ISSN 1415-5400

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS



51

novembro-dezembro de 2004

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 12 n. 51 novembro–dezembro de 2004

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
Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0001-52

Centro 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 2003/2004

Diretoria executiva

Presidente
Marco Antonio Rodrigues Nahum

1º Vice-Presidente
Maurício Zanoide de Moraes

2º Vice-Presidente
Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1º Secretário
Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2º Secretário
Sérgio Mazina Martins

1º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

2º Tesoureiro
Benedito Roberto Garcia Pozzer

Comissões especiais

Convênios
Mariângela Lopes Neistein

Estudos e Debates
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

História
Tadeu Antonio Dix Silva

Monografias
Carmen Silvia de Moraes Barros

Seminário Internacional
Theodomiro Dias Neto

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Franciele Silva Cardoso
Celso Eduardo Faria Coracini

Boletim
Carlos Alberto Pires Mendes

Cursos
Juliana Sinhorini Nahum

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Internet
Heloísa Estellita

Relações Internacionais
Tatiana Viggiani Bicudo

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Theodomiro Dias Neto

Iniciação Científica
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Pós-Graduação
Alvino Augusto de Sá

Redes Internacionais
Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas
Alessandra Teixeira

Coordenadores estaduais

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), Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Heloisa Estellita (DF), João Guilherme Lages Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Liliane Cristina de Oliveira (MG), 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).

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

publicacoes @ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Diretoria da Revista

Diretor
Theodomiro Dias Neto

Diretoras Adjuntas
Juliana Garcia Belloque e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Conselho Diretivo da revista:

Adauto Alonso S. Suanes, Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alexandre Wunderlich, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Araujo da Silva, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, 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, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho, Mario Sergio Sobrinho, Maurides de Melo Ribeiro, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Maurício Genofre, Roberto Soares Garcia, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Tatiana Viggiani Bicudo.

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, 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, Iñaki Rivera Beiras, 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 Martínez Sánches, 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. 52 – janeiro-fevereiro – 2005

A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro

André de Almeida Panzeri

Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal

Daniel R. Pastor

Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal

Enrique Bacigalupo

Sistema penal e publicidade enganosa

Maria Lúcia Karam

Sumário

1. Direito Penal

Derecho penal de enemigo *vs.* derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad 9
Alejandro Aponte

Tiempo de pena, tiempo de vida – Reflexiones sobre la prisión perpetua de menores 44
Ana Messuti

Tendencias actuales de la justicia restauradora 67
Elena Larrauri

Os crimes econômicos na sociedade de risco 105
Flavia Goulart Pereira

Error de hecho. Error de derecho, error de subsunción 132
Ingeborg Puppe

Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa 190
Manuel Cancio Meliá

Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs 207
Tatiana Machado Corrêa

2. Processo Penal

A identificação humana por DNA pode substituir a identificação humana por impressão digital 237
Luiz Carlos Garcez Novaes

3. Crime e Sociedade

Segurança pública, polícia e violência policial. Perspectivas diante do endurecimento penal 253
Luís Antônio Francisco de Souza

Juez, Institución e ideología 289
Luis Fernando Niño

Latinoamérica como referente material para la construcción de la Sociología Jurídico-Penal: el legado del profesor Baratta 303
Mauricio Martínez Sánchez

4. O Direito em Ação

4.1 Jurisprudência Comentada

Algunas cuestiones legislativas y jurisprudenciales respecto de la discriminación en derecho penal español 321
Andrea Acuosto

O direito à vida e os casos de anencefalia 344
Claudio Lemos Fonteles

4.2 Ementário de Jurisprudência 354

Roberto Delmanto Junior e Fabio Machado de Almeida Delmanto

5. Índice alfabético-remissivo 401

Normas de publicação 408

Derecho penal de enemigo *vs.* derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad*

Alejandro Aponte

Doctor en Derecho Penal de la Universidad del Saarland en Saarbrücken, Alemania. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Javeriana en Bogotá. Asesor y consultor de Agencias Nacionales e Internacionales.

Sumario: Presentación – A. El derecho penal "eficientista" como derecho penal de enemigo – 1. Crítica de Günther Jakobs a un modelo de derecho penal basado en la enemistad – 2. Tensiones entre dogmática penal y política criminal: de nuevo el problema de la posible fundamentación de la sanción penal – 3. La absoluta intangibilidad de los bienes jurídicos: una pretensión político-criminal equivocada – 4. Expansión actual del

* El texto que se presenta, constituye un núcleo fundamental del estudio emprendido por el autor en su tesis doctoral, dirigida por el Prof. Alessandro Baratta y que ha sido publicado en el mes de marzo de 2004 por la editorial Nomos en Alemania, bajo el título: *Krieg und Feindstrafrecht.* Überlegungen zum 'effizienten' Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien (Guerra y derecho penal de enemigo: reflexiones alrededor del derecho penal eficientista de enemigo en el caso colombiano). El libro ha sido publicado a instancia del Instituto Max-Planck para derecho penal extranjero e internacional de la ciudad de Friburgo, bajo la coordinación de su director de muchos años, Albin Eser, actual juez del tribunal *ad hoc* especial para la antigua Yugoslavia, y del Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck, en el marco de la colección "Estudios de derecho comparado sobre la ciencia penal integrada".

paradigma del enemigo: la desmesura de la prevención – 5. Derecho penal de enemigo *vs.* derecho penal del ciudadano: el delincuente juzgado dentro del pacto social – 6. De la "ciudadanía" como condición esencial para construir la figura del sindicado – B. El derecho penal de enemigo y el futuro del derecho penal: un debate internacional que apenas comienza – 1. Günther Jakobs: entre una visión liberal y una visión autoritaria del derecho penal – 2. Desinstitucionalización de la sanción penal: los peligros de la ilegalidad – 3. ¿Quién es el enemigo en un derecho penal funcionalizado por la guerra? – 4. De nuevo: la importancia del "ciudadano" como "persona" para el derecho penal – 5. El derecho penal de enemigo y el carácter absoluto o relativo del enemigo – 6. Derecho penal de enemigo y legislación penal internacional – C. Excurso: "ciudadanía" e impunidad – 1. La impunidad: un problema estructural y generalizado por fuera del ámbito derecho – 2. Principio de confianza y derecho penal: condiciones previas al funcionamiento del derecho – 3. Estabilización contrafáctica de expectativas de conducta e impunidad – 4. La "persona" como sujeto de imputación normativa.

Resumen: En el presente trabajo se estudia la evolución del concepto de derecho penal de enemigo en el pensamiento de Günther Jakobs. El trabajo analiza diversos trabajos de Jakobs, aborda las tensiones dentro del autor, los cambios de puntos de vista, los cambios en la concepción política y lo hace en perspectiva, de tal manera que evita caer en la polarización que es hoy frecuente alrededor de un penalista polémico como es Jakobs.

Palabras-clave: derecho penal de enemigo; derecho penal del ciudadano; derecho penal político; derecho penal de emergencia; eficientismo penal.

Presentación

Günther Jakobs es sin duda un penalista polémico; es un filósofo del derecho penal que se ha propuesto renovar el discurso dogmático-penal con base en consideraciones tomadas de la sociología –no sólo de la sociología sistémica– y en general, de posturas filosóficas, jurídicas y sociológicas, ellas mismas polémicas. Polémica es por ejemplo su interpretación de Niklas Luhmann, frente

a la cual el sociólogo expresó su desconocimiento y en todo caso, frente a la cual expresó algo de indiferencia.[1] Polémica es sobre todo su visión funcionalista del derecho penal y la legitimación del mismo a partir de nuevas funciones de la pena, como es la búsqueda de afirmación de la estructura social vigente, o la afirmación de la validez contrafáctica de la norma abstracta, más allá de la defensa de cualquier bien jurídico; más aún, lo es, su filosofía de la fidelidad ciudadana al derecho. Aunque él mismo no lo haga de una manera directa, los problemas para el derecho penal garantista, derivados de la adopción de los denominados "delitos de deber" o de normas centradas en la fidelidad al derecho, son hoy en día una realidad incuestionable, y su teoría puede ser utilizada para fundamentar y legitimar este tipo de normas penales contrarias a una visión garantista.

No obstante lo anterior, Jakobs es un penalista supremamente rico y en la complejidad de su postura, también pueden hallarse signos de defensa clara de un derecho penal garantista; en todo caso, en su gran esceptismo, cada vez más notorio, acerca del supuesto papel positivo del derecho penal en relación con fenómenos que es necesario revisar hoy con especial atención, como es el caso de las posibilidades de superación del pasado a través de la norma penal o de los alcances de la justicia penal internacional, puede servir de ayuda para defender un derecho penal no funcionalista y autoritario. Muy especial consideración, en este sentido, merece su posición en torno del denominado derecho penal de enemigo. Es hoy lugar común entre los críticos de Jakobs, situarlo como un defensor de ese modelo autoritario de derecho penal, después de sus consideraciones adelantadas

1. En una entrevista personal del autor de este escrito con Alessandro Baratta, en la sede del Instituto para Derecho y Filosofía Social de la Universidad del Saarland en Alemana, en el verano de 1997, éste se refirió a una conversación con Niklas Luhmann en la cual el creador de la teoría de sistemas, le expresó su total desconocimiento de la incorporación de su teoría al modelo funcionalista de Jakobs. De otra parte, el profesor de derecho penal y filosofía del derecho, de la misma universidad, Heinz Koriath, también en entrevista personal con el autor de este escrito, de manera muy crítica e irónica se refirió a la supuesta "fidelidad" de la adopción, por parte de Jakobs, de la teoría de Luhmann. De manera general se puede afirmar que existe un escepticismo en los conocedores de Niklas Luhmann, acerca no sólo de la fidelidad, sino de los alcances y contenidos de la interpretación que de Luhmann hace Jakobs.

en el Congreso celebrado en Berlín en el año de 1999 sobre los desafíos hacia el futuro para la ciencia del derecho penal, en el cual Jakobs estuvo en el centro de la polémica.[2] (No se puede olvidar, no obstante, que Jakobs fue en su momento, en todo caso, uno de los críticos más agudos del modelo de derecho penal de enemigo).

El texto presentado al Congreso por parte del Profesor Jakobs, no sólo es polémico, sino que sirve a los críticos con razón para ser tan duros con el autor. Sin embargo, el trabajo hay que contextaulizarlo, es necesario compararlo con otros textos escritos en varios años por Jakobs, de tal manera que se puede abordar el pensamiento del autor en dimensiones más justas. El presente trabajo pretende ser un aporte en esa dirección. Pero no se trata tan sólo de hacer una análisis de la postura de Jakobs en torno al derecho penal de enemigo, se trata también y particularmente, de aprovechar la discusión para trabajar este concepto en el caso colombiano y enriquecer la reflexión del mismo Jakobs, con un acercamiento claro a nuestro caso. Para el presente ejercicio, básicamente se contrastarán dos textos principales de Jakobs, el uno presentado en el Congreso de profesores alemanes en el año de 1985, y el texto reseñado presentado en Berlín en el 1999. Además, se reseñarán y trabajarán otros textos escritos por el autor, que ayudan a interpretar mejor su postura alrededor de este tema especialmente polémico.

A. El derecho penal "eficientista" como derecho penal de enemigo

1. Crítica de Günther Jakobs a un modelo de derecho penal basado en la enemistad

Günther Jakobs, en un trabajo muy importante presentado al Congreso de Profesores alemanes de derecho penal celebrado en Frankfurt en 1985, analiza

2. Las ponencias del seminario están recogidas en el texto: Albin Eser; Winfried Hassemer; Björn Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendenwende.* Rückbesinnung und Ausblick. Berlin, 2000. El texto se encuentra en proceso de traducción al idioma castellano, por parte de la editorial Marcial Pons de España.

la noción de "derecho penal de enemigo", en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la "la criminalización en el estadio previo a una lesión" del bien jurídico.[3]

No se trata aquí de ahondar en el estudio de las consecuencias, que al interior del sistema dogmático penal, produce la criminalización del denominado "estadio previo", como punto de partida utilizado por Jakobs.[4] Tampoco se trata de un análisis detallado acerca de las implicaciones de su estudio desde el punto de vista de la función del tipo penal o del impacto de la teoría de la integración-prevención como fundamento de la pena.[5] Se trata, en este momento, de desentrañar las consecuencias más globales del concepto de derecho penal de enemigo elaborado por Jakobs, de tal manera que se pueda entender mejor la polémica postura del autor, al mismo tiempo que se trata aquí de profundizar en los contenidos de este concepto y en observar su impacto en el caso colombiano. Como punto de partida genérico, es ello posible además, ya que también en Colombia la criminalización del estadio previo constituye una tendencia, particularmente en el derecho penal de la emergencia, en cualquiera de sus múltiples versiones: justicia sin rostro, legislación especializada contra el crimen organizado, o legislación antiterrorista.

