retribución con su límite en el principio de culpabilidad. No hace falta decir, que se requiere en nuestro entorno de urgentes reformas procesal penales que eliminen la regla de la prisión preventiva o el procesamiento con prisión.[44]

La pena en sí misma considerada debe tender a la reparación. A la reparación del sistema normativo resquebrajado, a la reparación de las normales condiciones de convivencia pacifica, a la reparación de la "paz jurídica",[45] sin des-

43. El principio de oportunidad surge ante la incapacidad de la Administración de Justicia a la hora de cumplir sus objetivos acorde al principio de oficialidad. Dicho principio – al igual que la pena– debería usarse cuando no exista otro remedio mejor. A través del mismo la justicia penal se torna más efectiva, dedicándose a perseguir las ofensas más graves y desechando la criminalidad menor y de bagatela. Para efectivizarlo se requiere otorgar al Ministerio Público la atribución del ejercicio de la acción penal en exclusividad. Además, desde un punto de vista teleológico, el proceso penal no debería tender a la búsqueda de la verdad material, sino de una verdad formal o consensuada. En líneas generales, y en cuanto tiene relación con el proceso penal a través del principio de oportunidad se podrá: a) no iniciar el proceso a instancias del fiscal, siempre que se produzcan determinados requisitos; y b) ponerle fin anticipadamente por efecto de la conformidad entre el acusado y los acusadores. Ver T. Armenta Deu, "Pena y proceso: fines comunes y fines específicos", en *Política criminal y nuevo...*, cit., pp. 224 y ss.

44. En el sistema penal uruguayo se impone – salvo excepciones – el procesamiento con prisión preventiva, sto ha llevado a que en 1997 el 90% de las personas privadas de libertad no tuvieran condena. Según Miguel Langón, Prólogo, *Sistema Penal. Revisión y alternativas* de Raquel Landeira y Beatriz Scapusio, Carlos Alvarez Ed., Montevideo, 1997, p. 9.

45. Término utilizado por Roxin en *Zur jüngsten Diskusión uber Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht* en el Festchrift für Paul Bockelmann del año 1979, donde se refiere a la "prevención integrativa" o "integradora" como un fin independiente de la pena, donde

cuidar a la reparación de la situación de la victima. De esa forma brindaría un mensaje general a la población de estar nuevamente en sintonía con los designios básicos de una pacifica vida comunitaria.[46]

No se debe caer en la confusión terminológica entre la reparación en sentido estrictamente civil y la reparación desde el punto de vista penal.[47] Esta última va mucho más allá de la simple "devolución" del precio de la cosa (y el pago de los intereses o costas y costos);[48] la reparación del daño causado, para el derecho penal, incluye –además del interés de la víctima– aspectos sociales relacionados con los fines de la pena. Estos no pueden ser cubiertos por la reparación civil del daño, y van más allá de la misma.[49] Por eso se relacionan con la teoría de la pena.[50]

ésta debe tender a la integración y la satisfacción, recomponiendo la "paz jurídica" alterada por el delito. pp. 305 y ss. Existe traducción al castellano de Muñoz Conde, "Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, Madrid, 1981.

46. Ver en sentido similar, Rössner-Wulf, *Opferbezegene Strafrechtspflege. Leitgedanken und Handlungsvorschläge für Praxis und Gesetzgebung*, Beihefte zum Rundbrief Soziale Arbeit und Strafrecht, 1987, pp. 82 y ss; Francesco Cavalla, *Pena e riparazione*, Cedam, Padova, 2000, cit. p. 97. Dice N. Amato, "*La riparazione é una funzione fondamentale, la piú persuasiva e razionale fra quante possono prospettarsi al sistema normativo per risolvere il conflitto, attualizzato dalla consumazione dell'illecito, fra il soggetto aggredito, divenuto soggetto offeso, e il soggetto del dovere, divenuto soggetto offensore*". *Diritto, Delitto, Carcere*, Milano, 1987, p. 93.

47. Normalmente, cuando se realizan actos de reparación del daño, la consecuencia jurídica penal prevista en la mayoría de las legislaciones es la atenuación de la pena. La satisfacción total del daño material se deja en manos de la víctima y del Derecho Civil, al ser considerada como una consecuencia que se deriva del delito de naturaleza exclusivamente civil. Como si se tratara de una cuestión que depende de la esfera privada del ofendido en la que el derecho público nada tiene que hacer, o de la que no corresponde se ocupe. Para una corriente de la doctrina penal, se debe poner fin a la evolución por separado del proceso civil orientado a la reparación de la víctima y el proceso penal orientado a la penalización del autor. Albin Eser, obra cit., p. 24. En esa línea de pensamiento, Susanne Walther, Heinz Schöch y en general los "Profesores Alternativos", aquellos que participaron de la confección del AE-WGM de 1992.

48. Como sucede en el Decreto-ley 14.412 de 8.08.1975 sobre Cheques, cuyo art. 59 permite al librador de un "cheque sin provisión de fondos" o "contra una cuenta corriente de la cual no fuere titular" o que tuviera al momento del pago su cuenta corriente suspendida o clausurada, a través de la "reparación material", lograr "la extinción" del proceso penal.

49. En otro sitio hemos definido a la reparación "como el esfuerzo personal y voluntario del autor en intentar la restauración o disminución del daño o los efectos nocivos derivados del delito, sea a través de prestaciones económicas o de prestaciones simbólicas". Vide Galain, Pablo/Romero, Angélica, "*¿Puede la reparación ser un arma político criminal en la lucha contra la criminalidad organizada?*"

2.5 Esta reconsideración de la reparación dentro de los fines del derecho penal, se entiende como una reorientación hacia las necesidades de la víctima.[51] Desde la Victimología se viene exigiendo una ampliación del campo de acción de la prevención añadiendo, de modo "potencial" el objetivo de controlar las consecuencias jurídicas.[52]

Es así que se vuelve a exigir al Derecho Penal [53] que preste mayor atención a la víctima del delito. Esto podría hacerse satisfactoriamente desde una justicia

en Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, volúmenes XXII-XXIII, nº 73, sep. 2001/dic. 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 53 yss; y Revista del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de la Patagonia, nº 1, año 1, mayo de 2004, Chile, págs. 68 y ss.

50. En primer lugar la pena debería intentar dar satisfacción a la víctima directa de delito. Si esto no llegara a lograrse, mal puede hablarse de un verdadero saneamiento de la perturbación jurídica. La pena presupone reparación, "aunque sólo sea de tal modo que a través del tipo de pena no se frustre dicha reparación". Para el Profesor Eser, "las multas deben destinarse en primera instancia a la indemnización de la víctima y las penas privativas de libertad deben ejecutarse de tal forma que el preso, si es posible, sea exhortado a la reparación a la víctima o que dicha reparación no se haga imposible". Obra cit., p. 24.

51. Respecto a la "*Opferorientierte*" como otros de los aspectos favorables de la *Wiedergutmachung*, Dieter Rössner, *Wiedergutmachung im Strafrecht-Straftheoretische Grundlagen des AE-WGM, Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis. Erfahrungen, neue Ansätze, Gesetzesvorschläge. Bericht über das Forum 1992 für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung vom 10. bis 12. April 1992 in Bonn*, 1993, p. 343.

52. Alessandro Baratta, "La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales"; *Revista de Ciencias Penales*, n. 4, Carlos Alvarez ed., Montevideo, 1998, p. 75.

53. En los sistemas penales del pasado podía recurrirse para la resolución de un conflicto, tanto a la violencia medida o proporcionada como a la reparación del daño. Surge del Código de Hammurabi, 2000 a.c, el § 196: "*Wenn jemand einem anderen das Auge zerstört, so soll man ihm sein Auge zerstören*", famosa frase del "ojo por ojo, diente por diente"; pero a su vez encontramos a la reparación como pena en los parágrafos § 295 o el § 260. En el § 206 se establecía que para el caso de dar una bofetada o un golpe, se debía pagar la asistencia médica; en el § 207 previa incluso para la muerte una suma de dinero de resarcimiento a los deudos. Cfe. Ludwig Frühauf, "*Wiedergutmachung zwischen Täter und Opfer. Eine neue Alternative in der strafrechtlichen Sanktionspraxis*", Verlag Dr. Mannhold Gelsenkirchen, 1988, p. 9. En el antiguo derecho germano "*Die Volksrechte*", por ejemplo en la Lex Salica, se establecían además de las penas talionarias, penas reparatorias según la entidad de la lesión (§ 10, § 11§ 12 § 13), de tal modo que si el autor devenía obligado a pagar determinada suma, en caso de cumplimiento no le seria aplicable otro tipo de sanción. *Idem*, pp. 15-16. Sucede que la reparación del daño (*Entschädigung)* siempre ha sido otra opción frente a la "devolución del daño" o la represalia (*Vergeltung*). La reparación del daño dependía del valor de la cosa robada o

penal con contenido reparador antes que represivo.[54] De la misma forma se exige al Estado una mayor protección a las víctimas del delito.[55]

En líneas generales, las tendencias doctrinales modernas tienden a una potenciación del papel de la víctima, reconociéndole un papel más activo y de una mayor capacidad de decisión.[56]

destruida, de la entidad de la lesión y de la posición social de la victima o lesionado. Era muy importante la función social desplegada por la víctima y debían respetarse las reglas existentes respecto a la reparación dependiendo del tipo de daño y la importancia social y funcional de la víctima. A través de la reparación a la víctima se reparaba también la situación social problemática.

Por tanto la *Wiedergutmachung* como la *Vergeltung* tienen el mismo origen y son contemporáneas, aunque tienen distintas consecuencias. Ambas nacen consecuencia del interés de la víctima de un control social de la situación injusta, desde la consideración de la situación del individuo que sufre el daño especifico. Sin embargo *se recurría en primera instancia a la reparación del daño antes que a la violencia*, la cual se utilizaba de manera supletoria y como *última ratio*. Cfe. Frühauf, cit. p. 29 y p. 32; la cursiva es nuestra.

Por su parte el Derecho Romano consideraba la prevención como fin de la pena sin renunciar a la reparación del daño causado a la víctima. La víctima debía demostrar su resentimiento (*ad animum suum non revocaverit de injuriis*) para que no se extinguiera su derecho a la reparación por el transcurso del tiempo. El Derecho Romano reparaba el sentimiento de la comunidad ofendida sin descuidar al individuo directamente perjudicado (*magis vindictae quam pecunia habet rationem*). Ver, Rudolf von Ihering, *La lucha por el derecho*, trad. De Adolfo González Posada, Heliasta, Buenos Aires, p. 71. Ver también J. Baumann, *Repersonalisierung*, cit. p. 44. Esa efectiva unión entre violencia y reparación dentro del mismo sistema sancionatorio es una de las características más interesantes del antiguo derecho penal.

54. Siendo por demás contundente, expresa Roxin: "Todo parece indicar que nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de la víctima, a pesar de que sería racional, desde el punto de vista político-social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y recién después ver si existe algo más que disponer". *La reparación en el sistema*, cit. p. 140. Sin menor contundencia señala Eser: "La despersonalización del derecho penal y del proceso penal debe retroceder en la medida de lo posible, siendo prioritario que la reparación a la víctima se entienda como presupuesto y parte de la sanción". Obra cit. p. 23.

55. En el noveno congreso internacional de Victimología llevado a cabo en Ámsterdam en 1997, se analizó el tema de la creación de Fondos de Asistencia a las Víctimas. Allí se acordó la necesidad de recurrir a soluciones alternativas de financiación de los mismos, ante la negativa de muchos Estados con respecto a su creación. Entre los modelos vigentes, se puede resaltar el francés que opera a través de una fundación nacional que se financia en parte con una pequeña prima que pagan las compañías de seguro; el canadiense que cobra una ínfima tasa a los condenados o el norteamericano que recauda donativos de las fundaciones. Ver Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudio de la víctima* Cuarta edición, Porrúa, México, 1988, p. 404.

56. Ver Javier De Vicente Remesal, "La consideración de la víctima a través de la reparación del daño", en Política criminal, cit. p. 176.

3. La reparación en el Código Penal Alemán

El Código Penal Alemán se refiere indistintamente a la reparación con los términos: *Wiedergutmachung* (reparación), *Schadenswiedergutmachung* (reparación del daño), *Entschädigung* (resarcimiento, indemnización, compensación)[57] y *Täter-Opfer-Ausgleich* (conciliación o compromiso de reparación entre autor y víctima).

El legislador alemán consideró una mejora de la posición (revaloración) de la víctima a través de la *Opferentschädigungsgesetz* (OEG) de 1976 con la modificación de fecha 7.1.1985, y la de la *Opferschutzgesetz* de 1986.

A través de la ley de 28 de octubre de 1994 (*Verbrechensbekämpfungsgesetz)* se introdujo la posibilidad de la Conciliación entre Autor y Victima (*Täter-Opfer-Ausgleich*), incluso llegando a modificar el Código Penal. Ahora en caso de que el autor se esfuerce hacia la reparación del daño, será considerado positivamente a los efectos de la medición de la pena (§46 y § 46a StGB), de la concesión de la suspensión condicional (§ 56 StGB) y para la amonestación con reserva de pena (§ 59 StGB).

Por lo que en el *Strafgesetzbuch* alemán la "reparación del daño" puede consistir en una causa para atenuar la pena o incluso para dispensar su imposición (§ 46a inc. 2 StGB). La doctrina alemana es conteste en que el esfuerzo reparador que se traduce en una reparación efectiva del daño, puede conducir a una total renuncia a la pena, o al menos a una importante disminución de la misma.[58]

Es importante aclarar que el legislador ha entendido que aunque la reparación cumpliera con los fines de la pena, no sería una pena en sí misma. Sin embargo, cuando el autor se haya esforzado en forma personal para conciliar la situación conflictiva con el ofendido (*Täter-Opfer-Ausgleich*), entiende que podrían verse cumplidos los mismos, y de esa forma, no ser necesaria la aplicación de otra sanción.[59]

57. La *Entschädigung* generalmente incluye actos de reparación monetaria sin que sean necesarios actos personales por parte del delincuente. Cfe. Sussane Walther, "Reparation and Criminal Justice: can they be integrated?" *Israel Law Review*, Summer-Autumn 1996, vol. 30, p. 319.

58. Manfred Maiwald, *Illecito Penale e riparazione del danno*, Désirée Fondaroli, Prefazione, XVII.

59. Jescheck/Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, cit, p. 806.

Está claro, que el legislador sólo permite la atenuación o dispensa de pena, cuando haya existido una conciliación (o su intento formal); hecho que no puede darse en todos los casos y que por lo tanto delimita las posibilidades de la reparación como dispensa de pena. No siempre es posible el encuentro entre autor y víctima luego de la comisión de un delito. En algunos casos, incluso no sería aconsejable.[60] La segunda limitación la encontramos en los delitos que pueden ver extinguida la pena por esta vía, contemplados tan sólo aquellos que tengan como pena máxima un año de cárcel o 360 días-multa.

Claro está, si se tratara de un deber que se impone al autor, por ejemplo como una sanción, en opinión del legislador alemán no se justificaría la renuncia o disminución de pena. Pero siempre que se trate de una opción personal del autor (por más que surja de una previa propuesta judicial o fiscal), debería procederse a tal disminución ya que el comportamiento positivo posterior, traería aparejados beneficiosos efectos preventivo generales y especiales.

Sin embargo, hay quienes entienden superflua y un esfuerzo desmedido para ambas partes –salvo en algunos casos muy menores–, la exigencia de una conciliación entre autor y víctima.[61]

Se debería analizar si los fines de la pena no se cumplen con la reparación del daño sin que tenga que operar ese encuentro personal entre autor y víctima. De aceptarse el reingreso de las penas privadas no habría tal inconveniente.[62]

60. Por ejemplo en delitos relacionados con lo sexual o habiendo mediado violencia en la comisión del hecho.

61. Vide, J.J. Queralt, *Víctimas y garantías*, cit., p. 167.

62. Autores como Schöch reconocen una doble función de la reparación civil. Por un lado se produciría la estricta compensación de los daños sufridos, a la vez que por el otro, se produce una satisfacción adicional al ofendido. Por lo que en determinados supuestos la función de compensación puede verse sustituida por la de satisfacción. En este sentido apoya la propuesta del Proyecto Alternativo (§ 16 y ss), por el cual las partes antes de la imposición de la pena podrían pactar una reparación. Ver Tamarit Sumalla, "La reparación a la víctima en el derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)", trad. del catalán Eva Maldonado/Carolina Villacampa, Fundació Jaime Callís, Barcelona, p. 158.

Sin embargo, el espíritu de la *Wiedergutmachung* va más allá de la simple reparación material, ya que requiere de una reconciliación del autor con la sociedad, especialmente con su víctima.[63]

4. El Proyecto Alternativo de 1992 sobre la reparación

Escapa al objetivo de este artículo un análisis detallado del *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AE-WGM), sin embargo en aras de la coherencia de la exposición, deben destacarse algunos de sus lineamientos principales.

No pueden caber dudas de la importancia del AE-WGM como precedente a la ley de 1994 (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*).[64] Así como tampoco las puede haber, respecto a la positiva valoración que la doctrina penal y criminológica han realizado sobre el mismo.[65]

En el parágrafo 1 se define a la reparación como "la compensación de las consecuencias del hecho mediante una prestación voluntaria del autor". De esta forma se obtiene la paz jurídica, fundamentalmente haciendo frente a las necesidades de la víctima, pero "cuando esto no sea posible, no prometa ningún

63. En reciente modificación del Código del Proceso Penal (StPO) se han incorporado los § 155a y § 155b relativos a la posibilidad para el fiscal y juez de en cualquier momento de la causa analizar el éxito de una composición entre el autor y la víctima, incluso fuera de la órbita judicial a través de mediadores o árbitros.

64. Ver, *Proyecto alternativo sobre reparación penal. Proyecto de un grupo de trabajo de Profesores de Derecho Penal alemanes, austríacos y suizos*, trad. Beatriz de la Gándara Vallejo, Ciedla, Konrad Adenauer Stiftung, 1998; Jürgen Baumann, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer*, Beck, München, 1992.

65. Heinz Schöch, *Wege und Irrwege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, en *Festschrift für Claus Roxin* zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, de Gruyter, 2001, p. 1048; *Der Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis. Erfahrungen, neue Ansätze, Gesetzesvorschläge. Bericht über das Forum 1992 für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung vom 10. bis 12. April 1992 in Bonn, 1993; Britta Bannenberg, *Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis*, Forum-Verl. Godesberg, Göttingen, 1993, p. 273; Brauns, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter*, Duncker&Humblot, Berlin, 1996, p. 300; Jürgen Meyer, *Zur Reform des strafrechtlichen*, obra cit., pp. 633 y ss.

resultado o no sea suficiente por sí mismo, entonces también entra en consideración la reparación frente a la colectividad (reparación simbólica)."[66]

Las prestaciones de reparación que se exijan no pueden gravar a ninguna de las partes de forma desproporcionada o inexigible; debiendo valorarse los esfuerzos del autor según su situación personal o económica.[67]

Se deduce del articulado propuesto, que la separación tajante entre pena e indemnización civil del daño debe retroceder en el derecho penal del futuro. Al fin y al cabo a ambos los une el mismo fin: la solución de los conflictos.[68]

No se acogen en sus disposiciones ideas abolicionistas, puesto que se entiende necesario el control estatal –antes que la resolución privada del conflicto– como único modo de hacer cumplir también a los poderosos.

En un Derecho penal que debe extender sus consecuencias jurídicas, que debe contemplar la posibilidad de que la paz jurídica se restaure por asunción voluntaria de responsabilidad, tiene cabida la reparación y se fundamenta en el principio de subsidiariedad. Es así que la reparación antecede a la pena cuando no se puede renunciar a una sanción, pero la imposición coactiva de responsabilidad no es necesaria o lo es en forma atenuada.[69]

5. ¿La reparación como tercera vía?

5.1 ¿Por qué deberíamos descartar de antemano que junto a las penas y las medidas de seguridad, pudiera existir una nueva forma de solucionar el conflicto?.

66. Vide *Proyecto alternativo*, cit, p. 13.

67. Vide § 2 inc. 2 y § 3.

68. En contra de esta idea y a favor de una separación clara de ambos procesos, Binding (Normen, vol I, 3ª. Ed, 1916, p. 284; cit. en el Proyecto Alternativo, obra cit. p. 39); Hirsch, "La reparación del daño en el marco del Derecho penal material", en *Derecho Penal. Obras completas*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni eds, Buenos Aires, 2002, pp. 141 y ss; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, cit. p. 664.

69. Vide, Proyecto, p. 41. El recurso a la pena estará justificado cuando los fines que se persiguen con ella no puedan alcanzarse por otro medio menos lesivo. Ese medio menos lesivo sería la reparación. Ver, M. Carmen Alastuey, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant monografías 165, Valencia, 2000, p. 78.

Siempre se puede pensar en una especie de medida o consecuencia jurídica alternativa (que no tenga naturaleza de pena) que pueda utilizar el juez para sancionar al autor sin necesidad de recurrir a la pena o a la medida de seguridad.[70] De esta forma, no habría inconvenientes para que dentro de estas consecuencias jurídicas se ubicara a la reparación.

Otra opción estaría conformada por la aceptación de la reparación como una pena; [71] aunque éste no es el camino seguido por el AE-WGM.

Cosa distinta es que el legislador valore positivamente el comportamiento posterior del delincuente; comportamiento reparador que no tendría que ser ex-

70. Dice el art. 1 del Código Penal Tipo Iberoamericano, "Principio de legalidad: Un hecho solo puede ser objeto de pena o de otra consecuencia jurídica prevista en este código, si estas han sido previamente establecidas por una ley formal, proveniente de órgano legislativo democráticamente legitimado." Según Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, "Código Penal Tipo para Iberoamérica. Vol. 1", Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 211. El hecho de referirse a "otra consecuencia jurídica prevista en este Código", deja las "puertas abiertas" a la adopción de la reparación del daño como un tipo de sanción alternativa o principal. De esta forma podría entenderse que las condiciones para una tercera vía punitiva estarían dadas. Político-criminalmente se intenta de esta forma, ampliar el campo de las sanciones penales, más allá de la multa u otras penas alternativas ya conocidas o adoptadas por algunos códigos modernos. Sucede que estas otras "consecuencias jurídicas" que puede llegar a preverse, no tienen por qué tener la naturaleza jurídica de una pena, lo que facilitaría su adopción y evitaría discusiones respecto a su naturaleza jurídica. En opinión de Antonio José Cancino, podría tratarse de medidas alternativas o substitutivas a ser aplicadas en determinados casos en que se realiza la conducta típica, pero no deviene necesaria la aplicación de una pena o medida de seguridad. Vide, "El derecho penal, la tercera vía y el principio de legalidad", en *El Derecho Penal Español de fin de Siglo y el Derecho Penal Latinoamericano. Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo*, ed. Jurídica Ibáñez, Colombia, 1999, pp. 89 y 104.

De esta forma los criterios de subsidiariedad y de "necesidad" pasarían a ocupar un lugar de privilegio en la moderna teoría del delito y de la pena.

71. Una propuesta de este estilo puede verse en los trabajos de Klaus Sessar *Wiedergutmachen oder strafen* y Wolfgang Schild, *Täter-Opfer-Ausgleich als Strafe*. Las críticas en Carmen Alastuey, cit. pp. 111 y ss. Ahora bien, la reparación como pena no es algo nuevo, tal propuesta fue realizada casi un siglo antes por la Escuela Positivista, entendida como una medida preventiva del delito dentro de los medios de Defensa social. El resarcimiento del daño era de interés público, el Estado debía interesarse de la víctima, por lo que según el art. 91, el fiscal al momento de solicitar la condena debía necesariamente reclamar el resarcimiento del daño, cuyo monto sería proporcional al daño, a la gravedad y modalidad del delito y a las condiciones económicas del condenado (art. 90). Cuando el delito no haya causado un daño económicamente evaluable, el juez podrá exigir o adicionar el pago de una multa. Vide *Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano per i delitti. (Libro I). Relazione del Presidente Enrico Ferri*, Milano, 1921, pp. 113 y 147.

clusivamente material. Esto significa que se acepta y valora positivamente, también a la reparación simbólica.

Sin que lo exprese el AE-WGM, se podría decir que el fundamento de esta beneficiosa consideración legislativa (a modo de premio) pudiera surgir de la "no-necesidad" de pena o "no-necesidad" de medida de seguridad. Por lo que el criterio de *necesidad de pena*, formulado en sentido negativo (no-necesidad), podría servir de fundamento a esta forma de solucionar el conflicto sin que tenga que recurrirse a una pena.[72]

72. Es difícil encontrar una definición precisa para la "necesidad de pena". (Vide, M. Da Costa Andrade, "Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito", en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 155). Son pocos los autores que no la consideran conjuntamente con el "merecimiento de pena". (Ver H. Otto, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Delikkategorien?*, en *Gedächtnisschrift für Schröder*, München, 1978, pp. 53 y ss; para quien al momento de valorar un comportamiento como perjudicial, se recurre al "merecimiento de pena", que corresponde a la dañosidad social; mientras que la necesariedad de pena es la respuesta a la finalidad de la pena y se deduce del principio de subsidiariedad. Entonces la pena no será necesaria cuando no ofrezca una posibilidad cierta de prevenir o corregir la dañosidad social). Para autores como Volk, no es de relevancia una tal diferenciación entre ambas categorías, pues en la práctica no trae consecuencias para el sistema ("*Ich fasse zusammen: In ihrer Funktion im Straftatsystem lassen sich Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit nicht unterscheiden... Sie ist daher systematisch und dogmatisch sinnlos.*" Según "*Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*", en ZStW, 2, 1985, p. 899) Están aquellos que sostienen que la "necesidad de pena" o "merecimiento de pena" podría llegar a conformar una cuarta categoría dentro de la teoría del delito, junto a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (Ver E. Schmidhäuser, quien considera el tema desde las condiciones objetivas de punibilidad, las cuales serían "elementos adicionales del delito" que deben añadirse al injusto y a la culpabilidad, para que desde la óptica de la "necesidad de pena" configuren determinados tipos penales. Ver "*Objektive Strafbarkeitsbedingungen*", en ZStW, 71, Berlin, 1959, pp. 545 y ss).

Según Schünemann, se requiere en muchas figuras de la parte especial determinar con mayor precisión cuando una conducta es merecedora de pena. Para él, una conducta es "merecedora de pena" (*Strafwürdigkeit*) cuando ha lesionado o puesto en peligro (en forma culpable) un bien jurídico. Pero que una conducta sea merecedora de pena, no quiere decir que en la oportunidad dicha pena sea "necesaria". Para que la pena sea necesaria, deberá valorarse también, desde un punto de vista teleológico y político criminal, que tal pena no traiga aparejada una consecuencia colateral dañosa que pueda considerarse desproporcionada. La "necesidad de pena" (*Strafbedürfnis*) requiere de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; estos tres requisitos, junto al merecimiento de la antijuridicidad y la culpabilidad, crearían un autónomo presupuesto material del delito. (Ver "*Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im besonderen Teil des Strafrechts*" en *Festschrift für Bockelmann* zum 70. Geburtstag, München, 1979, p. 129). Para otros, se trataría de un autónomo

La introducción reciente que ha hecho el legislador alemán de la relación autor-víctima-reparación en el sistema de sanciones penales, sea a través del esfuerzo

"desvalor ético-social" que debe exigirse a una conducta, además de ser típica, antijurídica y culpable. Por tanto, el desvalor total del delito derivaría de tres distintas valoraciones negativas: la antijuridicidad, la culpabilidad y el "merecimiento de pena". (Ver Winrich Langer, *Das Sonderverbrechen*, Duncker & Hublot, Berlin, 1972, pp. 275 y ss).

Mario Romano, las entiende como criterios de interpretación y verificación de la legitimidad del tipo de delito y como categorías heurísticas de política criminal auxiliares del legislador a la hora de crear nuevos delitos (Ver *Meritevolezza di pena, bisogno di pena e teoria del reato*, en *Scritti in Memoria di Renato Dell'Andro*. Vol. II, 1994, p. 803).

En opinión de Roxin (compartida por Luzón Peña, "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", en *Fundamentos*, cit, pp. 115 y ss) la necesidad de pena tiene relación con las condiciones objetivas de punibilidad, pero a diferencia de las posiciones que buscan una explicación exclusivamente material, la encuentra en la relación entre el derecho penal material y el procesal. Es así como desde el principio de oportunidad (§§ 153 ss StPO), "cuando los §§ 153 y 153a hacen depender el sobreseimiento de la escasa culpabilidad y de la ausencia de interés público en la persecución penal, tal interés público sólo puede precisarse según el criterio de los fines de la pena. Y cuando en otros casos puede producirse el sobreseimiento por razones políticas (§ 153d), de estrategia de persecución (§§ 153e, 154c) o de economía procesal (§§ 154, 154a), en ellos se imponen finalidades extrapenales frente a la necesidad de pena" (Ver *Derecho Penal*, cit. pp. 990 y ss).

Desde su función político criminal, el principio de necesidad de pena (*nullum crimen sine necesítate*) o principio de "economía de las prohibiciones penales" busca desde la política criminal restringir al legislador en cuanto a la criminalización de comportamientos. Lo relevante es que estos sean incriminados sólo cuando ello sea absolutamente imprescindible, cuando de no hacerlo se puedan generar males mayores que los que representa la intervención punitiva; esto es, siempre que la pena sea el mal menor, si ésta causa menos daño que lo que representa su ausencia (Ver Martínez Sánchez, *La necesidad de pena en el Derecho Penal Alemán (Strafbeürfnis). Consagración y aplicación en Colombia. Críticas a la teoría de la Imputación Objetiva: entrevista al profesor Jakobs*", Colombia, 2002, pp. 47 y ss.)

Nosotros entendemos que la "necesidad de pena" no es una cuarta categoría del delito o una nueva valoración negativa que determine cuando hay delito, sino que estaría presente en todos los elementos que se relacionan con el hecho, pero también tienen relación con otros elementos añadidos como las causas de no punibilidad (impunidad para el Código Uruguayo arts. 36 a 45) o las condiciones objetivas de punibilidad, que no son otra cosa que decisiones político criminales del legislador, puesto que no pueden eliminar el desvalor criminal realizado. Este criterio indica que el hecho de que se haya cometido un delito, no trae como consecuencia la necesaria aplicación de una pena. Aun siendo dicha pena "merecida" podría no ser "necesario" su cumplimiento. En este punto se mezclan varios institutos político-criminales, de derecho material relativos al momento de medición de la pena (suspensión condicional, amonestación con reserva etc) y de derecho procesal (principio de oportunidad, querella privada, etc). En determinadas ocasiones, por razones de política criminal, no habría necesidad de aplicar la pena, puesto que, por ejemplo, el autor ha dado muestras – mediante un comportamiento posterior positivo efectivo de reparación – de que no

serio del autor en la reparación (*Wiedergutmachung*) o por lograr una conciliación con la víctima (*Täter-Opfer-Ausgleich*), ha llevado a parte de la doctrina a sostener que nos enfrentamos a un sistema de tres vías en el que la reparación cumple una tercera función de la pena, conjuntamente con la retribución y la prevención.[73]

Claus Roxin entiende que el ingreso de la reparación y los intentos de conciliación (o reconciliación) se han convertido en elementos esenciales del sistema de sanciones,[74] a tal punto que conformarían una *dritte Spur* o *tercera vía* punitiva. Sin embargo la reparación no es una pena ni una medida de seguridad, sino una medida penal independiente que contiene elementos del derecho civil y cumple con los ya conocidos fines de la pena.[75]

El Profesor alemán entiende conveniente la aceptación de la *Wiedergutmachung* junto a la pena y a la medida como una tercera vía del Derecho penal. De esa forma,

sería necesaria la aplicación de una pena por necesidades preventivas. Restarían por cumplirse exclusivamente finalidades retributivas. Intentando ser más gráficos, por ejemplo, en delitos contra el medio ambiente, donde se exige que "quien contamine, repare", habiéndose hecha efectiva la reparación del daño, podría aplicarse alguna sanción de menor entidad a efectos de que no se traslade el costo de la reparación a los consumidores o se incluya como "otro gasto" del quehacer empresarial. Pero en determinados delitos de menor entidad, donde pueda ser "restaurada la paz jurídica" sin mayor necesidad de pena, no sería conveniente la aplicación de la misma (Para el caso español ver, Patricia Faraldo, "Las causas de levantamiento de la pena", tirant monografías, Valencia, 2000). No coadyuva con esta solución el cumplimiento del fin retributivo de la pena; salvo se entendiera que *la reparación ha anulado el efecto negativo del delito en el sentido hegeliano de negación del delito*; de esta forma *la reparación sería la "negación de la negación"* sin que fuera necesaria la pena para tal propósito. Claro, esta hipótesis partiría de una "equiparación" ficticia entre reparación y pena; cuando –según Roxin –, éstas no son de la misma naturaleza jurídica. Por este motivo, la reparación no se condice con un fin retributivo de la pena. Al fin y al cabo, lo importante desde el punto de vista político criminal, es que el sistema no pierda credibilidad mediante la no aplicación de la pena. Así las cosas, se debe concluir que siempre que sea posible prescindir de la pena sin resentimiento de las finalidades que el Derecho penal debe cumplir, esto sería lo sería aconsejable.

73. Vide Walther, Susanne, "Was soll "Strafre"?", ZStW, 111, 1999, ps. 123 y ss.

74. "Pena y reparación", trad. de Gimbernat Ordeig, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Tomo LII MCMZCIX, Madrid, 2002, p. 7.

75. "... *Wiedergutmachung keine Strafe ist... sie ist erst Recht. Keine Maßnahme... ich halte sie für eine eigenständige Sanktion, d.h. für eine strafrechtliche Reaktion mit teilweiße zivilrechtlichen Elementen, die keinen neuen Strafzweck ergibt, sondern den herkömmlichen Strafzwecken der Integrationsprävention und der Spezialprävention dient.*". Roxin, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht* en Eser/Kaiser/Madlener, cit. p. 370.

así como la medida sustituye o complementa a la pena, cuando en razón del principio de culpabilidad ésta no se puede justificar (o sólo se puede hacer en forma limitada), "la reparación sustituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquéllos casos en los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna". De esta forma, como el principio de culpabilidad reclama la segunda vía, sería el principio de subsidiariedad el encargado de reclamar la tercera vía.[76]

El ingreso de la *Wiedergutmachung* en el catálogo de sanciones se justifica por las ventajas político-criminales que traen aparejadas para todos los intervinientes en el conflicto causado por el delito. Esta tercera vía (o por qué no: nuevo catálogo de sanciones), favorece: a) a la víctima específica del delito,[77] b) al autor del delito,[78] c) a la sociedad[79] y d) a la Administración de Justicia. [80]

76. Roxin, *Fines*, cit. p. 155.

77. La que ve resarcido el daño sufrido. Esto no debe confundirse con la estricta reparación patrimonial o civil del mismo. A los efectos penales, la víctima puede verse satisfecha con una reparación simbólica (un pedido de disculpas, un obsequio), o bien, con "determinados trabajos o prestaciones" que realice el autor, o con el "esfuerzo sincero" por reparar la situación de parte de éste; todo lo cual puede dar por satisfecha a la víctima del delito en un sentido estrictamente penal. Ahora bien, en el entendido que tal reparación aún no es suficiente o no colma sus expectativas en términos patrimoniales, deberá recurrir necesariamente a la vía civil; pues como ya hemos dicho, el Derecho penal no puede cubrir tales expectativas.

78. Quien acepta voluntariamente la "consecuencia jurídica" que el juez de la causa propone como "vía punitiva". Me refiero a una propuesta de conciliación o reparación del daño, la que también puede provenir del Fiscal en aplicación del § 155a StPO. Esta norma procesal permite a fiscal y tribunal, en cualquier estadio de la causa, examinar las posibilidades de que autor y víctima puedan llegar a un acuerdo compensatorio; o solicitando a través del § 155b StPO que se encarguen de tal acuerdo árbitros o mediadores de carácter público o privado. De esta forma, se produce un saludable efecto positivo en la psiquis del infractor, quien además de reconocer su hecho, acepta voluntariamente la forma de reparar las consecuencias dañinas del mismo. (Lola Aniyar, *La Victimología*, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1979, p. 118). Por tanto, se cumple con los designios preventivo-especiales, así como también con los preventivo-generales.

79. La sociedad no solo ve solucionado el conflicto que el delito ha causado, sino que recibe los beneficios de la resocialización del delincuente, tanto como de la reparación del daño a la víctima individual. La sociedad como víctima mediata del delito, se ve también resarcida ante los efectos positivos de la prevención general positiva o integradora. El derecho es reconocido por el delincuente con su actuación posterior positiva (o en contrario a la primera dañosa). La norma se confirma como orientación de la conducta general de la población. El delincuente recibe su "castigo", el cual

Lo importante es el sentido de "reparación" del daño causado a través de un comportamiento positivo y de alguna forma "reparador". Pero además, como sucede en el trabajo en beneficio de la comunidad, esta sanción debería exigir para ser impuesta, la aceptación del condenado. De esta forma se evitaría caer en un "trabajo forzado". Esta sanción, como puede verse, iría mucho más allá que una reparación civil del daño a la víctima.

5.2 Decía Roxin en 1994 que a la reparación no se la debe continuar tratando como una cuestión meramente civil. La reparación debería ser integrada al catálogo punitivo –como surge del Proyecto Alternativo de 1992 – puesto que ésta tiene efectos resocializadores,[81] que van más allá del Derecho civil y atañen a la teoría de la pena. Debe quedar claro en su concepción, que la reparación no llegaría a ser un fin de la pena, ya que en un Derecho penal mo-

es previamente aceptado. El derecho penal funciona, es efectivo, respetando los principios de culpabilidad, legalidad, proporcionalidad, última ratio, subsidiariedad, necesidad de pena e in dubio pro reo. Todo ello dentro de un proceso penal que busca permanentemente, en todas sus instancias, la solución consensuada del problema. Las partes pueden permanecer – de así desearlo – en una situación de confrontación o contradictorio, es también su derecho. Sin embargo, debemos siempre tender hacia la solución menos lesiva, y en ese camino la reparación coadyuvaría con singular éxito a la consecución de soluciones consensuadas.

80. La cual se evita la realización o prosecución de un procedimiento penal, pero además evita la realización de un posterior proceso civil, al cual debería acudir la víctima para intentar ver resarcidos sus derechos. La reparación permitiría una vía procesal favorable al uso del principio de oportunidad y del archivo de causas o sobreseimiento de determinados delitos de poca entidad cometidos con escasa culpabilidad, donde el interés público no tendría interés en la persecución penal. En Uruguay debido a que la justicia es lenta, burocrática y está sobrecargada de casos judiciales en aplicación del principio de oficialidad de la acción penal, se dictó en el año 2000 la Ley 17.272 que dispuso el archivo de causas en trámite sin fundamento político-criminal alguno. Se encuentra una crítica al colapsamiento de los procesos penales en Uruguay en "Aspectos Penales de la Ley n. 17.272 (*Gracia y Clausura de procedimientos penales*)", José Luis González, en La Justicia Uruguaya, tomo 124, 2001, pp. D-125 y ss.

81. "*Der Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (1992) *legt einen ausformulierten Gesetzesvorschlag vor, durch den die Wiedergutmachung in das strafrechtliche Sanktionensystem integriert werden könte. Die Wiedergutmachung ist nach dieser Konzeption nicht mehr eine rein zivilrechtliche Frage, sondern trägt Wesentliches auch zur Erreichung der Strafzwecke bei. Sie hat resozialisierende Wirkung.*" Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Auflage, C.H.Beck sche Verlagsbuchhandlung, Manchen, 1994, pp. 64-65.

derno el único fin posible de la punición es el de evitar (preventivamente) el delito. Esta finalidad abarca a la prevención en todas sus formas.[82] Por tanto, no se necesita un nuevo fin de la pena, siempre que la reparación conforme al principio de subsidiariedad[83] cumpla con los fines preventivos especiales y generales.[84] Obviamente, además de tener su fundamento en el principio de subsidiariedad, la reparación del daño tendrá que proceder de una consideración distinta del conflicto que causa el delito en la sociedad. De una vez por todas se permite a la víctima participar de esa dialéctica tan particular que se daba entre autor y Estado (representada procesalmente por el abogado defensor y el representante del Ministerio Público) para convertirla en un diálogo de tres.

Es lo que se ha venido a llamar "la revaloración de la victima",[85] en el entendido que no se protege adecuadamente a la víctima privatizando una cuestión pública, sino que se debe intentar de la forma más eficaz posible, una vuelta a la "normalidad" a través del restablecimiento de la "paz jurídica".[86] Para ello es de

82. Vide Roxin, *Fines*, cit. p. 146.

83. En opinión de Tamarit correspondería hablar en lugar de principio de subsidariedad, de "principio de subsidiariedad de la pena", ya que lo que interesa es reducir el grado de aflicción de la sanción. Detrás de esta tercera vía punitiva, lo que hay es un principio de "mínima aflicción" o de la "sanción mínima", idea que también subyace al principio de humanidad o de benignidad de las sanciones. Vide, *La reparación*, cit, p. 185.

84. *"Die rechtspolitische Legitimation der Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" unseres Sanktionesystems liefert das Subsidiaritätsprinzip... Außerdem ist die Wiedergutmachung der Integrationsprävention sehr dienlich, indem sie einen bedeutenden Beitrag zur Wiedergutmachung des Rechtsfriedens leistet."*, *ibidem*, p. 65. También en *Neue Wege*, cit., p. 374.

85. Ahora, también desde el punto de vista sistemático la teoría de la pena debe contar con los intereses de las víctimas. Teniendo en cuenta sus intereses se añade algo más al concepto normativo de los fines de la pena. La reparación o satisfacción de la víctima significa algo más que el resarcimiento material del daño causado; "con la reparación a la víctima se hace referencia también a algo normativo; a saber, la rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal, el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo y uno injusto, la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente ha sido una víctima (y no un delincuente ni tampoco el protagonista de un simple accidente)...; la categoría penal de la víctima está configurada de forma más ambiciosa y su alcance es mayor. "Víctima" de un delito somos todos nosotros, naturalmente no en sentido empírico pero sí en sentido normativo". Cfe. Winfried Hassemer, "Persona", cit, pp. 198 y ss.

86. Bacigalupo, "Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho Penal Europeo Actual", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, numero 6, Ad-Hoc, p. 76.

suma necesidad contemplar los intereses del perjudicado por el delito, a quien hasta ahora el sistema penal no tomaba en consideración;[87] o peor aun, lo perjudicaba en sus intereses reparatorios a través del encierro del criminal o de la aplicación de una pena de multa.[88]

5.3 Durante mucho tiempo la dogmática penal alemana, centró su discusión respecto al hecho de si el delincuente debía "expiar" su culpa por el delito causado.[89] La expiación de la culpa ha sido siempre algo individual, que no debería tener mayores repercusiones sociales. Es un "estado del alma" que sólo el delincuente puede valorar y que ningún juez o legislador pueden imponer o pretender que con una pena se cumpla. El Estado, como ente laico,[90] no puede inmiscuirse en "asuntos" propios de las religiones o de los individuos como tales. Éste sólo debe, en cumplimiento de la función de ejercer el monopolio de la persecución de los delitos, solucionar el conflicto que el delito causa, de la manera más efectiva y menos

87. El autor, del cual se han ocupado y preocupado tradicionalmente la ciencia penal, la praxis y la política criminal, ha perdido atractivo así como la posición central que ocupaba en nuestra percepción del delito. Nuestra atención, nuestro interés y también nuestra compasión caminan desde el autor hacia la víctima ("*Unsere Aufmerksamkeit, unser Interesse und auch unser Mitgefühl wandern vom Täter zum Opfer*"). Winfried Hassemer/J.P Reemtsma, "*Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*", Verlag Beck, München, 2002, p. 13. Se desprende de su pensamiento, que al ser incluida la reparación del daño dentro de los fines del derecho penal, las potenciales víctimas, o sea la población en general, se sienten mejor protegidas por el sistema, lo que conforma un saludable efecto preventivo general positivo.

88. Consecuencia de la tajante separación entre el Derecho penal y el civil, luego de haber cumplido su pena y "reparado" el delito con la sociedad y el Estado (fin de la pena y del Derecho penal), poco interés (o dinero) tiene el autor en asumir ulteriores reparaciones respecto al verdadero perjudicado por el delito (reparación del daño como fin de la condena civil).

89. Kart Eisner, *Schuld und Sühne*, Verl. Neues Vaterland, Berlin, 1919; F.W. Foerster, *Schuld und Sühne*, Beck, Manchen, 1911; Paul Bockelmann, *Schuld und Sühne*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1957; Gerhard Mauz, *Das Spiel von Schuld und Sühne*, Dusseldorf, 1975; M. Pott, *Schuld und Sühne im Gelobten Land*, Kiepenheuer & Witsch, Köln, 2002.

90. Vide, Giovanni Fiandaca, *Laicità del Diritto Penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, en *Studi in Memoria di Pietro Nuvolone*. Volume Primo, Milano, 1991, pp. 167 y ss; Ferrando Mantovani, *Problema della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, en *Scritti in Memoria di Renato Dell'Andro*. Vol. I, Cacucci Editore, 1994, pp. 519 y ss; Fermín Morales Prats, *Funciones*, cit. p. 69.

costosa. Los costos medidos en términos sociales y no monetarios.[91] Es así que podría preferirse una consecuencia jurídica "reparadora" antes que una pena en el sentido tradicional, toda vez que lo permitan los principios de culpabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Por lo tanto, ahora que parecería haber disminuido la intensidad de tal discusión filosófica,[92]dentro de un derecho penal con mayor orientación hacia las consecuencias,[93]deberíamos empezar a preguntarnos con mayor insistencia, si el juez podría brindar al delincuente la posibilidad de "reparar" el daño causado, en el entendimiento que se trata de una forma de "cumplimiento de pena" o de una acción que tras haber cumplido con los fines de la pena, torna innecesaria ("no necesidad de pena") la aplicación de una sanción penal.

5.4 Por otra parte, con respecto al bien jurídico y a la función que le corresponde dentro de la teoría del delito, debemos decir que éste será determinante en cuanto una revalorización de la reparación dentro del sistema penal. Según Quintero la reacción reparatoria puede ingresar al derecho positivo por dos vías: a) a través de la despenalización de determinadas conductas que deberían ingresar en el ámbito civil o administrativo; y b) vigorizando la función reparatoria dentro de las consecuencias penales. Para la decantación por una u otra vía, se debe previamente valorar los intereses en juego, puesto que será a partir del bien jurídico tutelado en cada caso, que pueda plantearse la tutela de los mismos y las conse-

91. Aunque la privación de libertad y sus costos monetarios es un gran problema que enfrentan los sistemas penales latinoamericanos –que como el Uruguay– tienen a la prisión preventiva como regla y no como excepción. Ver art. 71 Código Procesal Penal y Ley n. 15.859 de 31.5.1987.

92. Todavía se refiere a la expiación conjuntamente con la prevención general Seelmann, como forma de delimitar a la reparación exclusivamente dentro del Derecho penal. La reparación desde un punto de vista simbólico tiene relación con la expiación, pues permite la reconciliación del delincuente, no sólo con la víctima sino con la sociedad en general. Ver *Strafzwecke und Wiedergutmachung*, cit. pp. 154 y ss.

93. Ver por todos Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde/Arroyo Zapatero, Bosch, 1984.

cuencias penales para su lesión.[94] La función reparadora debe centrarse en aquellos bienes jurídicos personalísimos (el honor, la intimidad), patrimoniales (sin que haya mediado violencia o intimidación) o en aquellos económicos contra intereses supraindividuales (delitos fiscales contra la Hacienda pública).[95] En todos estos casos, la reparación del daño podría hacer no necesaria la aplicación de una pena, o al menos, de una pena privativa de libertad. No encontramos impedimentos tales que tornen de imposible realización, la tarea de revalorizar la posición de la víctima [96] y admitir a *la reparación del daño como una alternativa a la pena*, siempre que las mismas no resientan el interés público en la persecución de determinadas conductas.[97]

Ahora bien, el interés público será aquel que surja de la interpretación de los principios que informan al derecho penal, no distorsionen el sistema, y se deduzca de los fines que la pena debe cumplir para la resolución del conflicto. Otro tipo de interés carecería de justificación.

Pero también, la reparación del daño puede tener efectos en el proceso penal, provocando el archivo de las actuaciones o la extinción del proceso a través

94. Desde la misión del derecho penal como protector de bienes jurídicos en *ultima ratio* y con carácter fragmentario, puede sostenerse con Roxin, que muchas figuras penales deberían salir de la esfera de lo penalmente relevante. Ver "El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo", trad. de J.J. Queralt, en Mir editor, *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980, p. 87.

95. Quintero Olivares, *La reparación*, cit. pp. 589 y ss.

96. En muchos casos –de ser posible– aumentando la posibilidad de ejercicio de la acción penal por propio interés; todo lo que se conseguiría a través del aumento de los delitos perseguibles a instancia del ofendido. Esto minimizaría la crítica sobre que la víctima pueda disponer sobre la imposición de una pena, puesto que muchos delitos que el Estado se irroga la potestad, son de casi exclusivo interés del damnificado. Pero también se puede ir más allá y sostener que tales delitos ni siquiera deberían integrar el catálogo de figuras penales. Dejar en manos de la víctima la persecución del delito no significa una merma del principio de persecución pública, si tenemos en cuenta que en 1991 en Alemania cerca del 90% de los procesos fueron iniciados a través de denuncia de la víctima. Ver B.D Meier "*Umleitung der Geldstrafe für Zwecke der Wiedergutmachung. Überlegungen zur Berücksichtigung von Verletzteninteressen in der Strafvollstreckung*", en ZRP Heft 2, 1991, p. 69. En fechas más recientes, el número de denuncias (*private Anzeigeerstattung*) ha aumentado a cifras que van entre el 91 y el 98% de los casos ventilados en la justicia penal alemana. Ver, G. Kaiser, *Kriminologie. Ein Lehrbuch. 3., völlig neubearbeite und erweiterte Auflage*, Heidelberg, Verlag, 1996, p. 561.

97. De opinión similar, Morales Prats, cit. p. 73.

del sobreseimiento. El hecho de la sujeción a un proceso penal causa en el individuo similar efecto estigmatizador al de la aplicación de una pena.[98]

5.5 La posición de Roxin ha recibido críticas desde algunos sectores dogmáticos. En este aspecto Hans Joachim Hirsch ha sido quien con más énfasis ha fustigado la propuesta de la "tercera vía". En líneas generales sostiene que de admitirse esta nueva idea la víctima antes que beneficiada se vería perjudicada en sus intereses.[99] Una condena a la reparación del daño no significaría nada nuevo puesto que también puede ser obtenida por la víctima a través de un procedimiento civil. Sólo se podría considerar que su posición es ventajosa desde el momento en que se entendiera la reparación como una sanción que en caso de incumplimiento se convirtiera en pena de privación de libertad.[100] Sin embargo, esta propuesta significaría nada menos que la restauración de la prisión por deudas. Nosotros debemos indicar que del análisis de distintos trabajos de Roxin sobre el tema, no hemos encontrado en los mismos una proposición similar.

La "espada de Damocles" que pende sobre el delincuente que no "accede" o se decide voluntariamente a reparar el daño, nada tiene que ver con la amenaza de una pena privativa de libertad (ni otro tipo de pena) ante el incumplimiento del acuerdo de reparación. Al delincuente que incumple tan sólo lo espera como "castigo" la continuación del proceso. No podemos negar la presión que se ejerce desde el proceso penal sobre el delincuente con el objetivo de obtener un fin civil:

98. En el mismo sentido, Morales Prats, cit. p. 74.

99. También Seelmann analiza determinadas paradojas respecto a la orientación del Derecho penal hacia la víctima, donde cuestiona que todo lo que se dice y hace a favor de la víctima, puede resultar no tan favorable para los intereses de ésta. Pero además, puede darse la paradoja de ocuparse de una víctima concreta dejando fuera de consideración a las víctimas potenciales. Ver *Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht*, JZ, 1989, p. 671.

100. Hirsch "La reparación", cit. p. 149. Al respecto de esta posibilidad sostiene Heike Jung, que utilizar la *Wiedergutmachung* como si de una *Compensation Order* anglosajona se tratara, llevaría a la desnaturalización de este instituto. *Compensation order-Ein Modell der Schadenswiedergutmachung?*, ZStW 99, 1987, Heft, 3, p 260.

la reparación del daño. Pero debe quedar claro que esa presión no se realiza bajo la amenaza de una pena privativa de libertad en caso de no realización, sino de la pérdida de posibles beneficios (o premios) materiales o formales. Cosa diferente es que se fustigue la voluntariedad de la reparación, cuando la decisión parecería ser obtenida a través de la coacción de la iniciación de un proceso penal para el caso de no llevarse a cabo los actos reparatorios.

Partiendo de una idea retributiva de la pena, entiende Hirsch que la víctima ve resarcido sus intereses cuando el autor recibe un "justo castigo", puesto que la pena sólo puede influir sobre el autor, y el hecho que "que la víctima obtenga una indemnización configura un camino ajeno a estos fines."[101] En su opinión la "tercera vía" no sólo sería una consecuencia jurídica ajena al Derecho penal, sino también desacertada en sus consecuencias.[102]

También dirige sus críticas refiriéndose a los delitos sin víctima individualizada y a los delitos tentados en los cuales no se ha producido daño, ya que aquí no habría posibilidad de reparar y sin embargo no se puede prescindir de la pena. Según Hirsch, esta situación conllevaría a una gran desigualdad en la reacción frente a los delitos.[103]

Se dice que la reparación no puede constituirse en una invitación para delinquir contra bienes jurídicos patrimoniales, ya que la "prevención general no

101. *La reparación*; cit. p. 147. Esta opinión se opone a las investigaciones criminológicas que comprueban el interés primordial de la víctima en el resarcimiento del daño. Ver K. Sessar, *Wiedergutmachen oder Strafen*, Pfaffenwieler, 1992; H.J. Albrecht, *Kriminologische Perspektiven der Wiedergutmachung. Theoretische Ansätze und empirische Befunde*, en Eser/Kaiser/Madlener (Hrsg.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i.Br., 1990, pp. 46 y ss.

102. *La reparación*, cit, p. 142.

103. *Ibidem*, p. 150. Respecto a la desproporción entre distintas conductas delictivas Muñoz Conde/García Arán: "...mientras la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, la responsabilidad civil debe ser equivalente al daño o el perjuicio ocasionado por el mismo, que puede ser inferior o superior a la gravedad del delito." En esa línea de razonamiento se ejemplifica de la siguiente forma: "el terrorista que coloca un explosivo en un establecimiento provocando la rotura de sus cristales y la imprudencia de tráfico que provoca una tetraplejia en la víctima; evidentemente, la reacción penal no podría atender sólo a la reparación del daño porque sería abiertamente desproporcionada: o bien se impone una pena excesiva en una conducta leve o bien se impone una pena ridícula en una conducta grave". Cfe. "*Derecho Penal*", cit. p. 664.

puede ser sustituida por la invitación general".[104] Además, se dice que la reparación favorece sólo a los autores que pueden disponer de dinero para hacer frente al resarcimiento del daño y beneficiarse por ejemplo con una disminución de pena.[105]

En definitiva, el proyecto alternativo y la propuesta de la "tercera vía", en opinión de Hirsch, solo han servido para que el autor logre a través de la reparación del daño la posibilidad de obtener consecuencias jurídicas penales atenuadas; las que de todas formas, sólo se aplicarían en casos marginales.[106]

Por nuestra parte, consideramos de gran valía las críticas realizadas a la inclusión de una tercera vía conformada por la reparación pues son una indudable contribución al debate.[107] Ahora bien, en relación a las críticas de Hirsch, correspondería tan sólo decir, que su punto de partida desde una concepción predominantemente retributiva de la pena, no se condice con la posición actual de la doctrina dominante.

6. La reparación en la praxis alemana

Según datos provenientes del Ministerio Público (*Staatsanwaltschaften*) en el año 2001 de 4.555.675 procesos investigados, se acusó en 258.797, llegándose a una pena de multa en 208.379 (80,5%). Por su parte, en ese mismo año se procedió a la *Wiedergutmachung* en 16.246 casos (6,3%) y en 2.548 oportunidades (1,0%) se derivó a *Täter-Opfer-Ausgleich*.

104. La legislación no puede convertirse en una provocación para delinquir, esto dicho desde el punto de vista que el autor con la comisión del delito solo arriesga una posible reparación, a la que de todas formas estaría obligado por el Derecho civil. *La reparación*, cit, p. 153.

105. En concreta respuesta a esta objeción Roxin propone para este tipo de autor insolvente un trabajo sustitutorio en beneficio de la comunidad. Cfe. *Pena*, cit. p. 12.

106. *La reparación*, cit, p. 170.

107. Vide Fritz Loos, *Zur Kritik des "Alternativentwurfs Wiedergutmachung*, ZRP, 1993, Heft 2, pp. 51 y ss; Joachim Lampe, *Wiedergutmachung als "dritte Spur" des Strafrechts?*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1993, Heidelberg, pp. 493 y ss; Schmidt-Hieber, *Ausgleich statt Geldstrafe*, NJW, 1992, n. 32, pp. 2000 y ss; Romano, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, p. 865; M. Carmen Alastuey, *La reparación*, cit, pp. 89 y ss.

Mientras que de las cifras provenientes de la práctica de los Tribunales penales (*Strafgerichte*) en el año 2001 se tramitaron 1.019.554 procesos, habiéndose producido *Wiedergutmachung* en 7.347 (9,0%) y *T-O-A* tan sólo en 372 (0,5%).

Llegados a este punto se debe resaltar el hecho de que las ventajas prácticas que la doctrina alemana encuentra en la *Wiedergutmachung*, [108] según indican las cifras expuestas *supra*, parecerían no tener acogida por parte de los ordenadores prácticos del sistema penal. En la praxis, en cuanto refiere a los delitos cometidos por mayores de edad, tanto el Ministerio Público como el Juez no solicitan con frecuencia la reparación y conciliación entre autor y víctima, cuando tienen la posibilidad de hacerlo –a lo largo de las distintas etapas procesales– recurriendo a los parágrafos 153 StPO y 46a, 56b y 57 StGB.[109] Asimismo cuando se deciden por

108. Según Silvia Hennig: a) se trata de un método eficaz que puede suplir las penas tradicionales; b) que soluciona con rapidez la reparación del daño respecto al delito; c) demuestra la efectividad del sistema respecto a la victima; d) en materia de derecho penal juvenil no se produce anotación en cuanto a antecedentes, todo lo que no perjudica al menor en lo que refiere a disminución de oportunidades para conseguir un trabajo o en su profesión o formación; además de ser un saludable efecto pedagógico; y e) tras la mediación puede el autor incluso llegar a reconciliarse con su victima. Cfe, *Täter-Opfer-Ausgleich und Mediation. Methoden und Beispiele-Zweifel und ketzerische Gedanken*, in *Täter-Opfer-Ausgleich. Beiträge zur Theorie, Empirie und Praxis*, Günther Gutsche/ Dieter Rössner (Hrsg.), Forum Verlag Godesberg, 2000, p. 219.

109. En cifras que provienen de la StBA– Staatsanwaltschaften (*Arbeitsunterlage*) 1993 bis 2001 (ab 1995 mit NBL), jew. Tab. 2.2; Prozentuierungen nach eigener Berechnung, podemos indicar que los Fiscales alemanes en 1999 instauraron 4.495.556 procesos de investigación (*Ermittlungsverfahren insgesamt*), de los cuales acusaron (*Anklagen*) en 547.564, sobreseyeron en 241.296 (*Einstellungen* § 153a StPO), aplicaron penas de multas (Geldbetrag) en el 85,1% de los casos (205.366), trabajos en beneficio de la comunidad (*Sonstige gemeinnn. Leistungen*) en el 1,4% (3.319) y reparación (*Wiedergutmachung*) en el 4,7% (18.147). En el año 2000 las cifras decrecieron, respecto a la *Wiedergutmachung* a un 6,5% (16.451) de 4.447.024 procesos de investigación y 545.274 acusaciones. En lo que respecta al sobreseimiento del § 153a StPO se aplicó en 252.274 casos. La pena de multa se aplicó en el 86,2% (217.323) y el trabajo en beneficio de la comunidad tan solo en el 1,3% (3.181). Ese año comenzó a regir la posibilidad de la *Täter-Opfer-Ausgleich* (T-O-A) del § 153a Nr. 5 como una orden o instrucción (*Weisung*), aplicándose en el 0,9% de los casos (2.269). En el año 2001 de 4.555.675 procesos investigados, se acusó en 561.314, habiendo sido sobreseídos 258.797, aplicadas multas en el 80,5% (208.379), trabajos en beneficios de la comunidad en el 1,1% (2.797), *Wiedergutmachung* en el 6,3% (16.246) y T-O-A en el 1,0% (2.548). Por su parte, según datos que surgen de la práctica de los Tribunales StBA-Strafgerichte (*Arbeitsunterlage*) 1989-2001 (ab 1993 mit NBL), jew. Tab. 2.3; 4.3, 5.3, 7.3. Additionen und Prozentuierungen nach eigener Berechnung, que en 1999, 2000 y 2001 se

la reparación, prácticamente no consideran la posibilidad de la *Täter-Opfer-Ausgleich*, limitándose a la solicitud de la reparación del daño material.[110]

7. Conclusión

7.1 En este artículo no se ha intentado analizar como puede la reparación ingresar dentro del sistema penal. Tan sólo se han enunciado algunos aspectos de interés del pensamiento de Roxin en relación a la posibilidad de considerar a la reparación como una *tercera vía* punitiva.[111]

Coincidimos en que el sistema penal debe, además de ser un sistema penal mínimo, considerarse como un sistema penal de alternativas. [112]

Por ello debemos considerar positivamente la Ley 17.726 de publicación en el Diario Oficial en fecha 7 de enero de 2004, pues aunque no erradica del sistema penal uruguayo la prisión preventiva, al menos, permite al juez en determinadas ocasiones la aplicación de medidas alternativas a la misma.[113] Entre estas alternativas, en

tramitaron respectivamente 1.038.887, 1.032.664 y 1.019.554 procesos; de los cuales fueron sobreseídos en aplicación del § 153 StPO 81.459, 77.453 y 76.009 casos; mientras se aplicaron penas de multa en el 81,1% (66.065), 79,9% (61.885) y 77,9% (59.238); habiéndose producido reparación o *Wiedergutmachung* en el 9,0% (7.347), 10,1% (7.848) y 11,5% (8.707). En lo que respecto a la T-O-A, comenzó a aplicarse en el 2001 habiéndose solucionado por esta vía un 0,5% (372) de los procesos instaurados. Agradecemos a Michael Kilchling la aportación de material estadístico.

110. Respecto de la utilización en la práctica del § 153 StPO por parte de los fiscales, y la limitación al pago exclusivo de los daños y perjuicios, se ha expresado Schöch. NStZ 1984, Heft 9, p. 388.

111. Ha dicho Quintero que para que la reparación pueda convertirse en otra de las consecuencias penales junto a las penas y las medidas de seguridad, debería ser introducida en las instituciones penales generales (imposición de la pena, renuncia, sustitución, ejecución) o especiales (concretas clases de delitos). Ver *La Justicia Penal en España*, Aranzadi, 1998, p. 238.

112. Bustos Ramírez "Presente y futuro de la Victimologia", en *Victimologia: Presente y Futuro. Segunda Edicion*, Temis, 1993, p. 52.

113. Según el artículo 2 la sustitución de la prisión preventiva estará condicionada a que el juez estime que no habrá de recaer pena de penitenciaría (o cuando el mínimo de pena no sea de penitenciaría) y/o cuando se trate de un primario (art. 6). Pero además la norma exige que el juez deniegue este beneficio atendiendo a "la gravedad del hecho" y "al daño causado". Por nuestra parte entendemos que estas exigencias no deben ser relacionadas con la imprecisa y mediática "alarma social" (que el legislador parecería quiere abandonar) sino con una necesidad preventi-

el artículo tercero numerales f y c, el legislador ha incluido a la prestación de servicios comunitarios [114] y la "restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito", las cuales pueden ser consideradas como dos alternativas válidas a la privación de libertad o incluso, como sostiene Roxin, sanciones penales de futuro. Incluso se las puede entender dentro de la "Tercera Vía" a la que en este trabajo se hace referencia. En relación a la "*restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito*" debemos interpretar que el legislador se refiere a la reparación en sentido penal, es decir, a la vuelta al *status quo* anterior al delito, lo que no tiene por qué limitarse a la restitución o indemnización patrimonial de naturaleza civil. De haberse referido a un instituto de naturaleza distinta a la penal debió haberlo expresado en el apartado pertinente. En nuestra opinión la "*restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito*" debe entenderse en el sentido de la reparación penal, y en esa línea de pensamiento, no debería acotarse a los delitos patrimoniales, siempre que a través de determinados actos de reparación el autor pueda "compensar" a la víctima (o en su defecto a la sociedad, reparación simbólica) o hacer desaparecer los efectos negativos del delito.[115]

La reparación como alternativa o sustituto de la pena no debe limitarse a los delitos de daño, también un delito contra el honor puede ser reparado desde

va general de defensa social (por eso, también será oído el fiscal) de "no aumentar los riesgos de la población". Parecen superfluas las exigencias de la "gravedad del hecho" y del "daño causado" cuando el juez ya las ha considerado al momento de ponderar "*prima facie*" la pena que habría de recaer. En el fondo se trata de imponer barreras subsiguientes a la posibilidad de otorgar un beneficio, para no abandonar el cauce conservador-represivo por el que transita desde hace años el sistema penal uruguayo. Una vez más la política criminal seguida por el legislador –obligada por la praxis judicial, de quienes han comprendido que el sistema es demasiado duro con los delitos bagatelarios y permisivo en el sentido contrario– ofrece alternativas en forma tímida y muy condicionada.

114. Respecto a los servicios comunitarios o "trabajos en beneficio de la comunidad" que se computarán a razón de cada día trabajado como un día de prisión preventiva; con atino el art. 2 exige la aceptación del "beneficiario" para que los mismos no se consideren "trabajo forzoso o forzado".

115. Aquí se puede incluir a los delitos patrimoniales, pero también a delitos contra el honor, lesiones leves, delitos contra la Seguridad Social, la Hacienda pública o delitos contra bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente; siempre que el daño causado pueda ser "reparado" el juez podría recurrir a esta alternativa a la prisión.

un punto de vista penal,[116] ya que penalmente relevante es aquel "*retorno al status quo anterior al delito*" que permita cumplir con los fines de la pena, es decir que devuelva la paz jurídica y que demuestre el interés del autor en re-integrarse a la sociedad; pero además, que brinde satisfacción a la víctima directa en un Derecho penal preocupado exclusivamente por las víctimas potenciales. Así las cosas, reparación en sentido penal no es equivalente a indemnización civil, sino que es mucho más que ésta. La reparación penal puede consistir en una indemnización civil a la víctima o a terceros (por ejemplo, compañía aseguradora), pero también, en un pedido de disculpas a la víctima, una conciliación entre autor y víctima, la realización de trabajos de reparación en beneficio de la víctima o de la comunidad, pagos en dinero a instituciones de utilidad pública, regalos a la víctima, etc.[117] Por lo que viene de decirse debe ser bienvenida la reparación como medida sustitutiva de la pena de privación de libertad[118] 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 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;

116. Imaginemos un delito de difamación cometido a través de un medio de prensa que es "desmentido" o "desdicho" por su autor en el mismo medio de prensa, sea por libre voluntad o por mandato del juez, lo importante es que el honor injustamente mancillado puede ser reparado. No debe confundirse esta reparación penal con la posibilidad que tiene el "dañado" de exigir en la vía civil los daños y perjuicios que estime convenientes.

117. Como expresa el Proyecto Alternativo de Reparación de 1992 en su parágrafo 2.

118. 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 (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".

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 privasión 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 privasión 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. Que no se 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 politica 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.

En ese sentido, volviendo al tema central de nuestro trabajo, interpretando a la reparación desde un punto de vista penal, es decir, prevención general positiva (retorno de la paz jurídica, de la confianza en la norma, estabilización de la norma como pauta de conducta), prevención especial positiva (menor índice de peligrosidad

del autor, intento de retorno a la vida pacifica en sociedad), prevención general negativa (a partir de la exigencia de Beccaria: "certeza y prontitud de la pena antes que severidad") y con el límite de la retribución (proporcionalidad), pueden considerarse determinados actos de reparación como "sustitutos" de la pena, por dar satisfactorio cumplimiento a los fines que con ésta se pretenden obtener.

En ese sentido el parágrafo 167 del öStGB (Código Penal Austriaco) permite excluir la punibilidad en una serie de delitos [119] siempre que el autor –antes que la autoridad pública haya tomado conocimiento del hecho– repare directamente o a través de un tercero, el daño ocasionado o se obligue a realizarlo en un determinado plazo de tiempo.[120]

En esta misma línea han trabajado los Profesores alemanes, austriacos y suizos del Proyecto Alternativo sobre la reparación del daño. La *Wiedergutmachung* –en determinadas situaciones– realizaría una función sustitutiva de la pena, ya que desde el punto de vista de sus fines, efectuada la reparación y restablecida la "paz jurídica", ya no habría necesidad de aplicarla.[121] Ahora bien, si las prestaciones de reparación no han sido suficientes para compensar las consecuencias del hecho o si –aun efectuada la reparación– resulta indispensable la imposición de una pena, todavía permanecerá intacta la posibilidad de atenuación de la misma.[122] Claro está, tales

119. 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. Ver Egmont Foregger-Gerhar Kodek, *Strafgesetzbuch. StGB samt den wichtigten Nebengesetzen. 5. Auflage*, Manz Verlag, Wien, p. 427.

120. A diferencia del § 167 öStGB, el § 46a StGB alemán no limita los beneficios que trae aparejada la reparación a determinados delitos, por lo que los crímenes no estarían excluidos. Ver S. Walther, cit. p. 324.

121. Ver § 4 AE-WGM: "Reparación en vez de pena: (1) Si el autor ha reparado su hecho (§§ 1,3) el tribunal prescindirá de la pena, a menos que la pena sea indispensable para influir sobre el autor o la colectividad. (2) La no dispensa de la pena a que se refiere el apartado 1 sólo se producirá, por regla general, cuando sin la reparación el autor hubiera merecido una pena privativa de libertad de más de un año".

122. § 5 AE-WGM: "Atenuación de la pena: (1) Si a pesar de la reparación resulta indispensable la imposición de una penal al autor (§ 4), la pena deberá ser atenuada conforme al § 49 apartado

prestaciones reparadoras deben ser llevadas a cabo dentro de determinado plazo procesal para que puedan tener efectos positivos para quien las realiza.[123]

7.2 Roxin ha propuesto una serie de sanciones "similares a la pena", que no serían penas propiamente dichas, puesto que por un lado imponen algo al autor, pero por el otro carecen del carácter coercitivo de la misma.

Se refiere el Profesor alemán a tres sanciones en especial: a) el trabajo en beneficio de la comunidad;[124] b) la reparación voluntaria[125] y c) las sanciones contra entes colectivos.[126]

1 del Código Penal. (2) Lo mismo rige cuando las prestaciones de reparación efectuadas por el autor no hayan compensado las consecuencias del hecho de forma completa, pero sí en gran parte. Según el grado de compensación alcanzado, el tribunal puede atenuar la pena según su criterio (§ 49 apartado 2 del Código Penal)".

123. § 6 AE-WGM: "Límites temporales para prestaciones de reparación: (1) La renuncia a la pena conforme a § 4 y la atenuación de la pena conforme a §5 presuponen que el autor haya realizado la reparación antes de la apertura del juicio oral, a menos que no le fuera exigible hasta este momento a causa de circunstancias especiales. (2) Si el Ministerio Fiscal ha presentado una querella pública en la que realiza la petición de un mandamiento penal, basta, en caso de un recurso admisible, con que el autor repare su hecho hasta el comienzo del primer juicio oral (§§ 1,3)".

124. Por ejemplo, trabajos en hospitales, asilos y establecimientos estatales de todo tipo. Esta sanción podría reemplazar a la multa, siempre que el autor se ofreciera voluntariamente a ello. Desde el punto de vista criminológico es de interés la consulta de los trabajos realizados en Suiza por M. Killias, M. Aebi y Ribeaud D: en colaboración con Rösli P, *Le travail d'intérêt général dans le canton de Vaud: Rapport sur le TIG avec une comparaison entre un groupe expérimental et un groupe-témoin randomisés*, Lausanne: Université de Lausanne, Institut de police scientifique et de criminologie, 1997. Disponible en Internet: http://www.ofj.admin.ch/themen/stgb-smv/ber-mv/19.pdf; en colaboración con Ribeaud D., *Does Community Service Rehabilitate Better than Short-term Imprisonment? Results of a Controlled Experiment*, *The Howard Journal of Criminal Justice* 39/1 (2000): 40-57; Killias M., Aebi M.F. & Ribeaud D., *Learning Through Controlled Experiments: Community Service and Heroin Prescription in Switzerland*, *Crime & Delinquency* 46/2 (2000): 233-251.

125. El traductor ha preferido referirse a la "reparación civil voluntaria", pero la tercera vía a la que se refiere Roxin en reiterados trabajos, va más allá de la simple reparación civil del daño. Es así que he preferido referirme a la reparación del daño respecto a la palabra alemana *Wiedergutmachung* o *Schadenswiedergutmachung*. Ver "El desarrollo del Derecho Penal", obra cit, p. 459.

126. Dice Roxin que este tipo de sanción, sin llegar a ser una verdadera pena, "constituye en todo caso una sanción similar a la penal, vinculada con la realización de tipos penales, y ello es suficiente para confirmar mi tesis de la futura diversificación de las reacciones penales". *Ibidem*, pp. 462 y ss. Esta propuesta de Roxin respecto a una específica sanción para las personas jurídicas no tiene res-

Respecto a la reparación del daño, aclara que ésta debe ser voluntaria, por lo que se distancia del modelo francés (*action civile*) o inglés (*compensation order*)[127] que pueden ser impuestos por el juez penal,[128] o solicitados por la víctima, como si de una compensación por daños y perjuicios se tratara.[129] A la vez que sostiene que finalizado el proceso penal, cualquiera de estas dos soluciones apenas proporcionan a la víctima un título ejecutivo que carece de valor cuando el autor es insolvente o se sustrae a la ejecución.[130] Esto significaría tan sólo el traslado de la demanda civil al proceso penal en cumplimiento de los principios de celeridad y economía procesal; pero en pocos casos, se daría real satisfacción a la víctima.[131] Pero además, desde un punto de vista político-criminal, en nada colabora con la punición, el hecho que la pena y la in-

paldo normativo en Alemania. En el presente no existe ningún precepto similar al art. 129 del Código Penal Español que permita sancionar a los entes colectivos. El principio "societas delinquere non potest" aún goza de excelente salud en Alemania. Sobre la temática de las personas jurídicas, ver el trabajo de Habilitación de Günter Heine, "*Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*", Nomos-Verl.-Ges., Baden-Baden, 1995.

127. La reparación como sanción ocupa un incómodo lugar entre la pena, la medida (rehabilitadota, reparadora o sui generis) y la deuda civil. Cfe. S. Walter, cit. p. 325.

128. Sin embargo no es ajeno al sistema alemán, que el juez pueda exigir la reparación del daño a la víctima o el esfuerzo del autor hacia una conciliación reparadora de la paz jurídica. Es así como en la justicia de menores (§ 10 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 JGG) puede el tribunal exigir como "medida educativa" que el autor "*sich zu bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen*". Esta exigencia imperativa (no voluntaria), se ha criticado por parte de la doctrina, sosteniendo que es inapropiada. Por ese motivo desde su implementación (1.12.1990) apenas en algún caso de relevancia se ha exigido esta "erzieherischen Maßnahme". Ver H. Schöch, "*Wege und Irrwege*", cit. p. 1.050.

129. En el sistema norteamericano, la reparación del daño como sanción se limita al daño material, no cubriendo otros daños no materiales. Según T. Weigend, *Restitution in den USA*, en Eser/Kaiser/Madlener, cit. p. 116.

130. Roxin, *Pena*, cit. p. 8.

131. Roxin, "El desarrollo", cit., p. 459. La solución debería provenir de un proceso penal que tienda al consenso siempre que sea posible y no merme ninguna de las garantías del imputado. Sin embargo, en situaciones en las que el propio imputado reconozca su responsabilidad en los hechos (o sepa de sus pocas posibilidades de ser absuelto) sería del interés de todos los participantes del proceso penal el arribar a una solución de reparación y entendimiento. Tanto el lesionado como el Estado tienen interés en un acuerdo compensatorio entre autor y víctima; así como el autor pretende una atenuación (o librarse) de pena. Ver, *Pena*, cit. pp. 14 y ss.

demnización transcurran juntas, pero en forma independiente.[132] En opinión de Roxin, la idea que ofrece más perspectivas de futuro, "es que una reparación civil prestada voluntariamente hasta la apertura del juicio oral debe llevar a una atenuación obligatoria de la pena". Pero yendo aun más allá, puede llevar incluso a una "exención de la pena en los casos apropiados de delitos menores (quedando en pie la declaración de culpabilidad)".[133]

Esta medida tiene a su vez la ventaja de acercar las posiciones de los derechos penal y civil.[134]

132. Explica Roxin, que el hecho de que la prevención sea un fin de la pena, no quita que pueda ser impulsada con herramientas del Derecho civil o del Derecho público y renunciar a una penalización, siempre que se pueda conseguir un efecto preventivo suficiente con medios ajenos al Derecho penal. "De esta manera analógica se podría pensar en erigir a la reparación como un fin, entre otros, de la pena y dejar influir su producto sobre la punibilidad, bajo reconocimiento de su (por lo menos parcial) carácter jurídico-civil". Cfe. *Fines de la pena*, cit. p. 146.

133. Roxin, *El desarrollo...*, cit. p. 460. Parte de la doctrina italiana acompaña el pensamiento de Roxin respecto a un posible "*terzo modello*" de sanción penal, en calidad de sanción sustitutiva de la pena privativa de libertad. Se comienza a percibir un alejamiento de la visión puramente civilista del *Codice Rocco*, por lo que en algunos ámbitos, "*il risarcimento del danno*" empieza a tener un espacio en condición de sanción autónoma, una "*dritte Spur*" que sobretodo en el sector relativo a los delitos contra el patrimonio o algunos contra la personalidad, bien podría cumplir una función sustitutiva de la pena de privación de libertad. Vide, Adelmo Manna, *Le nuove prospettive sanzionatorie a tutela della vittima nel diritto penale*, en *Scritti in Memoria di Renato Dell'Andro*. Vol. I, cit. p. 514.

134. Si bien esa separación entre los Derechos penal y civil pudo tener cierta lógica dentro de la sistemática del derecho, y por eso haber sido comprendida; no causó felices efectos desde el punto de vista socio-político. Ver Roxin, *Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem*, en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Meter Lerche* zum 65. Geburtstag, Hergs. Badura/Scholz, München, 1993, p. 301. Podría intentarse la combinación en un mismo proceso, por un lado del interés del Estado en el castigo del delincuente y por el otro, el de la víctima hacia la reparación del daño. En ese sentido, Susanne Walther cree que una posible vía de acercamiento, podría ser la que siguen Francia, España o los países nórdicos, donde en el propio proceso penal se dirimen aspectos civiles tendentes a la reparación a la víctima. No se puede seguir con viejos arquetipos cuando ambos procesos cumplen funciones de prevención y reafirmación de la norma en el Estado moderno, "*and both the criminal law and the civil law protect 'legal goods'. What remains is this: to contrast the archetypal mandates of criminal law and civil law, as discernible from the constitutive principles of the modern state*". Cfe, "*Reparation and Criminal Justice: can they be integrated?*", cit, pp. 326, 328 y 329.

7.3 La protección de la víctima debe ser una de las funciones del derecho penal, y este hecho por sí solo justifica la inclusión de la reparación en el ámbito del sistema penal material y procesal.[135]

Por lo tanto, "junto a la pena se tendrá que emplear elementos de dirección socio-política muy diferenciados y flexibles, vinculados a una conducta punible, pero de carácter solamente similar al de una pena".[136] La pena no podrá ser eliminada (*abgeschafft*) pero puede ser a través de la *Wiedergutmachung* moderada (*gemildert*), modificada (*modifiziert*) e incluso parcialmente sustituida (*teilweise ersetzt*). Como ha dicho Roxin, en respuesta a alguna de las críticas a su posición –especialmente de Hirsch–, la sustitución de la pena por la *Wiedergutmachung* no es algo tan revolucionario como lo plantean algunos penalistas "conservadores".[137]

Debe quedar claro que la reparación del daño sin finalidad ulterior es un fin del Derecho civil. Sin embargo, la reparación integral (*Wiedergutmachung)* que otorga satisfacción a la víctima y conjuntamente a la sociedad en general (restaurando la "paz jurídica"), encaja perfectamente dentro de los fines de la

135. En el derecho penal español la protección de la víctima puede incluso ser considerada de orden constitucional según dispone el art. 24 Constitución Española. La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) en su artículo 100, siguiendo el modelo francés permite la acumulación de acciones civil y penal, ya que "también el proceso penal ha de convertirse en un instrumento útil para la *reparación de la víctima*". Ver, V. Gimeno Sendra, Moreno Catena, Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición septiembre 1999. Reformada y actualizada", colex, 1999, p. 44.

136. Roxin, *El desarrollo*, cit., p. 463. La reparación sería una novedosa forma de sanción que aparece al lado de las penas y las medidas de seguridad, pero de naturaleza independiente. Su autonomía reside en el hecho de que no es impuesta al autor de tal forma que sólo tenga la opción de aceptarla y cumplirla. Al contrario, en este tipo de sanción es el autor quien asume la responsabilidad y "tiene que colaborar activamente para restablecer la paz social perturbada". Cfe. *Pena..*, cit. p. 13. La reparación para Roxin, a pesar de integrar el sistema de sanciones, no significa una reprivatización del derecho penal ni una pena especial ni un nuevo fin de la pena. Se trata de una prestación autónoma (una sanción autónoma) que puede permitir alcanzar los fines tradicionales de la pena y, en la medida que lo logre, "debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla". Vide, *Fines*, cit. p. 154.

137. "*Die Ersetzung der Strafe durch Wiedergutmachung ist nicht so revolutionär, wie das manchen konservativen Strafrechtlern erscheint*". Cfe. Roxin, *Die Wiedergutmachung*, cit. p. 313.

pena (*Strafzwecke)*. Además, como ya dijéramos, en determinadas situaciones,[138] la "restauración" de la situación a su estado original (o su esfuerzo significativo) a través del comportamiento positivo posterior del delincuente, puede llevar a que la pena no sea "necesaria" o, desde el punto de vista del derecho procesal penal, que la propia acusación fiscal no sea necesaria, decretándose el sobreseimiento provisional de la causa.[139]

7.4 Así las cosas, luego de esta somera exposición, deberíamos dejar planteados algunos interrogantes, de ser posible, como contribución al necesario debate que este tema exige.

7.4.1 En lo que refiere a la práctica del Derecho penal en Alemania, específicamente en cuanto atañe a las cifras expuestas,[140] debemos expresar que no es éste el lugar ni el momento apropiado para intentar una explicación de este fenómeno propio de la praxis germana; tarea que por otra parte

138. Ver por ejemplo el § 46a StGB, parte final, "cuando no se deba aplicar una pena mayor de un año de privación de libertad o de una multa de hasta trescientos sesenta días-multa, privar de pena".

139. Ver § 153 StPO respecto a la no persecución de litigios de mínima cuantía en ocasión del principio de oportunidad, en tanto se trate de delitos (no de crímenes) y la culpabilidad del autor pudiera ser considerada de poca entidad. De esta manera no existiría un interés público en la persecución penal. Según el § 153a StPO la fiscalía puede llegar a prescindir provisionalmente de la interposición de la acción pública y en su lugar exigir al inculpado: 1. "una determinada prestación para la reparación del daño ocasionado por el acto, 2. pagar un importe en 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", siempre que estas imposiciones e instrucciones sean apropiadas para suprimir el interés público en la persecución penal, y siempre que no se oponga la gravedad de la culpa. Para que se cumplan estas "imposiciones" se requiere el consentimiento del inculpado. También por el § 153b StPO, dadas las condiciones bajo las cuales el tribunal podría prescindir de la pena, con el consentimiento del tribunal, se puede prescindir de la acusación o si ya ha sido interpuesta, decretarse el sobreseimiento. Vide B. Bannenberg, *Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis*, Göttingen, 1993. Para datos criminológicos respecto a la T-O-A, E. Dölling, *Täter-Opfer-Ausgleich. Eine Chance für Opfer und Täter durch einen neuen Weg im Umgang mit Kriminalität*, Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Bonn, 1998, Forum Verlag Godesberg.; D. Rössner, "*Mediation als Element der strafrechtlichen Sozialkontrolle*", en *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Hrgs. B. Schünemann/Markus Dubber, Sonderdruck, 2000.

140. Nota de pie de página 105.

corresponde realizar a la Criminología. Sin embargo invita a la reflexión, el hecho de que la finalidad perseguida por el legislador (obviamente influenciado por las resultancias del AE-WGM y la posibilidad de esta tercera vía) no tenga acogida en la praxis de los tribunales.

De alguna forma se produce una antinomia entre la situación de bienestar social de la población alemana, que fácilmente podría recurrir a la reparación como vía alternativa de solución del conflicto y la poca utilización de medios alternativos de solución relacionados con la reparación del daño. Así como se ha sustituido a la privación de libertad por penas de multa en la gran mayoría de las condenas, nada parecería impedir que la reparación sustituyera – a su vez – a la multa.

Ahora bien, como sucede generalmente, creemos que la explicación de esta nueva antinomia no provendrá de la Política Criminal, sino de la Sociología procediendo a analizar la política en general. Es así que una explicación posible a tal circunstancia puede provenir desde la propia condición de Estado de bienestar (*Wohlfahrtstaat)* que no se condice con la posibilidad de dejar el conflicto en manos de sus verdaderos protagonistas. La esencia del mismo lo impide.[141]

Así las cosas, viendo la poca aplicación práctica que tiene la *Wiedergutmachung* en Alemania ¿debemos suponer que nuestras sociedades latinoamericanas podrían afrontar con mejor éxito tal desafío? Pues bien, siguiendo en una línea argumental sociológica la respuesta debería ser afirmativa. El Estado liberal podría ser considerado como el modelo opuesto al *Wohlfahrtstaat.* En este sistema el individuo debe procurarse por sus propios medios el bienestar que el Estado no le brinda ni garantiza.

141. A cambio del ofrecimiento del bienestar social el *Wohlfahrtstaat* exige parte de la libertad de los individuos beneficiarios del mismo. De esta forma, el Estado –como sucede generalmente con los benefactores– asume como contrapartida un poder monopólico de resolución de todas las cuestiones sociales. Esta "omnipresencia" en dichos asuntos se confirma de continuo al momento de solucionar los conflictos de la sociedad, con especial relevancia en las cuestiones penales. A través del Derecho penal el Estado, especialmente al momento de la aplicación de la pena, reafirma su condición de Estado social a través de la confirmación del derecho que lo sustenta y legitima. La reafirmación de la norma no es otra cosa que la autoconfirmación de sus potestades para exigirles a los individuos la obediencia que se debe a quien tanto les ofrece desde el punto de vista de la calidad de vida.

El Estado liberal cumple un mero rol de vigilancia y control de determinadas áreas previamente reglamentadas, pero siempre en un sistema que preferencia la libertad absoluta de la oferta y la demanda. Así las cosas, en un sistema que potencia la individualidad antes que lo colectivo, o el éxito personal antes que la solidaridad social, es más factible que se pueda admitir una propuesta relacionada con la solución del conflicto a través de una mayor ingerencia de las partes involucradas en el mismo.

Sin embargo y a modo de paradoja: *el modelo de Estado que menos ofrece es el que más exige y reprime.*

En la gran mayoría de los países latinoamericanos, la privación de la libertad es la pena por excelencia. Pero además –a efectos de disminuir aún más las garantías y continuar violando el principio constitucional de presunción de inocencia– tal privación de la libertad se aplica como prisión preventiva y no como pena.[142]

Así como el *Wohlfahrtstaat* utiliza el Derecho penal para la reafirmación de la norma (su propia existencia), el Estado liberal se sirve del Derecho penal para infundir temor en la población y segregar por algún período de tiempo a sujetos con algún grado de peligrosidad.

De esta manera, ambos modelos de Estado y sus respectivos sistemas penales se enfrascan en la consecución de distintas finalidades preventivo-generales, fracasando por completo en lo que refiere al cumplimiento de las finalidades preventivo especiales que la pena debe cumplir. Por tanto, debería ser acogida con mucho mayor beneplácito por la doctrina latinoamericana una solución próxima a la reparación antes que una solución punitiva.[143] En

142. La prisión preventiva, como medida cautelar que es debería aplicarse sólo cuando estuviera justificada y ser temporalmente restringida. Sin embargo, como uno de los mayores fraudes de etiquetas de nuestros sistemas penales, se convierte en la única pena.

143. Por designio constitucional las penas deben servir a la resocialización de los individuos o para su pronta reinserción en la sociedad. Este fin se puede conseguir con mejores posibilidades de éxito –como ya explicáramos– a través de la reparación. En efecto, la reparación implica una suerte de reconocimiento del hecho a la vez que la demostración cabal de la voluntad del autor de retornar a la pacífica vida en sociedad.

Latinoamérica –salvo contadas excepciones– el Estado apenas cumple con la finalidad preventiva-general-negativa de la pena; y sostener que la reafirmación de la norma es la meta del Derecho penal de nuestros países significa lo mismo que reconocer y asumir que nada debe cambiar.[144]

Así las cosas, sólo cabe recalcar que el mayor problema que afronta la reparación como alternativa punitiva, es la tendencia –cada vez más acentuada– al control de la sociedad a través del Derecho penal. En este aspecto ambos modelos de Estado se oponen a que la reparación ocupe un lugar dentro de las alternativas a la pena.[145]

7.4.2 En cuanto atañe a la discusión de fondo, nosotros no vislumbramos –considerando el estado actual de la discusión– la posibilidad de habilitar una tercera vía punitiva, básicamente por una cuestión de fundamentos dogmáticos, pero también de política criminal.