3. Günther Jakobs. "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung". *ZStW* 97, 1985. p. 751.

4. Un estudio detallado al respecto, en: Otto Lagodny, *Strafrecht von der Schranken der Grundrechte*, Tübingen, 1996.

5. Ver, a propósito, el trabajo del Prof. Alessandro Baratta sobre este punto, pionero en el debate con Jakobs y que ha sido leído en América Latina incluso antes de ser leído el mismo Jakobs. Baratta. "Integration-Prävention. Eine systemtheoretische 'Neubegründung' der Strafe". *KrimJ* 2/132-148, 1984. En una entrevista personal del autor de este escrito con Günther Jakobs, en el contexto del Congreso de profesores de derecho penal alemán, celebrado en Rostock en mayo de 1995, Jakobs reconoció que la crítica hecha por Baratta en este trabajo, era la de mayor alcance que se le había hecho a su teoría hasta el momento. El texto se encuentra en español y ha sido editado por varias revistas en América Latina.

2. Tensiones entre dogmática penal y política criminal: de nuevo el problema de la posible fundamentación de la sanción penal

Es su trabajo, Jakobs parte de la base de la inexistencia de un desarrollo dogmático coherente en Alemania que permita enfrentar las tendencias a la criminalización del estadio previo. Su crítica general al estado de la dogmática penal en este punto, pasa por la crítica al Abs. 2 del § 30 del StGB. (Segundo inciso del artículo 30 del Código Penal alemán). El autor encuentra que existe una contradicción entre principios generales del StGB y el Abs. 2 mencionado. Éste, referido a la "Tentativa de participación", y luego de que en el primer inciso se establece que a "quien intente persuadir a otro a cometer un crimen o instigarlo a ello, será castigado conforme a las disposiciones relativas a la tentativa del crimen (...)", señala que "del mismo modo será castigado quien se declare dispuesto, quien acepte el ofrecimiento de otro, o quien concierte con otro para cometer un crimen o lo instigue a ello".

Para el autor, en el contexto del Código Penal, "el concepto de consumación es un concepto apenas formal".[6] Ello significa que la "consumación se orienta a la formulación del tipo, no a criterios materiales, y en correspondencia con ello resulta materialmente inseguro determinar ya en términos generales qué es el estadio previo".[7] De allí por qué se critica una inconsistencia que no es sólo dogmática, sino político-criminal: "en casi todos los comentarios de la parte general del StGB se califica la delimitación de la tentativa punible como un postulado de primer rango del Estado de Derecho". Hecho que contrasta, con las pocas frases –que Jakobs califica como "obligadas"– dedicadas dentro del

6. Se cita aquí la versión española: Günther Jakobs, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", *Fundamentos del derecho penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1996, p. 182.

7. Ídem, ibídem.

Código, a la efectiva delimitación de la tentativa. Conclusión: hay una gran "carencia de principios" en esta materia.[8]

3. La absoluta intangibilidad de los bienes jurídicos: una pretensión político-criminal equivocada

Sin embargo, más allá de las consideraciones de tipo dogmático, aquello que a juicio de Jakobs permite una anticipación de la punibilidad, es una concepción errada del principio de la protección a los bienes jurídicos. Es errado, a su juicio, creer que la posibilidad de una integración social se obtiene a través de la relevancia radical otorgada al principio de protección de los bienes jurídicos. Según el autor, el citado principio de protección, "induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico. Lo que con razón se puede calificar como un ataque peligroso a un bien jurídico tiene que ser, según parece, socialmente nocivo, si se intenta definir el estado de integridad de la sociedad por la intangibilidad de los bienes jurídicos".[9] No acepta una relación entre integridad social y preservación a ultranza de los bienes jurídicos.

Dicha protección a ultranza, a costa de principios caros al derecho penal, hace que la clásica formulación de la antinomia, por parte de Liszt, acerca de cómo el derecho penal surge desde el primer momento en una situación de crisis –pues constituye aquel modelo de orden jurídico que "busca la protección de bienes jurídicos, mediante la lesión de bienes jurídicos"– se resuelva radicalmente a favor de la protección de los bienes jurídicos.[10] La intervención penal se hace extrema

8. *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 183. Una reconstrucción dogmática de la teoría de la tentativa, en el contexto de la teoría del ilícito en Jakobs, a partir del texto que se estudia y con énfasis en los giros producidos en Jakobs a partir de su visión de la "Kriminalisierung des Vorfelds", in: Marcelo Sancinetti, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa.* Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, Bogotá: Temis, 1995, p. 32 y ss.

9. Ídem, ibídem, p. 184.

10. Liszt apud Michael Baurmann, en su texto: "Strafe im Rechtsstaat". In: Michael Baurmann; Harmut Kliemt (Editores). *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat.* München, 1990. p. 109.

y el delincuente deja de ser concebido como sujeto portador de una *esfera de derechos* que deben permanecer protegidos frente a la acción penal. Señala así Jakobs, en esta dirección: "tomar como exclusivo punto de partida el bien jurídico, conduce sin duda al desbordamiento, porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva, la esfera jurídica del autor".[11]

El sujeto activo de la conducta, observado específicamente desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, "viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro".[12] El sujeto activo pierde así su esfera privada, su esfera de libertades, derechos y garantías, y es concebido tan sólo como fuente de peligro. El autor se convierte así, en consecuencia, en un "enemigo del bien jurídico".[13]

4. Expansión actual del paradigma del enemigo: la desmesura de la prevención

El fenómeno reseñado, expresa el proceso, hoy generalizado, de expansión de lo que podría llamarse el *paradigma del enemigo*. La persona se juzga en virtud de lo que es o de lo que se cree que es; se le juzga con base en su peligrosidad, que se estima además que le es inherente, más que por aquello que efectivamente ha cometido.[14] Ello puede causar además la paradoja de que por ejemplo, "el asesinato de una persona le interesaría al derecho penal, sobre todo, como un hecho de inseguridad social y de peligro, y no como la desaparición de una vida individual que es necesario preservar".[15]

11. Günther Jakobs. "Criminalización...", cit., p. 184.

12. Ídem, ibídem, p. 185.

13. Ídem.

14. Luigi Ferrajoli. *Diritto e ragione*. Bari, 1990. p. 858 y ss.

15. Wolfgang Naucke. "Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht". *KritV*, 1993. p. 139. Cuaderno 1.

A partir de la relevancia absoluta de la "amenaza" como criterio central para la intervención penal, se desestructura incluso la relación entre los propios ciudadanos: existe el riesgo de imponerse socialmente una lógica de la enemistad: "En este esquema el ciudadano es concebido más como un menor de edad, él mismo no puede diferenciar lo que es bueno o malo para él o para otros; de esa diferenciación lo desea preservar el Estado mediante la amenaza de castigo frente a otros –los 'enemigos'"–.[16] El "otro" es siempre un enemigo potencial. Así, "no es el ciudadano libre capaz de respetar el derecho el que subyace a la prescripción penal, es la peligrosidad de las personas la que entonces, y más allá de toda discusión abierta, lleva a la limitación de las formas jurídicas".[17] Se trata, en términos generales, de la consolidación paulatina del paradigma de la prevención como paradigma dominante en el sistema del derecho penal. "Del castigo como represión nace la reacción diferenciada como prevención: de la represión del injusto a la prevención del peligro", subraya con acierto Wolfgang Naucke.[18] Hoy en día, ciertamente con gran velocidad, se consolida el paradigma de la prevención; se trata de una nueva manera, más sofisticada, del panoptismo social: el nuevo lenguaje del panóptico es el del enemigo.

5. Derecho penal de enemigo *vs.* derecho penal del ciudadano: el delincuente juzgado dentro del pacto social

"A la definición del autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos del peligro, si bien esto podría

16. Peter-Alexis Albrecht. "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat". *KritV*, 1988. p. 182-209. Cuaderno 3.

17. Dencker, apud Albrecht. Op. cit., p. 202.

18. Naucke. *KritV*, 1993, loc. cit., p. 145.

no ser oportuno en el caso concreto, se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano".[19] Así contrapone Jakobs al derecho penal de enemigo, un derecho penal del ciudadano. De acuerdo con éste, "el autor no sólo ha de ser considerado potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido, también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control".[20] Para Jakobs, el ciudadano es, ante todo, portador de una esfera de derechos que se ve amenazada con la anticipación del estadio previo. (Lo importante es entender en todo caso que dicha esfera se ve amenazada, de manera general, por un derecho penal de enemigo: el problema de la anticipación, la desestructuración de la lógica dogmática de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo penal, es apenas un ejemplo de la actuación de este modelo de derecho penal. Lo que sucede es que el ejemplo es especialmente ilustrativo, sobre todo por la invasión del fuero interno: debe recordarse lo que ha costado en la historia del derecho penal y del derecho público, la preservación del fuero interno).

Jakobs plantea el problema de la esfera interna que debe ser irrelevante para el derecho penal, en los términos de la tensión entre la protección de los bienes jurídicos y el fuero interno, que es definido por el autor como *cogitationis poenam nemo patitur*. Esta frase es tan sólo la concreción "del principio general de que los asuntos exclusivamente internos de un sujeto, no pueden constituir una perturbación social. *De internis non judicat praetor*".[21] Jakobs en muy claro: "Cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto; sin su ámbito privado el ciudadano no existe".[22]

19. Günther Jakobs. "Criminalización...", cit., p. 185.
20. Ídem, ibídem.
21. Ídem, p. 189.
22. Ídem, p. 188.

6. De la "ciudadanía" como condición esencial para construir la figura del sindicado

El autor insiste en la noción de ciudadanía. Ésta no es vista desde el punto de vista de los principios del derecho público o penal. Es mirada desde un punto de vista histórico-normativo: sin la construcción de ciudadanía no puede funcionar el derecho; éste es un aspecto claramente tomado de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, y Jakobs lo afirma en una perspectiva garantista. Una intromisión del Estado en la esfera privada contribuye o sirve, seguramente, "a la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección tiene que ceder el autor una parte de su esfera interna".[23] La disminución de la calidad de sujeto y de la calidad de ciudadano, "pertenece a un derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del derecho penal del ciudadano". Mientras el derecho penal de enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, el derecho penal del ciudadano "optimiza las esferas de la libertad".[24]

La realización del principio de libertad se coloca en el centro de la tensión entre un derecho penal de enemigo y un derecho penal del ciudadano. Este modelo de derecho penal, al considerar de manera general al ciudadano como un sujeto de derechos con una órbita privada que no puede ser invadida, presupone el hecho central para el presente escrito, de tener que ser el delincuente juzgado *dentro del contrato social*: es decir, juzgado en el marco general de los derechos y las garantías establecidas para su juzgamiento, tanto a nivel constitucional –y de allí en concordancia con los instrumentos internacionales– como a nivel legal.

A esta misma conclusión se llega también, cuando en el marco del análisis de la actuación de un derecho penal de enemigo, se encuentra que la tendencia eficientista en él explícita, es "anacrónica". De acuerdo con esto, ella "remite a un tiempo de la filosofía penal del derecho y teoría criminal política premodernas, que

23. Günther Jakobs. "Criminalización...", cit., p. 190.

24. Ídem, ibídem.

sólo percibía al criminal como el quebrantador de normas, como el 'extraño' del que había que deshacerse. La tradición moderna, al contrario, hilada dentro de la filosofía política de la época de las luces, estuvo en capacidad de justificar los derechos humanos y del ciudadano como fundamentos de derecho penal y derecho penal procesal, y permitir observar al criminal como partícipe del contrato social".[25]

B. El derecho penal de enemigo y el futuro del derecho penal: un debate internacional que apenas comienza

1. Günther Jakobs: entre una visión liberal y una visión autoritaria del derecho penal

En el Congreso celebrado en Berlín en octubre de 1999 y cuyo tema se relacionó con los nuevos desafíos surgidos para la ciencia del derecho penal alemán y continental frente al nuevo milenio, se presentó una importante discusión en torno a la exposición presentada por Günther Jakobs, especialmente en relación con su concepción actual del derecho penal de enemigo. El debate ha sido reseñado en publicaciones posteriores y ha ocupado la atención de la ciencia penal en el momento.[26]

25. Winfried Hassemer. "Das Schicksal der Bürgerrechte im 'effizienten' Strafrecht". *StV* 7/329, 1990. Quizá no sea hoy "anacrónico", en la época actual del derecho penal eficientista, y en la época "postmoderna" (que paradójicamente puede instaurar sistemas penales pre-modernos), pensar aún en la opción tomada por Liszt, al concebir al "Código Penal la *magna Charta* del criminal". Franz von Liszt. "Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts". *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, (1892-1904), Berlin, 1905, t. II, p. 75-93. Al fin y al cabo, y pese a la inmensa criminalidad existente en un país como Colombia, y a la impunidad alarmante que ha llevado a crear modelos de derecho penal de enemigo, en este país no se ha vivido aún la etapa de un derecho penal de carácter moderno e ilustrado: las tendencias eficientistas tiene lugar antes de haberse ensayado consistentemente el modelo del derecho penal liberal clásico.