Todavía la tercera vía no ha logrado conseguir el fundamento que ya poseen las dos vías punitivas existentes. Esto es: la culpabilidad como medida (y límite máximo) de la pena y la peligrosidad para las medidas de seguridad.[146] Puede, por

144. No se condice una posición funcionalista radical –que al parecer ha seducido a parte de nuestra doctrina– que persiga la reafirmación de la norma y del sistema como fines primordiales de la pena y del Derecho penal, con nuestra realidad cotidiana. Por más que como dogmáticos nos parezca perfecta y admiremos su precisión; o se diga que su "abstracción" es de tal magnitud que podría ser aplicada en cualquier realidad política o social, un sistema dogmático pensado y desarrollado (en exclusiva) para un país como Alemania, no puede ser trasladado "sin previo pasaje por Aduana" a Colombia o Argentina, por citar algunos ejemplos en particular. Nuestras sociedades y en especial nuestros penalistas deben asumir permanentemente una posición crítica, realizar una dogmática crítica. No podemos defender un sistema que no consideramos justo. Por tanto, siguiendo la línea de pensamiento de Radbruch debemos sostener que será la "mala conciencia del penalista" la que deba dominar nuestras acciones futuras.

145. Justamente es a través de la pena que el Estado aumenta su control sobre los ciudadanos. En Estados de bienestar como Alemania mermando su patrimonio a través de la multa. En los Estados liberales latinoamericanos a través de la privación de libertad.

146. A pesar de que –a diferencia de lo que sucede con las penas– muy poco se discute sobre los fines de las medidas. Sin embargo el consenso surge de que se trata de la otra gran forma de control social. Ver Hassemer-Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 164.

el contrario sostenerse, que la reparación tiene la misma justificación que las penas y las medidas, ya que suponen la comisión de un hecho antijurídico y que todas ellas consideran el pasado tanto como el futuro en sus aspectos preventivos; así como pueden limitar las metas político-criminales preventivas por la vía del principio de proporcionalidad. Al fin y al cabo, lo que realmente importa es la búsqueda de metas comunes a todas las consecuencias jurídicopenales, en el respeto de las bases garantistas del Derecho penal liberal. Esto inmerso en la búsqueda permanente de una ejecución punitiva que respete al ser humano en lo que a su dignidad se refiere; y de ser posible, acorde con sus posibilidades de cumplimiento. Sin embargo, político-criminalmente se podría solucionar con mayor efectividad el problema de la pena, recurriendo al principio de subsidiariedad[147] dentro de las alternativas a la pena (si se pretende dotar a la reparación de carácter punitivo), sin que tenga que constituirse la reparación en una categoría propia de la punición. La reparación puede cumplir su función de alternativa de la pena en general, atendiendo al principio de subsidiariedad, en base al cual el juez podría exigir la reparación en lugar de la pena privativa de libertad y de la multa, como otra de las alternativas a la pena ya existentes.

Pero, si lo que se quiere es dotar a la reparación de un fundamento exclusivamente voluntario, entonces, en aplicación del criterio de necesidad de pena, el juez podrá prescindir de la pena siempre que ello sea posible. Lamentablemente el grupo de delitos que el legislador alemán ha comprendido dentro de esta posibilidad es escaso, limitándose prácticamente a los delitos de bagatela. Mientras no se produzca una ampliación del número de delitos pasibles de ser eximidos de pena operada la reparación, la misma deberá seguir cumpliendo con su importante rol de atenuación de la culpabilidad.

No estamos proponiendo dejar todo como está, ni cambiar algo para que todo siga igual; puesto que el legislador podría decidirse directamente por la

147. En el sentido de recurrir a la sanción menos severa siempre que ello sea posible según los fines preventivos propios de las sanciones jurídicopenales.

despenalización de aquellas figuras de insignificancia penal o derivar al Derecho civil o administrativo sancionador, en aplicación de los principios de fragmentariedad y *ultima ratio*, aquellas otras que podrían ser solucionadas por esas vías sin resentimiento de las finalidades de prevención.[148] Creemos que ésta temática debería ser analizada con mayor detenimiento, e intentar comprender con mayor pulcritud y menos apego a aspectos filosóficos o de pura política criminal, cuales son las causas que podrían impedir la aceptación del nuevo carril punitivo que Roxin –fundamentalmente–[149] propone. Si bien es cierto que la pena y la medida de seguridad no cumplen con los fines que deberían cumplir, gozan de la protección que brindan el fundamento de la culpabilidad y la peligrosidad. A pesar del dominio funcional y de las necesidades de solución de los problemas, todavía hay quienes entienden que en determinados sectores de relevancia, la dogmática debe erigirse en la barrera de la política-criminal. Es así que la búsqueda de ese fundamento dogmático es el gran desafío futuro de la reparación para encontrar su correcto lugar en nuestra ciencia.

En tanto refiere al ámbito latinoamericano, en aras de una mejor consideración de la víctima,[150] mientras tanto el Estado no asuma la reparación pública como una posibilidad cierta;[151] quizás, la propuesta de utilizar la reparación

148. Ver Adelmo Manna, *Beni della personalità*, cit. pp. 92 y ss., pp. 682 y ss; Désirée Fondaroli, *Illecito penale*, cit. p. 563.

149. No podemos desconocer la propuesta de Detlev Frehsee, "*Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen*"; Duncker & Humblot, Berlin, 1987, p. 119; tampoco el pensamiento de Schöch y Baumann (obras citadas) en esa dirección. Sin embargo la extensión de este trabajo impide cualquier otra consideración de las mismas.

150. No sólo olvidada en muchos de los procesos penales de la región, sino además, secundariamente victimizada por los distintos órganos de investigación. La víctima en nuestro continente sólo sirve como medio de prueba en la búsqueda afanosa de la verdad material. Ver *Las reformas procesales penales en América Latina* Julio Maier coord., Ad-hoc, 2000.

151. Esto teniendo en cuenta que gran parte de la delincuencia económica y de cuello blanco, y en el otro extremo, contra el patrimonio y las personas, es consecuencia de las continuas y erróneas políticas económicas estatales. Amén de esto, así como la Victimodogmática exige una actuación responsable de la víctima en cuanto a no colaborar con su imprudencia (negligencia o impericia)

como una alternativa –no sólo– a la privación de libertad, sino también a la pena de multa, pueda tener mejores resultados en nuestras sociedades. [152]

7.5 Lamentablemente la doctrina es conteste en que si bien mucho se dice sobre la necesidad de un derecho penal que se oriente hacia la reparación del daño o que al menos intente resarcir a las víctimas del delito, poco y nada se hace en la práctica, como si todavía no fuese un tema de interés. Se sabe y se ha escrito[153] sobre cual es el camino a seguir, pero sólo ha habido una tímida decisión respecto a comenzar a andarlo. Al parecer no se asume la posibilidad de que el derecho penal abandone su filosofía represiva y pueda cumplir con fines constructivos, de auténtica pacificación social.[154]

Deberíamos analizar con mayor detenimiento, que causas impiden la aceptación de un nuevo carril punitivo. Al fin y al cabo, el sistema vicarial lejos se encuentra de ser la panacea en esta materia.[155] No podemos descartar esta nueva propuesta sin una discusión más profunda.

con el autor facilitándole la comisión del delito, también sería saludable el análisis de la posibilidad de que los Estados –en general– se constituyeran en *responsable civil solidario* en todas aquellas situaciones en que el delito se haya cometido (o haya sido facilitado), por ejemplo, por deficiente prevención policial, por problemas políticos o étnicos o cuando el autor se haya insolventado utilizando los beneficios que otorga una plaza financiera o bancaria complaciente. Situaciones todas que pueden favorecer al autor en lo que refiere a la comisión de determinados delitos, facilitados por la imprudencia (negligencia o impericia) del Estado.

152. De opinión similar Hassemer y Muñoz Conde: "Propuestas como ésta tienen un futuro halagüeño en tanto sirvan como alternativas a la pena de prisión". *Introducción*, cit. p. 174.

153. Ver Proyecto Alternativo sobre reparación, AEW (*Alternativentwurf Wiedergutmachung*) de 1992; Council of Europe, "Explanatory Report on the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes", Strasborug, 1984; "*The Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure*", Strasbourg, 1985; United Nations, "*Seventh United Nations congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*", New Cork, 1986. Tomando en consideración a las víctimas de los delitos, tanto la ONU como la Unión Europea, han venido señalando que la meta principal del proceso penal no debería ser la imposición de una pena como reafirmación del poder estatal o institucional, sino la solución del conflicto a través de medios menos formales, rápidos, menos costosos, y que tengan en cuenta la reparación de la víctima como una de sus metas.

154. En sentido similar L. Frühauf, cit., p. 1.

155. Como expresa Roxin: "el resultado de los esfuerzos resocializadores actuales es tan desilusionamente que sólo ya por ese motivo se debe emprender continuamente algo nuevo". Cfe. "Fines de la pena", cit. p. 153.

Se dice que se ha producido un cambio de paradigma. La *espada de Damocles* que pende sobre el delincuente puede llegar a no pesar tanto. A efectos de motivar –más aun– a los autores de determinados delitos hacia la reparación, se deberían abarcar –además de la atenuación y/o suspensión condicional de la pena– otras consecuencias penales que incrementen la motivación del individuo hacia la realización efectiva del comportamiento positivo posterior. Entonces, el propio autor aceptará también "su castigo" o "reproche social" en forma voluntaria y no como una injusta imposición. Mejor aun si pudiera obtener una exoneración de pena o el sobreseimiento tras una conciliación reparadora con la víctima. De esta forma, el derecho penal podría empezar a cambiar en la dirección que pretendía Gustav Radbruch[156] y –ahora– pretende Claus Roxin. Por tanto, mientras la sociedad no encuentre "algo mejor" que el Derecho Penal para la solución de los conflictos sociales, la función de éste acorde con la actual teoría de la pena, exige que las sanciones previstas en el *Código de los fracasos sociales*, no se conviertan –también– en fracasos político-criminales.

Una vez más, Claus Roxin nos invita a reflexionar sobre un tema de crucial interés, particularmente para el mundo hispanoamericano. El debate no está cerrado,[157] sino al contrario: recién comienza.

Bibliografia

AAVV, "Procesos Penales de Europa (Alemania, inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, italia)", *Associtión de Recherches Pénales Européennes* (ARPE), Dirección de Mireille Delmas-Marty, trad. De Pablo Morenilla, Edijus, 2000.

156. Radbruch/Wolf, *Rechtsphilosphie*, Koehler, Stuttgart, 1963; Radbruch/ Schmidt, *Eine Feuerbach-Gedenkrede. Sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß*, Tübingen, Mohr, 1952.

157. El ingreso de la reparación en el sistema sancionatorio debe permanecer en el orden del día. Roxin, *Die Wiedergutmachung*, cit. p. 313; siendo uno de los desafíos que nuestra ciencia debe abordar. Susanne Walther *Reparation*, cit. p. 326; Schöch, *Wege und Irrwege*, cit. p. 1.064.

_____. *Sistemas de Proceso Penal en Europa*, Dirección Ramón Maciá, Cedecs, Barcelona, 1998.

_____. *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995. Personas criminalmente responsables. Comentario de los artículos 19 a 31 del Código Penal de 1995*, Bosch.

ALASTUEY, M. Carmen, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant monografías 165, Valencia, 2000.

ALBRECHT, H.J, *Kriminologische Perspektiven der Wiedergutmachung. Theoretische Ansätze und empirische Befunde*, en Eser/Kaiser/Madlener (Hrsg.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i.Br., 1990

ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991;

_____. "Incremento de la llamada criminalidad de bagatela y tratamientos descriminalizadores arbitrarios en la RFA, con especial referencia al principio de oportunidad", en *Justicia* 90.

BANNENBERG, Britta, *Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis*, Forum-Verl. Godesberg, Göttingen, 1993.

BAUMANN, Jürgen, *Zur Repersonalisierung des Strafrechts*, en W. Küper/J. Welp (eds), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift* für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70 Geburtstag, Heidelberg, 1993;

_____. *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer*, Beck, München, 1992.

BAUR, F, *Die Bewährungsauflage der Schadenswiedergutmachung und das Zivilrecht*, GA, 1957, p. 338.

BERDUGO Gómez De La Torre, I/FERRÉ Olive, JC/SERRANO Piedecasas, JR, *Manual de Derecho Penal. Parte General III. Consecuencias Jurídicas del Delito*, Praxis, Barcelona, 1994.

BERGALLI, Roberto, *Crítica a La Criminología. Hacia una teoría crítica del control social en América Latina*, Temis, Bogotá, 1982.

BERISTAIN, Antonio, "Criminología, Victimología y Derecho Penal en la Sociedad mediática", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 5, 1995, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho.

BOBBIO, Norberto, *Sulle zanzioni positive*, en AAVV, *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, Milano, 1971. *Le sanzioni positive*, en *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977.

BRAUNS, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter*, Duncker&Humblot, Berlin, 1996.

BUSTOS Ramírez/LARRAURI Pijoan, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*. PPU, IURA, Barcelona, 1993.

CANCIO Meliá, Manuel, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima, imputación a la víctima*, Universidad Externado de Colombia;

_____."Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre infracciones de terrorismo luego de la Ley Orgánica 7/2000", Jueces para la Democracia n. 44, julio 2002.

CHAVES, Gastón, *El Derecho Constitucional y el Derecho Penal* Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo. Tomo II, Dardo Preza, Ingranussi, Montevideo, 2000.

CHRISTIE, Niel, *Conflicts as Property, British Journal Criminology* 17, 1977;

_____. "Los conflictos como pertenencia", trad. de Bovino y Guariglia, en *De los delitos y de las víctimas*, Reimpresión, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

DA COSTA Andrade, "Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito", en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995.

DE LA CUESTA, José L, "La reparación de la víctima en el Derecho Penal Español", en *Las víctimas del delito*, Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco.

DE VICENTE Remesal, Javier, *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León Secretaría de Publicaciones, 1985.

DOLCINI, Emilio, "*Il castigo sia moderato, ma certo*", en *Sistema Sanzionatorio: effettività e certezza della pena*", Giuffrè Eidtore, 2002;

_____. *La pena pecuniaria come alternativa alle pene detentive brevi*, Jus, 1974;

DOLCINI-Marinucci, "*Costituzione e politica dei beni giuridici*", en *Scritti in Memoria di Renato Dell'Andro*. Vol. I, Cacucci Editore, 1994;

DOLCINI-Paliero, "*Il carcere ha alternative?. Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*", Milano, 1989.

ESER, Albin, "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima", trad. Cancio Meliá, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol XLIX fasc. III, 1996;

_____. "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992;

_____. "Una justicia penal "a la medida del ser humano" en la época de la europeización y la globalización", trad. de Teresa Manso, *Congreso Internacional. Facultad de Derecho de la UNED*. Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2002, Separata.

ESER/KAISER/MADLENER, "*Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*", en *Internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium* in Freiburg i. Br. 2. unveränderte Auflage, 1992.

FARALDO, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant monografías, Valencia, 2000.

FONDAROLI, Désirée, *Illecito penale e riparazione del danno*, Dott. A. Giufrè editore, Milano, 1999.

FREHSEE, Detlev, *Wiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen*, Duncker& Humblot, Berlin, 1987.

FRÜHAUF, Ludwig, *Wiedergutmachung zwischen Täter und Opfer. Eine neue Alternative in der strafrechtlichen Sanktionspraxis*, Verlag Dr. Mannhold Gelsenkirchen, Juristische Schriften, t. 42, 1988.

GALAIN, Pablo, "La relación existente entre las teorías de la pena y el principio de culpabilidad en el Derecho Penal actual", en *Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo*. Tomo II, Dardo Preza, Ingranussi, Montevideo, 2000.

GALAIN, Pablo/ROMERO, Angélica, "*¿Puede la reparación ser un arma político criminal en la lucha contra la criminalidad organizada?*" en Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, volúmenes XXII-XXIII, nº 73, sep. 2001/dic. 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 53 y ss; y Revista del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de la Patagonia, nº 1, año 1, mayo de 2004, Chile, págs. 68 y ss.

GARCÍA-PABLOS, Antonio, "El redescubrimiento de la víctima; victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada "victimización terciaria", en *La victimología, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993;

_____. "La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho", en *Estudios Penales y Criminológicos* XV, 1992.

GARCÍA Pérez, Octavio, *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GARLAND, David, *Punishment and Modern Society. A study in social theory*, The University of Chicago Press, 1990;

_____. *The culture of control*, Oxford Univ. Press, 2001

GARÓFALO, Rafael, *La Criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, trad. Pedro Borrajo, ed. Daniel Jorro, Madrid, 1912;

_____. *Indemnización a las víctimas del delito*, traducción y estudio crítico de Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid.

GIDDENS, Anthoni, *Sociología*, 4ª ed, trad. Jesús Cuellar, Alianza, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ, José Luis, "Aspectos Penales de la Ley n. 17.272 (Gracia y Clausura de procedimientos penales)", en *La Justicia Uruguaya*, tomo 124, 2001

GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GRACIA MARTÍN/BOLDOVA Pasamar/ALASTUEY Dobón, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, Tirant, Valencia, 1998.

HASSEMER, Winfried, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLV, fascículo I, enero-abril MCMXCII;

_____. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde/Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999;

_____. "¿Por qué y con qué fines se aplican las penas?", en *Revista de Derecho Penal y Criminología* n. 3, 2ª época, enero 1999;

_____. *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde/Arroyo Zapatero, Bosch, 1984;

HASSEMER/Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

HASSEMER/J.P Reemtsma, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, Verlag Beck, München, 2002.

HENNING, Silvia, *Täter-Opfer-Ausgleich und Mediation. Methoden und Beispiele-Zweifel und ketzerische Gedanken*, in *Täter-Opfer-Ausgleich. Beiträge zur Theorie, Empirie und Praxis*, Günther Gutsche/ Dieter Rössner (Hrsg.), Forum Verlag Godesberg, 2000.

HIRSCH, Hans, "La reparación del daño en el marco del Derecho penal material", en *Derecho Penal. Obras completas*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni eds, Buenos Aires, 2002 y en *De los Delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, primera reimpresión agosto 2001,

HUBER, Barbara, "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la privativa de libertad. (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)", trad. Laurenzo Copello, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVII, fasc. III, sep-dic, MCMXCIV;

_____. "COMMUNITY SERVICE ORDER como alternativa a la pena privativa de la libertad en Inglaterra", trad, Bacigalupo, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXVI, fasc. I, enero-abril, MCMLXXXIII.

JAKOBS, Günther, "Sobre la teoría de la pena", trad. de Cancio Meliá, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IV, n. 8ª, 1998, Ad-Hoc, Buenos Aires;

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996;

_____. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación". 2ª edición, corregida, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1997;

_____. *Die deutsche Strafrechswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Eser/Hassemer/Burkhardt (eds.), C.H. Beck, München, 2000.

JESCHECK/WEIGEND *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, renovada y ampliada, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.

JUNG, Heike, *Die compensation order in Grossbritanien*, en *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, 1992;

_____. *Compensation order-Ein Modell der Schadenswiedergutmachung?*, ZStW 99, 1987, Heft, 3.

KARP, Judith, *Restitution of victims by offenders*, en *Israel Law Review*, vol. 30, n. 3-4, 1996.

KEUDEL, Anke, *Die Effizienz des Täter-Opfer-Ausgleich. Eine empirische Untersuchung von Täter-Opfer-Ausgleichsfällen aus Schleswig-Holstein*, Weisser Ring, 2000.

KILCHLING, Michael, *Aktuelle Perspektiven für Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im Erwachsenenstrafrecht*, en NStZ, 1996.

KRÜMPELMANN, J, *Die "Bagatelldelikte". Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Duncker&Humblot, Berlin, 1966.

KUBINK, Michael, *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Duncker&Humblot, Berlin, 2002.

LAMPE, Joachim, *Wiedergutmachung als "dritte Spur" des Strafrechts*?, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1993, Heidelberg.

LASKY, H, *El liberalismo europeo*, trad. de Victoriano Míguelez, F. C. E., México, 1977.

LAUE, Christian, *Symbolische Wiedergutmachung* Duncker und Humblot, Heidelberg, 1999.

LEE, Jin-Kuk, *Symbolische Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem. Auf der Suche nach der Möglichkeit einer weiteren konstruktiven Tatverarbeitung und Entkriminalisierung durch symbolische Wiedergutmachung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000.

LOOS, Fritz, *Zur Kritik des "Alternativentwurfs Wiedergutmachung"*, ZRP, 1993, Heft 2.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979.

MADLENER, Kurt, "La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho Penal", en *Estudios de Derecho Penal y Criminología* Tomo II. *En homenaje al*

profesor José María Rodríguez Devesa, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1989;

_____. "Compensação, restituição, sanção pecuniaria e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 14, abril-junho, 1996.

MAIER, Julio, "El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino"; en *El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, (Maier,J/Binder,A, comps), del Puerto, Buenos Aires, 1995.

MANNA, Adelmo, *Le nuove prospettive sanzionatorie a tutela della vittima nel diritto penale* en *Scritti in Memoria di Renato Dell'Andro*, vol I, Cacucci.

MAPELLI, Borja/TERRADILLOS, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ Sánchez, *La necesidad de pena en el Derecho Penal Alemán (Strafbeürfnis). Consagración y aplicación en Colombia. Críticas a la teoría de la Imputación Objetiva: entrevista al profesor Jakobs.*, Colombia, 2002.

MEIER, Bernd-Dieter, *Umleitung der Geldstrafe für Zwecke der Wiedergutmachung. Überlegungen zur Berücksichtigung von Verletzteninteressen in der Strafvollstreckung*, en ZRP Heft 2, 1991;

_____. *Die Stellung des Opfers im Strafprozeß. Versuch einer Standortbestimmung fünf Jahre nach dem Opferschutgesetz*, en *Kriminalpolitik. Forum für Praxis, Politik und Wissenschaft*, Heft 4, November 1991.

MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho* 2ª ed revisada, Bosch, 1982;

_____. *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., corr. y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995, Aranzadi, Barcelona, 1996.

MOCCIA Sergio, *Política Criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale Tedesca*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1984.

MORALES PRATS, Fermín, "Funciones del derecho penal y sociedad civil", en *Il Diritto Penale alla svolta di fine millennio. Tai del Convengo in ricordo di Franco Bricola* (Bologna, 18-20 maggio 1995). A cura di Stefano Canestrari, Torino.

MUÑOZ CONDE, Francisco, "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", en *Cuadernos de Política Criminal* n. 7, 1979;

_____. *Derecho Penal y control social*, Temis, 2ª. ed, 1999;

_____. "La búsqueda de la verdad material en el proceso penal", *Lección inaugural curso 1998-1999 Universidad Pablo Olavide*, Sevilla.

_____. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000;

_____..*La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Diario El País, Madrid, 28 de septiembre de 2003;

_____. *La relación entre Dogmática Jurídicopenal y Política Criminal en el contexto político alemán tras la Segunda Guerra Mundial. La aportación de Claus Roxin, ¿Mito o realidad?*, inédito;

_____. *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª edición, completamente revisada y puesta al día, Tirant, Valencia, 2002.

MUÑOZ Conde/GARCÍA Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, revisada y puesta al día, Tirant, Valencia, 2002.

MUSCO, Enzo, *La pena pecuniaria*, Catania, 1984;

_____. *La premialità nel diritto penale*, *L'indice penale*, anno XX, Cedam, Padova, 1986.

NÚÑEZ Paz, Miguel Angel/ALONSO Pérez, Francisco, *Nociones de Criminología*, Colex, Madrid, 2002.

ORLANDO Pérez Pinzón, Álvaro, "El funcionalismo en la sociología actual", en *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs.*, E. Montealegre (coordinador), Universidad Externado de Colombia, 2003.

OTTO, H, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Delikkategorien?*, en *Gedächtnisschrift für Schröder*, München, 1978.

PALAZZO, Francesco, *Principi Costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, en *Studi in Memoria di Pietro Nuvolose*. Volume Primo, Milano, 1991.

PÉREZ Cepeda, Ana, *Las víctimas ante el derecho. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Vol I, Ediciones Universidad Castilla-La Mancha y Salamanca, 2001.

PÉREZ Sanzberro, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999.

QUERALT, J.J, "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación", en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. J.M. Silva Sánchez ed., Bosch, Barcelona, 1997.

QUINTERO Olivares, Gonzalo, "La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena", *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

ROIG Torres, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito. (Aspectos civiles y penales)*, Tirant, Valencia, 2000.

ROMANO, Mario, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993;

_____. *Meritevolezza di pena, bisogno di pena* e *teoria del reato*, en *Scritti in Memoria di Renato Dell'Andro*. Vol. II, 1994.

ROXIN, Claus, "Fines de la pena y reparación del daño", trad. Julio Maier y Elena Carranza, *De los delitos y las víctimas*, ad-hoc, 1992;

_____."El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo", en *Dogmática Penal y Política Criminal*, Traductor y editor Manuel Abanto, Idemsa, Lima, 1998;

_____."La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena.", en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, trad. De Muñoz Conde, Reus;

_____."Pena y reparación", trad. de Gimbernat Ordeig, en Anuario *de Derecho Penal y Ciencias Penales* Tomo LII MCMZCIX, Madrid, 2002;

_____. *Derecho Penal.* Parte General. Tomo I. Fundamentos. *La estructura de la Teoría del Delito*, Trad. y notas Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, 1997;

_____. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Auflage, C.H.Beck sche Verlagsbuchhandlung, Manchen, 1994;

_____."El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo", trad. de J.J. Queralt, en Mir editor, *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980;

_____."Omisión e imputación objetiva en derecho penal", en *Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal*, Enrique Gimbernat (Ed.), Univ., Servicio de Publ., Facultad de Derecho Madrid, 1994;

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Trad. e introd. de Luis Greco, Rio de Janeiro, 2002;

_____. *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 2000, trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor;

_____. *Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem*, en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche* zum 65. Geburtstag. Badura/Scholz (Hrsg), München, 1993;

_____. *Iniciación al Derecho Penal de hoy*, traducción, introducción y notas de Muñoz Conde y Luzón Peña, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981;

_____. *Wandlungen der Strafrechtwissenschaft*, Juristiche Arbeitsblätter, 1980;

_____. *Código Penal Alemán*. StGB. *Código Procesal Penal Alemán*. StPO", Prólogo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000;

_____. *Política Criminal y Estructura del Delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, trad. de Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal, PPU, Barcelona, 1992.

SÁINZ Cantero, M, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997.

SCHÖCH, Heinz, *Wege und Irrwege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, en *Festschrift für Claus Roxin* zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, de Gruyter, 2001;

_____. *Der Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis. Erfahrungen, neue Ansätze, Gesetzesvorschläge*. Bericht über das Forum 1992 für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung vom 10. bis 12. April 1992 in Bonn, 1993;

_____. *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Neue Zeitschrift für Strafrecht*", 1984.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im besonderen Teil des Strafrechts* en *Festschrift für Bockelmann* zum 70. Geburtstag, München, 1979

SCHWIND, Hans Dieter, *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 2002

SEELMANN, *Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht*, JZ, 1989.

SESSAR, Klaus, *Wiedergutmachen oder Strafen*, Pfaffenwieler, 1992;

_____. *Uber das Opfer. Eine viktimologische Zwischenbilanz*, Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70 Geburstag, II, Berlin.

SILVA Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*. 2ª edi, revisada y ampliada, Civitas, Madrid, 2001;

_____. "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo". XXII *Coloquio de Derecho Europeo, Organizado por el Consejo de Europa y la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, La Laguna, del 17 al 19 de noviembre de 1992, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1993.

TAMARIT Sumalla, Josep, *La reparación a la víctima en el derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, trad. del catalán Eva Maldonado/Carolina Villacampa, Fundació Jaime Callís, Barcelona;

_____. *La víctima en el Derecho Penal. De la víctimo-dogmática a una dogmática de la víctima*, Aranzadi, 1998.

TAYLOR, I./ WALTON P./Young, J., *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, trad. Adolfo Crosa, reimpresión 1990, Amorrortu, Buenos Aires.

VON HIRSCH, Andrew/ASHWORTH/CLIFFORD Shearing, *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A Making Amends Models?*, en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2003.

WALTHER Susanne, *Reparation in the German Criminal Justice System: what is, and what remains to be done*, en *International Review of Victimology*, 2000, vol 7, 265 y ss;

_____. *Reparation and Criminal Justice: can they be integrated?*, en *Israel Law Review*, vol. 30, numbers 3-4, 1996, pp. 317 y ss.

"Was soll "Strafre"? Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems", ZStW, 111, 1999, Heft 1, ps. 123 y ss.

WEIGEND Thomas, *Abgesprochene Gerechtigkeit _Effizienz durch Kooperation im Strafverfahren?* en *JZ*, 1990;

_____. *Das Opferschutzgesetz-kleine Schritte zu welchem Ziel?*, en *Neue Juristiche Wochenschrift*, 1987.

Código Penal Alemán (StGB) del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998, trad. Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Código Penal Alemán StGB. Código Procesal Penal Alemán StPO, Emilio Eiranova (coordinador), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, "Código Penal Tipo para Iberoamérica. Vol. 1", Universidad Externado de Colombia, 2000

"Proyecto alternativo sobre reparación penal. Proyecto de un grupo de trabajo de Profesores de Derecho Penal alemanes, austríacos y suizos", trad. Beatriz de la Gándara Vallejo, Ciedla, Konrad Adenauer Stiftung, 1998.

2. Processo Penal

O novo interrogatório

Carlos Henrique Borlido Haddad
Juiz Federal substituto.

Sumário: 1. Introdução – 2. Nomenclatura – 3. O local do interrogatório: 3.1 O interrogatório no estabelecimento prisional – 4. O momento do interrogatório – 5. A presença do defensor: 5.1 A presença do defensor em sede extrajudicial; 5.2 A entrevista prévia com o defensor – 6. A intervenção das partes: 6.1 A intervenção do defensor do co-réu; 6.2 A supressão da participação do curador no interrogatório – 7. O direito de permanecer calado: 7.1 O verdadeiro alcance do art. 186, parágrafo único do CPP; 7.2 A informação sobre o direito de permanecer calado – 8. Qualificação e interrogatório: 8.1 Roteiro de perguntas – 9. A revogação da requisição do acusado preso – 10. O intérprete e o interrogatório – 11. Conclusões.

Resumo: A Lei 10.792/2003 é analisada por ter introduzido relevantes modificações na disciplina do interrogatório. Examina-se a nomenclatura adotada na nova redação dos dispositivos do Código de Processo Penal e as alterações gramaticais ocorridas. Apontam-se as objeções contra a realização do interrogatório no interior do estabelecimento prisional. São explicadas a importância da presença do defensor e as razões pelas quais se suprimiu a figura do curador no interrogatório. Verifica-se em que medida é possível a participação das partes e as vantagens da citação do acusado preso em substituição à requisição. Estuda-se o tratamento conferido ao direito de permanecer calado, sua real extensão e a possibilidade de exercê-lo no momento da qualificação, em face de ser ato distinto do interrogatório.

Palavras-chave: Interrogatório – Lei 10.792/2003 – Defensor – Curador – Direito de permanecer calado – Auto-incriminação – Qualificação – Intérprete.

1. Introdução

É no interrogatório que melhor se identifica o problema central do processo penal: a relação entre acusado e Estado. De um lado, posta-se o acusado e a correlata necessidade de proteção dos direitos fundamentais. De outro, coloca-se o Estado, para atender às exigências sociais de repressão do crime. Questão mais política do que jurídica, procura-se um sistema de temperamento entre os interesses públicos de repressão e de salvaguarda da liberdade do acusado, prestando-se o interrogatório a mostrar o contraste de forças.

O Código de Processo Penal (CPP) dava-lhe feição de meio de prova, ao passo que a Constituição Federal de 1988, ao assegurar o irrestrito direito ao silêncio, consubstanciado no aforismo *nemo tenetur se detegere*, atribuiu-lhe característica defensiva. A Constituição Federal de 1988, ao acolher, expressamente, no art. 5.º, LXIII o direito ao silêncio, impôs a necessidade de rever a legislação ordinária sob as luzes da nova ordem constitucional.

Para atender a necessidade de compatibilização da legislação processual à Constituição Federal, foi promulgada a Lei 10.792, de 1.º de dezembro de 2003. O diploma legal editado trouxe modificações na redação de todos os dispositivos legais que compõem o capítulo que disciplina o interrogatório no processo penal. Houve correções gramaticais, mas algumas imperfeições lingüísticas permaneceram. Muitas alterações cingiram-se ao aspecto redacional sem alterar a essência do dispositivo de lei. Renovou-se todo o Capítulo III do Título VII do Livro I do Código de Processo Penal, mas não deixou de ser uma reforma pontual, às vezes sem dispensar atenção à conformação sistêmica do código. Regra sem similar no direito anterior, relacionada à realização do interrogatório do réu preso, foi incorporada ao CPP. Apesar de alguns revezes, introduziu-se uma reforma de

profundo valor, porque assegurou a obrigatoriedade da presença do defensor no interrogatório e a possibilidade de prévia entrevista com o acusado.

Para aferir os pontos positivos e negativos das principais alterações experimentadas na regulamentação do interrogatório, proceder-se-á à análise pormenorizada da Lei 10.792/2003.

2. Nomenclatura

O vocábulo interrogatório (*interrogatorius*) deriva de interrogar, que vem, por sua vez, do latim *interrogare*, e significa perguntar, interpelar, inquirir.[1] Interrogatório é um vocábulo equívoco, pois apresenta mais de um significado para expressar distintas realidades. Em primeira acepção, significa o ato ou efeito de interrogar, a sucessão de perguntas que se dirigem a alguém. Nesse sentido, nenhuma impropriedade há em referirmo-nos a interrogatório do acusado, a interrogatório das testemunhas ou a interrogatório do ofendido, pois cada um desses sujeitos processuais pode submeter-se à inquirição, judicial ou extrajudicial.

Em segunda concepção, interrogatório é adjetivo, cujo sentido pode ser substituído por *interrogativo*, e ambos designam aquilo que é próprio para interrogar. Assim se diz do pronome interrogativo, de orações interrogatórias ou de gestos interrogatórios.

Por fim, interrogatório indica, em termos singelos, o ato em que são feitas perguntas ao acusado ou ao indiciado e de quem se obtêm respostas, variando a nomenclatura do sujeito argüido dependendo do momento em que se realiza a inquirição e da autoridade que a efetiva. Neste último significado, o interrogatório é vocábulo que se vincula, apenas, àquele a quem se investiga ou a quem se imputa a prática da infração penal.[2] Segundo Buzelli, o interrogatório é "*un atto*

1. BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etmológico-prosódico da língua portuguêsa*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 4, p. 1965.

2. No direito anglo-americano, o termo "interrogatório" (*interrogation, questioning*) designa apenas a inquirição realizada pela autoridade policial. Significa "*the process of questions propounded*

da considerarsi inesistente quando manca la consapevolezza o, meglio, il presupposto della qualità d'imputato"[3] Destarte, aludir a interrogatório do indiciado, a interrogatório do réu ou a interrogatório do acusado configura impropriedade lingüística, superfluidade de palavras, uma vez que o ato somente adquire a denominação específica em sendo estes os sujeitos inquiridos. Somente a lei processual penal intitula *interrogatório* o ato de inquirição do acusado, uma vez que o Código de Processo Civil apenas faz menção ao depoimento pessoal do réu (Título VIII, Capítulo VI, Seção II). A Lei 10.792/2003 não cuidou de alterar o título do Capítulo III do Título VII do Livro I Código de Processo Penal e manteve a expressão *Do interrogatório do acusado*, que bem poderia ser substituída por *Do interrogatório*.

Contudo, caso queira distinguir-se a pessoa que é interrogada, indiciado ou acusado, para indicar a variação do momento da inquirição, durante o inquérito policial ou em juízo, o recurso ao vocábulo interrogatório seguido da expressão adjetiva não apresenta nenhuma incorreção.

Quanto aos sujeitos submetidos ao interrogatório, variava muito a nomenclatura empregada. No inquérito policial, a palavra *indiciado* designa a pessoa para quem convergem os indícios da autoria da infração penal. Na fase judicial, a expressão corrente adotada pelo Código de Processo Penal era *acusado* ou *réu*, à exceção do antigo art. 192, parágrafo único, em que havia menção a *interrogado*. Notava-se completa confusão entre os termos *acusado* e *réu* no capítulo em que

by police to person arrested or suspected to seek solution of crime" (o processo de questões propostas pela polícia à pessoa detida ou suspeita, para desvendar o crime). As declarações do acusado tomadas em juízo estão sujeitas à *cross-examination*, dependem de seu consentimento e possuem o mesmo valor do testemunho, razão pela qual são conhecidas por "*testimony under oath*". BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. Saint Paul: West Publishing, 6ª ed., 1990, p. 818. ISRAEL, Jerold H. LaFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. Saint Paul: West Publishing, 5ª ed., 1993, p. 227.

3. Em vernáculo: "um ato considerado inexistente quando falta a consciência ou, melhor, o pressuposto da qualidade de imputado" BUZZELLI, Aldo. *Sull'interrogatorio dell'imputato. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1972, anno 27, v. 3, p. 482.

está inserido o interrogatório, a ponto de não ser possível formular uma regra distintiva. A palavra *acusado* era mencionada nos arts. 185, 187, 188, parágrafo único, 193, 194, 195, *caput* e parágrafo único, todos do CPP. Por sua vez, o termo *réu* aparecia nos arts. 186, 188, *caput*, 190 e 191 do CPP. O Código de Processo Penal Militar (CPPM), ao contrário da legislação comum, usa denominação uniforme ao se referir ao agente contra quem é proposta a ação penal: *acusado*.

Frederico Marques ensina ser *réu* a denominação dada ao autor de um delito após instaurada a ação penal. Por seu turno, o vocábulo *acusado* indica o sujeito passivo da pretensão deduzida na acusação. *Réu* é o sujeito passivo do processo, *acusado* o sujeito passivo da lide penal.[4] Mas de acordo com o sistema adotado pelo CPP, não há distinção conceitual e prática entre *acusado* e *réu*, utilizados indiscriminadamente como expressões sinonímicas. Todavia, as modificações do CPP procuraram uniformizar a nomenclatura em três pontos: uso exclusivo do termo *acusado* e proscrição da palavra *réu*; emprego do vocábulo *interrogando* nos arts. 189, 192, parágrafo único e 193 do CPP, e do léxico *interrogado* no art. 195 do CPP. A nomenclatura própria é variável de acordo com o momento cronológico da inquirição. Enquanto não iniciada a inquirição, as referências são feitas a *acusado*, de maneira genérica, como indivíduo a ser submetido ao interrogatório (art. 185, *caput* e §§, 186, 187 e 191 do CPP). Caso já tenha sido submetido ao interrogatório passa a ser chamado *interrogado*. Se ainda se submete à inquirição, usa-se o termo *interrogando*.

3. O local do interrogatório

O interrogatório costuma ser realizado na sede do juízo competente para a ação e na sede da circunscrição onde a autoridade policial desempenha as atribuições. Não obstante, nada impede que o juiz da causa ou a autoridade policial deslo-

4. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 2, p. 54.

quem-se para outro ponto dentro dos limites espaciais de sua competência ou de suas atribuições, quando assim exigir o interesse do processo ou do inquérito, e realizem o interrogatório, por exemplo, no local onde se encontre o acusado, por qualquer motivo impossibilitado de se locomover. Da mesma forma, o interrogatório pode ser realizado na residência do juiz, em conformidade com o art. 792, § 2.º do CPP.

3.1 O interrogatório no estabelecimento prisional

Verdadeira novidade é a disciplina trazida pelo art. 185, § 1.º do CPP. De acordo com a nova redação do dispositivo, "o interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal".

A realização do interrogatório carcerário substitui o interrogatório *on line* desmerecido por um sem número de doutrinadores,[5] sobretudo pela impossibilidade de contato pessoal entre magistrado e réu.

Tanto o interrogatório *on line*, quanto o realizado no interior do estabelecimento prisional justificam-se, principalmente, por razões de ordem financeira. O transporte do preso envolve gastos com combustível, uso de veículos, escolta, muitas vezes gasto de dinheiro para transporte aéreo e terrestre, ao passo que sua permanência no interior do estabelecimento prisional representa uma economia para o erário público e possibilita a presença de mais policiais na rua, mais policiamento ostensivo, enfim, mais segurança pública.

5. D'URSO, Luiz Flávio Borges. O interrogatório 'on line' – uma desagradável justiça virtual. *Del Rey Revista Jurídica*, Belo Horizonte, n. 4, p. 11, dez., 1998. NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 229. VANNI, Adriano Salles. MACHADO, Marlon Wander. Os direitos do preso e o interrogatório *on-line*. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 44, p. 5, ago., 1996. CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Interrogatório "on-line" ou "virtual"?. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 42, p. 3, jun., 1996.

Se muitas eram as críticas erigidas contra o interrogatório *on line*, não poucas restrições são levantadas contra a inquirição realizada no interior de penitenciárias e cadeias públicas.

Em um primeiro momento, não se preservará a rotina do estabelecimento penitenciário, porque o interrogatório realizado em seu interior causará a interrupção de suas cotidianas atividades. O comparecimento do magistrado ao estabelecimento prisional não será fato ordinário até o momento em que se transformar em hábito. A partir de então passará a integrar a rotina da vida prisional, com a indesejável conseqüência de ocorrer afrouxamento das medidas adotadas para garantir a segurança das pessoas que participam do interrogatório. Tornar-se-á arriscado concretizar singelo ato processual, porque são notórias as deficiências do sistema carcerário nacional e freqüentes os motins ocasionados pelo desrespeito a elementares direitos dos presos. Não será difícil ao juiz competente para a realização do interrogatório conhecer as condições de segurança que envolvam os estabelecimentos prisionais, as quais, normalmente, deixam a desejar. Incumbe ao juízo da execução penal inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais e tomar providências para o adequado funcionamento, bem como interditar, no todo ou em parte, estabelecimento que estiver funcionando em condições inadequadas (art. 66, VII e VIII da Lei 7.210/84). Por razões de segurança, poderá o interrogatório do acusado preso ser realizado na sede do juízo.

Ocorre, também, que o interrogatório no interior do estabelecimento penitenciário, instituído para reduzir os gastos do erário, apresenta uma face que frustra sua própria finalidade: da forma em que é praticado exige o transporte de magistrado, órgão da acusação, auxiliares da Justiça e defensor. Ao final, a festejada economia de recursos será meramente ilusória e representará, simplesmente, deslocamentos de ônus.

Além disso, a economia que se faz é pela metade. Somente no interrogatório se evitará a condução do preso à sede do juízo, mas em se tratando da audiência de instrução e julgamento, em que são inquiridas as testemunhas,

ou de qualquer outro ato que exija a presença física do acusado, sua participação é imprescindível e seu transporte ao fórum, uma necessidade. Não é possível que o acusado assista à audiência, submeta-se ao reconhecimento pessoal ou participe de acareações estando dentro do estabelecimento penitenciário, tampouco é apropriado transferir para este local a sede onde se desenvolverá a instrução criminal. Nessas hipóteses, o transporte do preso e os correlatos custos permanecerão incólumes.

A existência de estabelecimentos prisionais vários na sede de um mesmo juízo, situados a longa distância, importará na necessidade de grandes deslocamentos por parte das pessoas que participarão do interrogatório. A se tornar regra a realização da inquirição no interior de cada estabelecimento carcerário, verdadeiro périplo de magistrado, defensor e acusador desenvolver-se-á nas metrópoles brasileiras, motivado pela descentralização espacial da efetivação do ato.

Porém, o mais relevante dos óbices que se levantam refere-se à ausência de publicidade da audiência em que se realiza o interrogatório, conquanto o art. 185, § 1.º do CPP exija o respeito a esse princípio constitucional. Enquanto referido ato processual é praticado nas dependências do fórum, permite-se a qualquer do povo acesso à sala de audiências. Ao revés, realizado no interior de uma penitenciária, a publicidade inerente à atividade judiciária e insculpida como princípio constitucional (art. 5.º, LX da Constituição Federal) fica limitada às partes. A administração de um estabelecimento prisional, a fim de evitar distúrbios internos e assegurar a disciplina carcerária entre os presos, segue regras de segurança básicas, entre as quais, o controle do acesso de pessoas, limitado aos funcionários e aos advogados dos detentos, o que impossibilita o ingresso indiscriminado em suas dependências. A restrição imposta torna pequena garantia constitucional de elevada importância, o instrumento mais seguro de fiscalização popular sobre a atividade de juízes, representantes do Ministério Público e defensores. Uma garantia arduamente conquistada, erigida contra os juízos secretos e de caráter inquisitório de tempos idos e que, hoje, eleva o povo a magistrado dos

magistrados. Converte-se em regra a delimitação da publicidade do interrogatório quando, até então, o segredo justificava-se por questões de decoro ou de interesse social: da publicidade popular à publicidade para as partes. O sistema do interrogatório carcerário, ao limitar a publicidade aos que dele participam e acompanham, salvo nas hipóteses em que a defesa da intimidade ou o interesse social recomendem a restrição, viola garantia individual expressamente disposta na Constituição Federal brasileira.

Ao art. 185, § 1.º do CPP deve-se conferir interpretação conforme com a Constituição Federal, no sentido de se proceder ao interrogatório no interior do estabelecimento prisional sempre que a publicidade puder ser restringida, por razões de interesse social ou para a defesa da intimidade. Nas demais hipóteses, não só para assegurar a segurança, como determina a última parte do art. 185, § 1.º do CPP, mas também para garantir a publicidade do ato, deverá o interrogatório ser realizado na própria sede do juízo. Assim, quando se tratar de réu perigoso, submetido a regime disciplinar diferenciado e sem recomendação de sua saída do estabelecimento prisional, ou quando houver suspeita de que seu deslocamento possa levar à fuga, justifica-se a restrição às partes da publicidade do interrogatório. Na ausência de perigo objetivo de fuga, de riscos de ordem disciplinar, de escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem pública, como excepcionado pelo art. 792, § 1.º do CPP, a realização do interrogatório no interior do estabelecimento prisional acarretará lesão ao princípio da publicidade.

Em verdade, não se ergueriam óbices à utilização do interrogatório carcerário em ocasiões especiais. Mas substituir o transporte do juiz, defensor, órgão da acusação e auxiliares da justiça pelo deslocamento do preso, em toda e qualquer situação, com prejuízo da publicidade do ato, é interpretar o dispositivo legal em contrariedade à Constituição Federal, e fazer do incomum a solução para as questões que se resolveriam com simples medidas.

4. O momento do interrogatório

O interrogatório é normalmente realizado no inquérito policial (art. 6.º, V do CPP), no auto de prisão em flagrante (art. 304 do CPP), antes da defesa prévia (art. 395 do CPP), no julgamento em plenário (art. 465 do CPP) e na superior instância (art. 616 do CPP). Não obstante sejam fixadas as oportunidades em que se efetiva, outras ocasiões são propícias à inquirição do acusado, desde que se apresente em juízo. Não mais se particularizam as hipóteses em que se admite a realização do interrogatório. Basta que haja o comparecimento perante a autoridade judiciária, independentemente se a presença decorreu de intimação ou de ato espontâneo, tampouco se foi ensejada pela prisão. Não se pode esquecer de que, conquanto o interrogatório do preso seja feito no estabelecimento prisional, ainda se admite sua inquirição através do comparecimento em juízo, mormente para assegurar publicidade ao ato e segurança aos participantes. Além disso, admite-se a repetição do ato, mas, diferentemente da pretérita regulamentação, exige-se fundamentação ao pedido de nova inquirição caso seja solicitada por qualquer uma das partes.

Malgrado o inquestionável mérito da reforma da disciplina do interrogatório, um ponto relevante não mereceu atenção: a colocação do ato como um dos últimos da instrução criminal. O CPP adotou o sistema francês, inscrito no Código de 1808, em que o interrogatório é feito antes das argüições e depoimentos, mais como um ato de instrução do que de defesa.[6] É o primeiro ato da instrução criminal a ser realizado, antes que o acusado tenha conhecimento das demais provas colhidas.

A Lei 9.099/95 prevê regra própria acerca do momento do interrogatório. Ele é determinado após a colheita de todas as provas, inclusive a testemunhal, antes de se encerrar a instrução. Assim, pode o acusado, ouvindo as informações

6. FRANCO, Ary Azevedo. *Código de processo penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. 1, p. 254.

prestadas pelas testemunhas, beneficiar-se com uma contribuição verdadeiramente preciosa para a orientação das respostas que dará. Entretanto, a celeridade do procedimento, que se reduz a uma única audiência, impede-o de melhor aproveitar-se da ulterior inquirição, pois as declarações por ele prestadas não podem ser adredemente preparadas devido à premência do tempo.

Romeiro defende que o interrogatório venha disposto no final da instrução criminal, ao contrário da disciplina do CPP. Isso porque considera o interrogatório meio de defesa[7] e esta, para ser exercida eficaz e amplamente, exige o conhecimento de todas as provas produzidas no processo. O fato de o preceito de lei, peremptório e decisivo, prever o interrogatório como primeiro ato da instrução, reforça o caráter probatório que lhe quis dar o código, porquanto visa a instruir o juiz antes de atender aos interesses do acusado. Porém não há dúvidas de que a colocação do interrogatório como último ato do procedimento é mais benéfico ao acusado, pelo antecipado conhecimento das provas até então colhidas. Além disso, seria uma forma de sanar o problema que existia com a falta de consulta prévia ao defensor ou de sua assistência durante a inquirição, uma vez que este, nomeado no início da instrução criminal, estaria presente no momento em que o réu fosse interrogado, derradeiro ato a se realizar. A questão, porém, já dispensa essa solução, porque a Lei 10.792/2003, ao determinar a realização de entrevista prévia entre defensor e acusado e ao estabelecer a obrigatoriedade da presença daquele durante o interrogatório, garantiu inequivocamente a assistência da defesa técnica em toda a instrução criminal.

5. A presença do defensor

Constitui corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo Ferrajoli, o direito do acusado à assistência e, em todo o caso, à presença de seu defensor no

7. ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 118.

interrogatório para impedir abusos ou violações das garantias processuais.[8] Em sua origem, o exercício do direito de permanecer calado somente pôde desenvolver-se no direito inglês após assegurada a assistência do defensor, que desembaraçou as funções defensivas e testemunhal concentradas em mãos do acusado, de modo a possibilitar o silêncio, não mais sinônimo de ausência de defesa.[9] No curso do processo, a inércia colaborativa do acusado deve ser suprida pela atuação do defensor, que se encarregará de deduzir os argumentos favoráveis não apresentados através da autodefesa.

O liame entre o direito ao silêncio e a defesa técnica é tão profundo a ponto de o preceito constitucional (art. 5.º, LXIII da Constituição Federal) estabelecer que, mesmo antes da instauração da ação penal, a assistência do defensor mostra-se essencial, como direito disposto ao preso, a quem é facultado permanecer calado. Para Eser e Robinson, "*il est évident que pour de nombreux prévenus le droit de faire ou de ne pas faire de déclarations et le droit à se disculper eux-mêmes serait purement théorique si, au moment où ils sont informés de ces droits, ils n'avaient pas la possibilitè de faire appel à un défenseur*".[10]

A nomeação de defensor em momento posterior ao interrogatório a réus que previamente não o constituíram era prática disseminada no foro criminal, como forma de agilização dos processos e como sinal mais evidente de que o direito pratica-se com pressa. Como compreender que uma situação jurídica tão clara

8. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal.* 5ª ed. Madrid: Trota, 2001, p. 608.

9. LANGBEIN, Jonh H. *The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law. Michigan Law Review*, Michigan, v. 92, p. 1049, mar., 1994. GIRARD, Charlotte. *Culpabilité et silence en droit comparé.* Paris: L'Harmattan, 1997, p. 70.

10. Tradução livre: "é evidente que para grande número de acusados o direito de fazer ou não fazer declarações e o direito de se desculpar seria puramente teórico se, no momento em que são informados de seus direitos, eles não tivessem a possibilidade de fazer apelo a um defensor". ESER, Albin. ROBINSON, Cyril D. *Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de la phase préjudiciaire en Allemagne et aux États-Unis d'Amerique. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 3, p. 578, juil./sept., 1967.

tenha-se tornado duvidosa até ao ponto de, a partir de certa altura, passar-se a desatender, sistematicamente, a expressa disposição do CPP (art. 261), que sempre prescreveu nenhum acusado será processado ou julgado sem defensor? E a ponto de ser necessária a edição de lei determinante da presença do defensor no interrogatório. Lamentável é verificar que esta continuada praxe tenha ofuscado o mérito do CPP, que consagrou, há mais de cinqüenta anos e em completa pureza, a necessidade de defensor em toda a instrução criminal.

A presença do advogado contribui para que o incriminado utilize devidamente a sua liberdade de declaração e potencialize, assim, a sua possibilidade de influenciar nos rumos de seu caso.[11] Deixa o acusado de ser mero objeto da persecução penal para se conferir a oportunidade de influenciar no processo e em seu resultado. E se no exercício dessa liberdade o acusado prefere calar-se, contestar torna-se uma obrigação a ser desempenhada pelo defensor, de maneira fundamentada, cujo inadimplemento constitui nulidade processual, sobretudo após a inovação trazida pela Lei 10.972/2003, que acrescentou o parágrafo único ao art. 261 do CPP.

A assistência de advogado não significa atuação passiva, de mero espectador do desenrolar dos atos processuais, mas, sim, assistência técnica efetiva, concretizada na intervenção diligente e zelosa no processo. Uma vez que a presença do defensor é expressamente exigida pela lei processual penal, necessária a assistência ao réu por ocasião do interrogatório, exigência consagrada na nova redação do art. 185 do CPP.

Atualmente, a qualificação e o interrogatório do acusado devem ser realizados na presença do defensor, constituído ou nomeado. E não somente, assegura-se ao acusado o direito de entrevista reservada com o advogado antecedentemente à prática do ato processual, de modo que o processo penal brasileiro não mais conhe-

11. DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 189, jul./set., 1997.

ce a figura do acusado dissociada do defensor. Qualquer que seja o procedimento, previsto na legislação comum ou especial, qualquer que seja a infração praticada, crime ou contravenção, qualquer que seja o acusado que a cometeu, o acompanhamento por profissional habilitado é imperativo. Mesmo no procedimento sumariíssimo dos Juizados Especiais Criminais, cujo correspondente na área cível, desde que observados os valores em litígio, dispensa a representação da parte por profissional habilitado, impõe-se o comparecimento do acusado com seu advogado e, na falta deste, cabe ao juiz nomear defensor.

A ausência do defensor em tão crucial ato do processo deságua na sua inutilidade como meio de defesa. O fato de a presença do advogado impedir o acusado de fazer declarações equivocadas ou não apropriadas; obstar a utilização de meios ilegítimos de interrogatório e controlar as condições em que este é realizado; garantir a pureza real dos autos, dada a facilidade com que as declarações podem ser desvirtuadas na redução a escrito; facilitar à defesa a colheita de material probatório e opor-se à acusação no julgamento são razões suficientes para que sua presença seja indispensável.

A ausência do defensor acarreta a nulidade do processo, sem necessidade de indagação acerca de eventual prejuízo ao acusado. Trata-se de omissão de formalidade que constitui elemento essencial do ato, consoante dispõe o art. 564, IV do CPP. O respeito quanto à inflexibilidade do direito deve ser o mais pleno possível, sob risco de fazer frágil regra inovadora de grande relevância. Mas se o acusado, mesmo sem assistência de advogado, comportou-se no interrogatório com relativa segurança, autodefendendo-se em conformidade com a defesa técnica ulteriormente sustentada, nenhum motivo haverá para o pronunciamento da nulidade.[12] A incidência de outras normas processuais pode evitar a anulação do

12. As nulidades ocorrerão nas hipóteses expressamente previstas em lei (art. 564 do CPP) e, também, quando houver irregularidade suscetível de causar prejuízo às partes. Contudo, o fato de estar configurada a nulidade não implica necessariamente deva ser pronunciada, uma vez que outras regras poderão incidir, de modo a tornar incabível a declaração. Nesse sentido: SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 134.

processo se, por exemplo, o incidente não influir "na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa" (art. 566 do CPP).

5.1 A presença do defensor em sede extrajudicial

O Poder Legislativo não se mostrou completamente infenso à defesa, pois o Código de Processo Penal assegura a necessidade de defensor ao acusado, em todo procedimento (art. 261 do CPP). Entretanto, não fez nenhuma alusão à assistência do defensor durante a fase extrajudicial, motivo que levou o Supremo Tribunal Federal a decidir não ser incumbência da autoridade policial a nomeação de defensor ao autuado em flagrante delito. Concluiu-se ter a Constituição Federal apenas assegurado o direito de o preso ser assistido por advogado na fase policial, sem que o Estado obrigue-se a manter advogados nas repartições policiais.[13]

Em verdade, o art. 5.º, LXIII da Constituição Federal, a exemplo da legislação alemã, como ressaltado por Roxin,[14] não apenas assegura a informação sobre o direito à assistência do defensor (*Verteidigerkonsultation*), mas a possibilidade de se garantir sua execução. Assim como a falta de advertência obstrui a consulta ao advogado, a mera informação não teria sentido se o direito cujo teor se informa não fosse observado.

A obrigatória presença do defensor durante o interrogatório judicial foi determinada pela Lei 10.792/2003. Mas a nova regulamentação não apenas exigiu a presença do defensor em juízo. Em combinação com o art. 6.º, V do CPP, a audição do indiciado no inquérito policial passou a reclamar a presença do defensor, porque ao procedimento extrajudicial são aplicáveis, no que for cabível, a disciplina do interrogatório judicial. Regulamentando o art. 5.º, LXIII da Cons-

13. *Habeas Corpus* 73.898/SP e RE 136.239/SP.

14. ROXIN, Claus. *Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rechtsprechung. Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 7, p. 344, 1997.

tituição Federal, em que é garantido ao preso a assistência de advogado, o diploma legal promulgado nada mais fez do que efetivar esta assistência através da presença do defensor em todos os interrogatórios.

A inquirição realizada em sede extrajudicial não é diferente da efetivada em juízo, salvo pelas autoridades que as presidem e pelo momento procedimental em que ocorrem. A primeira é levada a efeito pela autoridade policial e tem sede no inquérito, ao passo que a segunda efetiva-se em juízo, presidida pelo órgão judicial. O fato de se realizarem em momentos distintos não diferencia os interrogatórios: seja policial ou judicial, ambos são meios de prova e de defesa. A ausência de contraditório no inquérito poderia fazer pensar na predominância do aspecto probatório, mas o indiciado terá sempre interesse em afastar sobre si todo e qualquer indício de culpa, prestando declarações defensivas.

Não existindo distinção entre uma e outra inquirição, a disciplina do interrogatório no procedimento em juízo deve ser observada em sede extrajudicial, naquilo que for aplicável. A ressalva explica-se mais pelo momento da inquirição do que por qualquer outro motivo. Em virtude do recente indiciamento ou da insuficiência de provas até então colhidas, nem sempre será preciso, *v.g.*, questionar o indiciado sobre todas as perguntas formulares previstas no art. 188 do CPP, uma vez que podem revelar-se despiciendas em face do andamento da investigação policial. Também não haverá necessidade de atender o pedido de esclarecimentos do órgão acusatório, porque ainda não atuante no procedimento extrajudicial.

O indiciado pode ser atingido nos seus direitos pessoais e reais logo que o inquérito policial instaura-se. A presença do defensor é necessária, pois a defesa não começa com a acusação formal. É do conhecimento geral que entre o início do inquérito policial e o começo da instrução criminal medeiam dias, semanas ou meses. Se o defensor não atuar na fase inquisitória, muitos elementos de interesse para a defesa não chegarão à fase contraditória e, mesmo confiando na autoridade policial, cujos atos presumem-se revestir de legalidade, não seria

exagero imaginar, ao menos, o uso de critério seletivo de provas. Se é certo que o indiciado sofre limitações nos seus direitos e liberdades durante o inquérito policial, a defesa técnica põe-se como entrave aos abusos e excessos, ao garantir a autenticidade dos atos praticados e a lisura do procedimento administrativo. O indiciado, ao ser interrogado em sede extrajudicial, deve estar acompanhado por defensor, pois se trata de irrecusável direito que lhe socorre: a ampla defesa não se confunde com o contraditório e se este é excluído da fase inquisitória, o mesmo não ocorre com aquela.

Não basta reconhecer o direito insculpido no art. 5.º, LXIII da Constituição Federal na esfera judicial. É imensamente mais raro o juiz cometer algum abuso durante o interrogatório, realizado em audiências públicas e acessível a todas as pessoas, do que a autoridade policial em sede extrajudicial. Tomado de surpresa e sem a presença de defensor, torna-se o interrogatório, cuja publicidade da consecução é restrita, palco de declarações nem sempre proferidas com plena liberdade de autodeterminação.

A efetividade da defesa técnica, que deve ser garantida ainda na fase extrajudicial, não se perfaz com a mera indagação se o acusado deseja comunicar sua prisão a advogado. Há de ser garantida a concreta assistência, a começar pela presença do defensor ao ato de inquirição.

A preocupação com a assistência técnica durante o procedimento extrajudicial é necessária em face da clientela de nosso sistema penal. Em sendo presa pessoa de parcos recursos, a impossibilidade de constituição de defensor é esperável. René Ariel Dotti afirma o óbvio, facilmente constatado na prática judiciária: "O grande contigente de acusados que comparecem para o interrogatório sem a assistência de um defensor é representado pelos pobres. As pessoas de classe média e alta, envolvidas como suspeitas, indiciadas ou acusadas em processo criminal geralmente constituem um patrono ainda na fase da investigação do fato. Essa possibilidade já não existe em relação aos menos favorecidos. O defensor público ou designado pelo juiz somente passa a atuar com

a apresentação da defesa prévia, geralmente despida de conteúdo e carente de indicação de prova".[15]

O direito constitucional somente estará assegurado se fornecida a assistência por defensor, sobretudo aos presos pobres, que encontram maiores dificuldades em obter auxílio técnico. Se o direito alemão adota uma atitude paternalista (*paternalistische Haltung*), no trato da questão, como noticia *Roxin*,[16] não haveria razão para que o legislador brasileiro, cônscio das circunstâncias que envolvem o processo penal pátrio, recusasse atenção "filial" ao autuado sem recursos e indefeso.

Nos Estados Unidos não se procede ao interrogatório se a pessoa detida solicita a presença do advogado: "um suspeito, ou uma pessoa acusada da prática de um crime, tem assegurado por lei o direito de estar sempre acompanhado de seu advogado, que lhe aconselha, e fala em seu favor, na Côrte, em tôdas as ocasiões que lhe fôr concedida a palavra".[17] A inquirição só se inicia ou tem continuidade depois do comparecimento do defensor ou caso haja a expressa dispensa, que é validamente reconhecida, pois a defesa, segundo o sistema criminal americano, pode ser exercida pelo próprio acusado.

Em França, para assegurar o direito de defesa, ao indiciado permite-se fazer assistir-se por advogado nos interrogatórios. O art. 114 do Code de Procédure Pénale dispõe que "*les parties ne peuvent être entendues, interrogées ou confrontées, à moins qu'elles n'y renoncent expressément, qu'en présence de leurs avocats ou ces derniers dûment appelés*".[18]

15. DOTTI, René Ariel. A ausência do defensor no interrogatório – jurisprudência comentada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 41, p. 341, jan./mar., 2003.

16. ROXIN, op. cit. p. 345.

17. HALL, Livingston. Os direitos do réu nas ações criminais. In: *Aspectos do direito americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 55.

18. Tradução livre: "As partes só podem ser ouvidas, interrogadas ou acareadas, a menos que elas renunciem expressamente, na presença de seus advogados ou se estes últimos são devidamente chamados".

Parece haver uma propensão internacional em se conciliar as declarações do preso com a presença do defensor. No direito brasileiro, dada a atual conformação do processo penal, reconhece-se a inconveniência do caráter prático da medida, mormente na tentativa de se disponibilizar defensor ao autuado que presta declarações após a prisão em flagrante. A afirmação vale para os indiciados sem recursos e sem defensor, pois, para os mais aquinhoados, não é difícil contatar e contratar advogado.

Por ser previamente acertada a data da prestação de declarações do indiciado solto, não haveria muitos problemas em se disponibilizar defensor no momento do interrogatório extrajudicial. Novos contornos surgem por ocasião da prisão em estado de flagrância, que pode ocorrer em qualquer lugar e a qualquer hora do dia ou da noite.

Para o autuado detentor de boa situação econômica, a única dificuldade à presença e assistência do defensor é de cunho temporal. Como o auto de prisão em flagrante é lavrado nas 24 horas posteriores à prisão, a indicação do defensor pelo detido no momento em que fosse interrogado importaria na necessidade de localizar o advogado ao invés de se proceder à lavratura do auto. É realmente difícil conjugar o máximo de garantias processuais com a imperiosa exigência de celeridade e de funcionalidade do processo penal, pois quanto mais garantista, mais lento e complexo se torna o processo.[19] Chega a ser contraproducente o acúmulo de garantias em face do tempo de desenvolvimento do processo, com particular referência a uma razoável duração. Mas em havendo indicação do defensor e requerida sua presença, deve a autoridade policial fazer cumprir o dispositivo constitucional e o novo comando contido na lei ordinária.

Para a maior parte dos autuados em flagrante delito, a solução será disponibilizar defensores de plantão. Nessas hipóteses, obrigatoriamente de-

19. GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale "giusto" – itinerari e prospettive.* Milano: Giuffrè, 2000, p. 306.

verá haver defensor para atender o preso na Delegacia de Polícia. Uma vez havendo assistência desde a fase extrajudicial, o acompanhamento por profissional especializado persistiria durante o procedimento judicial e seria mais profícuo, porquanto as provas produzidas desde o início já entrariam na sua esfera de conhecimento.

Caso contrário, o autuado, informado sobre a possibilidade de assistência do defensor e de ser inquirido em sua presença, mas sem condições materiais de providenciar a defesa técnica, permaneceria desassistido antes do ajuizamento da ação.

5.2 A entrevista prévia com o defensor

Não apenas a presença do defensor no interrogatório, mas também a possibilidade de entrevista com o indiciado ou o acusado antes da inquirição é medida a ser observada em cada processo. Suannes já afirmava a necessidade de o magistrado assegurar ao acusado o contato com o defensor antes mesmo de alertá-lo do direito ao silêncio.[20] A presença do defensor durante o interrogatório em nada pode melhorar a condição processual do acusado se não lhes foi permitido prévio contato, capaz de integrar a defesa técnica à autodefesa.

Confere-se ao Ministério Público o prazo de cinco dias para elaborar a exordial acusatória, mas não se concedia igual prazo ao acusado preso, como se a defesa prescindisse de ser estruturada sob bases sólidas e coerentes. Para se assegurar a igualdade no processo, à acusação previamente elaborada deve-se contrapor a defesa adredemente preparada. Às vezes, por mais que o defensor tente afastar ou diminuir a responsabilidade assumida pelo acusado no interrogatório, baldam-se os esforços. A prova já se tornou maciça e contundente, não mais infirmável por qualquer outra. O defensor orientará o acusado naquilo que

20. SUANNES, Adauto Alonso S. O interrogatório judicial e o art. 153, §§ 15 e 16, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 572, p. 289, jun., 1983.

ele deve ou não dizer e quanto mais breve verificar-se o contato entre ambos, tanto melhor para a defesa deste.

A Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, duas décadas antes da promulgação da Lei 10.792/2003, expediu recomendação (Comunicado CGJ 263/83) aos magistrados sobre a realização de entrevista pessoal entre advogado e acusado antes do interrogatório, sem importar a qualidade do defensor, público ou dativo. A preocupação em garantir o contato entre defensor e acusado não é recente.

Em razão da necessidade de se garantir entrevista prévia, a nomeação de defensor deve ser feita antes da efetivação do interrogatório, caso o acusado não tenha constituído um próprio, sob pena de se assegurar defesa tardia e ineficiente. Ainda que seja feita a nomeação, o juiz poderá ordenar a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte, nos termos do art. 570 do CPP. Se tiver defensor constituído e este ausentar-se, conforme a lição de Frederico Marques, o juiz estará obrigado a nomear um patrono *ad hoc* para assistir à realização do ato, a teor do disposto no art. 265 do CPP,[21] e deverá também garantir a entrevista reservada com o acusado.

6. A intervenção das partes

A maior parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras, interpretando literal e extensivamente o antigo art. 187 do CPP ("O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas"), solucionou a questão da intervenção das partes no interrogatório atenta ao princípio constitucional que garante a igualdade entre elas no processo. A interpretação literal provocava a peremptória vedação de participação do defensor no interrogatório. A interpretação extensiva aplicava à acusação essa proibição, como forma de preservar a paridade das partes no processo.

21. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 2, p. 326.

O posicionamento doutrinário não era unânime, porque alguns autores, partindo da exclusiva interpretação literal, sustentavam que a lei, se omitiu a acusação da proibição do art. 187 do CPP, fê-lo deliberada e conscientemente, e admitiu, por exclusão, a intervenção desta parte. O preceito não comportava, de forma alguma, aplicação extensiva.[22] Ao revés, por elementar regra de hermenêutica inferia-se não estender ao Ministério Público a vedação contida no art. 187 do CPP, mesmo porque em direito proibitivo não se interpreta extensivamente.[23] Outros concluíram que a efetivação do princípio do contraditório exige que à defensoria se assegure intervir no ato do interrogatório e, por ser dado tratamento paritário às partes, tal direito é de assegurar-se também à acusação.[24]

O antigo art. 187 do CPP vedava, literalmente, a intervenção do defensor do acusado no interrogatório. Era defesa sua participação nas perguntas e respostas e, a partir daí, concluíam pela desnecessidade da presença do defensor em juízo. Doutrina e jurisprudência, para contornar os maus-efeitos da aplicação literal do art. 187 do CPP, estenderam a proibição à acusação, valendo-se de regra de interpretação, apesar de garantidora da igualdade processual, não muito correta. As normas estabelecedoras de proibição devem ser interpretadas restritivamente, porquanto prevalece o entendimento de que tudo que não for proibido é permitido.[25] Muito embora os fins alcançados sejam encomiásticos, dilatar o âmbito da norma para solucionar a questão não era opção tecnicamente desejável. Incidia-

22. THOMÉ, Lauro Nélson Fornari. *Aspectos controversos no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1965, p. 54.

23. NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Da intervenção do Ministério Público no interrogatório do réu. *Justitia*, São Paulo, v. 74, p. 50, dez., 1971.

24. SUANNES, Adauto Alonso S. O interrogatório judicial e o art. 153, §§ 15 e 16, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 572, p. 289, jun., 1983. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões processuais penais controvertidas*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977, p. 171. OLIVEIRA JÚNIOR, Agostinho. *O Ministério Público e o processo penal*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1950, p. 32.

25. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 329.

se em duplo erro, ao reconhecer validade à regra que atentava contra o princípio do contraditório e ao interpretar extensivamente preceito proibitivo.

Uma pá de cal foi posta sobre a questão. Agora a presença do defensor decorre de inequívoco dispositivo legal (art. 185, *caput*, CPP). A repetida prática de se nomear defensor ao réu que não o tinha depois de prestadas as declarações, por ser prejudicial aos interesses da defesa que se vê, de início, impedida de atuar, é contrária à novel determinação legal.

Por outro lado, o comparecimento do órgão da acusação se depreende da possibilidade de melhor elucidar os fatos através do pedido de esclarecimentos, como autorizado pelo art. 188 do CPP. Sendo admitido intervir para a elucidação dos fatos, posteriormente à atuação do magistrado, em respeito ao contraditório na instrução criminal, reforça-se a necessidade da presença do defensor e da acusação. Por integrar o interrogatório a instrução criminal, acusação e defesa devem, pois, comparecer ao ato.

O princípio do contraditório, "*un'espressione tanto rara nel linguaggio legislativo quanto frequente nel linguaggio della dottrina e della giurisprudenza*",[26] não exige, necessariamente, a presença das partes em todos os atos do processo, uma vez que basta seja garantida a possibilidade de conhecerem as provas colhidas e de se manifestarem, perante o juiz, a respeito delas. É vedado ao julgador admitir como fundamento de sua decisão provas que não tenham sido submetidas, em seu resultado ou em sua admissão, ao controle das partes em contraditório. Na primeira situação, a prova é colhida sem a presença das partes e do juiz, porém seus resultados são apresentados a eles, motivo por que se fala em prova preconstituída, a exemplo das perícias. Estas realizam-se, em regra, na fase do inquérito policial, para evitar o desaparecimento dos vestígios da infração penal.

26. Traduzindo: "uma expressão tão rara na linguagem legislativa quanto freqüente na linguagem da doutrina e da jurisprudência..." CONSO, Giovanni. *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 2, p. 405, apr./giug., 1966.

O contraditório é diferido, pois a prova não é produzida na presença das partes e do juiz, mas nada impede possam diligenciar e apresentar quesitos na fase policial, mesmo sem expressa previsão legal. Na segunda situação, a prova é produzida em juízo, presentes as partes e o órgão julgador, assegurado o contraditório, *v.g.*, com a possibilidade de reperguntas às testemunhas, ao ofendido, de participação na acareação etc. Em oposição à prova pré-constituída, chamam-na prova constituída em juízo. O interrogatório judicial é classificado como prova constituída em juízo e era a única em relação à qual o contraditório não era respeitado.

O interrogatório, como prova fabricada na presença do juiz – seu destinatário – e das partes, exige a notificação do Ministério Público ou do querelante para o ato e a assistência do defensor, cuja presença é garantida, ao menos, com a nomeação *ad hoc*. Se é obrigatória a realização do interrogatório na presença do defensor, o mesmo não pode ser dito em relação ao órgão da acusação. A notificação para comparecimento afigura-se indispensável, como meio apto a propiciar à parte acusadora a oportunidade de obter esclarecimentos do réu, mas a efetiva presença não é exigência cujo descumprimento importará em nulidade.

Por tratar-se de prova produzida durante a instrução criminal, não basta submeter o resultado à apreciação das partes, caso em que teríamos um tipo de contraditório imperfeito, com conseqüente limitação à liberdade de provar. E "não se pode negar que toda restrição à liberdade de provar representa limitação oblíqua ao livre convencimento."[27] Deve-se permitir, pois, a manifestação acerca de sua admissão no processo, razão pela qual a intervenção das partes é medida a ser observada.

Em se tratando de prova testemunhal, amplamente considerada, a intervenção dar-se-ia da mesma forma que ocorre com as provas de igual natureza: através de reperguntas. Assim, o interrogatório, única prova testemunhal que não

27. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 57.

admitia reperguntas, passou a ser concebido em unidade sistemática e a admitir a intervenção das partes, ao lado do depoimento das testemunhas, das declarações do ofendido e da acareação.

À acusação interessa colher elementos que possam ter permanecido ocultos, em face da falta de perspicácia do magistrado na direção do interrogatório. Para o acusado, a participação do defensor a seu lado significa melhores chances de bem desempenhar a autodefesa e maiores possibilidades de influir no convencimento do órgão judicial. Não há dúvida de que o acusado demonstra maior confiança durante o interrogatório quando se faz acompanhar do defensor. Ele pode esquecer algum ponto, deixar obscuro outro e mostra-se útil o advogado ao evitar que tais situações ocorram. Diante da postura do defensor ao intervir no interrogatório, por exemplo, com a elaboração de uma das perguntas formulares, porventura esquecida pelo magistrado, torna-se possível que o acusado até mesmo se retrate de eventual declaração prejudicial.[28] Seria a mais estreita vinculação entre defesa técnica e autodefesa. Mais ampla é a defesa quanto mais oportunidades de se defender são dispostas ao acusado e a seu defensor. Isso explica por que diversos sistemas processuais, entre eles o americano, o inglês, o italiano e o português, prevêem a possibilidade de reperguntas do defensor ao acusado e por que o processo penal brasileiro fez explícita opção por essa sistemática.

Se é facultado ao defensor obter esclarecimentos do acusado, com supedâneo em sua presença no interrogatório, também lhe é permitido orientar

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião das investigações levadas a cabo pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), reconheceu, por mais de uma vez, o direito ao advogado de manter contato com o seu cliente e a faculdade de interferir, nas hipóteses contempladas em lei, com o objetivo de dispensar-lhe

28. A retratação produzida, embora possível, não deve ser, necessariamente, de pronto aceita. Dentro de sua livre convicção, o juiz avaliará os efeitos decorrentes da retratação feita como conseqüência das perguntas direcionadas do defensor. Nesse sentido: MACHADO, Paulo Affonso Leme. A intervenção da acusação e da defesa no interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 439, p. 309, maio, 1972.

efetiva assistência técnica que dê sentido e concreção à garantia constitucional que confere a qualquer um o direito de permanecer calado.[29] Permitiu-se ao defensor comunicar-se pessoal e diretamente com o cliente, para adverti-lo de que tem o direito de permanecer em silêncio, do que se infere não ser atribuição exclusiva da autoridade interrogante a informação acerca da possibilidade do exercício do direito.

Em sentido diametralmente oposto, decidia o Supremo Tribunal Federal, em vários julgados, ser desnecessária a presença do advogado no interrogatório judicial, pois, tratando-se de ato pessoal do magistrado processante, característica persistente mesmo com a superveniência da nova ordem constitucional, não podia haver intervenção.[30]

No âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito, a presença do defensor era assegurada, com a possibilidade de intervir nas hipóteses previstas em lei, inclusive, para informar o investigado de seu direito de permanecer calado. O direito ao silêncio passou a ser uma das justificativas para a presença do advogado durante a inquirição. Já na esfera judicial, a presença do defensor era despicienda, pois o interrogatório consistia em ato personalíssimo entre juiz e réu.

O estranho tratamento díspare, se não era justificado, atualmente menos se explica. Às investigações conduzidas por Comissões Parlamentares de Inquérito, reguladas pela Lei 1.579/52, aplicam-se as normas de processo penal, no que lhes for cabível (art. 6.º), ao passo que o interrogatório judicial é disciplinado diretamente pelo Código de Processo Penal. A Lei 1.579/52 não traz nenhuma disposição específica acerca da participação do defensor no ato da inquirição e sendo comum a regulamentação, em face da aplicação supletiva das normas de processo penal, não se compreendia porque se derivou interpretação distinta das mesmas disposições. Uma coisa é certa, porém: levando em conta a inovação introduzida pela Lei 10.792/2003, tanto em relação às Comissões Parlamenta-

29. Mandados de Segurança 23.576/DF e 24.118/DF.

30. *Habeas Corpus* 68.697/SP, 68.929/SP, 69.372/SP, 73.644/RS, 73.671/PR e 74.198/SP.

res de Inquérito, quanto em referência ao processo judicial, poderá o defensor dispensar efetiva assistência técnica que concretize e torne eficaz o exercício do direito de permanecer calado.

Apesar de admitida, a intervenção não é ampla e irrestrita, como não são as faculdades das partes no processo. É vedado sugerir perguntas ao juiz e respostas ao acusado, do mesmo modo interferir na dialética travada entre eles. Após as indagações formuladas pelo órgão judicial, abre-se oportunidade, primeiramente, à defesa e, posteriormente, à acusação, para dirigirem perguntas complementares ao acusado, através do juiz, que funcionará como um "filtro" do que for requerido pelas partes.

O interrogatório é marcado pelo princípio da presidencialidade ou da inquisitividade, em contraposição à inquirição procedida pelas partes (*direct-examination* e *cross-examination*, no direito anglo-americano), uma vez que aquele a quem incumbe presidir o procedimento, respeitadas as regras de delegação de atribuições e de competência, interroga o autor da infração penal: a autoridade policial, durante o inquérito, a autoridade judicial, no procedimento desenvolvido em juízo.

O direito anglo-americano adota a *direct-examination* e a *cross-examination*, em que cabe à acusação e ao defensor do acusado formular perguntas diretamente a este, durante o procedimento judicial. Não obstante permita às partes inquirir com maior acuidade, o exame direto e cruzado não foi acolhido pelo direito processual brasileiro, que preferiu a intervenção do juiz no momento de formular perguntas. Conquanto o art. 188 do CPP não esteja redigido em termos tão categóricos quanto o art. 212 do mesmo diploma legal, no que concerne às perguntas das partes em relação às testemunhas, é incontroverso não haver diferença entre o procedimento adotado no interrogatório e o utilizado para a prova testemunhal. Da linguagem adotada pelo art. 188 depreende-se ser atribuição exclusiva do magistrado formular perguntas ainda que a dúvida seja originária de uma das partes. De acordo com o art. 212 do CPP, as partes até podem requerer perguntas ao juiz, mas é ele

que também se encarregará de formular as questões às testemunhas. Em última análise, tanto na inquirição do réu, quanto na audição das testemunhas, será o juiz o responsável por joeirar os fatos impertinentes e irrelevantes que prescindam de esclarecimentos e a ele incumbirá formular as perguntas originadas da necessidade de elucidação das partes.

A intervenção das partes no interrogatório sofrerá exceções quando não houver manifestação probatória na consecução do ato. Quando o interrogatório for marcado pelo absoluto silêncio do acusado, ficará excluída a atividade probatória e, em decorrência, dispensada a contrariedade. Por conseguinte, não deverá ser permitida a intervenção das partes, sobretudo da acusação, porquanto não há formação de prova.

A possibilidade de intervenção das partes, ao repercutir na produção e valoração da prova, engrandece o interrogatório, anteriormente estigmatizado pela desídia da acusação que preferia ausentar-se do ato por improficua a presença, transformando-o em mera formalidade, cuja execução não era desejada, mas, simplesmente, determinada por lei. A adoção dessa orientação, além de derivar de exegese literal, melhor atende aos anseios da Justiça e dos personagens que dela participam.

6.1 A intervenção do defensor do co-réu

Ainda vigora a regra de realização dos interrogatórios de co-réus separadamente. Entretanto, foi alterada a regulamentação acerca da intervenção do defensor do co-réu denunciado no interrogatório do denunciante, malgrado não sejam expressos os termos da lei.

Consideráveis vozes em sede doutrinária se erguem para defender a formação da prova em contraditório e admitem a inquirição do co-réu pelo defensor do acusado denunciado.[31] Ao acusado deve-se resguardar o direito de subme-

31. Súmula n. 65 das Mesas de Processo Penal: "O interrogatório de co-réu, incriminando outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo por isso se admitir reperguntas".

ter ao contraditório as declarações do co-réu feitas em seu prejuízo, para assegurar o método de formação dialética da prova perante o juiz. Seria por demais desastroso o magistrado aceitar sempre como verdadeira a acusação feita por um réu em relação a um terceiro, imputando-lhe a qualidade de co-autor, sem permitir a este o direito de reperguntas.[32]

No direito alemão, assegura-se, expressamente, às partes "o direito de participar das provas (§§ 355 e 397)" e a prerrogativa se estende a qualquer meio de prova, inclusive ao testemunho do co-réu que incrimina o outro.[33] Para o justo processo, consagrado na nova redação do art. 111 da Constituição italiana, ao acusado de um crime deve-se assegurar a faculdade, perante o juiz, de interrogar ou fazer interrogar a pessoa que produza declaração em seu prejuízo. E do mesmo dispositivo se depreende não poder ser provada a culpabilidade do acusado com base em declarações feitas por quem, por livre escolha, subtraiu-se voluntária e conscientemente ao interrogatório feito pelo defensor daquele. Se o terceiro a quem é imputado o cometimento do delito não puder intervir no interrogatório do denunciante, fazendo perguntas elucidativas ou infirmativas das declarações increpantes, não se obedecerá ao princípio que adota o contraditório na instrução criminal.

Para que as declarações do co-réu, alheias a si próprio, sejam consideradas na formação do convencimento judicial, indispensável a submissão ao crivo do contraditório, com a possibilidade de intervenção da defesa do acusado denunciado. A Lei n. 10.792/2003 ocupou-se com a chamada de co-réu e com a possibilidade de reperguntas pelo defensor do acusado denunciado e não é mais necessário aplicar, por analogia, a disciplina conferida à prova testemunhal, a fim de integrar a lei processual penal e sanar a lacuna até então existente.

32. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 391.

33. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional.* São Paulo: RT, 1999, p. 69.

Ao prescrever que "após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante", a Lei 10.792/2003 autorizou a intervenção da defesa do co-réu no ato processual. Quando se fala em *partes* compreende-se acusação e defesa, inclui-se naquela o Ministério Público, o querelante e o assistente da acusação e insere-se nesta o acusado e o querelado, considerados individualmente ou em litisconsórcio.

Havendo indícios de prova contra aquele nominalmente apontado como co-autor ou partícipe da infração penal, independentemente de os acusados estarem sendo processados nos mesmos autos ou em autos desmembrados, mas desde que incida uma das hipóteses de conexão e continência previstas nos art. 76 e 77 do CPP, estará caracterizada a chamada de co-réu. Logo, surgirá o direito de requerer esclarecimentos, estejam ou não os co-imputados no mesmo processo. O que não se admite é a tentativa de desmembrar o processo para desvincular os co-réus entre si, a fim de se permitir a produção de provas increpantes de status testemunhal.

As declarações a respeito do co-réu para serem validamente aceitas necessitam da submissão ao contraditório no momento de formação da prova. Não deixam, porém, de partir de pessoa interessada no processo ou na ocultação ou desvirtuamento da verdade, se a desfavorece. O co-réu denunciante teria, por conseguinte, os direitos garantidos ao acusado, sem as obrigações previstas para a testemunha. Poderia calar e mentir, desde que não incorresse em infração penal, e não teria necessidade de prestar compromisso, no típico papel de réu.

Em caso de impossibilidade de contrariedade na valoração da prova não ratificada em virtude do silêncio, a solução seria não considerá-la na formação do convencimento judicial. Como conseqüência, o co-réu denunciado se livraria do peso da prova desfavorável e o co-réu denunciante deixaria de gozar de circunstâncias atenuantes – confissão espontânea – ou de causas de diminuição de pena – delação premiada. Em verdade, trata-se de uma escolha no plano da dogmática

processual. Entre optar por qual dos dois direitos deva prevalecer, privilegia-se o acertamento da verdade e a preocupação com a captação da prova em processos cuja acusação funda-se sobre as declarações incriminantes do co-réu ou repele-se o efetivo esclarecimento dos fatos em respeito à liberdade de autodeterminação contida no direito de permanecer calado. É preciso haver uma ponderação de interesses, que se dá na preferência pela tutela do direito ao silêncio, como expressão do direito de defesa e do princípio do contraditório na formação da prova, o que ocasiona a proibição de valoração da declaração anteriormente colhida, com a conseqüente detrição do princípio da verdade material.

6.2 A supressão da participação do curador no interrogatório

A ampla defesa, constitucionalmente assegurada, é integrada pela defesa técnica e pela autodefesa. Contudo, em determinada situação, um terceiro elemento a compõe: o curador, na hipótese de o acusado ser menor de 21 anos. Nessa ocasião, era possível ver no interrogatório três manifestações distintas em favor do réu: a autodefesa, a defesa técnica e a curatela. Desta última, ocupar-se-á por ora.

Ao contrário do que sustenta Tourinho Filho, em análise dos arts. 261 e 262, em confronto com o art. 449, todos do CPP, para quem o curador nada mais é do que a designação dada ao defensor do réu menor,[34] parte-se da premissa de que ambos são sujeitos distintos, conquanto uma única pessoa possa cumular as funções. A essa conclusão se chega, entre outras razões, em face do art. 306, § 1.º do CPPM, que lança luzes sobre a questão: "Se o acusado declarar que não tem defensor, o juiz dar-lhe-á um, para assistir ao interrogatório. Se menor de vinte e um anos, nomear-lhe-á curador, *que poderá ser* o próprio defensor" (grifos nossos).

34. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2, p. 412.

Assim como o CPP, a legislação processual castrense prevê a necessidade de curador ao réu menor de 21 anos. No entanto, sendo mais claro do que a legislação comum, com disposição expressa, o CPPM distingue a figura do defensor da do curador, ao dispor sobre a possibilidade de nomeação deste na pessoa daquele.

O art. 194 do CPP determinava a realização do interrogatório do réu menor em presença do curador, mas a Lei 10.792/2003 ab-rogou o dispositivo legal.

À primeira vista, poderia justificar-se a supressão da figura do curador do interrogatório em face da redução da maioridade civil para 18 anos pelo Código Civil de 2002 e em virtude da tendência de se reduzir a idade da imputabilidade penal, a presumir deter o indivíduo, cada vez antes, cada vez mais capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de comportar-se de acordo com esse entendimento.

Entretanto, o art. 2.043 restringe a aplicação das disposições do Código Civil de 2002 à área cível e a revogação do art. 194 do CPP nenhuma relação guarda com a necessidade de se uniformizar a idade a partir da qual assume o indivíduo condições para responder penal e civilmente por seus atos. O estatuto processual penal nunca fez menção ao relativamente incapaz, mas ao menor, conseqüentemente, ainda que emancipado – pelo casamento, pela colação de grau superior – deve ser-lhe nomeado curador. A curadoria liga-se à idade do acusado e, não, à capacidade civil, motivo por que é possível desvincular a maioridade do novo Código Civil da necessidade de curatela no processo penal.

A verdadeira razão pela qual foi proscrita a figura do curador no interrogatório é a substituição do desempenho de suas funções pelo defensor. Uma vez que se assegurou a presença do defensor durante a qualificação e o interrogatório, o curador perdeu seu *status* processual e o papel que era por ele exercido passa a ser concretizado pelo advogado de defesa. Mas o decréscimo da função do curador limitou-se ao interrogatório, pois o múnus por ele desempenhado não foi, ao menos em tese, integralmente excluído do processo.

A figura do curador continua a desempenhar papéis distintos na seara processual penal. De acordo com sua função, o curador pode ter a qualidade de substituto processual ou de assistente do civilmente incapaz ou do relativamente incapaz. Típico exemplo de substituição processual verifica-se no caso de o ofendido ser menor de 18 anos, mentalmente enfermo ou retardado mental e não possuir representante legal ou, possuindo, colidirem os interesses deste com o daqueles, quando, então, nomeia-se curador para exercer o direito de queixa e para aceitar o perdão (arts. 33 e 53 do CPP). Atuará, também, como substituto processual se, no curso da revisão criminal, falecer a pessoa cuja condenação tiver de ser revista (art. 631 do CPP). Desempenhará a função de assistente do civilmente incapaz ao ser nomeado pelo juiz para acompanhar o acusado depois de determinada a realização do exame de sanidade mental. Embora o incidente instaurado vise, especificamente, a apurar a imputabilidade do acusado, é prevendo a possibilidade de vir a ser declarado inimputável que se nomeia o curador, *ad cautelam* Por derradeiro, o curador exerce a função de assistente do acusado menor de 21 anos, nas demais hipóteses do Código de Processo Penal, com expressa alusão nos arts. 15, 262, 449, 450 e 564, III, *c*.