26. Entre otros: Bernd Schünemann, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", *GA*, 2001, p. 205-225; Lorenz Schulz, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende". Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum 'Feindstrafrecht', *ZStW* 112/653-664, 2000, cuaderno 3; Albin Eser, "Schlußbetrachtungen", in: Eser; Hassemer; Burkhardt (Editores), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, loc. cit., 2000, p. 445-448.

Además de ser importante reseñar las tensiones internas de la postura de Jakobs, es importante estudiar los aspectos centrales del debate, para profundizar la reflexión sobre el caso colombiano, especialmente porque en este país, día a día se agravan las consecuencias derivadas del funcionamiento cotidiano del derecho penal de enemigo.

Pero también la discusión alemana puede enriquecerse en este punto particular, a partir de la comparación con el caso colombiano, en la medida en que en este país es la *guerra*, como hecho fáctico incuestionable, la que le da contenido al concepto de derecho penal de enemigo. En relación con ello es supremamente rico nuestro derecho público interno que, frente al atavismo de la guerra, se ha visto forzado desde el siglo XIX a buscar toda clase de caminos para salirle al paso al conflicto armado que justamente por principio se encuentra situado por fuera del ámbito del derecho.

En el caso de Jakobs, es justamente este problema de la guerra, uno de los aspectos novedosos de la postura del autor sostenida en el Congreso en Berlín. Para él, en el concepto mismo de derecho penal de enemigo, está incluida la "guerra", "mientras que el carácter limitado o total de ésta, depende de cuánto se le ha de temer al enemigo".[27]

En la primera exposición de su concepto de derecho penal de enemigo, durante el Congreso de 1985, e incluso en exposiciones posteriores en las cuales Jakobs se refiere al tema, el autor no hace alusión a la guerra: él hacía alusión, como se ha visto, a una tendencia en Alemania por criminalizar el estadio previo, a partir de normas que desconocen que el sindicado es un *ciudadano*, con un núcleo de derechos intocable. Esta tendencia se identificaba, críticamente, con las tendencias político-criminales derivadas por ejemplo de la lucha contra el crimen organizado, pero el autor no se refería explícitamente a la guerra. (Es importante aclarar

27. Günther Jakobs, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (*Kommentar*)", in: Eser; Hassemer; Burkhardt (Editores), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, loc., 2000, p. 53.

que el lenguaje de la confrontación armada radicaliza cualquier posición y es precisamente este lenguaje el que hoy en día se expande en el mundo peligrosamente).

En este nuevo trabajo Jakobs afirma, en un tono casi trágico y luego de referirse a la guerra, que "esto suena chocante y ciertamente lo es, ya que se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, que contradice la equivalencia entre razonabilidad y personalidad".[28] A su juicio, "el derecho penal cambia de ser una reacción de la sociedad contra el acto de uno de sus miembros, a convertirse en una reacción contra un enemigo".[29] Como consecuencia inevitable, advierte entonces Jakobs: "Por esto frente a un derecho penal de enemigo no existe hoy una alternativa visible".[30] En ese mismo tono trágico concluye: "El derecho penal de enemigo sigue otras reglas que un derecho penal propio del Estado de Derecho".[31]

El autor reseña numerosos casos en los cuales se manifiesta este tipo de derecho penal especial en Alemania, como por ejemplo tedas aquellas situaciones en las cuales, como lo subrayó en su trabajo del 85, se anticipa la punibilidad, "es decir, el cambio de perspectiva de la producción efectiva del hecho, por el castigo al hecho que se iría a producir, siendo ejemplificadores los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas (§§ 129, 129.ª StGB)". Jakobs destaca un número significativo de normas que componen la denominada "lucha contra la criminalidad económica", la "ley contra el tráfico ilegal de drogas y otras formas de la delincuencia organizada"; reseña normas de la legislación sexual y de manera muy particular, destaca medidas que conforman el proceso ascendientes de "supresión de garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye actualmente el ejemplo clásico".[32] (Huelga decir que en el caso colombiano, salvo los delitos sexuales que, al contrario, puede decirse

28. "Das Selbstverständnis...", cit., p. 53.
29. Ídem, ibídem, p. 51.
30. Ídem, p. 53.
31. Ídem, p. 51.
32. Ídem, p. 51-52.

que no obtienen del Estado una atención acorde con su gravedad, tenemos toda la gama posible de normas que Jakobs reseña para el caso alemán, desde luego exacerbadas en su número y peligrosidad para los derechos y las garantías, ineficaces en la práctica, con efectos apenas simbólicos y con costos sociales y políticos aún poco calculados).

2. Desinstitucionalización de la sanción penal: los peligros de la ilegalidad

Jakobs, luego de establecer que se trata de un modelo de "derecho" que sigue reglas diferentes, aclara sin embargo, que frente al derecho penal de enemigo, "para nada se ha decidido si aquél, una vez se ha indagado en su concepto, se revela como auténtico derecho".[33] Es decir, constata la posibilidad de que dicho modelo sea simplemente una reacción arbitraria, una mera respuesta estatal de hecho. Se trataría de aquello que se puede denominar como *desinstitucionalización* de la función de derecho penal. En el caso colombiano, esto es claro: existen múltiples normas que desde el derecho penal, material y procesal, acarrean el peligro de convertir la sanción penal en una sanción desinstitucionalizada. La amenaza del desborde penal es en ellas evidente; en la lucha contra la amenaza, el derecho penal se convierte, él mismo, en una gran amenaza.

Además de ser proclive a la desinstitucionalización, el derecho penal de enemigo, en el estudio de Jakobs, también puede concebirse como una forma institucional o institucionalizada de derecho, fundada empero en la *exclusión*. Por eso afirma el autor: "es verdad que el procedimiento para individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de la exclusión: los individuos son actualmente no personas".[34] En esa dirección y frente a la pregunta en todo caso por la consistencia jurídica e institucional del derecho penal basado

33. "Das Selbstverständnis...", cit., p. 51.

34. Ídem, ibídem, p. 53.

en la enemistad, Jakobs vuelve a constatar con un sentido trágico: "Es tarea aún recién iniciada de la ciencia, la de identificar las reglas del derecho penal de enemigo, y separarlas del derecho penal del ciudadano para, dentro de este último, insistir aun con mayor firmeza en el tratamiento del delincuente como persona".[35] Allí yace, según Jakobs, el "más importante desafío" de la ciencia penal en el siglo que comienza: ella tiene que alejarse de aquello que hoy en día, bajo el nombre de derecho penal, se construye como derecho penal de enemigo.

Allí radica, un poco oculto dentro del lenguaje intrincado del texto, un hecho fundamental de su posición: se constata un hecho trágico, que debe verbalizarse, que debe tematizarse. En eso tiene razón, siempre y cuando se entienda que tematizar no es legitimar. Esto es también claro: de lo contrario, una posición ambigua, legitima aquello que se pretende criticar, y obra en la práctica como actitud resignada ante el paso frustrante de la hiperinflación –en el caso colombiano, casi demencial y obsesiva– de estatutos antiterroristas, de legislaciones especiales, de legislaciones penales basadas en normas con efectos de exclusión irreversible, y de desinstitucionalización de la función penal.

Ahora bien, la constatación de un hecho trágico no puede ser considerada como una validación de ese hecho. En este sentido, sería injusto el gran reproche que se le ha hecho a Jakobs, de abandonar hoy una visión crítica que alguna vez tuvo y de pasar a validar un derecho arbitrario. Se ha citado aquí una frase clara: se debe insistir en el tratamiento del delincuente como ciudadano y no como enemigo.

Sin embargo, a pesar de poder ser eventualmente injusto el reproche, Jakobs es, como se ha advertido, en extremo ambiguo y esta actitud sí es criticable. Se trata de una ambigüedad ligada muchas veces a un lenguaje críptico e impenetrable: "Quien desea ser tratado como persona, por su parte, tiene que dar una garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si esta garantía no se presenta o si ella es denegada expresamente, el derecho penal se convierte (...) en una

35. "Das Selbstverständnis...", cit., p. 53.

reacción contra un enemigo".[36] En consecuencia, "en este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales– el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, y queda el interrogante de quién será visto como enemigo".[37]

3. ¿Quién es el enemigo en un derecho penal funcionalizado por la guerra?

Pero, en este contexto, surge una pregunta central: ¿cuál es el enemigo? Jakobs identifica al enemigo como aquél que "no sólo de manera casual en su comportamiento (el delincuente sexual, el antiguo delincuente habitual o peligroso –suprimido por la reforma del 25 de julio de 1969, en su ocupación profesional–, el que está inmerso en la delincuencia económica, en la delincuencia organizada y, especialmente, en el tráfico de drogas o en el antiguo concierto para cometer asesinato). Es decir, se trata de aquel que en forma presuntamente verdadera ha abandonado el derecho, que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de su comportamiento personal, y que lo manifiesta explícitamente con su conducta".[38]

Éste es quizá el punto más problemático de la formulación de Jakobs: parecería que para quienes no brinden una certeza cognitiva, se les puede aplicar el derecho penal de enemigo: esta posibilidad eventual, además de poderse deducir del texto que se estudia, puede derivarse también de una entrevista que ofreció el

36. "Das Selbstverständnis...", cit., p. 51. Jakobs está tomando prestadas aquí categorías de Luhmann. El problema que surge para comprender al autor, es que él trabaja bajo el supuesto de que todos conocen las categorías del sociólogo y el contexto particular en el que éstas se han desarrollado dentro de la Teoría de Sistemas. Pero ello no es así; de hecho, además, en el caso concreto que estudiamos, en el propio Luhmann es especialmente compleja la diferencia entre "expectativas normativas" y "expectativas cognitivas". De esta forma, cuando Jakobs se refiere a la existencia de individuos que no ofrecen "certezas cognitivas", los lectores quedan librados a la intuición, aunque ciertamente su significado puede extraerse del contexto general de la reflexión. No obstante, en estos temas, lo fundamental es alcanzar claridad y no dejar librado al lector a ejercicios de adivinanzas.

37. "Das Selbstverständnis...", cit., p. 52.

38. Ídem, ibídem.

autor en Colombia en marzo de 2002 durante un homenaje que se le hizo en este país. Jakobs fue preguntado acerca de si es posible una aplicación coherente de su teoría en un país como Colombia, cuando dicha teoría, comenzando por el hecho de que ella pretende basarse en un autor como Luhmann, está formulada en un principio para países con gran desarrollo en los cuales es eventualmente posible hablar de consensos culturales mínimos que subyacen al derecho. Se trata de consensos que pueden propiciar más fácilmente la existencia de individuos que ofrezcan certezas cognitivas, es decir, individuos que ofrezcan seguridad para el derecho, confiabilidad en la empresa de "estabilización racional de expectativas sociales", que es la función que Luhmann asigna al derecho.

Jakobs, a la pregunta formulada, contestó lo siguiente: "En un país desgarrado, en el que viven grupos con comprensiones normativas diferentes, no puede haber un derecho penal homogéneo debido a que los conceptos correspondientes de las personas no son homogéneos. Por eso, obligatoriamente, se tiene que llegar a la situación que yo denomino como la situación del derecho penal de enemigo. Con esto mi teoría, según mi concepción, produce algo importante: denomina exactamente la situación en la que un país desgarrado se encuentra, o sea en parte acuñado normativamente y en parte acuñado tan sólo cognitivamente".[39] No hay una garantía, por decirlo así, por parte de muchos actores, de respetar el derecho y de reconocer al otro como partícipe de ese respeto. Hay muchos actores, que de manera "duradera" han abandonado el derecho (se puede agregar: que nunca han estado dentro del derecho).

Prevalecen más las expectativas normativas que las cognitivas: reordenando la exposición de Jakobs y tratando de desvelar lo que quiere decir a partir de Luhmann, podría pensarse que hay individuos afincados por el derecho en un sentido puramente normativo-simbólico, pero sin arraigo verdadero en aquél principio de confianza sin el cual no puede funcionar el derecho socialmente. (Para

39. Entrevista ofrecida por Jakobs a Mauricio Martínez, en el contexto del homenaje ofrecido al autor por la Universidad Externado de Colombia, en marzo de 2002 en Bogotá.

esto hay que tener en cuenta que la esencia del derecho no es para Niklas Luhmann, como es el caso de Kelsen, la coercibilidad. Por eso aquello que uno podría denominar como principio de confianza, se hace tan fundamental).

En este caso, aunque también en la entrevista Jakobs es ambiguo, se puede hablar de una aplicación concreta del derecho penal de enemigo en un país con una crisis tan generalizada. No obstante, en relación también con el caso colombiano, el autor ha problematizado la noción de *persona*. Es decir, ha cuestionado incluso la existencia de "persona", tal como él la concibe con su interpretación particular de Luhmann: como un presupuesto para la existencia social del derecho como modelo de institucionalización racional de expectativas.[40] (A partir de este cuestionamiento, es posible relativizar la postura de Jakobs sobre la aplicación del derecho penal de enemigo: en la inexistencia de personas, en el sentido enunciado, habría responsabilidad del Estado; éste es el primer obligado e interesado en la existencia de personas como ciudadanos para el derecho).