Cabe à pessoa investida da qualidade de curador zelar constantemente pelo curatelado, sem ficar restrita a atividade à participação na inquirição.[35] A imperatividade de sua presença nesse ato era nada mais do que decorrência de sua nomeação. O curador é nomeado em obediência aos arts. 15 e 262 do CPP e sua presença no interrogatório defluía do disposto nos arts. 6.º, V e 194 do mesmo diploma. É certo que durante o interrogatório evidenciava-se a figura do curador, mas sua intervenção aí não se esgota. Abre-se campo para uma atuação mais ampla, de cunho permanente e de forma estável, em que deve o curador tomar parte em todos os atos em que o menor intervenha, di-

35. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha.* São Paulo: Ed. Max Limonad Ltda., 1985, p. 240.

reta e pessoalmente, tais como nas acareações e nos reconhecimentos, agindo em conjunto com o defensor ou atuando supletivamente a ele, *v.g.*, ao comunicar o juiz da desídia e do desinteresse demonstrado, solicitando a nomeação de outro advogado que se encarregue da defesa com maior eficiência. Faculta-se ao curador, inclusive, providenciar a constituição de defensor, caso não seja advogado, para a defesa do menor. Pode o curador recorrer das decisões desfavoráveis, razão pela qual a intimação da sentença é medida indispensável. A nomeação de curador e, não, sua presença física durante o interrogatório, constitui um dos pilares em que se sustenta a ampla defesa, também embasada na defesa técnica e na autodefesa.

A revogação do art. 194 do CPP possui o lado positivo de evitar recaia a nomeação de curador no interrogatório em pessoas vinculadas ao juízo, tais como o escrivão, o oficial de justiça, o porteiro da sala de audiências,[36] os quais não garantiam ao acusado menor o devido resguardo de seus interesses, em face da subordinação ao magistrado que, se não veda a liberdade de atuação, ao menos, inibe-a. Além disso, não se correrá mais o risco de a defesa ser cerceada pela indicação de pessoa subordinada ao juiz, porque o defensor, constituído ou nomeado, possui ampla liberdade de atuação.

Firmou-se o entendimento, mesmo na ausência de disposição expressa, de que a presença do defensor supria a falta de nomeação do curador, especialmente se houvesse representação por dativo. O tema foi objeto de súmula do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a qual "não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo" (Súmula 352). *A fortiori*, a assistência de defensor constituído também acarretava a dispensa do curador. A Lei 10.792/2003 nada mais fez do que aco-

36. SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Interrogatório. Menor de 18 anos. Nomeada curadora a porteira da sala de audiências. Inadmissibilidade. Ausência de atenção a interesses do acusado. Nulidade decretada. Revisão 185.252-8. Relator: Souza Rego. Acórdão de 04.04.1990. *Revista de Julgados do TACrim*, São Paulo, v. 6, pp. 236-238, abr./jun., 1990.

lher o entendimento jurisprudencial então predominante ao dispensar o curador do interrogatório, desde que participe o defensor em substituição.

De certa forma, a exclusão do curador do interrogatório somente convalida a sua atuação inócua e despropositada na prática judicial e policial, uma vez que sua nomeação, feita para escoimar de nulidade o procedimento, adquiriu papel meramente decorativo, de modo a não trazer reais benefícios ao acusado menor. Ao ser excluído do interrogatório, praticamente extinguiram-se suas funções no processo, sobretudo porque as raras situações em que se reconhecia a ocorrência de vício resumiam-se à sua ausência no ato de inquirição do acusado, a despeito do art. 564, III, *c* do CPP cominar nulidade pela falta de nomeação ao réu menor durante o curso do processo.

7. O direito de permanecer calado

A permissibilidade do silêncio não está em oposição lógica à falta de expectativa em confiar na verossimilhança das declarações prestadas pelo acusado. A autorização para que o réu se cale não é justificada para evitar sejam prestadas declarações provavelmente falsas, mas para assegurar o direito de o acusado decidir livremente e sem pressão se contesta ou não a imputação e quando o faz. É permitida a invocação do silêncio mesmo quando o inquiridor procede de maneira lhana e escorreita, porque está assegurada a liberdade de autodeterminação do acusado, apesar de também servir de impedimento à utilização de métodos impróprios de obter informações. A única arma disposta ao juiz para usufruir do saber do réu é a persuasão.

O estatuto processual, no art. 186, determinava informar o acusado da prerrogativa de permanecer calado antes de iniciar-se o interrogatório, porém, de maneira intimidativa, ressaltava que, uma vez utilizado o direito posto à disposição da parte que sofre a persecução penal, conseqüências adversas poderiam ser extraídas em seu prejuízo. Por isso afirmava-se que se o Código de Processo Pe-

nal assegurou ao réu o direito de calar negou-o quando dispôs que o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.[37] O direito conferido por uma mão era retirado pela outra. Asseverava *Romeiro* que a advertência inserida após o advérbio *embora*, "perde toda a eficácia ante a admoestação que lhe deve seguir imediatamente: 'o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa'"[38]

Por outro lado, alguns autores defendiam que o silêncio, desde o momento em que foi estabelecido minimizadamente no CPP, era infenso a presunções de culpabilidade. Bento de Faria, desde 1942, sempre sustentou não ser possível deduzir nenhum elemento positivo de prova, nem ser admissível a aplicação de nenhuma sanção em virtude de o réu ter permanecido em silêncio.[39] Ary Azevedo Franco relatava que, durante os diversos lustros vividos na judicatura criminal, constantemente alertava o acusado da faculdade de calar-se, sem que do silêncio depreendessem-se conclusões prejudiciais à defesa.[40] Câmara Leal dizia tratar-se o art. 186 do CPP de uma fórmula "um tanto platônica, porquanto nunca o silêncio do acusado terá qualquer interpretação contrária aos interesses da defesa".[41]

A existência de posicionamentos variados acerca do dispositivo legal deveria cessar em face da Constituição Federal, ao exigir nova leitura do art. 186, a fim de se compatibilizar aos ditames da norma superveniente e superior hierarquicamente. A obrigação de informar prescrita no art. 5.º, LXIII da Constituição Federal, além de provocar a releitura do antigo art. 186 do CPP, visou a intro-

37. GAMA, José de Souza. *Confissão penal e direitos humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1984, p. 66.

38. ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 104.

39. FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942, v. 2, p. 247.

40. FRANCO, Ary Azevedo. *Código de processo penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. 1, p. 251.

41. LEAL, Antônio Luiz da Câmara. Comentários ao código de processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 1, 1942, p. 476.

duzir uma defesa consciente contra métodos inquisitórios indesejáveis e teve como finalidade fazer efetivo o exercício do reconhecido princípio contra a auto-incriminação no interrogatório. O dispositivo constitucional, norma auto-aplicável, a teor do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, faz menção ao interrogatório policial, porque emprega o termo "preso", sabendo-se que a palavra "acusado" reserva-se à fase processual. E no inciso subseqüente, ao lado do termo "preso", é feito menção explícita à expressão "interrogatório policial", sem deixar dúvidas referir-se à fase extrajudicial. Segundo Fernandes, Gomes Filho e Grinover, "aludindo ao direito ao silêncio e à assistência do advogado para o preso, a Lei Maior denota simplesmente sua preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias"[42] O preceito constitucional não alcança apenas o preso, desde que se adote a interpretação extensiva, juridicamente possível, como anota João Gualberto Garcez Ramos, sobretudo porque se trata de norma constitucional instituidora de direitos e garantias individuais.[43] O interrogatório policial, que é disciplinado nos moldes do interrogatório judicial, passou a conter regra aplicável à inquirição em juízo, em autêntica inversão de situações. A aplicação da norma constitucional ao processo, se vedada, acarretaria a incongruente situação de se conceder direitos e prerrogativas àquele de quem se suspeita da autoria da infração penal e retirá-las, em seguida, quando houvesse acusação formalizada na denúncia ou na queixa. Se assim o fosse, não apenas o direito ao silêncio, mas a assistência da família e de advogado restringir-se-iam à fase extrajudicial. Da interpretação extensiva, aliada à interpretação lógica, podia-se concluir que direitos e garantias concedidos no primeiro momento da persecução penal, antes de serem retirados com o término da fase extrajudicial, são mantidos em juízo. Polêmica maior ha-

42. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 73.

43. RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 304.

veria se o texto constitucional empregasse o termo "acusado", ao invés de "preso", porque não seriam poucos os autores que sustentariam a aplicação do direito ao silêncio exclusivamente em sede judicial... Essa era a situação encontrada no direito alemão e norte-americano. O direito ao silêncio era previsto para os acusados, em juízo, e havia muitos questionamentos sobre a extensão ao âmbito policial. Atualmente, depois de incontáveis discussões, a jurisprudência de ambos os Estados estabeleceu não haver dúvidas quanto à aplicação do direito à fase extrajudicial.

Mesmo diante da expressa disposição contida na *Charta Magna*, Pedroso entendia não ter a Constituição Federal garantido irrestritamente o direito ao silêncio e continuava em vigor a presunção de prejuízo.[44]

Para tornar inequívoca a melhor interpretação extraída do art. 5.º, LXIII da Constituição Federal, o Código de Processo Penal foi alterado. Estabeleceu-se, no art. 186, parágrafo único, que "o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa" Passou-se do direito ao silêncio mitigado ao pleno. A instituição do integral direito ao silêncio afastou as presunções e indícios desfavoráveis à defesa e acrescentou ao interrogatório maiores características defensivas, porque não há mais o ônus, nem o dever de o acusado fornecer elementos de prova que o prejudique. A presunção de prejuízo explicava-se enquanto o interrogatório era tido como meio de prova, a qual era obstada a formar-se em virtude do uso do silêncio. Mas depois que a Constituição Federal trouxe novas luzes e possibilitou reforçar a característica do interrogatório como meio de defesa e diante dos inequívocos termos do art. 186, parágrafo único do CPP não se pode mais inferir prejuízo do silêncio isolado do acusado. O interrogatório não mais revela, marcadamente, o caráter probatório, nem o silêncio tem, agora, mero aspecto formal. Como já decidido pela Corte constitucional italiana, o acusado não pode ser considerado nem culpado, nem inocente, mas apenas

44. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal – o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 29.

acusado, de modo que nenhum efeito pode ser deduzido do exercício do direito de permanecer calado.[45]

A intenção em se respeitar a opção pelo exercício do direito de permanecer calado também é vista na revogação do art. 191 do CPP, segundo o qual "consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para fazê-lo". Se o silêncio for absoluto, não se crê necessário consignar as perguntas não respondidas e expor as razões da opção por permanecer calado. Pensa-se mesmo ser inadequado, uma vez manifestada a intenção do acusado em manter-se absolutamente calado, formular perguntas uma após a outra, e registrá-las nos autos, como que para incitar a palavra e desestimular a opção pelo silêncio.

7.1 O verdadeiro alcance do art. 186, parágrafo único do CPP

O parágrafo único do art. 186 do CPP não resguarda o silêncio do acusado em toda e qualquer hipótese, ao contrário do que possa emergir de sua interpretação gramatical. Ao dispor que "o silêncio, que não importará confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa", duas interpretações são possíveis, variáveis conforme a intensidade do silêncio.

A jurisprudência do *Bundesgerichtshof* (Superior Tribunal Federal) entende, atualmente, após modificar posicionamento pretérito, que nada pode ser extraído do silêncio total do acusado, mesmo sendo improvável que uma pessoa induvidosamente inocente permaneça completamente calada ao ser acusada da prática de um crime.[46] Equiparou a negativa geral ao silêncio integral e, por conseguinte, também sedimentou o entendimento de que da negação não derivam

45. *Sentenza* n. 124 de 1972. TONINI, Paolo. *La prova penale*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1998, p. 20-21.

46. FEZER, Gerhard. *Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht* – Teil 2. *Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 13, p. 660, 1996.

inferências desfavoráveis ao réu.[47] Por outro lado, posiciona-se favoravelmente seja possível deduzir conclusões do silêncio parcial em prejuízo do acusado.[48]

A respeito do silêncio parcial (*Teilschweigen*), a doutrina alemã classifica-o em *vertikales Teilschweigen* e *horizontales Teilschweigen*.[49] O primeiro surge quando o acusado silencia-se sobre um aspecto individual do crime imputado, ou seja, em referência a determinadas perguntas que lhe são feitas. O segundo manifesta-se quando ele se cala completamente, mas não em todos os estágios do processo. Transpondo os conceitos para a realidade brasileira, o *vertikales Teilschweigen* verificar-se-ia sempre que o acusado permanecesse mudo em face de uma ou outra pergunta durante o interrogatório judicial. Por seu turno, o *horizontales Teilschweigen* ocorreria no procedimento dos crimes da competência do Júri (art. 394 e 465 do CPP) ou no da nova Lei de Tóxicos (art. 38 e 41 da Lei 10.409/2002), em que há previsão de realização de dois interrogatórios, hipótese em que o acusado permaneceria silente em algum deles. Caso se mantivesse calado em ambos os interrogatórios, haveria o silêncio completo (*vollumfängliches Schweigen*).

Entende-se, com acerto, que o *horizontales Teilschweigen*, assim como o *vollumfängliches Schweigen* não admitem sejam extraídas conclusões prejudiciais ao acusado, sob pena de se transformar o direito constitucionalmente previsto em um *privilegium odiosum*.[50] Ao contrário, em se tratando do *vertikales Schweigen*, da ausência de resposta a uma ou outra pergunta podem ser extraídas, em algumas hipóteses, inferências prejudiciais ao réu.

47. FEZER, op. cit. p. 660.

48. ROXIN, Claus. *Involuntary self-incrimination and the right to privacy in criminal proceedings. Israel Law Review*, Jerusalem, v. 31, p. 75, winter-summer, 1997.

49. TORKA, Ronald. *Nachtatverhalten und Nemo tenetur – eine Untersuchung über die Grenzen "zulässiger Verteidigung" und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000, p. 233.

50. TORKA, op. cit. p. 298.

Transportando a lição estrangeira para o direito brasileiro, conclusões similares podem ser obtidas. Em se tratando de silêncio absoluto, não se concebe possível formar-se o convencimento judicial a partir do completo mutismo. Já dizia Mittermaier: "O silêncio obstinado do acusado não pode fazer com que se considere o autor de um crime".[51] É arbitrária qualquer presunção que veja no silêncio irrestrito a culpa como motivação psicológica. Quão grande contradição seria presumir culpado alguém por recusar-se a prestar declarações, espécie de chantagem velada dizer que é livre em permanecer calado e, depois, interpretar o silêncio contra o uso da liberdade. Nesse sentido é que Câmara Leal afirma não ter razão de ser a segunda parte do art. 198 do CPP. "Do silêncio do acusado o juiz nada poderá inferir. Calando-se o réu nada afirma contra si, nem a seu favor, de modo que não oferece qualquer base para o pronunciamento do juiz"[52]

Mas em se tratando de silêncio relativo, isto é, em que o mutismo do interrogando não marca todo o interrogatório, é possível que a ausência de respostas influencie na formação do convencimento judicial. Malgrado a redação do art. 186 do CPP tenha sido alterada para proibir a extração de inferências prejudiciais do silêncio, permaneceu incólume o disposto no art. 198, de acordo com o qual "o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz".

O interrogando, diante das perguntas que lhe são feitas, pode não encontrar a adequada resposta e revelar flagrante contrariedade nas anteriores declarações. Se o silêncio é intercalado entre uma pergunta e outra, nascendo uma omissão à resposta pela falta de argumentos, aliada à fragilidade das declarações, é possível considerar tais circunstâncias na formação do convencimento do juiz. Compreende-se por que o acusado nega ter premeditado o crime, mas não se

51. MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal.* 2ª ed Campinas: Bookseller, 1997, p. 205.

52. LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao código de processo penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 495.

entende por que negue ter visto uma testemunha no local, tão menos procura ele explicar. Ao ser questionado onde estava no momento do delito, é apresentado um falso álibi que, em seguida, é desacreditado pelas próprias declarações subseqüentes e quando a autoridade interrogante insiste em descobrir a verdadeira resposta, o acusado recorre ao silêncio. É o que se chama discurso lacunar. "Isto dá-se, especialmente, nos crimes passionais, nos quais a percepção é lacunar, devido, sobretudo, a circunstâncias marginais àquilo que, como vemos, é como que o foco em direção ao qual se polariza a atenção forçada".[53] Caberá ao juiz pôr em evidência as gritantes contradições, através do que Carrara chama interrogatório imputativo,[54] e formar seu convencimento tendo em vista a contrariedade das respostas associada ao silêncio parcial, desde que consigne nos autos o incidente e exponha motivadamente os efeitos na decisão.[55] Não é temerário dizer que o silêncio parcial do acusado, em situações que claramente demandam uma explicação deste, pode ser levado em consideração na avaliação da persuasão das provas aduzidas pela acusação. O silêncio, isoladamente, não poderá ser empregado em prejuízo do réu. Mas como qualquer outro elemento contido nos autos, associado a imperfeições das declarações prestadas, poderá ser utilizado na formação do convencimento judicial, como melhor forma de associar a interpretação do art. 186, parágrafo único com o art. 198, segunda parte, ambos do CPP.

Todavia, o acusado pode silenciar a respeito de uma ou outra pergunta formulada sem que se possam dessumir elementos de convicção contrários à de-

53. ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária: personagens do processo penal.* 2ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1981, v. 2, p. 32.

54. O autor distingue o interrogatório imputativo, em que se cientifica o acusado daquilo que contradiz suas negativas ou suas deduções de defesa para que ele replique, segundo o seu conhecimento e pensamento, do interrogatório plano, concernente aos fatos, objeto da imputação. Aduz ser a melhor forma de inquirição intercalar os dois tipos de interrogatório. CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal.* São Paulo: Saraiva, 1957, v. 2, p. 386.

55. GREVI, Vittorio. Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato. In: *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari.* Milano: Giuffré, 1995, p. 13.

fesa. Excluídas algumas raras hipóteses de silêncio parcial do réu intercalado entre as perguntas e associado a contradições das declarações, o mutismo não pode ser considerado em seu desfavor, sob pena de violar sua liberdade de declaração. Não correspondendo o silêncio à ausência de justificativa às contradições criadas pelo próprio acusado é vedado ao juiz empregá-lo na fundamentação da decisão.

7.2 A informação sobre o direito de permanecer calado

O termo *belehren* aparece com freqüência no direito processual alemão, consoante salienta Eberhard Schmidt.[56] O vocábulo tedesco significa "informar" e a constante menção deve-se à necessidade de se fornecer o conhecimento de todas as possibilidades processuais às partes.[57] A informação, na lição de Grevi, é um remédio contra a *ignorantia iuris* do acusado.[58] No Brasil, em que o grau de instrução de indiciados e réus é reconhecidamente inferior, a informação de direitos mostra-se mais essencial.

Não basta seja excluída a inferência de prejuízos do silêncio, nem menos venha proclamado *ex lege* o seu direito de não emitir declarações autoincriminatórias, pois se afigura, ao invés, necessário informe-se o réu de quais direitos possui antes do interrogatório, para garantir-lhe plena consciência das próprias possibilidades defensivas.[59] O direito à informação acompanha o direito de permanecer calado assim como o calor anda ao lado do fogo, motivo por

56. SCHMIDT, Eberhard. *Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten. Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, n. 27, p. 1209, 4 juli 1968.

57. No direito alemão, o § 136 do Código de Processo Penal, que assegura o direito à informação do acusado, surgiu como reação à perversão do processo penal durante o Terceiro *Reich*. RENZIKOWSKI, Joachim. *Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung. Juristen Zeitung*, Tübingen, n. 14, p. 716, 1997.

58. GREVI, Vittorio. *Considerazioni preliminari sul diritto al silenzio dell'imputato nel 'nuovo' 3º comma dell'art. 78 C.P.P. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 4, p. 1168, ott./dic., 1970.

59. GREVI, op. cit. p. 1147.

que deverá haver o esclarecimento sobre a faculdade de escolha da conduta processual a se adotar antecedentemente à consecução do interrogatório.

Diferentemente da anterior redação do art. 186 do CPP, não se prescreveu a advertência de que o silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, o que não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, conforme manifestou-se o Supremo Tribunal Federal.[60] Atualmente, a informação do direito de não responder as perguntas formuladas deve ser feita proscrita qualquer admoestação de prejuízo decorrente do silêncio, por ser forma velada de coibir o exercício da autodefesa. Cabe ao juiz ou à autoridade policial simplesmente informar o autor da infração penal da possibilidade de, caso queira, permanecer calado em face das perguntas a si dirigidas.

O acusado poderia ser advertido sobre não haver necessidade de depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 3, *g*) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.º, 2, *g*). Seria outra manifesta consagração do princípio *nemo tenetur se detegere*. É informado, no entanto, de que tem o direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Como nem sempre é fácil distinguir a confissão, parcial ou total, de outras declarações, poderia o acusado encontrar-se em terrível dilema. Recusar-se-ia a confessar, mas se sentiria obrigado a responder as indagações que, aparentemente, não lhe seriam prejudiciais. Por outro lado, prestando declarações, sem consciência do prejuízo, poderia contribuir para a própria incriminação. Em face da grande possibilidade de, das declarações do réu, provirem elementos em seu desfavor, sem que sequer supusesse o prejuízo oculto nas suas palavras, preferível preservar o irrestrito silêncio da forma como disposto no novo art. 186 do CPP.

A informação sobre o direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas não constitui superfluidade de palavras, como

60. RE 199.570/MS.

possa parecer à primeira vista. Informa-se o acusado sobre a possibilidade de não responder perguntas para que tenha ampla liberdade em não oferecer respostas às indagações a ele dirigidas. Informa-se acerca do direito de permanecer calado, a fim de esclarecê-lo sobre a permissão de nada alegar em sua defesa, a despeito do art. 187, § 2.º, VIII do CPP.

Em juízo, constitui dever do magistrado informar o acusado de seus direitos. Se é perfeitamente admissível, ou antes necessário, que o juiz, diante da parte indefesa ou mal defendida, em vez de permanecer passivo e complacente, à vista dos erros, das omissões e da incapacidade exteriorizada, assuma papel ativo para conceder igualdade de oportunidades, como ensina *Cappelletti*,[61] mais se recomenda a informação de um direito cuja obrigação de fazê-lo conhecido é legalmente estatuída. Apesar de o juiz manter-se eqüidistante das partes – e isso é necessário – há a obrigação judicial de assistência do acusado, com o intuito de cientificar-lhe da possibilidade de exercer o direito. Em sede extrajudicial, incumbe à autoridade policial informar o indiciado sobre suas prerrogativas.

Exclui-se a idéia de que a informação trata-se de uma fórmula de tipo sacramental, a ser obrigatoriamente repetida nos precisos termos da lei,[62] pois a preocupação deve centrar-se, não tanto no aspecto formal, mas no sentido substancial da advertência. Poderão variar as palavras para melhor enquadrá-las no caso concreto, com o intuito de se fazer conhecido o direito e a possibilidade de exercê-lo. Todavia, posto que a advertência seja correta no que concerne ao seu conteúdo, a liceidade dependerá da forma pela qual é comunicada. Uma mesma admoestação pode ser lícita ou não, segundo a calma e objetividade demonstrada pela autoridade interrogante na comunicação da circunstância ao interrogando.

61. CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 318, p. 122, abr./jun., 1992.

62. GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*. Milano: Giuffrè, 1972, p. 329.

Como a tutela se destina a assegurar o efetivo conhecimento ao acusado de sua posição jurídica, a omissão da advertência configuraria nulidade, cuja conseqüência é a de não permitir ao tribunal valorar as declarações assim prestadas. Todavia, a constatação da nulidade não implica, por conseguinte, a sua declaração imediata.[63] A incidência de outras normas processuais pode evitar a anulação do processo. Assim, não cabe à acusação suscitar a nulidade, uma vez que "nenhuma das partes poderá argüir nulidade (...) referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse" (art. 565 do CPP). Tampouco será pronunciada nulidade pela omissão da informação do direito de permanecer calado, se o acusado ficou silente quando inquirido pela autoridade judiciária ou se de suas declarações nenhuma conclusão prejudicial à defesa foi extraída ou se não foram consideradas como fundamento da decisão, porquanto o incidente não influiu "na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa" (art. 566 do CPP).

Mas uma vez não demonstrada a incidência de regras outras impeditivas da declaração da nulidade, por ter sido violado direito constitucionalmente protegido, a sanção processual deve ser a mais forte possível. Anota Colamussi que "quanto maggiore è la garanzia e la tutela che l'ordinamento intende apprestare ad una determinata norma, espressione di valori fondamentali, tanto più gravi risulteranno le conseguenze derivanti dalla sua inosservanza".[64]

Em caso de ser informada a faculdade de não responder as perguntas, porém com a advertência de que o silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, em apego à revogada disposição legal, será preciso aferir os efeitos da admoestação no comportamento processual do interrogando. O preceito constitucional

63. SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 88.

64. Tradução livre: "quanto maior é a garantia e a tutela que o ordenamento entende atribuir a determinada norma, expressão de valores fundamentais, tanto mais grave resultarão as conseqüências derivadas da sua inobservância" COLAMUSSI, Marilena. *Interrogatorio dell'imputato ed omesso avvertimento della facoltà di non rispondere. In: Percorsi di procedura penale: dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 15.

foi cumprido, pois se deu conhecimento ao interrogando da faculdade de permanecer calado, o que impede afirmar ter sido violada norma de garantia, cuja conseqüência seria a nulidade absoluta do ato. Entretanto, impôs-se ao interrogando tratamento coibente, capaz de provocar-lhe a fala diante do temor imposto pela admoestação de resultados prejudiciais, quando conveniente seria valer-se do silêncio. Destarte, indispensável a constatação de prejuízo para que se possa anular o interrogatório, aferido no caso concreto, por exemplo, quando tenha havido a confissão do delito.

Por seu turno, se o acusado prestou declarações espontâneas, sem antes ser informado do direito ao silêncio, teoricamente, podem elas ser avaliadas no momento da sentença. Declarações espontâneas não estão acobertadas pelo princípio contra a auto-incriminação e podem ser utilizadas mesmo se o acusado não foi instruído de seus direitos, porquanto a proteção não abrange a auto-incriminação voluntária, como a confissão emitida sem coação. O porém que se aponta é a possibilidade de ulterior irresignação do réu, o que tornaria difícil distinguir as declarações espontaneamente prestadas daquelas proferidas sem prévia informação do direito. Questionável é o critério para se distinguir uma declaração espontânea de outra forçada e, não, se é possível valorar as palavras ditas antes da informação. Uma solução para a questão é oferecida por Roberto Delmanto: considera que as declarações do indiciado antes de lavrado o auto de prisão em flagrante não podem ser valoradas em seu desfavor, caso faça ele uso do direito ao silêncio no momento em que é informado da possibilidade de sua utilização.[65] Só não se olvide de que a regra confina-se às declarações prestadas perante agente público, porquanto o que for dito para terceira pessoa, sem advertência do direito de permanecer calado, não deve ser excluído como prova, a qual deverá ser sopesada pelo órgão judicial.

65. DELMANTO, Roberto. O testemunho exclusivo de policiais e a violação do direito ao silêncio nos casos de tóxicos. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 53, p. 28, out., 1998.

8. Qualificação e interrogatório

Segundo Romeiro e de acordo com a nova disciplina introduzida pela Lei 10.792/2003, a qualificação, conhecida também por *quoad generalia*, distingue-se do interrogatório de mérito, *quoad materialia*.[66] A anterior redação misturava as questões pertinentes às qualidades do acusado com aquelas referentes ao esclarecimento dos fatos, quando previa a pergunta sobre a vida pregressa após a qualificação (art. 188, VIII do CPP). A distorção foi corrigida e todas as questões que recaem sobre os dados pessoais do acusado e não digam respeito ao fato que se apura estão enquadradas na qualificação.

Interrogatório e qualificação guardam autonomia, não obstante revelem estreita vinculação. Mesmo que houvesse relação de dependência entre um e outro, não seria recíproca porquanto a lei prevê a qualificação sem interrogatório e não o contrário. Tal circunstância se verifica na Lei de Imprensa, em que é designada a apresentação do réu em juízo, exclusivamente, para ser qualificado (art. 45, Lei 5.250/67). Se, porventura, manifestar interesse em ser interrogado, aí sim realiza-se a inquirição, de forma a englobar em um único termo os dois atos.

Por essa razão, a Lei 10.792/2003 fez clara distinção entre a qualificação e o interrogatório. "O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será *qualificado e interrogado* na presença de seu defensor, constituído ou nomeado" (grifos nossos). Nesses termos, o art. 185 do CPP estabelece ser necessário o procedimento de identificação e de inquirição do acusado.

As informações acerca da pessoa do acusado são inseridas nos autos em diversas oportunidades do procedimento: no inquérito, cabe à autoridade policial averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, e qualificá-lo no momento em que presta declarações; na peça de ingresso da ação penal, compete à acusação, ao menos, fornecer esclarecimentos pelos quais se

66. ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 91.

pode identificar o acusado e, quando se prolata a decisão, é feito menção ao nome do réu ou, se impossível, às indicações necessárias para discriminá-lo.

Distingue-se a qualificação da identificação, tendo como critério a profundidade dos dados obtidos sobre a pessoa do acusado. Identifica-se o acusado ao determinar-lhe a identidade; qualifica-o ao atribuir-lhe qualidades. O primeiro implica o reconhecimento do sujeito em si considerado, o outro, em face de suas características, ambos servem, porém, à individualização do réu.

A individualização possui muitas finalidades de cunho processual. Se o acusado for menor de 18 anos, contra ele não poderá ser instaurada a ação penal, e caso seja menor de 21 anos, a ele deve dar-se curador, sem que atualmente necessite atuar no interrogatório. A filiação é importante no estabelecimento das relações de parentesco, interfere na punição do acusado por favorecimento pessoal, delito para o qual se prevê escusa absolutória em favor de ascendente e descendente, e na apuração da legitimidade para ajuizamento de revisão criminal, na hipótese de o condenado ter falecido. Até mesmo aferir se o acusado sabe ler e escrever é relevante ao procedimento de lavratura do auto de prisão em flagrante, no qual a falta de assinatura do interrogado exige a subscrição do termo por duas testemunhas, a fim de garantir a probidade do interrogatório.

A qualificação também tem sua importância, porque averiguar o local da residência do acusado define o foro competente para o ajuizamento da ação penal de iniciativa privada ou de qualquer outra ação, desde que não se tenha conhecimento do lugar da infração. O fato de ter profissão definida é motivo favorável à concessão da liberdade provisória e à não-decretação da prisão preventiva. A obtenção de dados sobre a vida pregressa é relevante para a fixação da pena. E embora o Código Penal não preveja como circunstância judicial "as oportunidades sociais do condenado", o anteprojeto de reforma coordenado pelo Prof. Miguel Reale Jr. estabelece como critério de individualização "as oportunidades sociais a ele oferecidas" (art. 59), o que justifica a inserção no novo dispositivo na tentativa de se coadunar a legislação processual penal à lei penal vindoura.

De acordo com a redação conferida ao art. 187, § 1.º do CPP o réu é indagado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa e outros dados familiares e sociais. As perguntas não tencionam individualizar a pessoa do acusado, porém obter dados para qualificá-lo e propiciar a melhor individualização da pena.

À semelhança do *Codice di Procedura Penale*, procurou-se diferenciar a qualificação do interrogatório propriamente dito. A diferença fundamenta-se na possibilidade de invocar o direito de permanecer calado neste e excluí-lo daquele. O art. 186 do CPP, quando situa o fornecimento da informação sobre o direito ao silêncio após ser o acusado devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, procurou afastar a falsa impressão de ser aplicável também à qualificação. Embora o termo seja único, os atos não o são e a qualificação, precedente ao interrogatório, fica excluída da utilização do silêncio, como já defluía do pensamento de Espínola Filho.[67] O diploma processual italiano, no art. 64, comma 3, traz disposição semelhante: "Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che, salvo quanto disposto dall'articolo 66 comma 1 (*qualificação*), há facoltà di non rispondere e che, se anche non risponde, il procedimento seguirà il suo corso".[68]

Entretanto, análise mais detida merece a hipótese.

O acusado que se nega a fornecer dados de sua qualificação pratica a infração descrita na Lei n. 3.688/41, em seu art. 68,[69] pois, quanto a ela, o direito ao silêncio não é assegurado.[70] Em alusão à anterior regulamentação do interroga-

67. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado* 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, v. 3, p. 15.

68. Traduzindo: "Antes que tenha início o interrogatório, a pessoa deve ser advertida de que, salvo quanto ao disposto no artigo 66, *comma* 1, tem a faculdade de não responder e que, se também não responde, o procedimento seguirá seu curso"

69. Art. 68 – "Recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência"

70. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 243. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Ja-

tório, à mesma conclusão chegaram Fernandes, Gomes Filho e Grinover: "As perguntas sobre a qualificação do acusado não estão acobertadas pelo direito ao silêncio, porquanto em sua resposta não se caracteriza qualquer atividade defensiva. O art. 188 CPP traça bem essa distinção".[71]

Constata-se que a legislação processual brasileira não traz norma específica sobre a obrigatoriedade em prestar declarações por ocasião da qualificação, ainda que se faça distinção entre esta e o interrogatório propriamente dito. Diversamente, o *Codice di Procedura Penale* preceitua ser admissível o silêncio em relação ao interrogatório de mérito, sem que o mesmo seja válido para a identificação do acusado (art. 64, *comma* 3).

Apesar de a norma processual não trazer nenhuma prescrição que imponha a obrigação de falar *ad personam* com a correspondente sanção pelo descumprimento da obrigação, a lei penal, que também impõe regras de conduta, pune aquele que se recusa a fornecer dados ou indicações sobre sua qualificação (art. 68 da Lei de Contravenções Penais). Por conseguinte, há obrigação em revelar os dados pessoais.

Posto que, em regra, as declarações sobre a qualificação do acusado não envolvam atividade defensiva, é possível que, em determinada hipótese, a informação sobre um atributo pessoal gere a incriminação penal. O esclarecimento sobre o estado civil pode propiciar o agravamento da sanção, nos termos do art. 61, II, *e* do CP. A divulgação da profissão é capaz de ser prejudicial ao réu denunciado pela prática do crime de usurpação de função pública (art. 328) ou de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica (art. 282). Informar qual é

neiro: Forense, 1987, v. 1, p. 451. Para FRANCO, MARREY e STOCO, aquele que se recusar a responder as perguntas do juiz, tendentes à qualificação, deverá ser processado como incurso no art. 330 do Código Penal, por desobediência. FRANCO, Alberto Silva. MARREY, Adriano. STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri* 6ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 168. Em idêntico sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 165.

71. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 74.

o local onde exerce sua atividade pode infirmar um álibi. Conjeturar as possibilidades de auto-incriminação em decorrência da divulgação da qualificação pessoal renderia ensejo a múltiplas situações e não seria improvável resultar na própria increpação o fornecimento de informações pessoais pelo acusado. Em face do princípio contra a auto-incriminação, não se pode exigir do réu forneça esclarecimentos increpantes, embora a ele se imponha o dever de, caso decida falar, revelar dados verídicos, sob pena de incorrer no parágrafo único do art. 68 da Lei de Contravenções Penais. O acusado pode omitir-se em produzir prova desfavorável, mas não tem a prerrogativa de opor obstáculos à produção por outrem, tampouco de adulterar informações se a conduta está tipificada na lei penal.[72]

Parece contraditório permitir ao acusado silenciar sobre os dados pessoais e puni-lo caso preste informações inverídicas. Em verdade, a omissão do réu através do silêncio só não será punível se acobertada pelo princípio contra a auto-incriminação, ao passo que a declaração mendaz poderá sê-lo, desde que se amolde a alguma conduta tipificada em lei, como é o caso do art. 68, parágrafo único da Lei de Contravenções Penais, em relação à qual não existe nenhuma causa de exclusão do crime.

Dependerá da análise do caso concreto aferir até que ponto o silêncio do acusado sobre seus dados pessoais e sua qualificação justifica-se pelo risco de produzir prova em próprio prejuízo, muito embora o exercício do direito de permanecer calado não dependa de esclarecimentos sobre os reais motivos por que silencia. Tecnicamente mais adequado seria, simplesmente, respeitar a liberdade do acusado em não declarar sobre sua qualificação pessoal como corolário do princípio contra a auto-incriminação, livrando-o de adicional imputação penal. A ausência de identificação ou de qualificação do acusado não constitui impedimento ao ajuizamento da ação, à prolação de sentença e ao cumprimento de pena,

72. HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 156.

quando certa sua identidade física, como se depreende do art. 259 do CPP. Entretanto, cabível será a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 313, II do estatuto processual penal, como forma de assegurar a aplicação da lei penal sobre o réu que não é identificado fisicamente. Não se decreta a custódia cautelar para compelir o acusado a fornecer dados pessoais, porquanto estará calcado no princípio que lhe autoriza nada revelar, tampouco a título de punição, uma vez que constitui desvirtuamento do caráter instrumental da prisão preventiva. Prende-se provisoriamente porque, em liberdade e sem nenhuma identificação, balda-se a finalidade do processo e se inviabiliza a aplicação da lei penal.

8.1 Roteiro de perguntas

O legislador ordinário englobou no art. 187 do CPP a qualificação e o interrogatório propriamente dito, com as correspondentes perguntas formulares, distribuídas nos oito incisos subseqüentes ao § 2.º. Afirma-se, classicamente, que as perguntas do interrogatório devem ser formuladas nos seguintes termos: *quis, quibus auxiliis, quid, ubi, cur, quomodo, quando* Evidentemente que, uma vez respondidas, por serem bastante abrangentes, mais elementos colher-se-ão das declarações do acusado. Romeiro, por seu turno, acusa não ser o melhor método. "A observância dele pode ter como resultado, atendendo-se à imprestabilidade do testemunho do argüido para a prova da verdade, já focalizada linhas atrás, uma tortura moral para o acusado, dando lugar a sugestões culposas e a todos os outros males decorrentes da falibilidade e paixões humanas, que mesmo um brilhante concurso de títulos e de provas não consegue extirpar de um magistrado"[73]

O CPP, como que acatando a ponderada lição do autor, não optou por essa orientação e preferiu adotar roteiro próprio.

73. ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1978, p. 109.

Eudes de Oliveira tecia elogios à antiga redação do art. 188 do CPP, geralmente, mal redigido e pouco claro, era nesse ponto bem articulado.[74] O esquema do interrogatório era como uma espiral, começava por perguntas sobre os fatos acessórios, para, gradativamente, dirigir-se ao cerne da questão. A primeira pergunta não dizia respeito à responsabilidade do acusado; esta só era tocada na quinta indagação. Se perguntado de chofre sobre sua responsabilidade, tendia a negar. O motivo desse método era não sugerir ao acusado réplica que o pusesse a salvo da acusação ou, talvez, porque pareceria contrário à natureza que se acusasse, imediatamente, por si só.

As perguntas formulares sofreram pequenas alterações, de ordem de sucessão e de conteúdo. O questionamento acerca da veracidade da imputação passou a ser o primeiro do rol e, nesse ponto, indaga-se diretamente sobre a responsabilidade criminal do acusado. A nova regulamentação legal acolheu a prática judiciária que, na anterior disciplina, mostrava a diferença entre o dever ser normativo e o ser efetivo. Não eram poucos os magistrados que se afastavam do roteiro apresentado pelo art. 188 do CPP e indagavam primeiramente ao acusado, de maneira direta e sem cerimônias, logo após a leitura da peça acusatória, se a confirmava ou não. Em geral, como resposta, negava-se por completo ou afirmava-se ser a denúncia ou a queixa parcialmente verdadeira, com a apresentação dos motivos que não permitiam aceitá-la integralmente. Um dos bons momentos do CPP – a técnica adotada na redação do antigo art. 188 – era de diminuta aplicação, motivo que explica o abandono da sistemática.

Se a resposta for negativa, ou seja, se o acusado não admitir a narrativa dos fatos, parcial ou totalmente, procede-se à próxima questão, que visa a extrair elementos de prova. A falha na redação da segunda pergunta persistiu em dois aspectos: ao estabelecer deva o acusado ser questionado "se tem algum motivo par-

74. OLIVEIRA, Eudes. *A técnica do interrogatório*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 70.

ticular a que atribuí-la" (a acusação) e "se com elas (as pessoas autoras do crime) esteve antes da prática da infração ou depois dela". Ora, uma vez negada a veracidade da imputação, como assevera Tornaghi "o motivo particular a que se deve atribuir a acusação falsa somente pode tê-lo o acusador; o acusado pode é conhecê-lo".[75] Por conseguinte, o juiz deve indagar se o acusado *sabe* de algum motivo particular, nos moldes do art. 306, *f*, do CPPM: "se, não sendo verdadeira a imputação, *sabe* de algum motivo particular a que deva atribuí-la....". Com relação ao segundo defeito de redação, este se traduz na omissão em perguntar ao acusado se não esteve com o autor da infração durante sua prática, já que a nova redação do CPP determina que a pergunta se refira ao momento anterior e posterior ao fato.

A terceira pergunta formular refere-se ao local onde estava o acusado ao tempo em que foi cometida a infração e se já teve notícia desta. Lembra Tornaghi que "as perguntas são feitas na suposição de que o réu pode não ter sido o criminoso",[76] a indicar o cuidado que teve o CPP e a alteração legislativa em não interpelar o acusado presumindo-o culpado. Nesse momento, o acusado tem oportunidade de oferecer um álibi como escusa à imputação que lhe é feita.

A quarta pergunta diz respeito às provas até então apuradas. Eventual resposta do acusado não é restringida à simples afirmação ou à negativa da ciência das provas, pois cabe a ele contestá-las, desfazer equívocos e apontar irregularidades na colheita delas. E a pergunta não mais se limita às provas apuradas contra o acusado, mas abrange todas as provas até então produzidas.

A quinta questão aborda o relacionamento do acusado com a vítima e com as testemunhas que serviram ou irão servir ao processo, através de declarações e depoimentos extrajudiciais ou judiciais. Dependendo do tipo de relacionamento existente entre acusado e vítima ou testemunhas, podem ser reconhecidas, por exemplo, circunstâncias atenuantes e agravantes, relativamente à pri-

75. TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 375.

76. TORNAGHI, op. cit. p. 374.

meira, e causas que poderão ser apontadas para contraditar as segundas ou argüir-lhes defeitos.

A sexta informação que se persegue é relativa ao instrumento do crime ou a qualquer outro objeto que com este se relacione, incluídos aí o produto e as provas materiais do delito.

A penúltima questão é genérica, por abranger todos os fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes da infração e de suas circunstâncias.

A última indagação (art. 187, VIII) visa a conceder ao acusado oportunidade para alegar algo mais em sua defesa. Anteriormente, a derradeira pergunta, prevista no antigo art. 188, VIII, abrangia a vida pregressa do réu, mas foi deslocada do interrogatório para o momento antecedente da qualificação.

Tanto antes, como agora, não é preciso dirigir ao acusado todas as questões previstas no art. 187. Por outro lado, não é conveniente afastar-se totalmente do roteiro apontado pelo Código, sob o risco de prejudicar a defesa do acusado e impedir a extração de provas úteis ao esclarecimento dos fatos. Destarte, não se pode aceitar a pergunta genérica do magistrado que simplesmente indaga se o acusado confirma as declarações prestadas no inquérito policial e, diante da resposta positiva, dá a audiência por encerrada. Novos elementos de prova e de defesa sempre podem ser extraídos.

Por fim, o antigo conteúdo do art. 188, parágrafo único, do CPP que não era digno de elogios, passou a integrar o art. 189. O convite feito ao acusado, que negasse a imputação no todo ou em parte, a apresentar provas da verdade das declarações, contrariava o ônus da prova, que cabe à acusação, e feria a presunção de inocência, pois instituía a necessidade de apresentar elementos da ausência de culpabilidade. Tratava-se de resquício da antiga presunção de culpabilidade do sistema inquisitório, o qual impunha ao acusado o dever de se desculpar das imputações e, antes da acusação, de desincumbir-se de provar os fatos. De qualquer forma era um mero convite e, como tal, podia ser gentilmente recusado.

O art. 189 passou a dispor "se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas". Não mais se convida o acusado para apresentar provas da verdade de suas declarações, apenas lhe possibilita prestar esclarecimentos e indicar provas, de maneira a deixar claro incumbir à acusação o ônus probatório.

9. A revogação da requisição do acusado preso

O chamamento do acusado a juízo para vir defender-se, normalmente, é feito pela citação. No direito processual brasileiro existem dois tipos de citação, real e ficta, as quais, guardadas as peculiaridades, são de comum aplicação no processo civil e penal. Este não conhece a citação com hora certa, ao passo que aquele estabeleceu como regra a citação por correio.[77] As particularidades não se encerram por aí, pois a citação no processo civil, além de instaurar o contraditório, destina-se a convocar o acusado para apresentar sua defesa. No processo penal o réu é citado a fim de ser interrogado. A finalidade genérica é comum, qual seja, cientificar a parte oposta da ação contra ela ajuizada e convocá-la para contestar a pretensão deduzida em juízo, mas diferenciam-se quanto aos objetivos específicos, apresentação de defesa escrita, no processo civil, chamamento para o interrogatório, no processo penal. Especialmente neste, em que os direitos indisponíveis constituem a maioria dos que estão em jogo, a citação necessita ser "suficientemente amplia y completa, como para que el imputado se compenetre en toda su extensión del hecho que se le atribuye y de sus circunstancias. Debe ser oportuna para que el imputado pueda contestar a la imputación en el mismo acto de la indagatoria. Ha de ser clara y específica".[78]

77. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 262.

78. Em vernáculo: "Deve tratar-se de uma intimação suficientemente ampla e completa, como para que o acusado se compenetre em toda a extensão do fato que se lhe atribui e de suas circuns-

Instituiu-se como prática judiciária, com respaldo no antigo art. 360 do CPP, requisitar a apresentação em juízo do acusado preso para ser interrogado, de forma a suprir a citação por mandado realizada através de oficial de justiça. Dificuldades burocráticas e sobretudo a urgência que se deve imprimir aos processos de réus presos constituíam o motivo para adoção da praxe de simplesmente efetivarem-se requisições para o interrogatório.

A requisição do acusado preso não se equiparava à citação efetivada por mandado e decorria da falta de discriminação dos atos processuais evidente cerceamento de defesa. E se muitos eram os argumentos que se soerguiam para autorizar viciada prática, outros erigiam-se com maior robustez para infirmá-la.

A requisição, conforme estabelecido no art. 360 do estatuto processual, não se enquadrava em nenhuma das modalidades de citação previstas em nosso Código de Processo Penal, seja ficta ou real. Em verdade, sequer tratava-se de citação, porquanto não tinha o condão de dar ciência ao acusado da imputação contra si deduzida e de permitir-lhe opor-se a ela. A citação efetivada mediante requisição sempre deixava dúvida sobre sua regularidade, porque feita pelo diretor do estabelecimento prisional, desprovido de fé pública para certificar a validade do ato, como se oficial de justiça fosse. Igualmente prejudicado restava o acusado se cientificado das imputações pelo juiz ou pelo escrivão no momento de seu comparecimento para ser interrogado, sem chances de previamente elaborar a defesa. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, ao dissertar sobre os elementos necessários à contrariedade criminal, afirmava ser indispensável fosse feita a comunicação a tempo de possibilitar o contraditório, para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito.[79]

tâncias. Deve ser oportuna para que o acusado possa contestar a acusação no ato mesmo do interrogatório. Há de ser clara e específica". OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Tratado de derecho procesal penal.* Buenos Aires: Ediar, 1964, v. 4, p. 514.

79. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal.* São Paulo: (*sine nomine*), 1937, pp. 145-146.

A celeridade que se quer imprimir aos processos de acusados, presos ou não, deve ser aplaudida, uma vez que a justiça não se concretiza se não é breve a prestação jurisdicional. Mas a rapidez na solução das causas penais não pode derivar da supressão de direitos do acusado, sob pena de pecar pelo desrespeito ao equilíbrio entre as partes, uma das quais cerceada em sua defesa. De nada adianta procurar demonstrar a eficiência do Judiciário, constatada em condenações proferidas no menor lapso de tempo, se não se respeitam as garantias individuais do réu, uma delas consubstanciada na regular citação, efetivada em tempo hábil para o aparelhamento da defesa.

Com o advento da Lei 10.792/2003, corrigiu-se uma viciada prática, pois o acusado preso deve ser citado pessoalmente mediante mandado judicial. A motivação principal da alteração legislativa não teve o caráter garantista que se pode presumir. Como o interrogatório do preso será realizado nas dependências do estabelecimento carcerário, dispensa-se a requisição para comparecimento em juízo. Entretanto, emergiu um aspecto positivo, porque em todas as hipóteses a citação será pessoal, sem possibilidade de suprimento pela requisição. Esta trazia, em sua essência, conotação administrativa, comunicação necessária ao normal funcionamento dos órgãos estatais. Da mesma forma que o Código de Processo Penal previa a requisição do réu preso para ser interrogado (art. 360), estabelece a notificação do chefe da repartição, em se tratando de acusado funcionário público (art. 359). A razão é a mesma: velar pelo normal andamento das atividades da Administração. Comunica-se ao chefe da repartição para que se acautele da ausência de seu funcionário no dia marcado para o interrogatório e, assim, escale outro para prover a função vaga naquele período ou para que não efetue descontos indevidos nos vencimentos do servidor que justificadamente se ausentou. Comunicava-se ao diretor do presídio a requisição do réu preso para que aquele pudesse, previamente, determinar a escolta do detento em juízo ou acercar-se de qualquer outra precaução necessária à consecução do ato. Mas a principal finalidade do ato processual não era cumprida: cientificar o acusado da imputação em tempo hábil para a preparação de sua defesa.

A inovação trazida com a alteração do art. 360 do CPP institui regime de igualdade entre réus presos e soltos, sobretudo porque, sendo permitida a entrevista com o defensor previamente ao interrogatório, ambos poderão coadunar a defesa técnica com a autodefesa.

10. O intérprete e o interrogatório

O Código de Processo Penal brasileiro traz disposições especiais em caso de acusado ou de testemunha que não saibam falar o idioma nacional, respectivamente, os arts. 193 e 223, dos quais se avulta a figura do intérprete. É omisso quanto às declarações do ofendido e deve-se aplicar a este, por analogia, as disposições referentes ao acusado e às testemunhas. Dispunha nosso Código, literalmente, no art. 193, "quando o acusado não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por intérprete". A linguagem do dispositivo era defeituosa, haja vista que transmitia a idéia de ficar a cargo do intérprete a presidência do interrogatório, impropriedade ausente na redação do art. 223 do CPP. Em verdade, ao intérprete cabe traduzir oralmente as perguntas formuladas e as respostas do acusado, a fim de funcionar como instrumento à perfeita comunicação entre os sujeitos do ato processual. Por essa razão, conferiu-se nova redação ao art. 193 e estabeleceu-se, "quando o interrogando não falar a língua nacional", o interrogatório deverá ser "feito por meio de intérprete".

Para que se preserve a paridade de armas entre acusação e defesa, imperioso que ao réu ínscio da língua portuguesa seja dado intérprete como forma de permitir sua ativa participação no embate processual. Não quer isso dizer que todos os atos processuais deverão ser traduzidos para o acusado que não conheça a língua nacional, sob pena de desvirtuar a função do intérprete e fazer do idioma alienígena sucedâneo do vernáculo. Somente os atos processuais endereçados ao acusado, sejam escritos ou orais, precisarão ser vertidos para idioma a ele compreensível.

O intérprete não se limita a atuar junto a acusados que desconheçam a língua portuguesa. Desempenhando papel semelhante, servirá para traduzir as respostas do surdo-mudo analfabeto: "Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo" (art. 192, parágrafo único). Mesmo que o magistrado compreenda a linguagem dos sinais, exige-se sejam adotadas as formas da lei, uma vez que são da substância do ato. Assegura-se a publicidade irrestrita do interrogatório, ao mesmo tempo em que confere legitimidade à tomada de declarações, e torna-se possível a todos os sujeitos do processo ter acesso ao conteúdo delas. Manteve-se na essência a redação anterior em relação ao interrogatório do surdo, do mudo ou do surdo-mudo, para quem se aplicam as mesmas considerações acima aduzidas relativamente ao acusado jejuno do vernáculo.

11. Conclusões

Não obstante a previsão do interrogatório do réu preso ser realizado no interior do estabelecimento prisional, capaz de acarretar lesão ao princípio da publicidade se adotado como regra, a Lei 10.792/2003 possui méritos louváveis. Vitaminou a ampla defesa ao estabelecer a necessidade da presença do defensor durante o interrogatório, inclusive o extrajudicial; assegurou a prévia entrevista com o acusado, a fim de compatibilizar defesa técnica e autodefesa; possibilitou a formação da prova em contraditório, ao dar ensejo à participação do defensor do coréu na obtenção de esclarecimentos. Até mesmo a supressão do curador durante o interrogatório, que poderia importar em menosprezo dos interesses do acusado, não representou significativa lesão ao direito de defesa, porque o papel por ele desempenhado passa a ser exercido pelo defensor. Em suma, o novo diploma legal permitiu o melhor aproveitamento das características do interrogatório, na autodefesa do acusado ou na ministração de elementos utilizáveis na formação do convencimento judicial, e facilitou a busca da verdade que tanto interessa ao processo penal.

Feita a releitura do interrogatório, constata-se não será mais relegado a plano inferior, estigmatizado pela desídia da acusação e do órgão julgador, a primeira, por preferir ausentar-se do ato por improfícua a presença, transformando-o em mera formalidade, cuja execução não é desejada, mas, simplesmente, determinada por lei; o segundo, porque não possibilitava ao acusado a entrevista com o defensor nomeado antecedentemente à inquirição, tão menos zelava pela presença deste durante o momento de maior contato entre o autor da infração e o processo.

Devido processo legal e direito ao procedimento adequado

Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Advogada, Mestre em Direito Penal pela USP, Professora da Universidade São Judas Tadeu (São Paulo).

Sumário: 1. Introdução: o devido processo legal – 2. Procedimento: noções gerais – 3. Direito ao procedimento e procedimento-modelo – 4. Procedimento como direito fundamental e como fator de legitimação da decisão – 5. Eficiência versus garantismo no processo penal – 6. A inobservância do procedimento: nulidades – 7. Conclusões – 8. Bibliografia.

Resumo: O artigo versa, no âmbito do processo penal, sobre a garantia do respeito ao procedimento previsto em lei como uma das decorrências da cláusula do devido processo legal. São enfrentadas questões como a diferenciação entre processo e procedimento, quais fases devem estar presentes no procedimento atento às garantias constitucionais (procedimento-modelo), o que caracteriza o procedimento adequado, a importância de ser observado, assim como as conseqüências de eventual inobservância. A relevância do tema se justifica, nos dias de hoje, pela atual tendência de simplificação de ritos processuais – o que colide frontalmente com a garantia expressa pela própria previsão legal do procedimento.

Palavras-chave: Devido processo legal; Procedimento; Procedimento-modelo; Nulidades.

1. Introdução: o devido processo legal

Ao consagrar constitucionalmente a cláusula do devido processo legal,[1] o ordenamento jurídico brasileiro incorporou importante garantia que historicamente vem sendo construída e que tem como conseqüência assegurar, a todos os envolvidos em qualquer tipo de processo, uma série de direitos indispensáveis ao desenvolvimento de um processo justo.

Em outras palavras, pode-se dizer que se entende por devido processo legal o conjunto de garantias constitucionais que, concomitantemente, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.[2]

Dentre as garantias daí decorrentes, podem ser mencionados o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, a igualdade processual (da qual decorre o princípio da isonomia ou *par conditio*), a publicidade e o dever de motivar as decisões judiciárias, a proibição do provas obtidas por meios ilícitos, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações, o princípio da presunção de inocência, o direito à prova.

Assim, é possível inferir que da cláusula do devido processo legal decorre o direito ao processo, norteado por todas as garantias acima referidas. Como salientam Cintra, Grinover e Dinamarco, quando se fala em direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, por meio de um procedimento qualquer: faz-se necessário que o procedimento seja realizado em contraditório e cercado de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, e colaborar na formação do convencimento do juiz.[3]

1. O inciso LIV do art. 5.° da Constituição brasileira dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*".

2. Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 13. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 82.

3. *Teoria...*, op. cit., pp. 84 e 85.

Nesse contexto, quando se fala em procedimento, fala-se numa seqüência de atos, concatenados entre si, que têm por objetivo assegurar a todos os envolvidos naquela relação jurídica processual uma série de direitos e garantias indispensáveis à obtenção do provimento jurisdicional mais justo.

Como salienta Tucci, quando trata especificamente do direito processual penal, a garantia constitucional inserida na cláusula do devido processo legal diz respeito a um conjunto de elementos indispensáveis para que o processo penal possa atingir, devidamente, sua finalidade resolutória de conflitos de interesse de alta relevância social. Pode-se dizer, enfim, que a referida garantia objetiva assegurar direitos fundamentais, mediante a efetivação do direito ao processo – materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários, e num prazo razoável.[4]

Portanto, o procedimento – ou seja, as regras que estabelecem o modo como os atos devem ser realizados, sua ordem no desenvolvimento do processo, o tempo que as partes têm para realizá-los, entre outras –, assume especial importância frente à consagração constitucional da cláusula referente ao devido processo legal. E é sob essa ótica, e especialmente com relação ao processo penal, que será analisado o direito ao procedimento adequado.

2. Procedimento: noções gerais

Procedimento pode ser definido como sendo o modo de mover e a forma em que é movido o ato. Comparando-o com o que se entende por processo, pode-se dizer que enquanto este corresponde ao movimento no seu aspecto intrínseco, com uma projeção ideal, aquele representa o mesmo movimento, mas visualizado

4. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* Tese para concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993, pp. 68 e 69.

em sua forma extrínseca, concretamente, ou seja, "tal como se exerce pelos nossos órgãos corporais e se revela aos nossos sentido".[5]

Ainda analisando o procedimento frente ao processo, é possível identificar aquele como sendo expressão da unidade deste. Na evolução pela qual passou a idéia de procedimento, pode ser salientado, num primeiro momento, a identificação do processo com os atos que o constituíam, da forma como eram realizados e da seqüência observada na sua tramitação. A essa fase dos estudos acerca do procedimento, que ficou conhecida como procedimentalismo, pode ser associada a definição de processo sugerida por João Monteiro, para quem o processo é "o conjunto de atos solenes pelos quais certas pessoas legitimamente autorizadas, observando certas formas pré-estabelecidas, aplicam a lei aos casos concretos". Posteriormente, passou-se a entender o procedimento como relação jurídica, ou seja, aquele era visto em face dos atos que o compunham, seja no tocante às formas, ao seu modo de se mover ou mesmo em relação à idéia de movimento do processo e movimento de cada ato.[6]

Atualmente, o procedimento é visto como elemento essencial do processo, seja quando se afirma que o processo é procedimento realizado em contraditório, seja quando se entende que é entidade complexa formada por um conjunto de atos e situações, seja quando é definido como procedimento animado pela relação jurídica processual.[7]

Segundo a doutrina, a unidade do processo decorre do procedimento e não da relação jurídica ou das situações que nele se formam. Assim, é possível dizer que a unidade do processo decorre da unidade do procedimento, cuja razão

5. João Mendes de Almeida Júnior, *apud* Tucci, "Processo e procedimentos especiais", *in* RT 749, p. 491.

6. *Apud* Scarance, "Procedimento no processo penal: noções, perspectivas simplificadoras e os rumos do direito brasileiro". Tese apresentada para concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, pp. 15 a 19.

7. Scarance, "Procedimento...", op. cit., pp. 20 a 23.

está na ligação funcional existente entre todos os atos da série procedimental para a determinação da situação jurídica final.[8]

Em linhas gerais, conforme observa Tucci, os procedimentos podem ser diferenciados, quanto à forma dos atos processuais, entre orais e escritos. Embora nos dias de hoje não haja como conceber um procedimento totalmente escrito ou oral, é possível serem verificados processos com predomínio de formas escritas ou com predomínio da oralidade.[9]

Em relação ao modo como os atos se movem, os procedimentos podem ser divididos em comum (o mais utilizado) e especial (em virtude de uma ou mais peculiaridades, torna-se inidentificável a qualquer outro). O procedimento comum, por sua vez, divide-se em ordinário, sumário e sumaríssimo. O primeiro é aquele em que é observada integralmente a ordem solene do ritual e dos atos e termos prescritos pela lei para todas as causas em geral; o segundo diz respeito àquele em que só são observados os atos substanciais, sendo dispensadas as demais formalidades do rito ordinário, e sendo encurtada a sua marcha, pela redução dos termos, prazos e dilações do procedimento ordinário; o terceiro, por sua vez, se procede de plano, pela verdade sabida, com a máxima brevidade de tempo e quase sem formalidades, guardando-se apenas o que é essencial a todo juízo (pode-se afirmar que a simplicidade é levada ao seu máximo e o processo é reduzido aos seus mínimos termos – o pedido, a discussão verbal e a sentença).[10]

Entre nós – e em outros ordenamentos não é muito diferente[11] –, tendo em vista a diversidade de infrações penais e de situações concretas, o Código de

8. Punzi, *apud* Scarance, "Procedimento...", op. cit., p. 24.

9. "Processo...", op. cit., p. 493. O autor observa que o procedimento oral é composto de um conjunto de regras relacionadas entre si que, combinadas com a oralidade, constituem um sistema procedimental com características e vantagens próprias, como a concentração, a imediação, a identidade física do juiz e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Já no procedimento escrito, aquilo que não conste documentalmente nos autos, para o juiz é como se não existisse.

10. Tucci, op. cit., pp. 493 e 494.

11. Com relação a ordenamentos estrangeiros, ver Scarance, "Procedimento...", pp. 44 e ss.

Processo Penal disciplina, além dos procedimentos comuns (ordinário para os crimes apenados com reclusão, e sumário para os apenados com detenção), o procedimento do júri, dos crimes de falência, de responsabilidade de funcionários públicos, e contra a propriedade imaterial, além das contravenções penais. Leis especiais, ainda, estabelecem o procedimento a ser observado para a apuração dos crimes praticados por meio de imprensa, crimes referentes a substâncias entorpecentes, e também para as infrações de menor potencial ofensivo (procedimento sumaríssimo).

A importância do procedimento é apontada por Watanabe, quando afirma que sem ele torna-se difícil definir o que seja processo, uma vez que é o procedimento que estrutura a relação jurídica processual. O procedimento estabelecido em lei, como um *iter* a ser seguido para a obtenção do provimento jurisdicional, estabelece os atos, suas formas, prazos, posições subjetivas ativas e passivas, a dimensão temporal; pode-se afirmar, assim, que sem o procedimento a relação jurídica processual seria algo amorfo, disforme e sem ossatura.[12]

3. Direito ao procedimento e procedimento-modelo

Quando o legislador define os atos processuais a serem realizados, a ordem em que eles devem ocorrer no curso do processo, o modo pelo qual devem ser realizados etc., o que se tem como objetivo é propiciar às partes envolvidas que tenham condições de demonstrar o que alegam, que haja uma seqüência lógica entre as argumentações e a produção de prova, para que o resultado final do processo seja o mais justo possível.

O procedimento no processo penal, portanto, deve permitir que os fatos sejam apurados da maneira mais propícia à obtenção da verdade, para que, em caso de condenação, não reste margem a dúvidas quanto à justiça da decisão. No entanto, a

12. *Da cognição no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 92.

busca da verdade encontra limites quando houver conflito com direitos e garantias individuais, seja do próprio acusado, seja de terceiros envolvidos. Nesses casos, cabe também às regras relativas ao procedimento disciplinar os atos processuais – sua seqüência, seu tempo, modo etc. – de maneira a assegurar que direitos e garantias individuais não sejam desrespeitados em nome da obtenção da verdade.

É por isso que o procedimento desejado é aquele que, sem afrontar determinadas garantias do acusado, permite ao juiz ter o mais amplo conhecimento acerca do fato controvertido. Assim, faz-se necessário que haja uma técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada – que é denominada cognição.[13]

No âmbito do processo penal, a importância da cognição encontra-se atrelada à própria atividade do juiz que, para condenar ou absolver, necessita, na condição de terceiro que se coloca entre as partes, conhecer os fatos e as razões, para então decidir sobre a procedência ou não da acusação. Além disso, também o legislador utiliza-se com freqüência da cognição para conceber procedimentos diferenciados para a melhor decisão.[14]

Quando se fala em cognição, é preciso diferenciar o que se chama cognição horizontal da chamada cognição vertical. A primeira diz respeito aos elementos objetivos do processo estudado, quais sejam, questões processuais, condição da ação e questões de mérito, e pode ser classificada em plena ou limitada, de acordo com a sua extensão. A segunda, por sua vez, relaciona-se com o grau de sua profundidade, e pode ser classificada em exauriente e sumária, segundo o grau da referida profundidade.[15] Assim, de acordo com as especificidades da infração a ser apurada, o legislador pode combinar as modalidades de cognição.

O direito à cognição adequada à natureza da infração apurada faz parte do conceito de devido processo legal, uma vez que o processo deve ostentar um pro-

13. Watanabe, op. cit., p. 26.

14. Nesse sentido, Watanabe, op. cit., p. 36.

15. Watanabe, op. cit., p. 83.

cedimento adequado à realização plena de todos aqueles valores e princípios enunciados anteriormente. É por meio do procedimento que se faz a adoção das várias combinações de cognição, criando-se, assim, tipos diferentes de processo que, dizendo respeito ao procedimento adequado, atendem as exigências das pretensões materiais. E os limites para a concepção dessas várias formas são estabelecidos pelos princípios que compõem a cláusula do devido processo legal.[16]

Ao se partir do pressuposto de que o processo penal objetiva, simultaneamente, (1) tutelar a liberdade jurídica, especialmente a física, do ser humano, membro da comunidade, e (2) garantir à sociedade a prevenção e a repressão de atos penalmente relevantes, cometidos por pessoa física, em detrimento de sua estrutura,[17] é possível serem identificadas algumas características que devem estar presentes no procedimento criminal.

Tendo em vista o fato que a pessoa acusada estará correndo o risco de ver sua liberdade restringida, é necessário que o procedimento estabelecido para a apuração de qualquer crime conte com determinadas fases que tenham por escopo viabilizar sua defesa da forma mais ampla possível.

Assim, alguns autores têm se preocupado em estabelecer um modelo de procedimento que atenda às exigências do devido processo legal, de modo a preservar todas as garantias nele impressas, mesmo diante das possíveis variações conforme o tipo de infração penal a ser apurada.

Antes de iniciar a análise dessas propostas, contudo, há de ser observado que o processo, na medida em que é um instrumento de tutela efetiva de direitos, pressupõe que esteja coordenado com o direito material. Essa coordenação é necessária para que o processo cumpra a função de instrumento efetivo de algo determinado e individualizado, e não se transforme num instrumento teórico de algo considerado apenas no plano abstrato.[18] Decorre daí, portanto, a justificativa para

16. Watanabe, op. cit., pp. 93 e 94.

17. Tucci, "Processo...", op. cit., p. 496.

18. Watanabe, op. cit., p. 67.

a existência de mais de um procedimento previsto para a apuração de infrações penais: em se tratando de infrações que pressupõem, para serem melhor apuradas, uma produção de prova diferenciada, por exemplo, faz-se necessário que o procedimento preveja esse diferencial, assim como quando se fala em acusações que põem em risco a liberdade do imputado de forma mais drástica do que outras, há de ser previsto um procedimento permeado de mais garantias para assegurar ao acusado a mais ampla possibilidade de defesa.

Com relação às características que deveria ostentar o referido procedimento-modelo, Scarance aponta para quatro fases que, independentemente da infração que se tem por objetivo punir – e da conseqüente especificidade que ao respectivo procedimento deva ser conferida –, é imprescindível que se façam presentes.

Assim, segundo ele, há de se falar, inicialmente, na fase de investigação; posteriormente, tem lugar a fase de formulação da acusação e do exame de sua admissibilidade; a terceira fase, por sua vez, seria a fase instrutória e, por fim, ocorre a fase de julgamento.[19]

Em linhas gerais, pode-se dizer que "as quatro fases, além de permitirem uma eficiente persecução penal, representam importantes garantias, conquistadas historicamente. Sem uma prévia investigação do fato e da autoria, há o risco de acusações infundadas e apressadas. Após ser formulada a acusação e antes de ser ela admitida, deve-se proporcionar ao acusado um momento inicial para reagir à imputação e convencer o juiz de que o processo não deve ter seguimento. Se aceita a acusação, para um julgamento justo, importa haver uma etapa especial para as partes demonstrarem a veracidade de suas afirmações e, com base nessas, exporem os argumentos favoráveis às suas teses. Todas essas fases convergem para a etapa final, destinada ao julgamento da causa, sem a qual de nada adiantaria todo o caminho anteriormente percorrido e o esforço desenvolvido pelas partes".[20]

19. "Procedimento...", op. cit., p. 76.

20. Scarance, "Procedimento...", op. cit., pp. 76 e 77.

De maneira mais específica, propõe Tucci, em primeiro lugar, que, com exceção feita aos procedimentos concernentes aos processos de competência originária do órgão colegiado de segundo ou superior grau, em razão das suas peculiaridades, e os de caráter declaratório e constitutivo, relacionados às ações penais de conhecimento direcionadas à tutela do direito de liberdade,[21] em todos os processos penais o procedimento a ser observado seria o comum, subdividido em ordinário, sumário e sumaríssimo – baseado na pena cominada à infração penal que constitua seu objeto de apuração. Assim, para os crimes aos quais é cominada pena de reclusão, deveria ser observado o procedimento ordinário; para os crimes apenados com detenção, em abstrato, a mais de dois anos, haveria de ser observado o procedimento sumário; e para as demais infrações penais, denominadas de "menor potencial ofensivo" (às quais são cominadas pena de detenção em abstrato até dois anos, de prisão simples, restritiva de direitos, ou pecuniária), e também para os delitos de trânsito, destinar-se-ia o procedimento sumaríssimo.[22]

Continua, ainda, aquele autor, propondo algumas alterações nos referidos procedimentos. Assim, o recebimento da acusação somente seria possível após a manifestação defensiva do acusado, mediante resposta escrita (salvo no procedimento sumaríssimo, em que seria oral); instituição da fase saneadora, para julgamento conforme o estado do processo, ou para receber a acusação, quando seria determinado o procedimento a ser observado em decorrência da qualificação provisória dos fatos narrados, assim como eventual ordenação de exame pericial, e também a designação da audiência de instrução e julgamento; concentração da instrução, debate e julgamento numa única audiência; utilização de equipamentos ele-

21. Segundo Tucci, no processo penal de caráter declaratório objetiva-se a declaração de certeza acerca da existência ou inexistência de uma relação jurídica disciplinada pelo direito penal, como, por exemplo, o originado pelo aforamento da ação de *habeas corpus* preventivo ou pelo pedido de extradição passiva. No processo penal constitutivo o que se tem como escopo é a constituição ou desconstituição de uma situação jurídica, de natureza penal – o que se dá, por exemplo, nas ações de revisão criminal e de homologação de sentença estrangeira. "Processo...", op. cit., pp. 497 e 498.

22. "Processo...", op. cit., p. 500.

trônicos modernos na realização da prova em audiência; oralidade plena no procedimento sumaríssimo; e simplificação e agilização do sistema procedimental.[23]

Deve ser observado, no entanto, que tão importante quanto garantir a existência formal destas ou daquelas fases, é necessário que o procedimento, para que efetivamente represente uma garantia decorrente do devido processo legal, seja caracterizado pelo respeito aos direitos e garantias individuais decorrentes da Constituição. Não se pode falar em procedimento, por exemplo, se não estiverem a ele atreladas a garantias da imparcialidade do órgão julgador (de onde se verifica que quem julga não pode assumir funções de acusação ou defesa), do princípio acusatório (a ação penal deve ser exercida por sujeito distinto do juiz, a quem incumbe delimitar o âmbito da acusação e provar a imputação), da ampla defesa (o acusado não pode ser condenado sem que tenha podido exercer, com plenitude, a sua defesa), da igualdade e do contraditório (há de ser conferido tratamento isonômico às partes, que devem ter ciência dos atos da parte contrária e oportunidade de confrontá-los).

4. Procedimento como direito fundamental e como fator de legitimação da decisão

Como aponta Scarance, a garantia da observância ao procedimento estipulado em lei pode ser analisada sob duas óticas distintas, quais sejam, a garantia ao procedimento *integral*, assim como a garantia ao procedimento *tipificado*. Dessa forma, a qualquer acusado de uma infração criminal está assegurado que o juiz irá observar, na sua integralidade, o procedimento previsto, levando em consideração tanto a coordenação como a vinculação estabelecidas entre os atos da cadeia procedimental.[24]

23. Tucci, "Processo...", op. cit., pp. 500 e 501.

24. *Processo Penal Constitucional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 104 a 105.

O procedimento tem, portanto, valor de *penhor da legalidade* no exercício do poder, uma vez que a lei aponta o modelo que deve ser seguido pelos atos do processo, sua seqüência, seu encadeamento, de maneira a garantir que cada procedimento realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido. Isso não significa, contudo, que essa garantia diz respeito tão-somente à mera legalidade; o que há de ser ressaltada é a estrutura de oportunidades e de respeito a faculdades e poderes processuais, que tanto a Constituição como a lei impõem ao juiz, como forma de assegurar o devido processo legal.[25]

Salientam Cintra, Grinover e Dinamarco, ainda, que o que há de ficar claro, como fator de segurança para as partes e como advertência para o juiz, é a substancial exigência de preservação das garantias constitucionais fundamentais do processo, expressas no contraditório, igualdade, inafastabilidade de controle jurisdicional e na cláusula do devido processo legal. Todo ato do procedimento, portanto, deve ser conforme a lei, não porque nela encontra-se previsto, mas porque há de ser considerada a necessidade de cumprir certas funções do processo e porque existem as funções a cumprir.[26]

O procedimento, portanto, legitima o resultado do exercício do poder, uma vez que é a garantia de que serão preservados os princípios constitucionais atinentes ao processo, dentre eles, o contraditório; se, por exemplo, algum procedimento excluísse a participação do acusado na busca da verdade, ele próprio seria ilegítimo e destoaria da ordem constitucional vigente. O procedimento representa, também, a garantia de que o exercício da jurisdição se dará conforme o legislador deseja, servindo como uma pauta de trabalho a ser seguida pelo juiz. Assim, é possível afirmar que, de um lado, o procedimento regular é fator que legitima o exercício do poder, e, de outro lado, é legítimo na medida em que é dimensionado segundo as garantias constitucionais e favorece a efetiva participação dos sujeitos interessados.[27]

25. Cintra, Grinover e Dinamarco, op. cit., pp. 127 e 128.

26. Op. cit., pp. 129 e 130. Nesse sentido, também Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, pp. 129 e 130.

27. Cintra, Grinover e Dinamarco, op. cit., p. 131.

A adequação do processo ao modelo procedimental previsto em lei significa, portanto, a observância do contraditório. Em outras palavras, a visão do processo como uma entidade complexa inclui a previsão de determinada técnica, indispensável para que os sujeitos envolvidos possam participar do processo. A participação, aqui, é o próprio contraditório, exigido pela ordem constitucional, de maneira que cabe ao procedimento assegurá-lo e adequar os instrumentos necessários para a sua realização.[28]

5. Eficiência *versus* garantismo no processo penal

Questão atual diz respeito à necessidade de serem os procedimentos penais mais céleres, principalmente naqueles casos em que o acusado encontra-se respondendo ao processo preso, mas sem que eventual mudança signifique prejuízo à segurança, isto é, às garantias da aplicação extra do direito abstrato aos casos concretos. Aponta Scarance que sempre houve a dificuldade em criar procedimentos céleres e, ao mesmo tempo, aptos a atingir uma decisão justa, já que a celeridade é necessária, mas a precipitação constitui um grande mal.[29]

Dentro daquela constatação anteriormente observada, qual seja, de que os procedimentos devem sempre ser produzidos numa relação de adequação à realidade concreta e às exigências do direito material, é possível perceber que não basta a aceleração do tempo do rito ordinário, com o encurtamento dos prazos e a compressão das fases processuais, mas que a solução deve ser buscada na previsão em abstrato de uma série de mecanismos alternativos em relação ao rito ordinário, ficando este reservado aos crimes mais graves e aos mais complexos.[30]

O que se deve buscar é a construção de procedimentos adequados e aderentes à realidade social e que signifiquem simplificação do sistema criminal sem

28. Cintra, Grinover e Dinamarco, op. cit., p. 133.
29. "Procedimento...", op. cit., pp. 49 e 50.
30. Scarance, "Procedimento...", op. cit., pp. 54 e 55.

com isso afrontar as garantias individuais. Em linhas gerais, nos procedimentos ordinários dos crimes graves verifica-se a máxima expressão das garantias do devido processo legal, ao passo que, quando analisadas as alternativas adotadas para a simplificação dos procedimentos criminais, constata-se a existência de restrições à plena manifestação de tais garantias. A difícil tarefa, portanto, deve consistir em equacionar o equilíbrio entre a tensão decorrente da necessidade de um sistema processual viável, eficaz, e a imprescindibilidade de serem asseguradas as garantias da acusação e da defesa.[31]

Ao tratar da tensão que parece haver entre eficiência e garantias do processo penal, Chiavario sustenta que a verdadeira eficiência processual é aquela que também engloba a eficiência no reconhecimento e na observância das garantias processuais. Para ele, a eficiência processual não é sinônimo de maior repressão, mas diz respeito a um processo em que devem ser perseguidos bons resultados também sob a ótica da tempestividade e da eficácia das sanções, desde que os persigam de acordo com o procedimento adequado.[32]

Questão mais sutil, e até por isso mais perigosa, diz respeito à forte tendência, especialmente por parte dos penalistas, em se *descriminalizar* uma série de condutas ilícitas que, dada a sua pouca gravidade se comparadas a outras formas de criminalidade atinentes ao mundo moderno, não devem ser consideradas prioridade para o legislador e para o juiz penal.

Nesse sentido, tem lugar a advertência feita por Palazzo, quando observa, em relação à atuação dos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade no direito penal, a possibilidade de, em nome da necessária descriminalização de condutas menos importantes socialmente, ser criado um direito punitivo

31. Scarance, "Procedimento...", op. cit., p. 61.

32. "Garanzie individuali ed efficienza del processo", *in Il Giusto Processo* (Atti del Convegno presso l'Università di Salerno nel 11-13 ottobre 1996), Milano: Giuffrè, 1998, p. 54.

(administrativo, por exemplo) desprovido das garantias processuais próprias dos procedimentos criminais. Para esse autor, embora seja verdade que a imposição de uma sanção criminal representa uma grave afronta à liberdade individual do condenado, por outro lado, e por este mesmo motivo, significa também a necessidade de que sejam observadas todas as garantias pertinentes àquela imposição. Esta observação insere-se na verificação de que, muitas vezes, o direito administrativo mostra-se mais eficiente do que o penal, sendo tentador dispor de uma tutela administrativa mais eficaz – uma vez que é menos garantista –, renunciado-se à pena detentiva para utilizar sanções administrativas altamente aflitivas para o patrimônio do condenado e indiscutivelmente eficazes em virtude das menores garantias substanciais e processuais. Nesses casos, corre-se o risco, portanto, de deflagrar um processo orientado não mais no sentido de uma deflação penal, mas no sentido de "administrativização" do direito penal, uma vez que com a finalidade última de driblar as garantias penais, o ilícito administrativo abandonaria a área originalmente a si reservada – dos ilícitos menos graves – para invadir progressivamente áreas de ilícitos mais significativos e, como tais, próprios do direito penal.[33]

6. A inobservância do procedimento: nulidades

Uma vez caracterizado o procedimento como uma garantia indisponível assegurada pela cláusula do devido processo legal, o sistema de nulidades no processo penal passa a ser enfocado sob nova perspectiva, qual seja, é possível reconhecer uma nulidade processual pelo fato, por exemplo, de os atos procedimentais não terem seguido a ordem estipulada em lei, de maneira a ferir, por exemplo, o princípio do contraditório – ainda que cada ato, in-

33. Palazzo, "I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative", *in L'Indice Penale*, 1986, p. 54.

dividualmente, tenha sido realizado em total acordo com as formalidades previstas em lei.

Nesse contexto, dentre possíveis falhas relacionadas à violação de algum preceito referente à coordenação e vinculação entre os atos que compõem o procedimento, podem ser destacadas, por exemplo, a supressão de uma série de atos do processo, ou mesmo de uma fase; a inversão da ordem processual; e ainda a adoção de outro procedimento diferente, mais amplo ou mais reduzido.[34]

Como aponta Scarance, embora a doutrina admita a fungibilidade dos procedimentos processuais penais, deve ser ressaltado que, na hipótese de ser adotado um procedimento no lugar de outro, para remediar a falha é necessário praticar diligências ou realizar atos, de acordo com seus preceitos legais, quando imprescindíveis para realizar a adaptação ao correto esquema procedimental.[35]

É possível, no entanto, que tenha ocorrido a omissão de ato essencial ao procedimento especial. Nessa hipótese, a correção não é possível, o que torna inevitável a declaração de nulidade. É o caso, por exemplo, de vício ocorrido na aplicação do procedimento especial dos crimes contra a honra que consiste na não realização da audiência de conciliação prevista no art. 520 do CPP com o recebimento da queixa e adoção do rito ordinário.

Outra situação que deve ser analisada é aquela em que se dá a mudança na qualificação do fato da imputação, nos termos do art. 383 do CPP. Se a alteração na classificação do fato importar em mudança no rito, haverá prejuízo se foi seguido, em razão da classificação contida na denúncia, procedimento me-

34. Grinover, Scarance e Magalhães, *As nulidades no processo penal*, 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 250.

35. "Procedimento...", op. cit., p. 65.

nos garantista do que o resultante da qualificação da sentença. Se a desclassificação for para infração de menor potencial ofensivo, o juiz deve, antes de sentenciar, observar as regras referentes à conciliação civil e à transação penal. A situação contrária, ou seja, se for seguido um rito mais amplo do que o devido, embora constitua falha e gere prejuízo à celeridade da Justiça Criminal, não chega a prejudicar as partes. Como regra geral referente à nulidade em virtude da ofensa ao direito ao tipo de procedimento, pode-se afirmar que quando não há a adaptação do rito ou quando não é possível fazê-la, haverá nulidade se do vício decorrer prejuízo às partes.[36]

Merece destaque, também, a hipótese em que a complexidade dos fatos impede a adoção do procedimento sumaríssimo das infrações de menor potencial ofensivo, de acordo com o art. 77, § 2.°, da Lei 9.099/95. Nesses casos, mesmo se for admitida a complexidade, devem também ser observadas as regras sobre a conciliação civil e a transação penal; não faria sentido se a adequação do procedimento à complexidade da causa pudesse representar prejuízo ao autor do fato.[37]

Nesse sentido, aliás, pode ser verificado um exemplo concreto em que uma infração penal de menor potencial ofensivo foi apurada sob rito diverso daquele previsto legalmente, deixando de ser proposta a suspensão condicional do processo. Conforme a ementa oficial, "*Se o membro do Ministério Público, não apresentando qualquer justificativa para sua omissão, deixou de propor a suspensão do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, para um crime de menor potencial ofensivo, cuja pena mínima cominada é de um ano, e o juiz determina rito processual diverso do descrito naquela lei para apurar a responsabilidade do agente, permanecendo, ainda, a defesa silente diante de todas essas irregularidades, o processo*

36. Scarance, "Procedimento...", op. cit., pp. 66 e 67.

37. Idem, ibidem, p. 69.

deve ser tomado por nulo, nos termos da Súmula 523 do STF, a partir do recebimento da denúncia". (TACrimSP – Ap. 1.149.299/5 – 6ª Câm. – j. 28.07.1999 – rel. Juiz Almeida Braga – *RT* 771/623).

Com relação à necessidade de que seja respeitada a ordem das fases ou a ordem interna de cada fase, resta a constatação de que não são aceitas inversões, o que ocasiona nulidade do processo. Deve ser observado, contudo, que poderia não ocorrer a nulidade caso ficasse evidenciada a inexistência de prejuízo, como no caso da inquirição de testemunha arrolada pela acusação após a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, quando seu depoimento não influi no resultado do processo.[38]

Não é possível, ainda, que o juiz, mesmo contando com a concordância do acusado, suprima fase do procedimento ou determine a realização do processo mediante rito mais abreviado, diverso daquele previsto em lei. Caso isso fosse possível, o que provavelmente seria verificado é o cerceamento ao direito de ação ou de defesa, ou ainda ao direito à prova.[39]

Aliás, tendo em vista que eventual modificação ocorrida no procedimento pode vir a beneficiar o acusado, como nos exemplos em que se verifica o alargamento das possibilidades de defesa ou quando é criada oportunidade de, mediante a imposição de determinadas condições, poder ser evitado o dessabor de se ver processado, é possível observar na jurisprudência decisões em que é reconhecido o direito ao novo procedimento, ainda que a mudança procedimental tenha se dado após o início da ação penal. Como exemplo, pode ser verificada a seguinte decisão, cuja ementa oficial segue transcrita: "*Em face da contemplação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica pelo art. 5.º, XL, da Lei Suprema, bem assim pelo art. 2.º do CP, o rito sumaríssimo dos Juizados Especiais*

38. Scarance, "Procedimento...", op. cit., p. 71.

39. Idem, ibidem, p. 105.

Criminais deve ser aplicado, mesmo considerando-se o advento da Lei 10.409/2002". (TJRN – CComp 02.001330-2 – Sessão Plenária – j. 04.09.2002 – rel. Des. Dúbel Cosme – *RT* 807/694).

7. Conclusões

No direito processual penal atrelado às garantias constitucionais, é possível constatar, num primeiro momento, a necessidade de que o procedimento por meio do qual se pretende apurar a prática de determinada infração deve estar tipificado na lei, de maneira a garantir a quem vier a ser processado o exercício de todas as oportunidades admitidas para exercer sua defesa, assim como garantir à acusação a possibilidade de demonstrar, com respeito à cláusula do devido processo legal, a pertinência da condenação.

Embora deva sofrer modificações de acordo com o delito imputado ao réu, o procedimento criminal precisa, necessariamente, atender a todas as garantias do devido processo legal, assim como se faz necessário que as suas fases estejam logicamente interligadas. Quanto a estas, de acordo com a doutrina brasileira, o procedimento ideal seria aquele composto, essencialmente, pela (1) investigação, (2) formulação da acusação e do exame de sua admissibilidade, (3) instrução e (4) julgamento.

Dessa forma, torna-se possível dizer que surge para o acusado um *direito ao procedimento* – que não é qualquer procedimento senão aquele em que se encontrem presentes as garantias do devido processo legal, constitucionalmente asseguradas. Daí decorre que se o procedimento estabelecido pelo legislador ordinário não atentar para o disposto no art. 5.°, LIV, da CF/88, será, ele próprio, inconstitucional.

Finalmente, tendo em vista o caráter unitário do procedimento, quando se fala em garanti-lo, o que se tem em vista é a garantia da integralidade do pro-

cedimento. Isso significa, ademais, que se o procedimento é um todo unitário, a supressão de fases ou a inversão da ordem dessas fases, por exemplo, constitui nulidade incompatível com os ditames do devido processo legal.

8. Bibliografia

CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 13. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CHIAVARIO, Mario. "Garanzie individuali ed efficienza del processo", *in Il Giusto Processo* (Atti del Convegno presso l'Università di Salerno nel 11-13 ottobre 1996), Milano: Giuffrè, 1998, pp. 51-77.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 2, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *A instrumentalidade do processo*, 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. "Procedimento no processo penal: noções, perspectivas simplificadoras e os rumos do direito brasileiro". Tese apresentada para concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PALAZZO, Francesco. "I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative", *in L'Indice Penale*, 1986, p. 54.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 21. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. "Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro". Tese para concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

_____. "Processo e procedimentos especiais", *in* RT 749/485.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

3. Crime e Sociedade

A anistia e os crimes contra a humanidade

Edson Luis de Almeida Teles

Doutorando e mestre em filosofia política pela Universidade de São Paulo (USP), com apoio da Fapesp. Pesquisador do Instituto de Estudos sobre a Violência do Estado (IEVE) e coordenador do site www.desaparecidospoliticos.org.br. É editor dos "Cadernos de Ética e Filosofia Política", da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP (FFLCH/USP), publicado pela editora Humanitas.

Sumário: 1. Introdução – 2. As transições acordadas – 3. A (in)justiça nas novas democracias – 4. Reconciliação nacional e reparação – 5. Responsabilidade ética e legal: a questão da culpa e do julgamento – 6. Anistia e perdão – 7. O fazer democrático – 8. A terapia da memória.

Resumo: Fazendo uso da filosofia política e do direito, abordamos o tema do perdão e suas implicações nas políticas públicas contemporâneas, especialmente nas experiências de países com herança autoritária, como Brasil, Argentina, Chile e África do Sul. Cotejando as reflexões sobre o perdão em Jacques Derrida e Hannah Arendt, buscamos compreender a relação de ações como anistias, indultos e reconciliações nacionais, com a tensão entre memória e esquecimento das violações aos direitos humanos. A retomada da idéia tradicional de perdão, quando confrontada com a política e o direito, traz intrínseca relação com os conceitos de democracia e crimes contra a humanidade.

Palavras-chave: Anistia, direitos humanos, democracia, memória, perdão.