4. De nuevo: la importancia del "ciudadano" como "persona" para el derecho penal

En un trabajo preparado por Jakobs en la misma época de la conferencia en Colombia, sin referirse necesariamente a este país, el autor ha sido más claro que en otros escritos en relación con su concepto de persona y del rol de ella en el mundo del derecho: "El derecho es una estructura de la relación de *personas*". En una sociedad, los ciudadanos deben jugar su rol como "personas fieles al derecho". Por eso pide que se cambie la formulación tradicional teórica imperativa de "no ocasiones un quebrantamiento de bien" por "no quebrantes tu papel como un ciudadano fiel al derecho".[41]

40. Esta es una observación que Jakobs ha hecho reiteradamente a autores colombianos en sus diversos viajes que ha hecho a Colombia.

41. Se trata de un trabajo de Jakobs escrito en marzo de 2002 y discutido en el marco de su homenaje en Colombia. Es un trabajo, al contrario de otros muy criticados del autor, bien escrito y muy claro.

Se trata del fundamento de su crítica del concepto del derecho penal como protección de bienes jurídicos: "El derecho penal garantiza la validez de las normas, no la protección de los bienes jurídicos".[42] Por eso, "el orden social no se deja definir tan sólo sobre bienes; a esto se le agrega, del mismo origen, los roles de las personas".[43] Pero, para que pueda ser posible que las personas jueguen su rol en la sociedad, se necesita una especie de aquello que ya se ha destacado aquí como principio de confianza. Jakobs, que parece en este aparte seguir la teoría del consenso de Luhmann, aclara lo siguiente: "Si la sociedad ha de ser moldeada con libertad, no cada asidero puede ser prescrito, sino que el legislador tiene que darse por satisfecho con la enunciación de metas y por lo demás tiene que construir sobre el automanejo de las personas, en otras palabras, tiene que dejar administrar el alcance de las metas de un modo descentralizado, a las personas. Por ejemplo, el legislador determina que cada uno tiene que desempeñar el papel de una persona que no mata, pero la realización del programa es dejada a las personas".[44]

Estas condiciones son las que precisamente faltan en el caso colombiano. Más aún, este país está lejos de ser una sociedad concebida como "comunicación", tal como una y otra vez lo subraya Jakobs: se trata de una sociedad fragmentada y con una anomia estructural, en la cual no se puede hablar de la existencia de *personas* en el sentido comentado.

Por el momento en el cual se escribió el trabajo, podría haber sido una respuesta al debate suscitado en Berlín. No es así: el énfasis está colocado en la crítica a la noción de derecho penal como protección de bienes jurídicos. Sin embargo, hay una serie de conceptos en este escrito que sirven para enriquecer el debate propiciado por Jakobs desde Berlín en relación con el derecho penal de enemigo. (Se cita aquí la versión original sin publicar del texto: Was schütz das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung? Marzo de 2002, Bonn, p. 6).

42. Ídem, ibídem, p. 3. Una reconstrucción de la postura de Jakobs en torno a la función de la pena como garantía de afirmación de la validez de las normas, en: Carlos Parma, *El pensamiento de Günther Jakobs*. El derecho penal del siglo XXI, Argentina: Mendoza, 2003, p. 145 y ss.

43. Ídem, ibídem, p. 7.

44. Ídem, p. 10-11.

Esta conclusión, sugerida además por el propio Jakobs en relación con Colombia, es importante, porque permitiría afirmar que no se trata simplemente de castigar de manera especialmente dura a quien no brinde garantías o certezas cognitivas, sino que se trata de verificar primero si el Estado se encuentra en capacidad de ofrecer verdaderamente la posibilidad de una socialización en función del derecho para todas las personas. Se trataría de analizar si el Estado mismo propicia un respeto al derecho, o sí es él en cambio y sus instituciones, los primeros que no respetan el derecho: un Estado que no propicia la socialización en el derecho, no está muy legitimado para exigir el respeto al orden jurídico y castigar tan duramente a quien no lo hace. Si la sociedad presupone la circulación de Personas, y éstas son construcciones jurídicas y condiciones para el funcionamiento del derecho, lo primero que es necesario observar, es si en el país existen las condiciones para que un ser humano se convierta en persona en el sentido comentado.[45]

De esta manera, la formulación de Jakobs puede ser reconstruida en un sentido crítico: para que se sancione a un ciudadano, éste debe ser primero socializado por el Estado, como persona; lo más perverso de una actuación estatal, es cuando se *integra* en el derecho a quien de manera tradicional ha sido un olvidado, a través de la sanción penal. La cárcel como mecanismo de integración social, de *reconocimiento* de una persona en el tráfico del derecho: un exabrupto que contradice toda relación razonable del ciudadano con el Estado.

45. Aunque ello haría parte de otro escrito y de una elaboración sociológica más compleja, se puede afirmar, a manera de ejemplo, que en diversos programas de la alcaldía de Antanas Mockus en Bogotá, es posible identificar un esfuerzo por crear "personas" en el sentido comentado. El esfuerzo metodológico del alcalde, experimentado primero en la rectoría de la U. Nacional, por refundar de manera simbólica las relaciones más elementales entre los ciudadanos y de propiciar su socialización en función de una cultura de la legalidad y más allá de la mera coercibilidad, se hayan ligados a la noción de ciudadanía, como hecho previo al funcionamiento del derecho y de la norma.

5. El derecho penal de enemigo y el carácter absoluto o relativo del enemigo

Jakobs, a pesar de referirse concretamente a la guerra y de referirse a la condición de enemigo, no utiliza un lenguaje que ha sido muy importante en el caso colombiano por ejemplo. Se trata de la distinción entre "enemigos relativos" y "enemigos absolutos". (En Colombia, esta distinción ha servido para introducir una diferencia entre los diversos actores que se mueven en el escenario confuso de la violencia política y social. Ha servido como sustento de procesos de paz, de otorgamiento de amnistías e indultos; ha servido, incluso, como sustrato para la búsqueda de medidas que han neutralizado delincuentes comunes ligados en todo caso a lógicas cuasi-políticas, como es el caso de las leyes de sometimiento a la justicia).

Pero Jakobs sí intuye de alguna manera una diferencia similar. Por eso advierte que la presencia de un derecho penal de enemigo "no debe significar de aquí en adelante que *todo* es permitido".[46] Aquí destaca el autor la noción de *persona*. Se trata de que el enemigo tenga, en todo caso, una especie de "personalidad *potencial*", "de modo que al enfrentarse a él no se puede pasar por encima de lo necesario".[47] Pero ¿qué es lo estrictamente necesario? Acaso al hablar de persona potencial, no está de antemano legitimando en todo caso un derecho penal de enemigo, pero mermado en sus consecuencias? Cuando se habla de persona en un sentido potencial, ¿existe aún algún chance de rescatarla para el lenguaje del derecho? Aquello que es "necesario", ¿se inscribe todavía en la lógica de un derecho penal del ciudadano, o constituye ya derecho penal de enemigo? Son preguntas que el autor deja sin respuesta y que revelan que se encuentra de alguna manera atrapado por una lógica insalvable: el mundo del nuevo siglo se aferra trágicamente a un paradigma de la enemistad.

46. Jakobs. In: Eser; Hassemer; Burkhardt (Editores). Op. cit., 2000. p. 51.

47. Ídem, ibídem.

También podría variarse el tono trágico de la reflexión y cambiarlo por uno más irónico, como lo enuncia por ejemplo Schünemann: según éste, se trata toda esta discusión de un gran escándalo en torno a problemas que el derecho penal tiene que resolver de todas maneras hoy en razón a las tendencias que a nivel internacional lo caracterizan y lo condicionan. Cuando se refiere a Jakobs, critica su confusión, comenzando por una crítica radical a su manera de escribir: "Sin embargo, según mi opinión, toda la creación de categorías desde el principio era incorrecta sobre un plano analítico y al mismo tiempo me parece ejemplar por la circularidad de una dogmática 'aperçuhaften' del derecho penal que vive de ocurrencias del lenguaje". Se trata, en última instancia, según Schünemann, de una "dogmática sin consecuencias".[48]

Pero el hecho es más complejo de lo que critica Schünemann con cierta superficialidad: para un observador extranjero, el caso por ejemplo de las líneas de continuidad históricas del derecho penal funcionalizado políticamente, expresado hoy en un derecho penal de enemigo, y que está presente en todas las discusiones acerca de la historia de la ciencia penal alemana, es muy importante. Se trata de saber si el derecho penal nazi, o el derecho penal de la antigua DDR, constituyen una especie de irrupción irracional y desafortunada dentro de una tradición de derecho penal ilustrado y liberal, o si por el contrario, con diferencias desde luego muy marcadas entre las dos experiencias, la ciencia del derecho penal alemana puede permitir en un momento dado la irrupción de este tipo de regímenes. En toda la discusión por ejemplo relacionada con los "Maurschütze" –los disparos en el muro de Berlín– en la antigua DDR, este aspecto de la continuidad ha sido sumamente importante.

Cuando la ciencia del derecho penal mira hacia la antigua República democrática y mira porciones enteras de un derecho arbitrario, no está mirando a un orden extraño: se mira a sí misma. Ésta es por ejemplo una lúcida consideración de

48. Bern Schünemann. Op. cit., p. 211.

Jörg Arnold, quien desde el Instituto Max-Plank para derecho penal internacional de friburgo, se ha acercado de una manera más original y sincera al problema.[49]

Tal vez por eso, ante la ambigüedad de Jakobs y ante lecciones del pasado, se reaccione con firmeza como lo hace Albin Eser en las conclusiones del Congreso en Berlín: "Enemigos como 'no-personas' –tales ideas ya han llevado una vez a un Estado injusto, sin tener en cuenta para nada según cuáles criterios el 'ciudadano' se convierte en 'enemigo': ¿Quién podría decir en qué lado se encuentra el mejor ciudadano o el mayor enemigo, cuando uno de ellos rompe la paz del país por motivos políticos de interés hipotético del bien común y así interviene en la libertad de otros, o cuando el otro, mediante el uso de cada agujero impositivo, llega a no pagar impuestos, al engaño subvencional, quitándole al Estado el sustrato económico?".[50]

El problema está en la línea sutil que diferencia la constatación de una realidad trágica o su validación o justificación. Toda ambigüedad que se mueva en esta línea, es problemática y por eso se entiende la reacción de Eser. Sobre todo, porque el mismo Jakobs introduce un hecho que es muy peligroso hoy, particularmente por tendencias radicales de derecha en Europa: se trata del problema del muilticulturalismo: "A esto se le agrega la fuerza explosiva del así llamado multiculturalismo –un simple absurdo: o las diferentes culturas son simples añadiduras a una igualdad jurídica de base; entonces se trata de multifolclorismos de *una* cultura. O –y ésta es la variante peligrosa– las diferencias marcan a las identidades de los pertenecientes; pero entonces la base jurídica común tan sólo se degrada hacia un simple instrumento del vivir *junto* a otros y, como cualquier instrumento, abandonado cuando ya no se necesita

49. Jörg Arnold ha dedicado varios trabajos al tema. Ver por ejemplo su exposición para el 10.º Gustav-Radbruch-Forum der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen el 27.09.1997 en Heidelberg, p. 16. También Albin Eser, "Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihren Befehlsgebern", *Festschrift für Walter Odersky 65.º aniversario*, Berlin-New York, 1996, p. 338.

50. Eser. In: Eser; Hassemer; Burkhardt (Editores). Op. cit., p. 445.

(...). Así que la sociedad va a continuar teniendo enemigos que se mueven entre ella –abiertamente o con piel de oveja–".[51]

Pero, ¿quiénes son los que se esconden? ¿Son enemigos los terroristas que planean estratégicamente una acción y que viven como "buenos ciudadanos" fuera de su país o el extranjero simplemente incomunicado con la cultura dominante en razón a su especificidad cultural? ¿Acaso todo aquel que por defectos de socialización –muy agudos en sociedades con tránsito cultural permanente y complejo– no ofrezca certezas cognitivas, está pisando los límites de la enemistad? Son dos situaciones muy distintas. Se trata de un tema muy delicado frente al cual hay que ser muy claros y saber diferenciar muy bien. Hay que escribir sin ambigüedad. Por eso se puede preguntar a Jakobs: en relación con el enemigo, ¿qué es lo que para el autor constituye "la variante peligrosa"? ¿Qué constituye un simple absurdo? ¿En qué consiste la fuerza explosiva del multiculturalismo? Son preguntas que han ocasionado un gran debate hoy y que se enlazan a las múltiples críticas que se hacen a Gunther Jakobs.[52]

6. Derecho penal de enemigo y legislación penal internacional

Como se ha advertido, frente a los críticos de Jakobs, puede decirse a favor suyo que el hecho de identificar una tendencia, incluso con un sentido de alguna manera resignado, en vez de esconder dicha tendencia o de ocultar sus efectos, significa un buen paso para la búsqueda de soluciones. Si es un hecho en Alemania el derecho penal de enemigo, como prácticamente lo es hoy en todos los países y de manera especialmente grave en Colombia; si lo es más aún hoy después del 11

51. Jakobs. In: Eser; Hassemer; Burkhardt (Editores). Op. cit., 2000. p. 52.

52. Jörg Arnold, del Instituto Max-Planck de Friburgo, por ejemplo, en el contexto de una conferencia dictada en la U. Javeriana en Bogotá en abril de 2004, sobre diversos modelos de derecho penal concebidos para enfrentar hechos especialmente violentos ocurridos en el pasado de una nación, concluye que hoy en día no hay ninguna ambigüedad en el caso de Jakobs y que éste adopta una postura claramente a favor de un derecho penal de enemigo con todas sus consecuencia negativas.

de septiembre, identificarlo y percibir sus consecuencias, ayuda más a minimizarlo, que el hecho de esconder su realidad. La diferencia está, en el caso de Jakobs, en el hecho de que en 1985, además de identificar este modelo de derecho penal, lo hacía con una postura crítica muy clara.[53] Hoy ya no es tan clara en todo caso su crítica.[54]

Sin embargo, y aquí aparecen de nuevo las tensiones en la postura de Jakobs, cuando el autor critica la tendencia creciente de una justicia penal internacional que puede eventualmente vulnerar el principio de legalidad, que puede negar la prohibición de retroactividad, que se puede convertir en una gran justicia penal de enemigo, afirma, defendiendo un derecho penal liberal, que las objeciones que se hagan, "no van a poder detener la tendencia contemporánea. Por lo que parece verse, hay fuertes incentivos para la injerencia penal".[55] Su crítica hacia una especie de *superioridad moral* de una justicia penal internacional, la adelanta con gran ironía: "Cuando uno sabe con exactitud que tiene la razón, uno puede imponer su punto de vista a fuego y espada y 'castigar' a los obstinados, no creyentes".[56] (Hay que subrayar que Jakobs es un gran escéptico frente a los alcances de la justicia penal

53. En el texto ya reseñado de 1985 Jakobs también criticaba, como hoy, la función del derecho penal como protección de bienes jurídicos, pero lo hacía para criticar tendencias de criminalización expansiva, de criminalización del estadio previo. Actualmente, como se ha visto, su crítica se hace para reforzar posiciones y conceptos muy criticados por que pueden utilizarse en función de un derecho penal antiliberal y arbitrario.

54. Sobre este punto en el cual se ha insistido, permítase adelantar aquí la siguiente cita que, además, representa un ejemplo de cómo las experiencias de América Latina pueden enriquecer la discusión en Europa: el prestigioso jurista Heribert Prantl, en un texto escrito para el periódico alemán Süddeutsche Zeitung el 28 de abril de 2004, con un tono polémico en torno a las nuevas tendencias que en Alemania se perfilan hacia la expansión indiscriminada del derecho penal en función de la lucha antiterrorista, cita críticamente pasajes aquí reseñados de Günther Jakobs –particularmente aquellos que se refieren al tratamiento de individuos que no prestan "certezas cognitivas" y que están afincados en "entornos perturbadores"– para afirmar que ellos sirven justamente a la pretensión de expansión de un derecho penal de enemigo. Prantl se refiere en su escrito al caso colombiano y alerta sobre el peligro que puede surgir cuando se confunde la guerra con el derecho y cuando el derecho penal puede ser convertido en la práctica en la mera continuación de la guerra por otros medios.

55. Jakobs. In: Eser; Hassemer; Burkhardt (Editores). Op. cit., p. 55.

56. Ídem, ibídem, p. 56-57.

internacional, especialmente cuando ella se desboca y se afinca en sustratos morales. El autor ha dedicado diversos textos a este fenómeno. Incluso, en el texto de Berlín que se ha reseñado, Jakobs dedica el último aparte a la justicia penal internacional).

En esta conclusión hay mucha lucidez en Jakobs. El autor alerta sobre los peligros, desde el punto de vista de una superioridad moral o ética de ciertos pueblos, de una fetichización del uso del derecho penal contra graves crímenes; es siempre menester, una y otra vez, revisar las bases de aquellos consensos que incluso sobre los crímenes más atroces, unen a las naciones. Sus bases deben ser siempre confrontadas, justamente para darles una realización consecuente. Hay que agregar, finalmente, que Jakobs ha mostrado, de manera general, cierto pesimismo en la posibilidad de ser superado el pasado a través de la norma penal. Él ha sido, de hecho, un actor permanente en la discusión famosa en los últimos años, sobre "*Vergangenheitsbewältigung*". Es decir, aquello que se conoce como "superación del pasado a través de la norma penal".[57]

Como se sabe, Jakobs tiene una visión más sociológica que normativa de la ley, por lo tanto, relacionado con el principio de legalidad, no es posible para el autor, la aplicación retroactiva de la ley penal, no tanto por contrariar ello principios caros a la tradición del derecho penal liberal clásico, sino porque en ese caso, no habría ninguna estructura social para afirmar; la aplicación de la ley penal caería entonces en el vacío. Esta conclusión ha sido interesante y polémica, en relación con los casos del "muro de Berlín", en los cuales, el problema de la aplicación retroactiva de la ley penal, nunca se resolvió. Incluso la sentencia del tribunal constitucional alemán, de 1994, no resuelve los reclamos sobre aplicación retroactiva de la ley penal.[58]

57. Ver, a manera de ejemplo, "Untaten des Staates – Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?", *GA*, 1992, p. 1-19; "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch". In: Battis; Jakobs; Jesse (Editores.). *Vergangenheitsbewältigung durch Recht. Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem.* Berlin, 1992. p. 37-64.

58. En esta dirección, me permito citar aquí mi trabajo sobre "Superación del pasado a través de la norma penal? Dilemas en torno a la aplicación del derecho penal en situaciones de

Pero esta conclusión de Jakobs, no sólo es interesante en relación con los famosos casos del muro de Berlín, lo es también en casos de una eventual aplicación eficientista de la justicia penal internacional: las consecuencias de la flexibilización de presupuestos básicos del derecho penal, en aras de propósitos morales loables en la cultura de occidente, es un desafío que no puede ser menospreciado. Jakobs, en el mismo trabajo presentado en Berlín, en relación con el principio de legalidad, establece que si éste se desconoce, ello indica "que el autor no se ha sustraído a un ordenamiento realmente vivido, sino que no ha puesto en práctica un ordenamiento postulado". Es decir, y en esto es especialmente lúcida la crítica, aunque el punto de partida sea la tan criticada y criticable concepción de la pena como integración-prevención o como afirmación de la norma, Jakobs está cuestionando la construcción ideal de mejores tiempos hacia el futuro por parte del derecho penal. Es decir, no le correspondería al derecho penal prometer, a través de las sanciones, un mejor futuro: si es que el derecho puede prometerlo, debe buscarse en otros ámbitos.[59] Se trata en últimas, de la vieja pregunta que se le ha formulado al derecho penal: ¿actúa éste hacia delante o lo hace en cambio frente al pasado?

transición jurídico-política", a publicarse por la Universidad Javeriana y la editorial Legis en el primer semestre de 2004.

59. Cuando se expresa un escepticismo ante las posibilidades de recomposición de un pasado adverso a través del derecho penal, se hace en función de los límites propios del derecho penal. Expandirlo, hacerlo ilimitado y elaborar promesas hacia el futuro con base en el derecho penal, es hacer ideología. El derecho penal es restringido por esencia. Por eso mismo, adquiere cada vez mayor sentido la noción más integral de *reparación* a través de la cual se busca que el Estado, frente a problemas muy graves de violación de derechos humanos, no ajuste sus respuestas y su reparación a las víctimas, al futuro improbable de procesos penales que duran años sufriendo toda clase de peripecias políticas, sino que reconozca, con humildad, la ocurrencia de hechos graves: aquí sí habría una especie de promesa hacia el futuro, sobre todo por el proceso institucional de restitución moral de las víctimas. El derecho administrativo y la noción cara en él, de reparación integral, así como acciones fundadas en el derecho internacional de los derechos humanos, son más conducentes que las promesas fundadas tan sólo en el derecho penal. En este sentido, el escepticismo frente al derecho penal, se hace más proactivo en función de aquellas acciones estatales que tienen que ser más consistentes.

Afirma Jakobs que el principio de legalidad, en toda su extensión, tiene como propósito, limitar la pena a aquellos hechos "contrarios a ordenamientos *en funcionamiento*, contrarios a la constitución *realmente existente* en la sociedad y, para ello, no basta con un postulado emitido antes del hecho, sino que debe tratarse de una norma *establecida* en la comunicación con anterioridad al hecho".[60] Continúa el autor para concluir: "Sólo con respecto a lo que ya existe puede uno cerciorarse a través de la pena; el derecho penal únicamente puede preservar una constitución normativa existente, pero no conducir a tiempos mejores".[61] Otra conclusión polémica, tanto más cuanto que en el mundo de la protección penal de los derechos humanos, la promesa de futuros mejores, puede llegar a hacerse sin consideración de los límites del derecho penal y puede llegar a convertirse en mera demagogia.

En este escepticismo reseñado que puede encontrarse en Jakobs –a no ser que se considere que es tan conservador que tampoco acepta la flexibilización eventual de principios fundantes del derecho penal en aras de proyectos morales loables– se pueden encontrar posturas liberales y democráticas, aunque desde luego ellas lo que producen es ciertamente una profundización del debate en torno a un penalista y filósofo del derecho, acusado de construir dogmáticamente un derecho penal funcionalizado y proclive a su instrumentalización política.

C. Excurso: "ciudadanía" e impunidad

A continuación se adelantará una reflexión sobre el problema de la impunidad. La existencia de la impunidad como un hecho social muy grave, ha

60. Jakobs. In: Eser; Hassemer; Burkhardt (Editores). Op. cit., p. 54. Debe recordarse que para Jakobs es un presupuesto que en la socialización-comunicación, se introyectan en los ciudadanos las normas. En su ponencia presentada al Congreso de profesores alemanes en Rostock en 1995, el autor insiste en la importancia de la comunicación en función de la socialización en el valor de las normas. Günther Jakobs. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischem Prinzipiendenken". *ZStW* 107-842 y ss., 1995. Cuaderno 4.

61. Jakobs. In: Eser; Hassemer; Burkhardt (Editores). Op. cit., p. 54.

sido utilizada en muchas ocasiones de manera ideológica e instrumental, de tal manera que ella sirva de razón suficiente para la exacerbación del derecho penal de enemigo. Se usa de una manera indiscriminada y abstracta, la cifra alta de impunidad, sin referencias empíricas serías, para toda suerte de delitos y sin apoyo en estudios consistentes, como refuerzo de políticas eficientistas.

Aquí se proponen algunas reflexiones que buscan, sobre todo, evitar caer en lugares comunes en torno a este fenómeno muy estructural en el caso colombiano. Se tiene en cuenta de manera especial el concepto de derecho en Niklas Luhmann y, particularmente, la función que Günther Jakobs le confiere a la sanción penal. De particular interés es, en estas reflexiones, el concepto de ciudadanía y de ciudadano que se ha trabajado a partir de Jakobs.

1. La impunidad: un problema estructural y generalizado por fuera del ámbito derecho

La función del derecho es, para Luhmann, "la estabilización racional de las expectativas sociales". El derecho no actúa sobre las conductas, no sólo ofrece seguridad como en el esquema Hobbesiano, ni su esencia es, como en Kelsen o Weber, la coercibilidad, la esencia del derecho es para Luhmann la *racionalización* de las expectativas sociales de conducta. El derecho, como sistema de reducción de complejidad, actúa entonces incluso sobre aquello que es anterior a la conducta exteriorizada: sobre la expectativa. Ésta es la que, en el desarrollo de la historia de la sociedad, impone la necesidad del derecho como un sistema social de reducción de complejidad.

La estabilización de expectativas se lleva a cabo de diferentes maneras y en diferentes ámbitos. En el ámbito social, para que sea estable racionalmente el derecho, se necesita crear una "economía política del consenso". Es decir, si bien desde el punto de vista empírico, es imposible medir efectivamente el consenso que subyace al orden jurídico imperante en un país, es imprescindible para

el derecho presuponer –dar por supuesto– la existencia de un consenso sin el cual es de hecho socialmente imposible el funcionamiento del sistema jurídico. Se trata de un consenso que si bien se da como presupuesto, se halla en todo caso basado en una efectiva reducción de complejidad en el tiempo adelantada por el sistema del derecho.

2. Principio de confianza y derecho penal: condiciones previas al funcionamiento del derecho

Dicho consenso se puede traducir en un hecho fundamental: *el principio de confianza*. Si el derecho es un modelo de estabilización de expectativas sociales de conducta, la expectativa individual es apenas una parte del juego social del derecho, para que éste se complete, es necesario que la expectativa circule en doble vía: es decir, un individuo se comporta de tal manera frente a otro, en la medida en que sabe que el otro se comportará frente a él de la misma manera. Si un individuo respeta el derecho, es porque presupone que el otro frente al cual él se relaciona, también lo respeta: así funciona el principio de confianza como una regla de oro sin la cual no funciona un sistema jurídico. Por eso se ha dicho aquí que la expectativa es incluso anterior a la exteriorización de las conductas.