1. Introdução

As catástrofes coletivas impostas por regimes de índole autoritária, sejam eles de caráter racista, tal como o *apartheid* na África do Sul, sejam de caráter diretamente político, tais como as ditaduras militares na Argentina, Brasil e Chile, implicam esforços diários de reflexão e de ações políticas. Estes governos se caracterizaram pela sistemática violação aos direitos de seus cidadãos por meio de um brutal aparato policial-militar. E o pior: todo esse esquema foi montado e mantido pelo Estado, que institucionalizou a prisão, a tortura, o desaparecimento[1] e assassinato dos opositores, mas também de pessoas sem qualquer participação em movimentos de resistência. Ainda que nestes países, normalmente, as transições para a democracia tenham sido negociadas, muitas vezes com os ditadores nos cargos públicos, suas sociedades se vêem com o problema de como conciliar o passado doloroso com um presente democrático, administrando os conflitos que não se encerraram com a mera passagem institucional de um governo de exceção para um democrático. Isto porque as violações aos direitos humanos não se restringiram às instituições políticas, mas muito além, atingiram os indivíduos e alteraram significativamente a subjetividade dessas sociedades. Cabe o questionamento: por que passadas mais de três décadas dos crimes e mesmo após vinte anos de construção democrática, parcela considerável da sociedade brasileira demanda por justiça e pela liberdade de informação com a abertura dos arquivos da repressão? Quais os

1. De todos os crimes cometidos pelos regimes autoritários, o mais repugnante talvez seja o do desaparecimento – é um processo no qual a vítima é presa e torturada por algum tempo, antes de ser assassinada e ter o seu corpo ocultado. Esta era uma prática que deixava bem clara a intenção dos ditadores em não serem processados ou incriminados no futuro. Livra-se do opositor sem a necessidade de legalizar detenção e comprovar culpa, além de aterrorizar os familiares e a oposição. A destruição física do opositor sem dar qualquer resposta às sociedades parece ter se iniciado nos anos 60, na Guatemala, onde pela primeira vez a palavra *desaparecidos* foi usada para designar as vítimas do Estado repressor. É adotada como política de Estado durante regimes ditatoriais e com números funestos no Chile (4.000) e na Argentina (9.000) – segundo estimativas de entidades de direitos humanos e de familiares. No Brasil, onde temos cerca de 160 desaparecidos políticos, a *Lei de Anistia*, em um de seus artigos, dispõe sobre o fornecimento de atestado de 'morte presumida' para as pessoas desaparecidas durante o regime militar.

limites das transições acordadas? As tentativas de respostas a estas questões, ainda que diferentes em cada país, deixam clara a importância do fato de que, mesmo com toda pressão por perdão, indulto, anistia e reconciliações nacionais, a investigação sobre o passado é uma necessidade nas novas democracias.

2. As transições acordadas

Os regimes autoritários do século XX colocaram em relevo um elemento marcante do moderno: o esfacelamento da memória. Para a filosofia política clássica, nascida de uma sociedade que descartou a tradição e o passado em favor de um objetivo futuro, na modernidade a memória não influi no processo de legitimação do poder político. Se a tradição e os eventos passados parecem não ser mais os critérios de estabilidade social, ascende em importância o modelo do contrato social, fruto do consentimento da maioria. A faculdade volitiva, fruto da escolha racional, não possui um histórico social e sua formulação visa a uma teleologia a ser cumprida mediante a regulamentação das instituições e das ações políticas. A desvalorização da memória na época moderna não se deve a um mero lapso, mas à elevação de certos conceitos a princípios de ação para o poder político, a saber: a soberania, a vontade geral, a eficiência etc.

Para o pensamento moderno o comportamento de cada pessoa, a opinião pública e as instituições tornaram-se elementos de uma razão política calculada, transformando o agir em um processo que segue etapas necessárias. O tecnicismo na ação é a conseqüência da especialização da política, procedimento no qual estão aptos a participar apenas os habilitados pela técnica. Nas democracias atuais, o cidadão tem se distanciado do diálogo público não somente por questões de viabilidade prática (há grande dificuldade em reunir todos os indivíduos, ao mesmo tempo) e política (é claro o desinteresse atual pelos assuntos públicos), mas por não possuir o conhecimento peculiar a esta atividade, reservada aos representantes, ou seja, os políticos profissionais.

Por sua vez, ainda que os regimes de exceção tenham usurpado a liberdade de expressão e imposto um severo controle das informações e do espaço público, a imposição do esquecimento perpetrou-se em intervenções nas mais recônditas esferas da sociedade. Governos que violaram os direitos humanos fizeram da manipulação de informações um eficiente meio de submissão social; pois o inverso, o uso da memória, narrada livremente, tornar-se-ia um inoportuno instrumento de resistência e condenação dos regimes. Portanto, qualquer tentativa de retorno às tramas do passado se concretizaria como um ato de sabotagem às transições acordadas.

3. A (in)justiça nas novas democracias

Em certos países, os responsáveis pela repressão alegam que recebiam ordens de um oficial superior (p. ex. Argentina); em outros, a alegação mais corrente é de que somente alguns setores descontrolados ou indisciplinados cometeram abusos (p. ex. Brasil), motivo para se esquecer o assunto. Na maior parte das transições, as relações de forças levaram às negociações das anistias. No entanto, cada vez mais se coloca em dúvida a legalidade de tais anistias (vemos o caso argentino, no qual a Suprema Corte anulou, em 2004, a *Lei do Punto Final* e a da *Obediencia Debida*). No Brasil, a *Lei de Anistia* livrou de julgamento os crimes políticos e os conexos com estes, incluindo na prática a tortura, o desaparecimento e o assassinato político. Os exilados voltaram ao país e militantes clandestinos e perseguidos começaram a retomada da "legalidade", mas em contrapartida os responsáveis pelos crimes não sofreram processos. Segundo jurisdição internacional, na qual se utiliza o conceito de "crimes contra a humanidade",[2] os crimes de violação aos direitos humanos são considerados à parte dos delitos beneficiados pelas leis de anistia. Esta idéia foi bem formulada por Dalmo Dallari:

2. Ciente dos problemas e limitações nacionais ressurge o interesse por uma jurisdição internacional capaz de processar os acusados por crimes contra a humanidade. Esta jurisdição, assinada por 120 países em 1998, no documento "Estatuto de Roma", na cidade de mesmo nome, somente tornou-se válida a partir desta data. Certos países já possuíam acordos recíprocos e próprios para os quais as anistias nacionais não tinham valor (foi o caso da prisão de Pinochet, na Inglaterra, em 1998, a pedido de um juiz espanhol).

Os torturadores que mataram suas vítimas cometeram homicídios, que é crime doloso contra a vida. Eles não foram obrigados a torturar e muitas vezes, por vontade própria, impuseram às vítimas um sofrimento que, por sua natureza e intensidade, levaria à morte qualquer pessoa normal. Além disso, os torturadores eram servidores públicos civis ou militares que agiam profissionalmente, mediante remuneração, não podendo alegar objetivos políticos. O crime por eles praticado é autônomo em relação ao crime político praticado pelos dirigentes. Se algum deles quiser sustentar que agiu sob coação deverá esclarecer quem deu a ordem para que torturassem e o Tribunal do Júri decidirá se a prova dessa alegação é convincente.[3]

4. Reconciliação nacional e reparação

Com base em leis de anistia ou indulto[4] e posterior mecanismos de reparação por meio de indenizações, buscou-se conjurar a memória das múltiplas rupturas e deslocamentos produzidos pela repressão. No Brasil, a *Lei de Anistia* foi promulgada pelo Congresso Nacional ainda durante o regime autoritário, em 1979, e as leis de reparação aos familiares dos mortos e desaparecidos políticos (lei nacional) ou das vítimas de tortura ou violência política do Estado (leis estaduais), restrita a alguns poucos estados, foram implementadas nos anos 90. A anistia trouxe de volta ao país os exilados e à legalidade os perseguidos e clandestinos. No entanto, no caso dos mortos e desaparecidos, a lei brasileira instituiu um atestado de paradeiro ignorado, com morte presumida, eximindo o Estado da apuração das circunstâncias dos crimes ou mesmo do paradeiro dos corpos.

3. DALLARI, Dalmo de Abreu. "Crimes sem anistia". *In*: TELES, Janaína (org.). *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?* São Paulo: Humanitas, 2000, pp. 23-25.

4. A anistia visa a tornar inimputável, por motivos de interesse social, qualquer pessoa que, presumivelmente, tenha cometido algum crime, ainda que não tenha havido uma certeza de culpa e nem mesmo um processo condenatório. Já o indulto é o perdão concedido às pessoas que tenham sido condenadas por seus crimes. Incluem-se no indulto os casos de criminosos publicamente assumidos como, por exemplo, violadores dos direitos humanos que tenham confessado seus crimes na *Truth and Reconciliation Commission*, da África do Sul.

Os crimes da ditadura simplesmente não foram tema de discussão, nem mesmo para objetivamente serem perdoados. O ponto crucial alegado pelas instituições políticas para este vácuo na lei foi a possibilidade de rompimento do processo de abertura gradual adotado pelos militares e, em parte, pelo Congresso Nacional. Posteriormente, diante da necessidade de preencher um hiato na história do país, o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, 16 anos após a anistia, apresentou ao Congresso o projeto da *Lei dos Desaparecidos*, propondo indenizar familiares deste segmento não contemplado com a lei de 1979. A lei se restringiu a confirmar o parentesco do familiar com o morto ou desaparecido e indenizá-lo, não tendo sido abertos os arquivos da repressão. O mesmo governo, contrariando lei constitucional, decretou na última semana de seu mandato, em dezembro de 2002, a prorrogação por tempo indeterminado da abertura de arquivos públicos secretos (para a lei da Constituição Federal de 1988, os arquivos devem ser abertos em 20 anos, com prorrogação do tempo para no máximo o dobro, 40 anos). No mês de março de 2005, a Câmara Federal aprovou em primeira votação a MedProv 228, do governo Lula, prorrogando "indefinidamente" o tempo de proibição da publicidade, o que em pouco altera as medidas do governo anterior. Assim, o Brasil configura-se como país modelo de uma política do esquecimento e de deslocamentos nas tensões vivas da memória política para a abordagem fria das leis de reparação.

No Chile, os militares se auto-concederam anistia, ainda em 1978, procurando legalizar o regime, muito antes de se pensar em transições ou rupturas. Leis de indulto foram decretadas pelo governo da *Conciliación*, em 1989; e, em 1990, com a volta dos civis ao poder, foi criada a *Comisión de Verdad y Reconciliación*, que objetivou estabelecer um quadro das desaparições e mortes, inclusive sobre suas localizações, ao mesmo tempo que recomendava reparações e indenizações às vítimas ou às suas famílias. No começo da década atual, líderes do regime militar passaram a ser processados e condenados pelas violações aos direitos humanos, tendo como momento maior a detenção do ditador Augusto Pinochet, hoje processado por fraudes aos cofres públicos.

Já na Argentina, a derrocada do regime militar se deu em momento de grave crise de credibilidade das Forças Armadas, resultado da desastrosa campanha militar na Guerra das Malvinas. Com o intuito de apurar as violações aos direitos humanos durante a ditadura, criou-se, em 1983, a *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, conhecida popularmente como *Comisión Sábato*, por ter sido presidida pelo escritor Ernesto Sábato. Com total desprezo pelas apurações desta comissão foram promulgadas as leis do *Punto final* (1986) e da *Obediencia debida* (1987), com o intuito de apaziguar os ânimos exaltados entre os militares, que na época reagiram com pressão sobre o presidente Raul Alfonsin e com levantes em dependências militares contra as investigações acerca da ditadura. Ainda assim, também neste país alguns líderes da ditadura foram levados aos tribunais e punidos, o que agravou as relações conflituosas entre sociedade, militares e a memória política. Tanto no caso chileno, quanto no argentino, pode-se observar o conflito entre a política do esquecimento e a punição, tensão que aumenta na medida em que se aprofunda nestas práticas, tal qual uma ação vingativa gerando outra e assim por diante.

Valorizando as narrativas, a sociedade sul-africana buscou recuperar do sepultamento oficial a recordação dos momentos dolorosos na tentativa de suturar as feridas que distanciam o punir do perdoar. De posse das experiências pós-ditadura na América Latina, criou-se a *Truth and Reconciliation Commission* (TRC), incentivando procedimentos de confissão e desculpa. Cada testemunha das violências que fizesse seu depoimento perante a TRC, contando as histórias de tortura, abusos e ocultamento da repressão, contribuindo para o luto dos sobreviventes ou mesmo para o julgamento dos que não se apresentassem à Comissão, receberia o indulto. Apesar da inovação no trato das narrativas reprimidas pelo consenso, nada garante a eficiência do perdão, pois há elementos da subjetividade que ainda não foram analisados e este é um processo ainda não acabado. Entretanto, podemos dizer que a reconciliação da sociedade pode ser viável após o procedimento de desculpas, mas dificilmente pode ocorrer onde não houver esta

etapa. Diferentemente de seus predecessores latino-americanos, a TRC caracterizou-se por duas inovações em relação às outras experiências: primeiramente, a Comissão escutou o testemunho não somente das vítimas (caso das leis de reparação, no Brasil, e das comissões de verdade, no Chile e na Argentina), mas também dos oficiais e militares responsáveis por matar e torturar; em segundo lugar, a TRC tornou públicas estas experiências ao divulgar as narrativas construídas em seu espaço, criando um impacto na sociedade, seja em suas subjetividades ou mesmo nas políticas públicas adotadas posteriormente.

5. Responsabilidade ética e legal: a questão da culpa e do julgamento

A idéia de culpa coletiva tem sido aplicada – pela primeira vez com a história do povo alemão – em contextos de "ataques gerais" a uma sociedade, um país, um povo.[5] É indiscutível o medo das sociedades herdeiras de regimes autoritários em julgar, nomear e atribuir culpa aos violadores dos direitos fundamentais da condição humana. Não se trata de pensarmos em julgar a omissão de muitos diante de estados de exceção, mas de pensarmos em instituições e sociedades nas quais as responsabilidades pessoais sejam apuradas e homens, de carne e osso, cujos atos são certamente ações humanas, não sejam confundidos com os sistemas e regimes políticos ou mesmo com os pecados capitais (aqueles que a tradição abrahâmica considera como os passíveis de perdão divino). Considerando os valores da justiça e do direito é importante que tais criminosos compareçam aos tribunais pela transgressão de alguma lei (nacional ou internacional), cuja existência seja vista como essencial para o convívio respeitoso entre os seres humanos. As questões legais e morais não são as mesmas, mas ambas possuem algo em comum: o fato de pressuporem um exercício de julgamento.

5. A idéia de "ataque geral" foi formalizada juridicamente quando da definição dos crimes contra a humanidade, no *Estatuto de Roma*, criador do *Tribunal Penal Internacional*. Define-se que esses crimes sejam contra a humanidade se cometidos por uma política de Estado ou de uma organização.

As questões éticas, não se limitam à dor e à tristeza pessoais dos que sofreram com os regimes, mas traz a dificuldade dos setores envolvidos em se reconciliarem com um passado traumático. Esse tipo de remissão ao horror da tortura, morte e desaparecimento parece, para o conjunto da sociedade, transcender as categorias morais e também nossos padrões de justiça, algo que seria de difícil condenação e, inclusive, de perdão. Principalmente para as vítimas este é um tema de difícil abordagem. Um dos principais empecilhos é a omissão da sociedade e o envolvimento do Estado nos crimes, como se, em última instância, houvesse alguma legitimidade nos regimes de exceção. Em uma apropriação peculiar da idéia de representação política, já realizada na história pelo nazi-fascismo e por algumas monarquias, implica-se que este conceito sofra uma inversão durante as ditaduras: "é porque se governa que se é representante".[6]

A nossa formação ética ocorre principalmente em torno de exemplos e conceitos do que é correto. Frequentemente, a conduta do culpado não é estudada. O horror dos crimes das ditaduras seria o pior que alguém em sã consciência poderia imaginar. Esses excessos não são pensados na democracia dentro das questões éticas fundamentais, mas por meio de uma ocorrência puramente institucional, como se o ocorrido fosse fruto de um conflito apenas entre setores violentos e radicalizados da sociedade. Chega-se à idéia de ação excessiva, mas supostamente apenas contra aqueles que desconsiderar a opção política errada. Dentro desse pensamento, se outras pessoas além dos segmentos violentos foram afetadas, isto ocorreu pelas próprias características incontroláveis da violência na política. É freqüente se imaginar, principalmente por parte das vítimas ou de seus familiares, que o mais chocante no pós-ditadura seja o comportamento dos democratas, ainda mais do que o dos criminosos, diante do grande medo do desvelo do passado.

Estas situações nos levam à necessidade de repensar nossas categorias éticas e, também, as jurídicas. A ambigüidade encontrada diante dos crimes contra

6. CHAUÍ, Marilena. "A tortura como impossibilidade da política". *In*: *I Seminário do Grupo Tortura Nunca Mais*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 32.

a humanidade é a de, por um lado, as pessoas preferirem esquecer os traumas e optar por uma ação de pacificação da sociedade, compreensível por ser uma tentativa de colocar fim ao sofrimento vivido; e por outro, sentirem-se chocadas frente aos relatos dos crimes cometidos e à impunidade. Se certo senso de justiça nos leva a pensar em punição, a ação desse mesmo senso comum nos informa que nem todos nossos desejos são viáveis.

O importante a destacar é o fato de a responsabilidade pessoal – quando nomeamos os culpados – não ser confundida com a "responsabilidade política que todo governo assume pelas proezas e malfeitorias de seu predecessor, e toda nação pelas proezas e malfeitorias do passado".[7] Essa responsabilidade vicária de uma nação ou de um governo, assumida por erros que não praticamos, não é a mesma que um criminoso deve assumir perante os tribunais. Ainda que não seja uma ação voluntária, o que é discutível, a admissão de culpa coletiva tem tido como efeito a não-culpa de todos.

Outra questão surgida com o fim das ditaduras é a idéia da ação criminosa ocorrer por obediência às ordens superiores, como seria o dever de um funcionário do Estado, por suposição inocentando quem praticou os crimes.[8] Porém, diante de um tribunal, não se julga um sistema, um coletivo, uma história, mas sempre uma pessoa. Mesmo um funcionário do Estado, seja qual for seu crime, é um ser humano e nesta condição ele pode se encontrar no banco do réu. Dessa forma, não é possível diante de um tribunal o indivíduo alegar a participação no crime por agir como funcionário do Estado que, por bom desempenho da função, teria seguido as ordens de seu superior, não atuando por vontade própria. Hannah Arendt, ao analisar as características de um sistema político burocrático, enquanto governo de mando dos cargos em oposição ao mando de homens, conclui pela constituição de um regime do mando de ninguém, pois a culpa recai sobre todos

7. ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Cia. das Letras, 2004, p. 89.

8. Modelo desta idéia foi a *Lei de Obediencia Debida*, aprovada pelo Congresso Nacional da Argentina, no ano de 1987.

e, como já observamos, é o mesmo que ninguém ser culpado, tornando-se impossível "a localização da responsabilidade e a identificação do inimigo".[9] Portanto, para que a responsabilidade pessoal, ou seja, a culpa legal, se estabeleça é necessário transformar o funcionário de determinado cargo em um ser humano e cidadão. Ao recorrer aos argumentos da responsabilidade coletiva do Estado ou por obediência aos superiores comete-se uma confusão, pois o mando dos cargos será considerado em um tribunal, até mesmo para se estabelecer o mandante de determinado crime. Por último, deve-se destacar que os operadores do aparato repressivo não eram somente meros funcionários de baixo escalão e, em sua maioria, pertenciam à elite militar. Os oficiais formados em escolas preparatórias compunham tanto a rede mais geral da repressão, como os setores responsáveis pelos dados da tortura, analisando-os e transformando-os em ação criminosa. Devemos ainda ressaltar que a responsabilidade pessoal dos funcionários não elimina a necessidade de julgamento do sistema político, seja do ponto de vista legal, do ético, ou mesmo enquanto circunstância agravante.

Na razão de Estado clássica, as medidas de exceção não estão fora da jurisdição da estrutura legal, pois em princípio são medidas soberanas, de governos forçados às ações extremas, diante de situações emergenciais. No entanto, nos crimes das ditaduras, não se aplica este conceito em razão destes governos não terem sido obrigados por alguma necessidade, tal como se alegou no Brasil, de salvar a democracia do perigo comunista. Apesar da razão de Estado se assemelhar com o crime de legítima defesa, este deve ser considerado dentro de situação de legalidade e em favor desta normalidade ser acionado, acontecimento impossível fora de um Estado de Direito. Há a idéia difundida por vários estudiosos – e, no caso do Brasil, desfeita pelo minucioso trabalho histórico e jornalístico de Elio Gaspari – na qual a tortura, o desaparecimento e o assassinato não passaram de ações de grupos criminosos incrustados no governo, não correspondendo a uma ação

9. ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2000, p. 33.

coordenada do Estado. Ainda que certos tipos de ações ficassem restritas a grupos de repressão, o produto delas era a disseminação do medo e do terror entre toda a população, especialmente em quem pensasse em resistir, estrangulando pela raiz qualquer tentativa de oposição mais contundente. Nos anos 70, um general golpista de 1964, Olímpio Mourão Filho, analisava: "as torturas foram o molho dos inquéritos levados a efeito nos desvãos do DOPS ou dos quartéis e toda a sociedade ficou dominada pelo medo, angústia e sofrimento".[10]

Segundo pesquisa realizada pelo cientista político norte-americano Anthony Pereira, a repressão política no Brasil atingiu cifras de mortos e desaparecidos políticos muito menores do que em países como Argentina e Chile, mesmo com um regime de maior duração, porque houve uma "judicialização da repressão". Se no Brasil desapareceram e morreram cerca de 400 pessoas – na Argentina 20.000 e no Chile 5.000 – e 7.378 processos foram abertos, nos tribunais argentinos este número chega a irrisórios 350 processos e no Chile por volta de 6.000. Citamos entrevista com Anthony Pereira:

O gradualismo e a judicialização da repressão brasileira tiveram um lado positivo, pois dava tempo aos advogados de defesa e espaço institucional para defender a vida e os direitos de seus clientes. Por outro lado, também 'normalizou' a repressão e dividiu a responsabilidade com ela de uma forma bastante prejudicial à perspectiva de uma reforma judiciária democrática após o fim do regime militar. Na repressão brasileira, os promotores do Ministério Público acusavam pessoas por crimes de segurança nacional, juízes civis nas cortes militares julgavam os crimes, e a Suprema Corte revisava (e frequentemente mantinha) as sentenças. Para setores importantes da elite judiciária civil, isso motivou a defesa do regime militar e incentivou o bloqueio de reformas depois da volta do regime civil. Eles perpetuaram a visão de que a repressão do regime militar não havia sido 'tão ruim assim'.[11]

10. Olímpio Mourão Filho. In: GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002, p. 142.

11. Anthony Pereira. Entrevista ao jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 05.04.2004, p. A10. O livro com a íntegra deste trabalho deve ser publicado em 2006, sob o título *Political (In)Justice: National Secutrity Legality in Brazil and the Southern Cone* (University of Pittsburgh Press).

Por serem os crimes contra a humanidade ações perpetradas como operação do Estado repressor, é fato que geralmente fossem praticados com o consentimento legal das constituições outorgadas por estes regimes. Merece destaque o racismo explícito da constituição sul-africana, que classificava as pessoas por *white*, *black* e *colored*, além de estabelecer territórios segregados entre as etnias. Os regimes autoritários do século XX aí diferem das tiranias de tempos anteriores: tudo ocorreu dentro do simulacro de legalidade e, inclusive, em nome das leis.

Se até agora tratamos das considerações a respeito da culpa e da responsabilidade pessoal diante de uma ditadura, em especial dos perpetradores dos crimes contra a humanidade, faz-se necessário também refletir sobre a responsabilidade vicária, ou seja, a condição de responsável sobre coisas nas quais não se participou ativamente. Sabemos que não é possível sentir culpa por algo que não se fez. A culpa é algo estritamente pessoal e não se refere às intenções e potencialidades. A responsabilidade, diferentemente da origem legal e jurídica da culpa, provavelmente teve sua origem em atos da política, porquanto se refere às relações sociais na esfera pública. Porém, se as questões políticas nos remetem ao coletivo, os problemas de origem ética ou legal têm um ponto em comum distinto da política: a referência é a pessoa, ou o ato de uma única pessoa. Destarte, é possível apontar duas condições necessárias para se estabelecer a responsabilidade coletiva: primeiro, deve ser considerado responsável mesmo quem não participou ativamente do evento; e segundo, a razão para esta responsabilidade é o pertencimento ao grupo ou coletivo ofendido. Podemos então propor a diferenciação entre a responsabilidade coletiva, de cunho político, e a culpa legal ou ética, de caráter pessoal. Nas palavras de Hannah Arendt encontramos a condição política da responsabilidade coletiva:

Essa responsabilidade vicária por coisas que não fizemos, esse assumir as conseqüências por atos de que somos inteiramente inocentes, é o preço que pagamos pelo fato de levarmos a nossa vida não conosco mesmos, mas entre nossos semelhantes, e de que a

faculdade de ação, que, afinal, é a faculdade política par excellence, *só pode ser tornada real numa das muitas e múltiplas formas de comunidade humana.*[12]

6. Anistia e perdão

Em princípio, todo Estado tem a prerrogativa, normalmente definida em sua constituição, de perdoar aquele que ofende suas leis. Na Constituição Federal brasileira de 1988, a anistia consta como competência da União ("Art. 21. Compete à União: [...] XVII – conceder anistia") e do Congresso ("Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, [...] dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] VIII – concessão de anistia"). Quando é proclamado para todo um segmento social, o perdão se denomina anistia, palavra que geralmente vem associada aos direitos humanos, até por nominar a ONG *Anistia Internacional.*[13] Perdões e anistias têm sido utilizados há muito tempo na história da humanidade, às vezes, por benevolência (aplicada àqueles que já sofreram alguma punição por seus crimes), por motivos políticos (para pôr fim às guerras civis ou insurreições), por legalidade (absolvendo pessoas que apelam por sua inocência) e em eventos festivos (para celebrar alguma data importante). As constituições de cada Estado procuram determinar quais são as condições ou limites para a aplicação do perdão individual ou coletivo. Novamente citamos o exemplo da Constituição Federal brasileira, em seu art. 5.º, que dispõe sobre os limites da anistia: "XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

12. ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento.* São Paulo: Cia. das Letras, 2004, p. 225.

13. A organização não-governamental *Anistia Internacional* foi fundada em dezembro de 1961, pelo advogado inglês Peter Benenson, momento no qual foi cunhado o termo 'prisioneiro de consciência', objetivando prestar solidariedade às pessoas perseguidas por regimes autoritários.

O uso mais freqüente da anistia no Ocidente tem sido para pôr fim aos conflitos civis ou revoluções, como uma medida militar de interrupção de hostilidades (caso da Guerra Civil americana). Mas também tem sido usada para conter conflitos políticos e restaurar a 'tranqüilidade' da vida social e política de uma nação (a anistia concedida pelo presidente americano Gerald Ford ao seu predecessor, Richard Nixon, envolvido no escândalo *Watergate*). A aplicação da anistia para tornar inimputáveis membros de governos acusados de corrupção ou de violação aos direitos humanos tem sido um lugar-comum. Há que se notar que a anistia concedida a perseguidos políticos de regimes de exceção visa exatamente o contrário, ou seja, encerrar uma injustiça cometida no passado, em geral pelo Estado, e restituir a cidadania ao indivíduo atingido. No entanto, geralmente, a anistia surge como fruto de negociações políticas nas quais se concede a inimputabilidade aos criminosos do passado recente como forma de pacificação política e social.

Por outro lado, a real proposição de uma anistia – e isto podemos verificar na sua prática –, não é a promoção de uma reconciliação nacional ou a diminuição do sentimento de vingança em uma democracia nascente, mas possibilitar às pessoas perseguidas a participação no cotidiano da vida nacional. Em transições nas quais os setores democráticos se vêm sem condições de realizar uma saída justa para as violações aos direitos humanos, ou seja, punir os responsáveis, faz-se uso da anistia como forma de continuidade do processo de retomada democrática sem o qual o conflito poderia sair do controle das instituições. Casos de perpetuação de uma injustiça como os de militares ou corruptos lançam sobre o conceito de anistia a discussão de sua condição ética. Objetivando proteção à dignidade humana, a jurisprudência dos crimes contra a humanidade tomaram configuração internacional, com a criação do Estatuto de Roma e do Tribunal Penal Internacional (TPI ou *International Criminal Court*), visto que em muitos casos as anistias têm sido promulgadas por governos que estiveram envolvidos nos crimes, governando em interesse próprio. Segundo estes instrumentos internacionais de

direitos humanos, os crimes contra a humanidade são imprescritíveis e as anistias sem valor legal. Governantes que perdoam torturadores antes de processá-los poderão se haver com as cortes penais internacionais.

Uma tentativa de resolver o dilema sobre perdoar ou condenar os governantes e militares envolvidos nos crimes tem sido as comissões de verdade utilizadas em alguns países da América Latina (Peru, Bolívia, Uruguai, Chile, El Salvador e Haiti) e na África do Sul. Estabelecidas como uma espécie de pré-julgamento – pois ocorrem independente de qualquer ação judiciária – dos torturadores e assassinos políticos, de fato têm sido frequentemente utilizadas como alternativa à justiça. Isto porque as comissões de verdade têm apurações e fatos suficientes para incriminarem os responsáveis por tais crimes que, muitas vezes, ainda estão em posições de poder dentro do Estado democrático. O perdão pode ser útil para as transições políticas, mas deixam muito a desejar no que diz respeito à obrigação de processar e punir os responsáveis pelas violações aos direitos humanos. Uma comissão de verdade pode servir ao valioso propósito de justiça desde que seja organizada de forma independente do governo e das instituições políticas, coletando evidências para subseqüentes julgamentos, mas raramente as instituições e os governantes conferem este *status* às comissões. As democracias contemporâneas herdeiras de regimes autoritários nascem de uma fragilidade que lhes são inerentes: por serem ordens políticas de composição que não eliminam os conflitos e buscam uma convivência pacífica entre os diferentes, acabam por compor com aqueles que anteriormente foram responsáveis pelas violações. É claro que a isto se soma a falta de coragem e vontade política das elites políticas e, também, a frágil organização dos vários segmentos sociais.

A queda dos regimes militares na América do Sul nos anos 80 e a desintegração do *apartheid* na África do Sul resultaram no mais notável investimento em direitos humanos desde o término da Segunda Guerra Mundial. Cabe aqui uma interessante observação: a de que é justamente no hemisfério sul de nosso planeta, espaço global que há muitos séculos é considerado inferior, ao menos em

termos do conhecimento e das relações sociais, o local onde ocorrem importantes investimentos nos direitos humanos. Normalmente, aceitamos as circunstâncias e teorias do chamado "primeiro mundo" e reduzimos nossas demandas à simples aplicação do que vem de fora. O que vale para nossa história, nossa política, nossa cultura, nossa sociedade, vale igualmente para nossa reflexão e para as ações que a partir dela produzimos.[14]

A história das transições acordadas nos países latino-americanos mostra que a justiça e a busca da verdade sobre o ocorrido durante as ditaduras não formam a base das reconciliações e da retomada democrática. As primeiras medidas dos novos governos foram no sentido de indenizar as vítimas e seus familiares, mas sem apuração das circunstâncias dos crimes. No caso dos desaparecidos, as indenizações pouco têm resolvido a dor dos familiares, pois nem mesmo puderam enterrar seus parentes. No entanto, seguindo a este período de reparações, quanto mais os países desenvolvem suas democracias, mais se retoma o assunto e aumenta o clamor por justiça. Na Argentina, as leis de anistia do governo Alfonsin e Menem estão sendo reconsideradas pela Suprema Corte e, no Brasil, pela primeira vez, a justiça determinou que os fatos e as circunstâncias de desaparecimento dos participantes na Guerrilha do Araguaia fossem investigados e os documentos militares sobre o assunto tornados públicos.

Torna-se inviável a democratização de um país no qual a sociedade dá crédito à idéia de que as anistias são um seguro para a democracia ou as promotoras da reconciliação nacional. Se, por um lado, a reação natural a um dano é a repetição da ofensa por meio da vingança, devolvendo ao transgressor o mesmo dano provocado, por outro, o perdão é "a única reação que não re-age apenas, mas age de novo e inesperadamente, sem ser condicionada pelo ato que a provocou e de cujas conseqüências liberta tanto o que perdoa quanto o que é perdoado".[15] Se-

14. RIBEIRO, Renato Janine. *A sociedade contra o social. O alto custo da vida pública no Brasil.* São Paulo: Cia. das Letras, 2000. p. 11

15. ARENDT, Hannah. *A condição humana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 253.

gundo Hannah Arendt, o perdão é uma alternativa à punição e, por conseguinte, tal qual uma pena, também o ato de perdoar põe fim a algo que, sem a interferência desse tipo de medida, poderia prosseguir em uma cadeia infindável de vinganças.

O caráter público fornecido ao perdão foi produzido e autorizado pela comunidade internacional e sua história entrecruza com a reafirmação dos direitos humanos, apesar de não se confundir com ela. "Esta espécie de mutação tem estruturado o espaço teatral no qual se joga – sinceramente ou não – o grande perdão, a grande cena de arrependimento que nos ocupa".[16] A idéia de perdão pode nos levar a pensar este movimento como resultado de uma grande convulsão social e política, os regimes autoritários. Mas não é só isso. Surge também como um movimento qualitativamente interessante de envolvimento da humanidade em melhor resolver os conflitos que ela própria gerou.

As anistias têm função de criar as condições para a retomada da democracia, mas não garantem o fim dos conflitos gerados pelos crimes cometidos pelos regimes de exceção, pois as memórias políticas traumáticas são como uma marca ou cicatriz que as plásticas políticas dificilmente apagam. Se por definição da jurisdição internacional os crimes contra a humanidade são imperdoáveis, há enorme dificuldade na pragmática política de se fazer justiça. Em princípio, o limite do perdão fornecido pelas leis de anistia ocorre porque perdoar é uma prerrogativa das vítimas, não de uma maioria de membros de determinada sociedade, ou ainda, dos seus representantes políticos ou judiciais. Como estes crimes atingem as vítimas em sua condição humana, podemos dizer que o perdão é prerrogativa da humanidade e seu procedimento, em geral, deve ser precedido da confissão de culpa e, se possível, do pedido de desculpas em espaços públicos a fim de garantir legitimidade e publicidade à disposição de reverter ofensas ocorridas no passado.

O conceito de crime contra a humanidade – concebido como um avanço histórico, mas que possui também características obscuras e de frágil susten-

16. DERRIDA, Jacques. *El siglo y el perdón*. Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 2003, p. 9.

tação[17] – está no centro de todo o movimento de perdão que, por sua vez, legitima e sustenta o seu discurso. Dessa forma, tem ocorrido principalmente com a *Truth and Reconciliation Commission* (Comissão de Verdade e Reconciliação) na África do Sul, mas também com as comissões de verdade na América Latina, lugares nos quais as apurações autônomas frente ao Estado somente são possíveis por meio do discurso da reconciliação e do perdão. Nas democracias herdeiras de regimes autoritários, a discussão sobre como lidar com o passado doloroso passa necessariamente pelos conceitos de direitos humanos, crimes contra a humanidade e perdão, que se relacionam em um mesmo espaço público esgarçado por transições consensuais acertadas entre as instituições políticas, mas sem a legitimação do debate social.

7. O fazer democrático

A teoria política moderna conceitua a democracia como o sistema de governo que tem por base o processo de disputa entre grupos de interesses organizados em partidos políticos e escolhidos pelo voto. Este procedimento delega aos representantes a função de decidir, em última instância, quais são os problemas políticos e como resolvê-los. As eleições exercem a função de realizar o rodízio entre os ocupantes dos cargos administrativos do governo, evitando a instituição de regimes autoritários; por seu lado, é função dos governantes deixar aberto os canais de estabilização dos interesses políticos envolvidos, por meio da vontade geral expressa pelo Estado, com o fim de moderar os conflitos e desejos. Além da

17. Os crimes contra a humanidade qualificam apenas aquelas ofensas praticadas através de um "ataque geral" a uma população, o que tem gerado controvérsias. Há dúvida, por exemplo, se os crimes do regime militar no Brasil podem ser qualificados como "crimes contra a humanidade", ou seja, um "ataque geral" ou somente um ataque a pequenos grupos sem representação social. No entanto, no meu entender, a definição do *Estatuto de Roma*, em seu art. 7.º, parece ser clara: "por 'ataque contra uma população civil' entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1.º [tortura, desaparecimento, assassinato político etc] contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política".

esfera das instituições – Estado, partidos políticos e leis – há na democracia a participação da sociedade através das organizações sociais e dos grupos identitários. A estrutura política pressupõe a publicidade de várias perspectivas e a liberdade de expressão, visando a existência da opinião pública.

O sistema democrático constituído por inúmeros discursos e pelas instituições, é acrescido na modernidade por "uma novidade importante – os direitos humanos. (...) A questão crucial dos direitos humanos é limitar o poder do governante".[18] Sua relevância está em considerar a questão do poder político da perspectiva dos que estão fora das instituições, protegendo inclusive aqueles que de alguma maneira não usufruem da plena cidadania, os excluídos. Os direitos humanos surgiram, por meio dos direitos individuais, como valores impeditivos do poder do monarca e, posteriormente, para controlar os abusos dos regimes autoritários. No século XX, especialmente após a II Guerra Mundial, os direitos humanos tornaram-se marca da democracia. "O avanço da democracia moderna (ou o caráter democrático da política moderna) é provocado pelos direitos, não pela representação".[19]

Porém, um dos problemas da razão política dos direitos é que a ilusão na unanimidade do consenso não dura mais do que momentos críticos efêmeros, perdendo força quanto mais se adquire espaço para a ação política. O perigo está em engessar o elemento fundamental do político, a liberdade de agir, a qual, para Hannah Arendt, é intimamente relacionada com a capacidade dos homens iniciarem algo inusitado sempre que agem em conjunto, em um espaço público e por meio do discurso. A liberdade não está na escolha entre a exibição desta ou daquela forma na cena pública, mas sim na possibilidade de, ao agir entre os outros, fazê-lo sem empecilhos e sem o velamento das narrativas.

A fórmula do consenso normativo, caracterizada pelo pluralismo ao nível institucional, estabelece uma diversidade não-contraditória visando apaziguar as

18. RIBEIRO, Renato Janine. *A democracia*. São Paulo: Publifolha, 2001, pp. 15 e 22.
19. *Idem, ibidem*, p. 38.

diferenças sociais e construir o eixo central e neutro da reconciliação. Central, porque este eixo reconciliador instala-se necessariamente nas instituições centralizadas do poder político (o Estado, os partidos, as organizações sociais tradicionais) e neutro, pois o discurso adotado pelo consenso requer uma disciplina quanto aos antagonismos e confrontações da pluralidade social. No entanto, de todo o repertório da recente história dos países em reconstrução de sistemas democráticos, a tensão entre lembrança e esquecimento tem se tornado o embate mais dramaticamente encenado. Entre a revelação e o ocultamento, a prova e a denegação, a subtração e a restituição, a figura da memória mantém-se latente, visto que a questão da violação dos direitos humanos colocou como destaque nas narrativas do corpo social a imagem de restos sem sepultura. A imagem de um luto histórico que não se completa, insistindo em não assimilar o sentido da perda e mantendo o luto em uma versão inacabada.

Os crimes contra a humanidade, as prisões, a tortura, o desaparecimento de opositores, foram técnicas empregadas na tentativa de calar o passado. Por sua vez, as transições e os sistemas democráticos de organização política que sucederam os regimes autoritários, na maioria dos casos de forma gradual, contribuíram com o velamento da memória política. Porém, não com a eliminação, mas condenando a memória ao exílio da esfera pública, restrita às lembranças das testemunhas e familiares em suas relações privadas. Por meio de uma sociedade sem intimidade com os eventos do passado, a herança de tais regimes impõe aos seus cidadãos celebrarem o esquecimento e se contentarem com a consumação do instantâneo, do que se vive a cada momento, sem acesso às idéias formadoras da cultura. Nas democracias pós-autoritarismos, a memória é ameaçada pela eliminação das informações, mas também por sua perda de valor. Dessa forma, com uma ação menos brutal, porém com maior eficiência, cada cidadão torna-se o agente consentido da política do esquecimento, implicando uma deterioração profunda no diálogo público. Com o esfriamento das relações democráticas, o deslocamento de problemas públicos para a esfera dos assuntos privados pressu-

põe a imposição do esquecimento de conflitos e cisões geradores dos ressentimentos de um passado autoritário. Juntamente com o esquecido, que objetiva a estabilização da sociedade, o investimento na política sofre considerável redução.[20]

A memória das violações dos direitos humanos formatada em livros, placas comemorativas e leis reparatórias deposita os elementos do recordar em seqüências lineares, desprovidas dos recursos de que dispõem os relatos e narrativas, de recombinar finais e começos, alterar pausas, voltar atrás, sem qualquer subordinação a ordens pré-determinadas. Esses entrecruzamentos da narrativa capacitam a lembrança como o (re)colher e o (re)criar de reflexões críticas alternativas à continuidade programada das instituições. As transições têm apresentado a questão por uma dualidade: de um lado, coloca-se a importância de recordar, através das ações positivas institucionais; de outro, articula-se o esquecer como sepultura das dores do passado.

8. A terapia da memória

Entre as idéias suscitadas neste artigo podemos identificar três movimentos conflituosos e paradigmáticos na memória política em transições de regimes autoritários para democracias novas: o esquecimento, a punição e a desculpa. O esquecimento ocorre, principalmente, por meio das leis de anistia, momento no qual é proposto que as instituições políticas apliquem a amnésia social. Porém, incapaz de apagar as histórias da violência, o esquecer gera o recalque e, a depender do caso, mais violência, criando anomalias nas democracias novas ou renovadas. Sua contraposição é a punição, que funciona como uma espécie de vingança. A punição remete à retomada do processo político passado, trazendo à tona os sentimentos e emoções vividos e não encerrados. Há também a desculpa, em geral estruturada em comissões de verdade, nas quais se troca a punição pela confissão dos crimes cometidos (o indulto). A narrativa do passado, seja pelo algoz ou pelas víti-

20. RANCIÈRE, Jacques. *O desentendimento — política e filosofia*. São Paulo: 34, 1996, pp. 102 e 112.

mas, abre a possibilidade, com o alívio de cargas emocionais e sociais paralizantes e mórbidas, de iniciar algo novo. Em todas estas situações o conceito de perdão torna-se parte central das reflexões geradas.

Para se chegar a um momento de exceção tal – o do perdão – é necessário ao menos que as partes envolvidas, as singularidades da vítima e do agressor, mediadas pela terceira personagem, a instituição política, entendam-se quanto à natureza do crime, sobre quem e pelo quê é culpado e acerca de seus malefícios para a vida em sociedade. Algo altamente difícil de realizar em um país com herança autoritária. É nesta ambigüidade de se beneficiar do conceito de perdão para iniciar uma reconciliação, sabendo que sua completude é impossível, que se inserem as demandas nas democracias nascentes. No conceito arendtiano de ação, a política não visa a um produto final, mas a um procedimento de relações; também o perdão se conforma como uma possibilidade política e jurídica que, depois de iniciada, necessariamente não deve levar ao perdão. Esta ação somente parece se caracterizar como uma estratégia política ou uma terapia da memória, visando ultrapassar o ódio e a dor provocados por um passado doloroso. Afora isto, todo discurso do perdão pode ser caracterizado como simples retórica ou subterfúgio para se desvencilhar do direito e da política.

4.2 Parecer

Ampla defesa e direito à contraprova

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Professor de Direito Processual Penal na UFPR.
Chefe do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFPR.
Doutor pela Università Degli Studi di Roma "La Sapienza".

Sumário: 1. Consulta – 2. Retrospecto necessário – 3. Cerceamento de defesa: indeferimento de pedidos indispensáveis: 3.1 O judiciário como garante; 3.2 A ampla defesa no sistema; 3.3 Ampla defesa: contraprova.

1. Consulta

Consulta-me o ilustre advogado Cláudio Gastão da Rosa Filho acerca de questões suscitadas por ocasião da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri a que foi submetida sua cliente, M. S. B. B., no dia 18.10.2004, junto ao d. Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de XYZ, Estado de Santa Catarina.

Os quesitos propostos pelo Consulente são: "(1) *Existe alguma nulidade diante da negativa aos requerimentos formulados pela defesa da acusada durante a sessão de julgamento*?; (2) *Se existem, quais são e quais são suas conseqüências?*".

Para esclarecer o conhecimento dos fatos e suas correspondentes provas, que tratam do quesito formulado, encaminhou-me o ilustre Consulente cópia integral dos autos (3 volumes), os quais foram analisados de forma percuciente e serão citados de acordo com sua numeração original.

2. Retrospecto necessário

A denúncia proposta pelo i. órgão do Ministério Público descreve a seguinte conduta, *in verbis*:

"*Consta das investigações policiais que M. S., casada com M. B., proprietário do Motel XY, localizado neste Município, é pessoa extremamente ciumenta e agressiva. Seguia os passos do marido e, em mais de uma ocasião, chegou a entrar em confronto físico com empregadas daquele estabelecimento por suspeitas de envolvimento com M. E por manter estreitas relações com o denunciado I., marido de uma sobrinha e que eventualmente lhe prestava serviços, contratava-o para aplicar reprimendas contra quem se indispusesse. Foi assim que, após constatar que R. M. mantinha uma aventura com M., que M. S. contratou I., pelo preço de R$ 500,00, para aplicar-lhe uma surra com chicote. E também é desta forma que os denunciados se encontram relacionados com a morte da vítima M. K.*

A vítima M. trabalhou no Motel XY durante certo período do ano de 1996 e logo desentendeu-se com M. S. Jovem e bonita, M. despertou os ciúmes de M. S., que passou a suspeitar de seu envolvimento com M. B. Em dia não preciso, mas durante o mês de outubro de 1996, ambas tiveram uma discussão e agrediram-se mutuamente. Por este motivo, M. foi despedida do emprego e passou a ser ameaçada de morte por M. S. Esta chegou a procurar L. K., irmã de M. para lhe dizer que se a vítima 'não fosse embora da cidade não duraria mais que três meses', insinuando que tiraria a vida da mesma. A promessa veio, de fato, a concretizar-se.