Un ejemplo de la vida cotidiana puede ilustrar sencillamente este juego doble de expectativas que es el fundamento del concepto de derecho más acabado en Luhmann: el derecho es la estabilización racional de expectativas de expectativas. En el caso del tráfico de vehículos, un sujeto respeta el semáforo que se encuentra en rojo y no lo cruza, no porque allí se encuentra el policía para multarlo; lo hace, porque supone que el otro sujeto que está cruzando en verde, también se ha socializado en función de esa regla, de tal manera que también se detendría si el semáforo estuviera en rojo. En el derecho penal, un individuo no mataría a otro, no tanto por la sanción que se le impondría en caso de hacerlo, ni porque se haya socializado él solo en función del respeto a la vida, sino porque se ha socializado con base

en la confianza en que los otros también respetan la vida, independientemente de la sanción y como presupuesto de organización social.

Ahora bien, cuando se produce una decepción de las expectativas, es decir, cuando se incumple un fin del derecho, por ejemplo, en el caso del derecho penal, la función de la norma que se impone al infractor –y la pena– es la de estabilizar la estructura social que ha sido vulnerada. Esto ha posibilitado a Jakobs el establecer que la función principal del derecho penal no es tanto la protección de bienes jurídicos, como la preservación de la estabilidad social e institucional de la norma penal.

3. Estabilización contrafáctica de expectativas de conducta e impunidad

No se trata de discutir aquí esta conclusión de Jakobs y la polémica que ello puede causar, ni la fidelidad a Luhmann en esta conclusión. Lo que nos interesa en este momento, es observar la relación de esta función del derecho, con la existencia de la impunidad. En este contexto adquiere pleno sentido la idea de *estabilización contrafáctica*, desarrollada por Luhmann con lucidez: "Las normas jurídicas son entonces expectativas de conducta estabilizadas contrafácticamente".[62]

Pero, justamente por esta misma razón, cuando el derecho pretende responder y actuar sobre contextos sociales que de manera generalizada se colocan por fuera de las mínimas reglas del derecho, cuando no existe un principio mínimo de confianza, entonces la *estabilización contrafáctica* se hace sobre el vacío: el derecho no puede afirmar la estructura social vigente, simplemente porque no existe ninguna estructura social para afirmar por parte del derecho.

Aplicando esta conclusión al problema de la impunidad, se establece que ella no se puede tematizar correctamente como la negación de ciertos fines del derecho, ni la ocurrencia de actos que son contrarios al orden jurídico y que no

62. Niklas Luhmann. *Rechtssoziologie*. 3. ed. Opladen, 1987. p. 43.

son percibidos por éste: se trata de toda una forma de actuar socialmente, precisamente contraria por esencia al derecho. Si bien en principio la validez de una norma jurídica se da independientemente del cumplimiento o incumplimiento fáctico de la misma, cuando ella se incumple de manera masiva, simplemente se subvierte la ecuación entre validez e indiferencia del cumplimiento fáctico: ya no se trata de una tensión dentro del derecho; se trata más bien de conductas que por su grado de generalización, prácticamente constituyen formas de organización social paralelas al orden jurídico como sistema de normas para reducir complejidad.

Como se ha dicho, y extremando el análisis a partir del Luhmann, se podría decir incluso que la impunidad, en el caso colombiano, constituye una especie de estabilización de comportamientos sociales contraria al derecho, pero que se configura como una forma de vivir –o morir– de una gran cantidad de personas en una sociedad que soporta una anomia estructural profunda. (El mismo Luhmann piensa por ejemplo que es posible eventualmente estabilizar cierta forma de expectativas sociales a través del terror. Pero, nunca podrá ser duradero, es decir, el terror no puede estabilizar estructuras sociales en el tiempo; la obediencia de tipo medieval sin consensos sociales, sin creación de principio de confianza, no es duradera: esta conclusión puede significar una especie de esperanza para la consolidación de una conciencia del valor del derecho en el caso colombiano).

4. La "persona" como sujeto de imputación normativa

Tener conciencia de este problema es un hecho fundamental. Por esa razón, se insiste: para que funcione la pena como reconstrucción de la estructura social que ha sido negada, se requiere desde luego que el comportamiento de la persona se enmarque dentro del derecho. Incluso, y esto es bien claro en el contexto colombiano, se requiere que existan *personas* desde el punto de vista jurídico. Es decir, que ellas existan como sujetos de imputación normativa. En contextos de extrema fragmentación territorial, de inexistencia del Estado, de una existencia pu-

ramente contingente de instituciones y funcionarios, de no-territorialización del derecho, como es el caso colombiano, difícil es hablar de la presencia de persona en el sentido expuesto y, desde esta constatación, es difícil hablar por ello de una estabilización racional-jurídica de expectativas de conductas propias de personas.[63]

La masificación de crímenes, la ocurrencia diaria de éstos sin que el sistema penal los aborde, la generalización de la impunidad, la existencia de una especie de estabilización de reglas de conducta por fuera de toda noción del derecho, recuerdan una frase de Berthold Brecht recientemente utilizada en un debate sobre la crisis colombiana: "Cuando los crímenes se acumulan se vuelven invisibles. Cuando los padecimientos se tornan insoportables, ya no se oyen los gritos. Es esta insensibilidad la que tenemos que combatir, pues su grado extremo es la muerte".

Es sobre esa invisibilidad y sobre el silencio que es necesario actuar, y el punto de partida es el reconocimiento que se ha hecho: la impunidad excede el derecho, tanto más, el derecho penal. Se reconoce que el sistema penal tiene un papel fundamental en relación con la lucha contra la impunidad. Pero, para evitar que se haga puro derecho penal simbólico, es decir, para evitar que las normas penales y la actuación de los operadores obren en la práctica como meros hechos simbólicos y coyunturales, es necesario precisamente el reconocimiento de su gran limitación. La inexistencia de presupuestos mínimos para que funcione el derecho, hace que la actuación penal, incluso produciendo algunos resultados, caiga en realidad en el vacío.

Antes de hacer uso ideológico de la noción de impunidad, de instrumentalizarla y ponerla al servicio de políticas de enemistad eficientistas e

63. En diversas ocasiones, siendo preguntado Günther Jakobs por el caso colombiano, este autor ha señalado que en este país, en ciertos contextos, no es posible referirse a la idea de persona, como un constructo social, jurídico y político. Para ello, debe operar una socialización, en función del derecho, prohijada por el Estado: la persona como centro de imputación normativa es una construcción cultural que presupone a su vez una construcción jurídica promovida estatalmente. Si ello no ocurre, y esto en el caso de los deberes exigibles a las personas es especialmente crítico, no es posible identificar en derecho y exigir conductas en derecho, a seres humanos en una sociedad.

irresponsables, es más consistente incorporar al lenguaje del derecho el problema de la impunidad. Es decir, convertirla en un problema jurídico, de tal manera que cuando el derecho penal actúe, por ejemplo encontrando efectivamente responsables de una violación de derechos humanos, lo haga dentro de un contexto de actuación efectiva del derecho, y no como un instrumento simbólico que, a *contrario sensu*, sea incluso funcional a la impunidad: cuando la impunidad es tan generalizada, pequeñas capturas y pequeñas decisiones, pueden convertirse en recursos ideológicos para mostrar una especie de mejoría completamente insustancial. Es decir, esos pequeños logros se convierten en funcionales y reafirman la impunidad. No se cumple ningún fin del derecho: no se hacen visibles los crímenes, al contrario, éstos se nublan más.

Si el derecho es la estabilización racional de expectativas de expectativas, es decir, la estabilización de comportamientos que circulan en doble vía, si a quien respeta el derecho se le asegura que el otro y el mismo Estado lo hará frente a él, es sobre ello que se debe actuar: así se incorpora el discurso de la impunidad al orden jurídico, de tal manera que cuando se traicionen expectativas, cuando se violen las normas, la actuación estatal, al darse ya en el universo del derecho, no queda aislada como pequeños hechos coyunturales, politizados y simbólicos, sino como hechos que reafirman el derecho: que le dan sentido como mecanismo de racionalización de mínimos para la convivencia.

Tiempo de pena, tiempo de vida – Reflexiones sobre la prisión perpetua de menores

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 da OMC em Genebra e Professora convidada em diversas Universidades.

Sumário: Las metas absurdas – Los círculos hermenéuticos de estas penas – Primer círculo: de la precomprensión a la comprensión – Segundo círculo: las partes y el todo, el todo y las partes – Tercer círculo: la norma y su aplicación – De todas las interpretaciones la peor.

Resumen: El trabajo intenta demostrar los problemas graves que plantea el principio de proporcionalidad de las penas. En particular cuando se trata de largas penas aplicadas a menores de edad. En estos casos el razonamiento se invierte: no se piensa en función de la brevedad de la vida, sino de la mayor expectativa de vida, que coincide con la mayor duración de la pena. Cuando se trata de menores condenados, la pena y la vida se superponen, coinciden.

Palabras claves: prisão; infância; juventude.

Es una extraña experiencia comenzar un texto exactamente con las mismas palabras con las que había terminado, hace muchos años, otro texto sobre el tiempo de la pena.[1] Las palabras, de San Agustín, eran las siguientes:

1. Ana Messuti. *El tiempo como pena*. Buenos Aires: Campomanes, 2001. p. 43.

"¿Crecen o decrecen los años de la vida? ¿Cuándo se acaba el camino? No se acaba para todos a la misma hora. Cada uno tiene su hora para terminar su carrera. El camino, hemos dicho, es esta vida; acabaste la vida, se acabó para ti el camino. Andamos, y el mismo vivir es avanzar. ¿Os figuráis que avanza el tiempo y nosotros nos estamos quedos? Eso no puede ser. El tiempo avanza y a su paso avanzamos nosotros, y en vez de crecer mengua el número de nuestros años. (...) Los años vienen, has dicho; yo te demuestro que no vienen, como tú afirmas, antes se van, y verás cuán sencillo es demostrarlo. Supongámonos sabedores de los años que ha de vivir este niño; verbigracia –y por hacerle merced–, ochenta años; llegará por tanto a la vejez. Escribe ochenta años. Ya vivió uno; ¿cuántos tienes en la suma? ¿Cuántos tenía? Ochenta. Resta uno. ¿Vivió ya diez? quedan setenta. ¿Vivió ya veinte? le quedan sesenta. Cierto, crecían los años, pero ¿qué suerte de crecimiento es ése? Nuestros años vienen para irse, no vienen para quedarse con nosotros; pasan sobre nosotros, nos pisan y nos hacen valer cada día menos".[2]

El niño al que San Agustín se refiere es un niño respecto del que solamente hace conjeturas sobre el tiempo que le tocará vivir. Sobre la duración de su vida. "Crecían los años" –dice– "pero ¿qué suerte de crecimiento es ése?". Y nos está hablando de un niño del que nada sabemos y que por lo tanto suponemos que tendrá condiciones de vida normales, es decir, crecerá en una familia, asistirá a la escuela, creará su propia familia (...). Partiendo del ejemplo de ese niño reflexiona: "Nuestros años vienen para irse, no vienen para quedarse con nosotros, pasan sobre nosotros, nos pisan y nos hacen valer cada vez menos".

¿Qué diría San Agustín si le dijéramos que ese niño, cuando sea adolescente, a partir de los 16 ó 17 años, deberá pasar, de esos años que le ha asignado, 25 años en prisión? ¿Cómo calcularía esos años de vida? ¿Cómo seguiría su cuenta regresiva? Si considera que esos años que atribuye a una persona corriente, en

2. San Agustín. Obras de San Agustín, *Sermones*, (1), S3XXXVIII.C.III.

condiciones normales, "pasan sobre nosotros, nos pisan y nos hacen valer cada vez menos", ¿qué diría de esos años si transcurren entre los muros de la prisión?

La reflexión de San Agustín gira en torno al transcurso del tiempo para el ser humano, a la duración de su vida, independientemente de las condiciones en que viva ese tiempo. Cuando me propuse reflexionar sobre la duración de la pena, en el significado del tiempo como medida de la pena, mejor dicho de la medida que es el tiempo en la medida de la pena, confieso que no pensé en la posibilidad de que una persona comenzara prácticamente a vivir su vida en prisión, para transcurrir en ella el tiempo en el que normalmente se desarrolla la parte más importante de su vida activa.

Me viene a la memoria un cuento de Henry James, "Otra vuelta de tuerca": no había un fantasma sino dos. No vemos encerrado de por vida a un adulto, sino a un joven.[3] Hay algo en esta situación que trasciende del mero cálculo de los años de la pena. A pesar de que nunca los años de la pena se dejan meramente calcular, de que fijar la duración de la pena no es nunca un mero cálculo, hay otro cálculo que, sumado al de los años de la pena, hace estallar la medida de la pena en miles de desmedidas. Es decir, la pena deja de mantener una medida, y por consiguiente deja de ser pena; la pena, me atrevería a decir, se "desmesura".

"Desde que se entra en prisión, el tiempo comienza a contar. Sin duda, sucede lo mismo con todos los 'tiempos difíciles'. Mientras que la gente feliz no ve pasar el tiempo, los detenidos, como ciertos enfermos hospitalizados o escolares castigados, se encuentran frente a un tiempo 'que hay que pasar'. ¡Un tiempo del demonio!."[4] Cuando se desea que el tiempo pase, el tiempo adquiere un protagonismo que no tiene cuando se viven experiencias normales o felices. "Si

3. En el presente texto me referiré en general a jóvenes, menores, niños, sin atenerme a las clasificaciones normativas en función de la edad, y confiando en que el lector comprenderá que esa falta de rigor no hace más que reflejar la falta de rigor que la misma realidad nos indica.

4. A. M. Marchetti. *Perpétuités*. Le temps infinie des longues peines. Terre Humaine. Francia: Plon, 2001. p. 11.

en el exterior los individuos se definen a menudo por su profesión o por su edad (un 'joven', un 'viejo'), en detención los sustantivos más frecuentemente utilizados remiten sea al delito cometido, sea a la duración de la pena: 'pequeña pena', 'larga pena', 'perpetua'."[5]

"El tiempo que transcurre acá me castiga; antes, no me castigaba. Estaba ahí, como el aire. Acá es como el agua de esta fuente de agua sucia y verde del corredor central donde nos paseamos dos veces por día."[6] Entre el tiempo vivido y el tiempo por vivir, el momento en que comienza a cumplirse la pena marca una línea imborrable. De un lado de la línea se encuentra el tiempo que se ha vivido; del otro lado, el tiempo de la pena (se diferencian entre sí como el aire y el agua sucia de la fuente).

Y el segundo es un tiempo que se quisiera borrar, que se quisiera hacer pasar rápidamente, para después, una vez pasado, olvidar. Pero, cuando el tiempo de la pena coincide con el tiempo de la vida: ¿cómo hacer para que el deseo de hacer pasar rápidamente el tiempo de la pena no entre en conflicto con el deseo de hacer pasar normalmente, incluso lentamente, el tiempo de la vida?

Condenar a un hombre adulto a perpetua supone interrumpir su vida en un determinado punto, y lo que nos horroriza es que a partir de ese punto la mayor parte del tiempo que le quede de vida, o toda su vida, la pasará en prisión. Pero hasta ese punto muchas cosas han sucedido en la vida de ese hombre. Por cierto, se ha convertido en hombre, es decir, en adulto. Condenar a un adolescente a perpetua no supone interrumpir el curso de la vida de una persona, sino prácticamente no dejar que esa vida comience, que esa persona se configure como tal.

En todas las reflexiones sobre el tiempo de la pena, cuando se trata de menores hay algo que se invierte, que se oculta pero que nos hace sentir su presencia. Es la comparación entre la cantidad de tiempo de vida vivida y la cantidad de

5. A. M. Marchetti. Op. cit., p. 11.

6. Palabras de un detenido, entrevistado por A. Escobar Molina en *L'enfermement, espace, temps, clôture*, París: Klincksieck, 1989. p. 122.

tiempo de vida por vivir. La escasa cantidad de tiempo de vida vivida y la (supuestamente) gran cantidad de tiempo de vida por vivir. En ese juego de cantidades, la duración de la pena resulta afectada. Evidentemente la perpetuidad para un adulto no es lo mismo que la perpetuidad para un menor o joven. La "perpetuidad" parece más extensa para este último. La pena perpetua para un menor equivale prácticamente a toda su vida. Hay una connotación vital en la palabra joven. Pareciera inseparable de la frase "toda una vida por delante". Tratándose de jóvenes condenados, esa frase equivale a "toda una pena por delante". En el caso de que la persona adulta condenada a cinco años muera al tercero, es la muerte lo que ha agravado su pena, convirtiéndola en perpetua. En el caso del joven, al contrario, es la vida y las etapas de su vida que irá consumiendo la pena lo que influye en la intensidad de ésta. La pena se identifica con la vida, la vida es la pena.

Es la coincidencia entre pena y vida lo que espanta. La perspectiva de una larga vida coincide con la perspectiva de una larga pena. En Antígona, su pena impresiona porque se piensa en el tiempo que pasará viva en su encierro. La extrema situación que narra la tragedia es precisamente la forma en que la tragedia enseña, pues las situaciones extremas, como cuando agrandamos una imagen, permiten ver más claramente lo que normalmente no vemos (...). "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."[7]

"La vejez y la juventud, la sociedad y el individuo, los vivos y los muertos (...)." Qué extraño juego entre estos binomios se da en la prisión de los jóvenes. Los jóvenes que se vuelven viejos, sin envejecer realmente, sino de repente, cuando el encierro los hace pensar en la muerte; el individuo sin sociedad para poder aprender a vivir en sociedad; los vivos que no dejan vivir y crean sus propios muertos vivos.

7. P. Ricoeur. *Soi-même comme un autre*, p. 282.

No es difícil asociar la prisión con la muerte. Por una parte, por la realidad diaria de la vida en la prisión. Es mucho más fácil morir en prisión que fuera de ella. La prisión es una "sociedad de alto riesgo". Riesgo representado por las enfermedades, por los demás, por el mismo detenido (los suicidios, como demuestran las estadísticas, son mucho más frecuentes en prisión que fuera de ella). Pero la prisión perpetua es en sí una especie de muerte. El mensaje que la sociedad y el Estado transmiten es: "no volverás más a vivir entre nosotros", o sólo volverás cuando transcurran muchos años, tantos que probablemente nosotros ya seremos otros, y tú serás sin duda otro también.[8] Por ello se ha hablado de que la perpetua es una "sentencia de muerte diferida", en la que se confía a la naturaleza la ejecución de la pena.

Y en este aspecto entra otra vez la juventud del destinatario de la pena como un agravante de la pena misma: "después de haber perdido la adolescencia, muere también la juventud, la vida adulta, quizá la vida misma".[9] Son las distintas etapas de la vida las que la pena va ejecutando. "Se te muere el tiempo en las manos."[10]

En Noruega, un Código Penal del siglo XIII especifica que "en caso de robo, a los adultos se les cortarán las dos manos, a los niños 'sólo' una".[11] La impresión que causa esta pena, la impresión que provocan las manos cortadas, nos hacen sentir ahora menos bárbaros, más civilizados. Sin embargo, si comparamos las penas, es decir, si traducimos las mutilaciones de las manos en mutilaciones del tiempo de vida, en mutilaciones de etapas de vida, estaríamos aplicando hoy a los menores una mutilación más grave que a los adultos.

Como dice Ricoeur: "a las incapacidades que infligen las enfermedades, el envejecimiento, las discapacidades, en pocas palabras, el curso del mundo, se suman

8. Ana Messuti. Op. cit., p. 31 y ss.

9. C. Alarcón. "Menores condenados a perpetua". *La pena de los muertos vivos*. Texto publicado en TXT. Buenos Aires, 2003.

10. Palabras de un detenido entrevistado en ibídem.

11. Innocenti Digest. *Justicia juvenil*. Publicación del Centro Internacional para el Desarrollo del Niño. Florencia: Unicef, 1998.

las incapacidades que se infligen los hombres los unos a los otros".[12] Y en nuestro tema cabe añadir: las incapacidades que infligen los hombres a los que aún no lo son, las incapacidades que suponen ya no "incapacitar" sino no dejar que se desarrolle una capacidad, sumar vulnerabilidad a una vulnerabilidad natural.

Ricoeur pone en relación la vulnerabilidad con la autonomía. Dice que toda la vulnerabilidad que hace de contrapunto al sentido de responsabilidad se puede resumir en la dificultad que cada uno tiene en "inscribir su acción y su comportamiento en un orden simbólico, y en la imposibilidad en que se encuentran muchos de nuestros contemporáneos, principalmente aquellos que el sistema sociopolítico excluye, de comprender el sentido y la necesidad de esta inscripción".[13] Característica de este orden simbólico es su ser compartido, que deriva del sentido de símbolo como señal de reconocimiento. Por ello, la autoridad atribuida al orden simbólico tiene ante todo una dimensión dialógica. "Ser capaz de entrar en un orden simbólico es ser capaz de entrar en un orden de reconocimiento, de inscribirse en el interior de un nosotros que distribuye y hace compartir las características de autoridad del orden simbólico."[14] Pero para que se dé ese reconocimiento, que permite compartir el orden simbólico que integran las leyes y las normas de convivencia social, es fundamental un proceso de aprendizaje, que como todo proceso se desarrolla en el tiempo, es decir, requiere cierto grado de madurez: "(...) el menor que infringe las normas jurídicas es únicamente una persona en desarrollo que no ha podido internalizar dichas normas por falta de madurez, que carece de la capacidad suficiente para motivarse por las normas, o en la que se da la falta de un completo desenvolvimiento en las facultades intelectuales por un desarrollo incompleto de las mismas, por lo que no se puede partir de la base de que ha defraudado las expectativas que la Sociedad pudiera tener respecto de él, sino que ni siquiera, en gran

12. P. Ricoeur. *Le juste II*. París: Esprit, 2001. p. 91.

13. Ídem, ibídem, p. 100.

14. Ídem, p. 103.

número de supuestos, esa misma Sociedad le ha dado la oportunidad de adquirir la maduración necesaria para la internalización de las normas".[15]

El joven no solamente es joven porque tiene tiempo por delante, sino porque no tiene demasiado tiempo por detrás. Esa carencia de tiempo afecta a la "estructura temporal de la identidad".[16] ¿Qué entendemos por identidad? En el plano de las cosas, la palabra equivale a buscar en las cosas una permanencia en el tiempo, una inmutabilidad. Esta acepción nos concierne en la medida en que se puede decir que en nosotros hay también algo de "cosa": permanencia del mismo código genético, del mismo grupo sanguíneo, de las mismas huellas digitales. De ello se deduce la identidad de la persona a lo largo de su desarrollo. Pero, dice Ricoeur, desde el momento en que pasamos al dominio psicológico de las impresiones sensibles, de los deseos y las creencias "nos encontramos frente a una variabilidad, que ha servido a filósofos como Hume y Nietzche para poner en duda la existencia de un yo permanente que responda a estos criterios de 'mismidad'".[17] Sin embargo, a pesar de esa variabilidad, esperamos que el otro responda de sus actos como si fuera el mismo que ha actuado ayer, y mañana debe responder de las consecuencias de los actos que realizará hoy. Recordando la idea de Dworking de la "coherencia narrativa" (que toma como modelo la novela que combina la concordancia de la intriga directriz y la discordancia de las diversas circunstancias y acontecimientos que vive el personaje), Ricoeur se refiere a la "identidad narrativa" como una muestra de capacidad. La capacidad de mantenerse a pesar del tiempo y de lo que en el tiempo sobreviene. Y esa capacidad consiste en construirse esa identidad narrativa, "de identificarse no solamente por una historia sino a una historia".[18] Ahora bien, "un hombre, un ser humano: es su propia historia".

15. C. Vázquez González. *Delincuencia juvenil* – Consideraciones penales y criminológicas. Madrid: Colex, 2003. p. 213.

16. Ídem, ibídem, p. 92.

17. Ídem.

18. Ídem, p. 94.

Tener esa capacidad de identificarse a través de su propia historia, esa continuidad a pesar de la discontinuidad, supone un tiempo en el que se desarrolle esa historia, en el que se dé esa continuidad, en el que irrumpe esa discontinuidad. Ricoeur define la autonomía del sujeto en función de su capacidad de conducir su vida de acuerdo con la idea de la coherencia narrativa.[19]

También señala otro elemento relacionado con la autonomía: la singularidad. "Atrévete a pensar por tí mismo. Tú y no otro en tu lugar."[20] Para afirmar la singularidad, la prueba que se ha de superar es la "alteridad", es decir, los otros. Ser conscientes de que la perspectiva que tiene del mundo cada uno de nosotros es única, singularísima. Y, como dice Ricoeur, "la mejor ilustración de la singularidad es el carácter no transferible del recuerdo de una memoria a otra". Y también acá juega el tiempo un papel decisivo. La memoria se va construyendo a medida que el tiempo transcurre. No hay memoria sin tiempo transcurrido. Pero el tiempo no es más que la medida que nos permite descubrir la simultaneidad o la sucesión de nuestras experiencias, la iniciación de nuevas experiencias. Esas experiencias son nuestro tiempo, nosotros mismos somos tiempo. Y somos más o menos tiempo. Nuestra memoria se irá construyendo con los recuerdos de las experiencias vividas, y, a medida que se va construyendo nuestra memoria, nos vamos construyendo nosotros mismos. Vamos adquiriendo esa singularidad que nos permite distinguirnos de los otros, construir nuestra propia identidad, contar nuestra propia historia, contar-nos.