A denunciada M. S. contratou os serviços do denunciado I., por preço ainda não apurado, para executar o plano. Assim, no dia 19.12.1996, em horário não esclarecido, I., dando cumprimento às determinações de M. S., comungando, portanto, com suas intenções e demonstrando existir uma ligação ideológica entre ambos denunciados, levou a vítima M. para um lugar ermo, nas proximidades da empresa Sadia Agropastoril, um pouco afastado da rodovia federal BR 282, entre XYZ e ABCD. Em lá chegando, efetuou um disparo com arma de fogo não identificada, mas de projétil único, causando à vítima lesão craneana [sic], causa eficiente de sua morte.

O crime foi idealizado por M. S. em razão de seus sentimentos vis, baixos, mormente para afastar a vítima M. de seu marido M., o que impregna o ato de uma condição de torpeza. O denunciado I., por sua vez, aderiu aos propósitos de M. S., sendo inegável a ligação ideológica entre ambos. Aceitou, portanto, os motivos vis, baixos e repugnantes da autora intelectual, agindo igualmente com torpeza.

Assim agindo os denunciados violaram a norma agendi *contida no art. 121, § 2º, inc. I do Código Penal, razão pela qual espera-se o recebimento da presente denúncia, dando-se o regular processamento do feito até último termo."*

A fim de que o presente Parecer tenha a devida profundidade e adequação que se pretende, faz-se necessária a sucinta descrição dos fundamentos da denúncia.

Foi comunicado, no dia 19.12.1996, mediante o preenchimento do Boletim de Ocorrência 1706/96 (fls. 8), o desaparecimento de M. K., afirmando-se que ela estaria trajando, no último momento em que foi vista, "*camiseta marrom e calça jeans*". Isso é fato incontroverso, portanto.

No dia 10.06.1997, conforme o auto de verificação de local de encontro de cadáver (fls. 11), "*foi encontrado nas proximidades da BR 282, próximo à estrada de acesso à Localidade de São Roque, Município de Faxinal dos Guedes – SC uma ossada humana, uma calça de brim preto, uma blusa xadrez*, (...)". – g.n. –. Isso também é fato incontroverso. Ademais, em tal ossada, consoante o auto de exame cadavérico de fls. 18, "*não havia vestígios de músculos ou outros órgãos, apenas ossos*". – g.n. –.

Perceba-se que o supracitado laudo é subscrito pelo i. Delegado de Polícia que presidia as investigações, tendo sido assinado, em seu verso, por somente um perito.

Em que pese a diferença absurda entre a última roupa que M. usava e a que foi encontrada junto à ossada, chegou-se à conclusão que se tratava da desaparecida. Não houve reconhecimento – se é que isso seria possível – da ossada; não se perguntou se M. usava dentadura; não se sabe se os ossos, pela pélvis, pertencem a uma pessoa do sexo feminino ou masculino; não se examinou o crânio para se saber qual a idade aproximada da vítima; pior: não se fez exame de ADN, algo simples e corriqueiro.

Houve um homicídio; e devia ser de M. K., presumiu a d. autoridade policial, razão pela qual continuou com sua linha de investigação, eis que sua premissa fundamental não poderia ser contestada.

Após ouvidas algumas pessoas, a autoridade policial requereu, no dia 31.07.1997, a prisão temporária de I. R., M. S. B. B. e M. P. R., fundando-se, eminentemente, no seguinte (fls. 35/7):

"*1.º) Através de interceptação telefônica do fone de propriedade do XY Motel, descobriu-se que M. B. B., a qual é esposa do proprietário do Motel tinha ligação com um tal de I. R. e com a senhora M. P. R., sendo que através de investigações descobrimos que I. R. vulgo 'I.', trata-se de pessoa que tempos atrás fora contratado pela própria M. e dera uma surra em R. M., a qual na época trabalhava no Motel e se envolvera sexualmente com M. B., marido de M.*

2.º) Ainda através de investigações descobrimos que M. R., é esposa de W. R., o qual na época tinha um caso amoroso com M., e a partir de então começamos a intimar essas pessoas a comparecerem na Delegacia, a fim de serem inquiridas, mas como continuávamos com a interceptação telefônica não abordamos o fato diretamente e a principal finalidade de intimá-los à Delegacia era para saber o que iriam comentar entre si." – g.n. –.

Dos autos não consta o deferimento fundamentado da interceptação, conforme determina o art. 5.º, da Lei 9.296/96,[1] decorrente na imposição do art. 93, IX,[2] da CF/88. Há, tão-só, a determinação à Companhia Telefônica (TELESC) para proceder à interceptação (fls. 85) dos terminais xxx-xxxx e xxx-xxxx, ambos localizados fisicamente na Cidade de XYZ.

De tal interceptação telefônica sobrevieram as transcrições parciais (fls. 94/6), sendo para tanto nomeados peritos pela d. autoridade policial D. D. C. e J.

1. "*Art. 5º – A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.*"

2. Art. 93, IX: "*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;*"

M. B. dos S., os quais, inclusive, realizaram tradução, para o vernáculo pátrio, de ligação em que se conversava no idioma italiano.

Com base, eminentemente, em tais indícios (*frágeis*, conforme a própria i. autoridade policial reconhece às fls. 77), foi oferecida a já transcrita denúncia contra a cliente do Consulente.

Ao fim da instrução perante o d. Juízo de 1.º grau, foi juntada aos autos (fls. 361) termo de reinquirição, realizado pela d. autoridade policial, de F. de O., o qual, sucintamente, descreve que o acusado I. R. lhe teria confidenciado todos os detalhes do suposto homicídio de M. K.

No corpo do Ofício do i. delegado de polícia, o d. Juízo da Vara Criminal de XYZ considera "... *que a inquirição da testemunhas F. de O. já havia sido determinada de ofício a fls. 304, restando a providência frustrada em razão da não localização da testemunha, bem como do fato de que tal prova é útil para o esclarecimento da verdade, converto o julgamento em diligência e, em conseqüência, designo o dia 24.07.2003, às 17:00 horas, para a oitiva do testigo.*" A testemunha do i. Juízo foi ouvida às fls. 387 e ss.

Após a apresentação das alegações do art. 406, do CPP, pelo i. órgão do Ministério Público e pela defesa dos acusados, sobreveio decisão de pronúncia às fls. 412/426. Interpostos os devidos recursos, foram eles denegados, quando, então, os autos retornaram ao d. Juízo de 1.º grau para a submissão da cliente do Consulente ao julgamento popular.

Ao fim, viu-se ela submetida à sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, tendo sido condenada pela adequação de sua conduta ao tipo do art. 121, § 2.º, I, do CP,[3] c.c. o arts. 61, II, *d*, e 66, ambos do CP.[4] Realizada a dosimetria, foi apli-

3. "*Art. 121 – Matar alguém:*

§ 2º – Se o homicídio é cometido:

I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos."

4. "*Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:*

II – ter o agente cometido o crime:

cada a pena total de 17 (dezessete) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime integralmente fechado (fls. 807).

Durante o transcorrer da pré-citada sessão, entretanto, foram formulados alguns requerimentos pelo Consulente, a saber (conforme ata de julgamento, às fls. 804):

"*MM. Julgador, o delito impetrado à M. S. B. B. é gravemente sancionado por nossa legislação penal uma vez que comina drásticas conseqüências no plano da liberdade individual, impondo ao defensor árdua vigília a fim de que a amplitude de defesa seja exercida de forma plena e efetiva. Dentro deste contexto, a defesa entende ser imprescindível a juntada ao feito das roupas, e demais objetos que serviram de base para o suposto reconhecimento do cadáver, a ordem judicial de interceptação telefônica, as fitas oriundas de trinta dias de interceptações, bem como suas respectivas degravações, além da comprovação técnica de quem as efetuou, convertendo-se o julgamento em diligência a fim de que seja realizada a exumação do cadáver, uma vez que não existe prova científica capaz de atestar a materialidade, principalmente se atentarmos para o fato de que jamais um cadáver em curto espaço de tempo de seis meses atinge o grau de esterectização* [*rectius*: esqueletização] retratado *nas fotos de folhas 14/17 e desde logo são impugnadas por não terem sido acostados os respectivos negativos. O auto de exame cadavérico de folhas 19 é nulo, pois não o foi substituído* [*rectius*: subscrito] *por perito não possuindo idoneidade jurídica para atestar a materialidade, sendo que o indeferimento dos requerimentos acima desde logo pondera a defesa manifestando enorme respeito por Vossa Excelência, mutila a defesa, deslocando 'sua amplitude' constitucionalmente assegurada para o mundo da ficção legal. É o requerimento.*"

Foram todos eles negados, razão pela qual o Consulente formulou os quesitos pré-citados, que serão respondidos em tópicos distintos. Passado isso, ao Parecer.

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;"

"*Art. 66 – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.*"

3. Cerceamento de defesa: indeferimento de pedidos indispensáveis

3.1 O judiciário como garante

Tem sido difícil – muito difícil –, nos tempos atuais, sustentar a defesa do Poder Judiciário, embora ela seja imprescindível, mormente porque prevalente o pensamento neoliberal e, portanto, uma base epistêmica fundada na *ação eficiente*, a partir da qual o que se mais quer é ele fora do caminho, dado ser, por excelência, o *garante da Constituição* e, sobretudo, da cidadania.

Eficiência, como se sabe (ou deveria saber), é da *ação*, segundo o corifeu neoliberal, Friedrich August von Hayek; nada de muito complicado quando em jogo estivesse a superação da tradicional *causa-efeito*.[5] Assim, quando a *ação* fosse *eficiente*, o resultado seria, por conseqüência, também eficiente. Por isso, natural que a *razão* ficasse fora;[6] na ante-sala; da mesma forma que o Direito positivo e, nele, a Constituição,[7] *ordem injusta por definição* porque não-espontânea como a

5. HAYEK. Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia*. Trad. de Anna Maria Capovilla *et alii*. São Paulo: Visão, 1985, pp. 3 e ss.

6. HAYEK, F. A.. *Op. cit.*, p. 32: "*A ilusão que leva os racionalistas construtivistas usualmente a uma entronização da vontade consiste na crença de que a razão pode transcender o reino do abstrato, sendo capaz por si mesma de determinar que ações específicas são ou não desejáveis. (...) A ilusão de que a razão é por si só capaz de nos revelar o que devemos fazer, e que, portanto, todo homem sensato deveria ser capaz de aderir ao esforço pela consecução de fins comuns como membro de uma organização, dissipa-se rapidamente quando tentamos pô-la em prática. (...) A razão é somente uma disciplina, uma apreensão das limitações das possibilidades de ação eficaz, que muitas vezes nos dirá apenas o que não fazer.*"

7. HAYEK, F. A.. *Op. cit.*, pp. 157-159: "*Entre as normas que comumente chamamos 'leis', mas que são normas de organização e não de conduta justa, estão em primeiro lugar todas aquelas relativas à distribuição e à limitação dos poderes governamentais compreendidas no direito constitucional. São comumente consideradas a 'mais elevada' espécie de lei, a que se confere uma dignidade especial ou a que se deve maior reverência do que a qualquer outra. Mas, embora isso possa ser atribuído a razões históricas, seria mais apropriado considerar tais normas uma superestrutura erigida para garantir que o direito seja mantido, e não a origem de todos os outros direitos, como geralmente se pretende. (...) Mais que em qualquer outra área do direito público, encontra-se no direito constitucional grande resistência à afirmação de que ele não possui os atributos das normas de conduta justa. A maioria dos estudiosos da matéria parece*

lei que rege o mercado, essa sim uma – se fosse permitido dizer – *Grudnorm*. Fora – ainda que se queira dizer que não – deveria ficar, por conta de tal visão sobre o Direito, a *ética*, inclusive em face de uma incompatibilidade visceral com a posição de Hegel.[8] Diante de tal quadro, é sintomático que o Estado – e isto vale ao Poder Judiciário – seja um estorvo, em face de criar, executar e garantir *direitos*; e o Direito (positivado ou não, por conta do reconhecimento inarredável dos *princípios* como fonte) seja um empecilho a ser superado, *desregulamentado* ou, na pior das hipóteses (para tal pensamento), *flexibilizado*. É assim que se consomem os *direitos sociais* e, não fossem *cláusulas pétreas*, já teriam ido – inclusive formalmente – *os direitos e garantias individuais*, tudo a golpes de *imbrogli* retóricos, golpes de cena, jogos de imagens, pela pura e cínica banalização do cotidiano.

Há muito se sabe disso[9] – ou deveria sabê-lo –, mas não é o que se passa. Em uma escala muito mais larga que em vários outros segmentos da sociedade está, pela falta de conhecimento, o Poder Judiciário, logo ele que se não deveria permitir tal desconhecer, justo para não colocar em risco seu mister – imprescindível – de *garante da Constituição*. E só não foi mais acintosa a posição de alguns em certas passagens – enleados que estavam pelo imaginário neoliberal, vendido como panacéia – porque faltava "*estar na lei*",[10] conforme a velha praxe positivista-

julgar simplesmente abusivo e indigno de consideração o argumento de que o direito constitucional não é direito no mesmo sentido em que assim chamamos o conjunto das normas de conduta justa."

8. Ninguém desconhece que para Hegel a ética é filosofia do direito, entre outras coisas porque o Estado é a expressão máxima daquilo que o autor chama de *eticidade*, ou seja, a substancialização da moralidade nas instituições históricas que a garantem. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. de Orlando Vitorino. 2ª ed. Lisboa: Martins Fontes, 1976, § 258, p. 216.

9. HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*. Bilbao: Desclée, 2002, pp. 133 e ss. A edição original de tal obra, porém, foi publicada em 1984 (*Crítica de la razón utópica*. São José: DEI) e recebeu edição brasileira: *Crítica da razão utópica*. Trad. de Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1988, pp. 47 e ss). No âmbito de direito brasileiro, v. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. *In Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996, pp. 39 e ss.

10. A quimera da "lei que dá conta" diz respeito ao problema – de impossível solução – da *segurança jurídica*. Não é preciso saber muito sobre a "viragem lingüística" para se ter presente que a

legalista. Não foi por outro principal motivo que os teóricos neoliberais, com medo da reação dos juristas-legalistas, fizeram a Emenda Constitucional 19, de 04.06.1998, inserindo a *eficiência* no *caput* do art. 37, da CF/88, de modo a afastar os impertinentes e cooptar os legalistas. Por sorte, como sói acontecer, nem tal regra "pegou" como deveria, por conta do pré-citado desconhecimento.

Ademais, o Poder Judiciário, pela força de alguns altamente esclarecidos, *resiste*, inclusive pela consciência de não querer sofrer na carne os efeitos da manipulação do discurso democrático – como vem sofrendo –, não fosse pelos inúmeros outros fundamentos, dentre os quais – dado o que interessa ao presente ensaio – aquele (correto) de que a *eficiência* não superou – e não pode superar – a *legalidade*, ainda lá instalada (no art. 37, *caput*, CF/88) para nortear as ações estatais, se for o caso contra a própria *eficiência*. Afinal, persiste a máxima ética de que *os fins não justificam os meios*, embora já se faça necessário glosar o furor com que se venha usando a *razoabilidade/proporcionalidade* em favor da *eficiência* e contra a *legalidade*, não raro para justificar o injustificável, máxime *a sonegação dos direitos e garantias individuais*.

Por sinal, quando o assunto diz com os *Direitos Fundamentais*, por suas expressões *processuais penais*, pouco há para acrescer sobre o que já foi dito pelos melhores autores, em face da própria função do processo como instrumento de

palavra não segura nada (não permitindo "o" sentido mas tão-só "um" sentido entre tantos possíveis; tampouco "a" verdade – Toda! –, sempre demais para um humano), justo porque desliza em giros produzidos pelas freudianas condensações e deslocamentos (ou metáforas e metonímias, como queria Lacan), motivo bastante para ser levada mais a sério no Direito, o que, de fato, não ocorre. Eis aí a fonte de boa parte do sofrimento de alguns juristas ao se defrontarem com *ceguinhos, nefelibatas* e *catedráulicos*, como conceituou Lyra Filho, mormente em períodos como o atual, onde se manipula discursivamente tudo o que for possível. Os lúcidos, sem embargo, sempre souberam ler nas entrelinhas, de modo a não se iludirem. Bom exemplo são os europeus que viveram sob o jugo de Hitler e têm muito a ensinar sobre o assunto: "*Le leggi contano fino a un dato punto: anche perfette, restano sulla carta quando nelle midolla pubbliche esplodano appetiti, deliri, fobie; ma dove siano sbagliate, disseminano effetti nefasti.*" (CORDERO, Franco. *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. Roma-Bari: Laterza, 1986, p. 97). Tradução livre: "*As leis contam até um determinado ponto: ainda que perfeitas, restam sobre o papel quando nos miolos que compõem o espaço público explodem apetites, delírios, fobias; mas onde são equivocadas, disseminam efeitos nefastos.*"

salvaguarda do cidadão contra o abuso do poder: "*È stato giustamente detto che il grado de civiltà di un popolo si misura soprattuto dal modo con cui sono salvaguardati i diritti e le libertà dell'imputato nel processo penale.*"[11] Trata-se, portanto, de *grau de civilidade* e, assim, incompatível com a *crença* de que basta haver previsão constitucional realizável para tudo estar acertado. Afinal, a superação da *tensão entre faticidade e validade*, resolvida através do Direito,[12] só tem razão de ser quando alguém com Poder faz valer, em *ultima ratio*, as regras democráticas. Do contrário, beira-se o *homo hominis lupus* de Plauto (só que nele era numa comédia).

Dentre as expressões *processuais penais* dos *Direitos Fundamentais* está a *ampla defesa* (art. 5.º, LIV, CF/88), fixada como *garantia do cidadão*. A *ordem constitucional*, por outro lado, dá vida à *garantia* começando por separar as atribuições de *acusar* do poder de *julgar* e equiparando os poderes da *acusação* e da *defesa*. Isso, tão-só, não sustenta, como nunca sustentou, ter-se adotado o *sistema acusatório*, justo porque – hoje ninguém duvida – a diferença entre ele e o *sistema inquisitório*, por definição, está na *gestão da prova*;[13] e não na referida separação. Mantido, na matriz, o *princípio inquisitivo*[14] – de todo incompatível com a regra

11. PISAPIA. Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 4ª ed. Padova: Cedam, 1985, p. 26. Tradução livre: "*Diz-se justamente que o grau de civilidade de um povo se mede sobretudo pelo modo com o qual são salvaguardados os direitos e a liberdade do imputado no processo penal.*"

12. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 113: "*Antes de retomar esta tensão externa entre as pretensões normativas de ordens democrático-constitucionais e a facticidade de seu contexto social (Capítulo VII), eu desejo reconstruir, nos próximos capítulos, a autocompreensão destas ordens jurídicas modernas. E tomo como ponto de partida os direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com meios do direito positivo. Esta formulação deixa entrever que existe uma tensão entre facticidade e validade permeando o sistema dos direitos em sua totalidade, característica do modo ambivalente da validade jurídica.*"

13. COUTINHO. J. N. M. O papel do novo juiz no processo penal. *In* COUTINHO, J. N. M. (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 14 e ss.

14. Prevalente a noção kantiana de *sistema*, não há como se pensar em um *princípio misto* porque, em Kant, responde ele pela *idéia única*, ou seja, aquela(e) que, como amálgama, presta-se a unir em conjunto os elementos. Daí por que o *sistema* ou é *inquisitório* ou é *acusatório* e, portanto, fundados no *princípio inquisitivo* ou no *princípio dispositivo*, respectivamente. Assim, tão-só discursivamente o *sistema* pode ser *misto*. Portanto, quando aparece ele desta forma, do que se

constitucional – segue o juiz, no processo penal, *gestor da prova*. A pré-citada separação, todavia, já adotada há muito, foi um grande passo na democratização processual penal, embora incipiente.

Ora, na estrutura do *sistema inquisitório puro* era o juiz que fixava o *thema decidendum* (estabelecendo o conteúdo do processo) e o *thema probandum* (o que haveria de ser investigado), razão pela qual não se estabelecia limites ao *decisum: a garantia (retórica) era deslocada, como se sabe, para o tarifamento da prova*, logo superada – a garantia – quando foi necessário lançar mão da *tortura*, essa vergonha à inteligência humana.

Não se cogitava, portanto, do *ne eat iudex ultra vel extra petita partium*. Isto é algo que decorre da referida separação, a qual vem importada do *common law*: a acusação como parte estabelece os confins do caso e tem a auto-responsabilidade probatória; elementar, então, que não pudesse o juiz julgar nem além, nem fora do que fora objeto do pedido. O fundamento histórico, como se sabe, é inglês, de 1166, quando Henrique II, por mais um *writ*, criou um júri em Clarendon, para, inteligentemente, não perder nunca e o povo (no começo eram os barões) *juris dictio*, tudo a partir de uma acusação (*indictment*) que é verdadeiramente a *voice of the country*, embora sob controle rigoroso.[15] O importante, porém, é que o juiz – ao contrário do inquisidor europeu-continental – ganha uma posição passiva. Não estranha, então, estar o *due process of law* diretamente ligado a um "profundo significado de vida",[16] embora diretamente vinculado à forma.

No *sistema inquisitório*, como se sabe da história, o problema não está em quem faz o papel de inquisidor: basta estar lá, naquele lugar, que o *modus pensandi*

está falando é de um *sistema inquisitório* ao qual se agregou elementos do *sistema acusatório* ou, por outro lado, fala-se de um *sistema acusatório* ao qual se agregou elementos do *sistema inquisitório*. O ludíbrio decorre, ao que parece, de não se ter mais, no mundo, *sistemas puros*. Para manejar a diferença é só comparar aquele dos EUA e o brasileiro. Por ela, vê-se logo quanto inquisitorial segue sendo o *sistema* aqui adotado.

15. CORDERO, F. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 41.

16. LOPEZ DE OÑATE, Flavio. *La certezza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 141.

trata de fazer o resto, sob a batuta da *analítica aristotélica*. De *premissas falsas* – forjadas pelo imaginário – chega-se, sem grande esforço, a conclusões falsas. É assim que sempre se fabricou – e segue-se fabricando – delitos e delinqüentes, em nome da *crença nas imagens*, hoje disseminadas (as imagens) como nunca a partir dos meios de comunicação. É justo aí que se constróem os *justiceiros*, em nome de um *deus* qualquer, em geral eles mesmos, como lobos em pele de cordeiro. "*Nelle cause milanesi de peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient'affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquenti: l'inquisito risponde docilmente; l'inquisitore gli scova in testa i fantasmi che vi ha proiettato.*"[17] Pode-se entendê-los – pela evidente ignorância: se não fosse seria caso patológico – mas não os aceitar; eles, em definitivo, causam muito mal à democracia, mormente quando ocupam um lugar que, no processo penal atual, tem sido de vida e de morte. Enfim, não há que ceder a esse tipo de gente porque os poucos que aí estão denigrem toda uma classe.

Tem-se, no Brasil, um arsenal capaz de conduzir o *sistema processual penal* à base *acusatória*, mas isso não ocorrerá enquanto o Poder Judiciário não assumir a CF/88 contra o CPP; enquanto se ficar fazendo concessões imperdoáveis ao fundamento *inquisitorial*, contra a CF/88. O problema sério, assim, diz respeito à *epistemologia do sistema*. Mas dela pouco se quer saber. Em troca, fala-se muito em *reformas parciais* (o supra-sumo do engodo porque se trata de mera maquilagem) quando o que se precisa é uma *reforma total*[18] e séria – até porque já se foram mais de quatro décadas desde o Anteprojeto Tornaghi (1963) e nada mudou substancialmente – e do problema do *tempo*, epíteto de um sistema que vai pensado a

17. CORDERO, F.. *Guida...*, pp. 51-52. Tradução livre: "*Nas causas milanesas da peste manufaturada, junho-julho de 1630, vemos como juizes por nada desonestos, antes inclinados a incomum garantismo, fabriquem delito e delinqüentes: o inquirido responde docilmente; o inquisidor lhe retira da cabeça os fantasmas que para ele projetou.*"

18. COUTINHO, J. N. M.. Efetividade do processo e golpe de cena: um problema às reformas processuais. *In* WUNDERLICH, Alexandre (org). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao prof. Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 139-147.

partir de uma racionalidade européia, embora para um país periférico: aqui, para não se fraudar a realidade, o processo tem que durar o suficiente para as decisões serem, pelo menos, maduras; e não pagarem os jurisdicionados e os magistrados.

Sobre o tema, muito tem o Poder Judiciário a dizer, mas pouco diz. No primeiro caso, parece se envergonhar quando o assunto é empunhar a bandeira da CF/88 contra o CPP e, assim, permite que tudo siga como sempre esteve, sem se caminhar para a reforma total necessária: bastaria começar a dizer "não" e logo se encontrariam os meios para, quem sabe, uma lei delegada e, a partir dela, uma reforma de fundo. No segundo caso, abandona, de uma certa forma, seus juízes – que trabalham muito, com as devidas e minguadas exceções – para discutir um açodamento processual onde o que se não tem são bases materiais e pessoais. Assim, dificulta – e muito – a defesa que dele se precisa fazer.

3.2 A ampla defesa no sistema

Ora, a função do Juiz, num processo penal democrático, passa pelo controle de todos os atos processuais. É inconcebível, diante de uma posição assumidamente constitucional que lhe é dada – de ser o garante do ordenamento desde seu ápice e a partir dele –, não passar o Juiz de mero espectador sem atuação específica a garantir a CF/88.

Em suma, é do princípio republicano (art. 1.º, *caput*, da CF/88[19]) e de suas conseqüências que se retira o guia que deve conduzir a atuação jurisdicional; e é dele, do princípio republicano, que se extrai que deve existir uma nítida divisão harmônica de poderes (art. 2.º, da CF/88[20]), tal qual a célebre fórmula de Montesquieu. Mas esta não é a única conseqüência, pois a assunção de tal princípio implica assu-

19. "*Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*"

20. "*Art. 2º – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*"

mir como premissa fundante que os instrumentos colocados à disposição do Estado para os cidadãos, a fim de que eles exerçam e reafirmem sua cidadania – dentre eles o Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, da CF/88[21]) –, devem estar regidos pela mesma lógica democrática e republicana. De nada adiantaria o constituinte estabelecer tais fundamentos se não houvesse ninguém a quem incumbisse os garantir.

A CF/88 estabeleceu, em seu corpo, diversos direitos e garantias sem os quais não é possível cogitar um regime democrático, cujos valores maiores sejam a cidadania (art. 1.º, II), a democracia (art. 1.º, parágrafo único), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I), sendo invioláveis o direito à vida, à liberdade e à segurança, dentre outros (art. 5.º, *caput*).

Nada mais natural sejam aplicados todos esses princípios e garantias a toda e qualquer forma de manifestação dos poderes estatais, a começar pelo Poder Judiciário, órgão que se manifesta pelo processo, mas, especialmente, pelo processo penal.

Sendo o processo penal "*la disciplina jurídica reguladora de la efectiva realización del derecho penal*",[22] tem-se como conseqüência lógica que o método de sistema de limites e garantias do direito penal – cuja construção é baseada na experiência e na memória da arbitrariedade, fundamentado num programa reativo à Inquisição[23] – deve ter amplos reflexos no trato da matéria processual penal.

Por este motivo é que Luigi Ferrajoli[24] trata de colocar as matérias dentro de um Sistema de Garantias. Afinal, tem-se uma garantia (processo penal) para outra garantia (direito penal), algo sintomático e extremamente salutar numa sociedade democrática e republicana, que deve – sob pena de aniquilação – ser regida por aquela separação de poderes e pela equiparação das cargas e direitos

21. "*XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*"

22. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de derecho processual penal*. Buenos Aires: Ediar, 1960, p. 49.

23. BINDER, Alberto M. *Introdución al derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003, pp. 11 e ss.

24. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 2002.

entre acusação e defesa. Havendo processo, deve haver defesa; e ela deve ser ampla, pois o atributo lá está para que se não questione a extensão.

A ampla defesa é, assim, a garantia de todas as outras garantias: onde ela existe e é efetivada, há o *due process of law*; há o contraditório; há um *fair trial*;[25] há Justiça.

Isso porque, conforme leciona Alberto Binder, "*el derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantias; por otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás*", podendo-se concluir de forma sucinta sua importância: "*la inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal*".[26]

Em França,[27] Alemanha[28] e Espanha,[29] a regra é semelhante; aliás, em qualquer país que queira se passar por civilizado, a regra lá está e é essencial, tanto que Gian Domenico Pisapia a trata por *indefettibilità del diritto di difesa*.[30] A fim de que se não questione, a Sentença n. 59, de 1959, da Corte Costituzionale assevera: "*la difesa dell'imputato si viene ad inserire nell'iter del processo con carattere di essenzialità, tanto da essere intimamente legata alla regolare esplicazione del potere giurisdizionale*",[31]

25. AMAR, Akhil Reed. *The constitution and criminal procedure: first principles*. London: Yale University Press, 1997, p. 124

26. BINDER, A. M. *Introdución al derecho procesal penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 155.

27. BOULOC, Bernard *et al. Procédure penale*. 14ª ed. Paris: Dalloz, 1990, p. 32. Da mesma forma: MERLE, Roger; VITU, André. *Traité de droit criminel: procédure pénale*. 4ª. ed. Paris: Cujas, 1979, p. 131.

28. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 25ª ed. Trad. de Gabriela E. Córdoba e Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 97 e ss.

29. ARANDA Y ANTÓN, Gonzalo. *Derecho procesal penal: enjuiciamiento penal*. 2ª ed. Madrid: McGraw Hill, 1998, p. 156.

30. PISAPIA, G. D. *Op. cit.*, p. 37.

31. Tradução livre: "*a defesa do imputado vem a se inserir no* iter *do processo com caráter de essencialidade, tanto que é intimamente ligada à regular explicação do poder jurisdicional.*"

não fugindo quanto à indefectibilidade do direito de defesa a lição de Luigi Ferrajoli, sempre partindo da premissa de um vero sistema acusatório: "*la* difesa, *che tendenzialmente no ha spazio nel processo inquisitorio, forma dunque il più importante strumento di sollecitazione e di controllo del metodo di prova accusatorio, consistente precisamente nel* contraddittorio *tra ipotesi d'acusa e ipotesi di difesa e tra le relative prove e contraprove.*"[32]

3.3 Ampla defesa: contraprova

Mas como tornar *eficaz* a *ampla* defesa?

É simples: basta garantir a garantia com outras garantias, uma vez que nunca é redundante reforçar a democracia com seus princípios, que são uma base *unfinished*, não-acabada, sempre carente de construção e efetivação.[33] Veja-se que o 2.º *comma*, do art. 24, da *Costituzione* Italiana, dita que "*la difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*",[34] fundando daí as necessárias conseqüências (sempre não-acabadas) e, dentre elas, a trazida por Giovanni Leone de que se constitui o direito à defesa no "*derecho del imputado a la notificación de la acusación; siendo evidente que sería casi totalmente ineficiente un derecho a defenderse sin saber de qué acusación hay que defenderse*".[35]

Notificação e *ciência*, como é primário, pressupõem *conhecimento*. Não se pode contestar e refutar o que se não conhece, o que não foi produzido dentro do mais puro contraditório. Em síntese, pressupondo-se *igualdade de armas* (e desarmamento de pré-conceitos!), chega-se ao epílogo: a defesa, para ser eficaz e

32. FERRAJOLI, L. *Op. cit.*, p. 629. Tradução livre: "*A* defesa, *que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no* contraditório *entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.*"

33. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general.* 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 25.

34. Tradução livre: "*a defesa é um direito inviolável em todo estado e grau do processo*".

35. LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal.* Buenos Aires: EJEA, 1963, p. 563.

ampla, deve ter ciência do que é produzido contra si por provas lícitas (art. 5.º, LVI, da CF/88), devendo possuir a devida oportunidade para refutar tais provas.

Antes, contudo, deve possuir acesso a tais provas. Veja-se: Joaquim Canuto Mendes de Almeida, com inegável fundamento em Carnelutti,[36] atesta que ninguém "*pode defender-se sem conhecimento dos termos da imputação que lhe é feita. Essa revelação de fatos e provas ao indiciado, essa acusação do seu crime é, também, uma garantia necessária da defesa, que, não obstante, importa, naturalmente, ao menos na forma, uma contrariedade antecipada às alegações e provas do acusado.*"[37]

A opinião é ressonante na doutrina, mais especificamente quanto à prova pericial: "*(...) em relação à prova pericial em geral e no tocante ao exame do corpo de delito impõe-se a observância das exigências decorrentes do direito à prova e de formas diversas manifesta-se esse direito: a) direito de requerer a produção da prova pericial;* (...) *d) direito a se manifestar a respeito da prova produzida, podendo requerer nova perícia, sua complementação ou esclarecimento dos peritos;*"[38]

No mesmo sentido, mas de forma mais enfática, Juan Montero Aroca:[39] "*cada parte ha de tener la posibilidad real de conocer los materiales de hecho afirmados por la contratria y de poder alegar en contra de ellos; si pudiera existir una alegación de parte que se mantuviera secreta para la otra, se estaría ante uno de los supuestos más claros de vulneración del derecho de audiencia, tanto que podría hablarse de indefensión.*"

Ferrajoli,[40] tratando sobre as provas, lembra que se constituem de algumas questões: (a) dever da acusação demonstrar sua carga probatória, a fim de afastar a presunção de inocência; (b) direito e oportunidade para a defesa reque-

36. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933, vol. III, pp. 169 e ss.

37. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973, p. 114.

38. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 76.

39. AROCA, Juan Montero. *Principio del proceso penal: uma explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 142.

40. FERRAJOLI, L. *Op. cit.*, p. 610.

rer tudo que seja necessário para reforçar a inocência; (c) dever do Juiz de fazer prevalecer as garantias constitucionais. "*Não basta, por outro lado,* uma qualquer *oportunidade: tem de tratar-se de uma oportunidade, já se disse,* efectiva e eficaz, *o que supõe em princípio que seja dado ao interessado 1) conhecimento tempestivo do lugar, tempo e objecto do debate, 2) concreta possibilidade de se preparar para a intervenção e 3) efectiva possibilidade de intervir.*"[41]

É evidente! "*Todo o processo está penetrado da prova, embebido nela, saturado dela*";[42] e é da prova, naturalmente, que se faz a contraposição da defesa; e esta é, "*por isso, atividade processual e, ao mesmo tempo, contraposição que o réu apresenta aos motivos e razões em que se baseia a acusação.*"[43] Não sendo possível se contrapor aos *motivos* e *razões*, ferido resta o direito fundamental assegurado na Constituição Federal.

Tal acesso à prova, como sói acontecer em matéria de sistema acusatório, vem do direito ao *access to evidence*,[44] fundado na 6ª Emenda à *Bill of Rights*:[45] "*this requirement has application primarly to the indictment or information, which must identify the offence charged and sufficiently apprise the defendant of what he must be prepared to meet*".[46] É, todavia, definida de acordo com as prescrições mais

41. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1971, p. 161.

42. TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. 2ª ed. Saraiva, 1979, vol. III, p. 415.

43. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 379.

44. ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Wayne. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 6ª ed. Saint Paul, Minnesota: West Group, 2001, p. 466.

45. "*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.*" Tradução livre: "Em todos os processos criminais, o acusado deve gozar do direito a um julgamento público e rápido, por um júri imparcial do Estado e distrito de onde o crime foi cometido, cujo distrito deve ter sido previamente definido por lei, e a ser informado da natureza a causa da acusação; de ser confrontado com as testemunhas contra si; de possuir mandado compulsório para obter testemunhas em seu favor, e a ter Assistência de Advogado para sua defesa."

46. ISRAEL, J. H.; LAFAVE, W. *Op. cit.*, p. 422. Tradução livre: "Este requerimento tem aplicação primária ao indiciamento ou esclarecimento, que deve identificar o delito acusado e 'avisar o acusado do que ele deve estar preparado para enfrentar'".

modernas da Suprema Corte (cf. Arizona v. Youngblood, 488 U.S. 51, 1988) pelos seguintes princípios: "*(1) the prosecution's duty to disclose evidence within its possession or control that is exculpatory and material; (2) the prohibition against governmental bad faith destruction of evidence within its possession; (3) the state's duty to provide the defense with subpoena authority to gain the production of witnesses and physical evidence; (4) the prohibition against governmental actions that interfere wit the defense's utilization of its subpoena power.*"[47]

No que interessa ao presente caso, é fácil verificar que a acusação (*lato sensu*, o Juízo e o Ministério Público) devem revelar as provas utilizadas para a acusação (e condenação), sob pena de invalidade absoluta do processo.[48]

A origem de tal regra, nos EUA, como costuma acontecer em todos os casos de garantias dos cidadãos, vem do caso Brady v. United States (397 U.S. 742, 1970), onde a Suprema Corte confirmou que o direito ao *due process of law* foi violado quando a acusação negou acesso, em resposta a um requerimento da Defesa, a uma gravação onde um co-réu assumia a autoria de todos os homicídios imputados ao requerente. A prova, como se pode ver, absolveria o acusado, mas a ela foi negado acesso, talvez por mero capricho e medo.

Medo esse, aliás, que se constitui na decorrência tradicional da solidão em que trabalha o inquisidor: "*La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittori, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al larvorìo poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, tavolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, nè questo mestiere stimola cautela*

47. ISRAEL, J. H.; LAFAVE, W. *Op. cit.*, pp. 466-467. Tradução livre: "(1) o dever da acusação de revelar provas sob sua posse ou controle, que sejam exculpatórias e materiais; (2) a proibição contra destruição de má-fé, pelo governo, de provas sob sua posse; (3) o dever estatal de conferir à defesa autoridade de notificação compulsória para produção de provas físicas e testemunhais; (4) a proibição contra ações governamentais que interfiram com a utilização do poder de notificação compulsória da defesa."

48. KING, Nancy *et al. Criminal procedure*. 3ª ed. Saint Paul, Minnesota: West Group, 2003, pp. 1087 e ss.

autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi."[49]

Negar à defesa o acesso às provas que fundamentam a acusação é, portanto, *entorpecimento do direito à defesa*,[50] ou, como especifica Pisani *et al.*, "*tutte le volte che in questo diritto non è garantito, viene chiaramente compromesso il diritto di difesa*".[51]

Por outro lado, sequer se pode argumentar que a prova pode ser indeferida; aliás, pode, e é por tal motivo que Germano Marques da Silva,[52] após concluir que "*na perspectiva do argüido o direito à prova é uma conseqüência de seu direito à defesa*", diferencia bem a questão quando afirma os raríssimos casos em que a produção de uma prova pode ser indeferida: (a) quando a prova é irrelevante em relação ao *thema probandi*; (b) quando a prova é inadequada a demonstrar o que se pretende; e (c) quando a prova é impossível de ser obtida.[53] Daí por que a jurisprudência pátria tem reconhecido (de forma um tanto quanto relutante) o direito à produção de provas em toda fase do processo:

"*Em sede de processo penal, as provas requeridas na fase das alegações escritas (CPP, art. 395), desde que admitidas em direito e pertinentes à materialidade e à autoria do fato criminoso, não podem ser indeferidas pelo Juiz, sob pena de desrespeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório.*"[54]

49. CORDERO, F.. *Guida...*, pp. 51/52. Tradução livre: "A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policialesco, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamemo-los 'primado das hipóteses sobre os fatos': quem indaga segue um deles, às vezes com olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem este trabalho estimula cautelarmente a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele quem as coloca na mesa, aponta para a 'sua' hipótese."

50. CARRIÓ, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal.* 4ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 88.

51. PISANI, M. *et al. Manuale di procedura penale.* 4ª ed. Bologna: Monduzzi, 1996, p. 215.

52. SILVA, G. M. *Op. cit.*, vol. II, p. 97.

53. SILVA, G. M. *Op. cit.*, vol. II, p. 99.

54. STJ, HC 9.523/PB, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 5.03.2001, p. 237.

"*Existe constrangimento ilegal oriundo do indeferimento de diligência requerida na fase do art. 499 do C. Pr. Penal, se esta é necessária à busca da verdade real, podendo levar o cerceamento da defesa à nulidade da sentença.*"[55]

"*1. O indeferimento da diligência requerida poderá implicar em limitação à tese defensiva a ser apresentada em alegações finais, ensejando eventual nulidade do processo por cerceamento de defesa.*

2. Havendo situação duvidosa quanto à prescindibilidade da prova pericial requerida pela defesa, impõe-se a realização da diligência em tela, em atenção aos princípios da ampla defesa e da busca da verdade real.

3. Ordem concedida."[56]

Ao fim e ao cabo, chega-se ao caso concreto, com uma nova síntese dos fundamentos da imputação.

Em primeiro lugar, a acusação é fundada sobre o reconhecimento de uma ossada e nas roupas encontradas com ela. Em segundo lugar, a acusação é fundada sobre as investigações, mormente por conta das conclusões a que a autoridade policial chegou após ouvir as conversas telefônicas interceptadas mediante autorização judicial. Em terceiro lugar, a acusação é fundada sobre o depoimento de Flávio de Oliveira, testemunha de ouvir-dizer do Juízo.

Quando do indeferimento do primeiro requerimento (*apresentação das roupas encontradas com a ossada*), até se poderia dizer que se estava a provar o evidente, pois, como dizia Manzini, "*probar lo evidente es algo, no sólo superfluo, sino estúpido, por lo menos para el derecho*",[57] mas não. Antes, tentava-se efetuar *contraprova* (como bem define Massimo Nobili[58]), ou *prova de descarga* (como

55. TRF da 3ª Região, HC 2002.03.00.029587-0, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, *DJU* de 14.11.2002, p. 460.

56. TRF da 4ª Região, HC 2000.04.01.124258-9, Rel. Des. Fed. Ellen Gracie, *DJU* de 13.12.2000.

57. MANZINI, Vincenzo. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: EJEA, 1952, Tomo III, p. 205.

58. NOBILI, Massimo. *La nuova procedura penale*. Bologna: Editrice Bologna, 1989, p. 125.

a define Julio Maier[59]), a algo que é sustentáculo da própria acusação; e da defesa, uma vez que poderia excluir, em absoluto, a responsabilidade da cliente do Consulente, uma vez que a ela não foi dado o direito de se contrapor aos elementos apresentados contra si. Não é preciso ir longe para o raciocínio: basta pensar na hipótese de uma acusação por estelionato, na modalidade de falsificação de assinatura e na improvável (?) negativa de apresentação do documento em que foi lançada aquela falsificada. Não é plausível a negativa, exceto se se pensar num labor acusatório de um órgão que não possui atribuições para tanto.

Afinal, decorrência lógica do princípio da ampla defesa é que deve existir contraditório no processo penal, como é despiciendo discutir. "*O princípio tem grande importância. Desde logo porque se as provas hão-de ser objecto de apreciação em contraditório na audiência, fica excluída a possibilidade de decisão com base em elementos de prova que nela não tenham sido apresentados.*"[60] Necessitam ser apresentados, por fim, para que sejam corroborados, tal qual o princípio impõe e a *corroboration rule*,[61] como os estadunidenses a conhecem, seja respeitada.

O mesmo se pode dizer de todos os outros requerimentos apresentados durante a sessão de julgamento, quais sejam, (a) a apresentação da decisão que deferiu a interceptação telefônica e (b) a oitiva de Flávio de Oliveira (o que ouviu dizer) em plenário.

Sobre o primeiro aspecto, chega a ser despiciendo discutir em face da regra do art. 93, IX, da CF/88: nenhum ato é secreto e todos eles podem ser contestados. Todavia, para serem contestados precisam ser conhecidos! Ora, novamente, não é preciso ir muito longe para se avaliar o prejuízo que a defesa sofre quando lhe é impedido o acesso a uma decisão que é a verdadeira pedra fundamental da investigação que culminou com a peça acusatória.

59. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 587.

60. SILVA, G. M. *Op. cit.*. Lisboa: Verbo, 1993, p. 38.

61. LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 200.

Sobre o testemunho de Flávio de Oliveira, a regra é simples, mas novamente já experimentada pelo sistema estadunidense, como referida por Manuel da Costa Andrade:[62] *hearsay evidence is no evidence*,[63] conforme o precedente em Ohio v. Roberts (488 U.S. 56, 1980), corroborado por United States v. Inadi (475 U.S. 387, 1986), já após William H. Rehnquist, um Republicano conservador, ter assumido como Presidente da Suprema Corte no dia 26.09.1986, cargo em que se encontra até hoje. A defesa, com tal prova proscrita, fica impossibilitada de contraditar o "testemunho" ora apresentado, vez que decorre de uma origem só: aquele que disse o que o outro ouviu dizer, transformando o processo em uma grande maledicência, onde o principal prejudicado é o acusado.

Posto isto,

À vista de tudo que foi exposto e debatido, não hesito em responder aos quesitos formulados pelo i. Consulente da forma que segue:

Primeiro: sim.

Segundo: são três as nulidades, todas afetando o princípio constitucional da ampla defesa e, de conseqüência, com reflexos no devido processo legal, que se vê viciado, consistentes no indeferimento das diligências requeridas pela defesa em plenário. A conseqüência de todas as nulidades é a própria nulidade absoluta da sessão de julgamento de M. S. B. B., realizada pelo Tribunal do Júri da Comarca de Xanxerê.

É o parecer.

62. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 161.

63. Tradução livre: "*prova de ouvir-dizer não é prova*".