No obstante, a pesar de que construir-nos significa distinguir-nos de los otros, no podemos construirnos sin los otros. No podemos construirnos sin un nos+otros, sin pertenecer a un nosotros, que nos incluya a nosotros y a los otros. Un joven, un menor, ¿cuánto tiempo ha podido vivir con los otros como para sentirse parte de un nosotros, y a la vez diferenciarse tanto del "nosotros" que lo incluye como de los otros, incluidos también en el nosotros? ¿Cuánto tiempo ha vivido para adquirir su propia

19. C. Vázquez González. Op. cit., p. 94.

20. Ídem, ibídem.

identidad, para ser capaz de pensar por sí mismo? ¿De qué nosotros ha sido parte? ¿A qué nosotros se incorporará durante el tiempo de su pena? ¿Qué identidad irá adquiriendo a lo largo de ese tiempo que comienza?

"La autonomía y la vulnerabilidad se cruzan paradójicamente en el mismo universo de discurso, el del sujeto de derecho."[21] Si la sociedad configura determinado sujeto de derecho conforme a sus valoraciones y expectativas, no hay duda de que la prisión, como una sociedad *sui generis*, configura también sus propios sujetos.

Las metas absurdas

Curiosamente, en las sentencias que condenan a penas de privación de la libertad a menores se asigna a la prisión la función de resocializarlos. Se pretende que la sociedad carcelaria construya los sujetos de la sociedad no carcelaria. Tal vez una explicación sea que la sociedad no carcelaria encuentra realmente y en última instancia en la sociedad carcelaria su ideal de "seguridad".

"Todas las contradicciones del poder punitivo se exaltan cuando sus objetos son los niños y los adolescentes; la inhumanidad, la ineficacia preventiva, la violencia, la selectividad, quedan en total evidencia."[22]

Es necesario adoptar un enfoque global, ver la acción y la reacción: "Al 'problema de la criminalidad de menores' no sólo pertenecen las acciones punibles de los menores, sino también y precisamente las reacciones a éstas de carácter social y estatal".[23]

Estas reacciones en general van acompañadas de la formulación de una meta: la resocialización. Cuando en las sentencias se habla de resocialización, uno está tentado de preguntarse cuánta imaginación hace falta para pensar que

21. C. Vázquez González. Op. cit., p. 105.

22. E. R. Zaffaroni; A. Alagia; A. Slokar. *Derecho penal* – Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 178.

23. P. A. Albrecht. *El derecho penal de menores*. Barcelona: PPU, 1990. p. 43.

podremos resocializar a alguien que nunca ha estado realmente socializado, por una parte, y por otra, que lo haremos manteniéndolo alejado de la sociedad a la que la resocialización apunta. Como si atáramos a una persona a una silla para enseñarle a caminar. El encierro, así como las ataduras, supone añadir una incapacidad más – como decía Ricoeur– a las incapacidades que el ser humano joven tiene.

Además, en la socialización o resocialización se esconde un componente moral, de moral social, si por ello entendemos una aceptación de la vida social como valor, en cuanto tal digna de ser protegida y, en ese sentido, merecedora del sacrificio de los propios intereses personales. "Precisamente porque el castigo involucra la condena moral pero no puede producir un vínculo moral, sólo sirve para alienar a los transgresores en potencia, más que para mejorar su conducta. El reproche moral genera culpabilidad, remordimiento y enmienda sólo cuando el transgresor ya es miembro de la comunidad moral representada por la ley, (...) No obstante, cuando el vínculo es débil y el autorreproche mínimo, el castigo suele tener el efecto contrario."[24] También en este aspecto el tiempo es definitorio. Las pretendidas metas de resocialización y educación, que de un modo u otro siempre están presentes en la justificación de las penas, juegan un papel protagónico en las condenas a menores. Se cuenta el tiempo de la pena, intentando atribuirle un papel positivo, mirando sólo al futuro y olvidando que el tiempo pasado es determinante no ya para el logro del objetivo de resocialización sino para que el menor pueda asumir ese objetivo con un valor positivo. El tiempo que el menor ha vivido en la sociedad evidentemente no le ha dado una visión ni una experiencia positivas de la misma. ¿Cómo podría la cárcel contrarrestar esa visión y esa imagen? La imagen que la cárcel puede darle no puede ser otra que una imagen virtual, ideal, insuficiente para contrarrestar esa experiencia que, aunque breve, tiene todo el peso de una experiencia concreta, una experiencia vivida.

24. D. Garland. "Castigo y sociedad moderna". *Un estudio de teoría social*. México: Siglo Veintiuno, 1999. p. 97.

"Con la intención de establecer una clara diferencia con respecto al derecho penal de mayores, se entiende, en la jurisprudencia y en la teoría dominante, que el derecho penal de menores es un derecho penal de 'educación'".[25] Pero la educación y la tutela siempre han sido manifestación de leyes penales autoritarias, discriminatorias y racistas.[26] Esta situación es reconocida expresamente en las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad, 1990), en el párrafo 56: "A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven".[27] Dicha disposición establece la necesidad de garantizar que la situación del menor no sea peor que la del adulto. La posibilidad de considerar delito un acto solamente porque es realizado por un joven nos hace pensar inmediatamente en un derecho penal de autor.

Sin embargo, este argumento asigna al derecho penal, en términos comparativos, un papel positivo. Se afirma que "el derecho penal de menores es derecho penal", porque al menos éste ofrece las garantías frente a un poder punitivo que se ampara en una presunta finalidad positiva de educación, resocialización, tutela.[28] El camino es peligroso, porque parece decirnos que hay solamente dos bifurcaciones posibles: un derecho tutelar sin garantías o un derecho penal con garantías.

25. P. A. Albrecht. Op. cit., p. 94.

26. E. R. Zaffaroni. Op. cit., p. 178 y ss.

27. La fuente de todos los instrumentos de las Naciones Unidas citados en este texto es la publicación *Recopilación de instrumentos internacionales*. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994 (ST/HR/1/Rev.5).

28. "El tribunal de menores, desde su aparición en los Estados Unidos a fines del siglo XIX, fue concebido como un tribunal paternal y desjuridizado, en el que solo contaba la peligrosidad, y que pasaba por alto las garantías individuales y la magnitud del injusto cometido, que sólo adquirían valor sintomático." E. R. Zaffaroni. Op. cit., p. 179.

Se olvida entonces la razón de esas garantías: que la pena siempre consiste en infligir un mal, y por ello se pretende limitarla, proporcionarla o "garantizarla". No por ser mejor que otras soluciones es la solución mejor. Si siguiéramos esa misma línea de razonamiento, podríamos justificar las penas corporales, dado que son "mejores" que la pena capital. Y ya que estamos comparando situaciones peores, o eligiendo entre dos males, pensemos en un tercero, que por cierto no es fruto de nuestra imaginación sino una amenazadora realidad: el derecho penal, sí, pero sin las debidas garantías legales. Como es el caso de las sentencias que condenan a prisión perpetua a jóvenes por delitos cometidos cuando eran menores de edad.

Un enfoque hermenéutico de estas sentencias las sitúa en un marco más general, normativo e interpretativo, y permite analizar su validez sin apartarse de los parámetros formales, pero utilizándolos en sus dimensiones debidas.

La interpretación se desarrolla en movimientos circulares. Cada círculo rodea a la norma objeto de interpretación junto con determinados elementos que pertenecen a su entorno.[29]

Los círculos hermenéuticos de estas penas

Primer círculo: de la precomprensión a la comprensión

Por ejemplo, en el primer círculo, se configura la relación entre la precomprensión y el texto. Por precomprensión se entiende la expectativa con respecto a lo que se considera la correcta solución de un problema jurídico. Difícilmente en nuestra sociedad no causará asombro el hecho de que haya menores condenados a prisión perpetua. Cabe decir que "no se espera" que al amparo del orden jurídico y en virtud de sus normas se condene a menores a penas que incluso se consideran excesivas aplicadas a adultos.

29. R. Alexy. "Legal argumentation as rational discourse". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie – LXX – 1993. Véase G. Zaccaria. "L'arte dell'interpretazione". *Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padua: Cedam, 1990.

Precisamente en la cultura que se suele denominar "cultura de los derechos humanos" hay una actitud de protección y atención especial al menor. Así lo demuestran los instrumentos internacionales que consagran la protección de los derechos humanos.

En estos instrumentos figuran normas que, anticipando el instrumento especialmente dedicado a los menores, la Convención sobre los Derechos del Niño, establecen claramente la necesidad de brindarles protección.

Por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 25, se hace referencia a la necesidad de cuidados especiales de la infancia, y en el artículo 26 se reconoce el derecho a la educación y se estipula que ésta "tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana (...)", con lo que se hace una referencia implícita a los menores o jóvenes. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encontramos en el artículo 10, párrafo 3, una referencia expresa a los niños y adolescentes: "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición". En el artículo 13 se encuentra nuevamente la referencia implícita a los menores o jóvenes a través del reconocimiento del derecho de toda persona a la educación y se repite "que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad (...)". El artículo 24 está dedicado totalmente a los menores. El párrafo 1 dice: "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado". Difícil resulta interpretar que "las medidas especiales de protección y asistencia" o que la educación que "debe orientarse al pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad" tengan lugar en instituciones carcelarias. Verdaderamente difícil resulta concebir que los redactores de estas normas hayan pensado en concretar estas aspiraciones enviando a los destinatarios

a prisión. Al contrario, todas estas normas generales crean una expectativa que no coincide en absoluto con la prisión perpetua de un menor. Si tal vez no hay una precomprensión clara de lo que hará un juez frente a un menor que ha cometido un delito, hay una precomprensión bastante segura de lo que no hará. Porque todas esas normas reafirman una necesidad que es propia del menor, subrayan una condición especial del menor.

En la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que precede a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) se reconoce que "la juventud, por constituir una etapa inicial del desarrollo humano, requiere particular atención y asistencia para su desarrollo físico, mental y social, y necesita protección jurídica en condiciones de paz, libertad, dignidad y seguridad".[30] Esa particular atención y asistencia y esa protección jurídica que requiere la juventud han de brindarse en las condiciones indicadas. Difícil resulta interpretar que esas condiciones se den en la cárcel.

Por otra parte, es esa situación especial del menor que está atravesando esa "etapa inicial" de su desarrollo lo que induce a precomprender en un sentido negativo la posibilidad de una condena a una larga pena de privación de la libertad a un menor. El hecho de que se hayan establecido normas especialmente consagradas a los menores en los instrumentos sobre derechos humanos revela la percepción de una insuficiencia de las normas generales en la materia, ya antes de la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuando se trata de menores o jóvenes, parecería que es insuficiente referirse únicamente a los derechos humanos.

Si bien los derechos humanos son los derechos que se reconocen a todo ser humano por el mero hecho de serlo, sin exigir ninguna condición especial ni establecer ninguna diferenciación particular, el reconocimiento de que el ser

30. Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 29 de noviembre de 1985.

humano pasa por distintas etapas de desarrollo supone la necesidad de considerar las necesidades especiales de las etapas iniciales. Por consiguiente es necesario reconocer especialmente el derecho de superar esas etapas iniciales de desarrollo. Los derechos que hemos de reconocer a un joven o un niño son los derechos que constituyen la condición misma de posibilidad de los derechos que solemos calificar de derechos humanos.

Es ilusorio reconocer derechos humanos a quien no esté en condiciones de ejercerlos, de hacerlos valer. Si no dejamos que ese ser humano se desarrolle plenamente, de modo que pueda ejercer esos derechos, estamos impidiendo la existencia misma del titular de los derechos humanos. Por consiguiente, antes de ser titular de los derechos humanos propiamente dichos, el ser humano en desarrollo es titular de derechos que le garantizan la posibilidad misma de desarrollarse. Como si hubiese un estrato de derechos fundamentales con respecto a los derechos humanos. Si los derechos humanos son derechos fundamentales con respecto a todos los demás derechos, los derechos de los menores y jóvenes son fundamentales con respecto a los derechos humanos. Es esa percepción del carácter prioritario, anterior, fundamental de los derechos humanos de los menores en relación con los derechos humanos de los adultos lo que induce a precomprender que un juez no condenará a prisión perpetua a un menor o joven.

Segundo círculo: las partes y el todo, el todo y las partes

El segundo círculo se refiere a la relación entre las partes y el todo y obedece al principio de coherencia. Se trata de una coherencia que va más allá de una coherencia lógico-formal, consiste también y sobre todo en una coherencia de contenido. Se trata de examinar si en el ordenamiento al que pertenece la sentencia no hay otras normas que impidan a un juez aplicar la pena perpetua a un menor o joven. Si existen esas normas, la sentencia estará en conflicto con ellas y resultará afectada la coherencia de ese ordenamiento.

Para los países miembros de las Naciones Unidas, existen varios instrumentos internacionales aplicables que configuran un verdadero sistema de justicia de menores y que forman parte del ordenamiento de esos países en la medida en que los hayan incorporado a sus respectivas legislaciones. No obstante, hay que tener en cuenta que las normas internacionales son el fruto de prolongados debates y negociaciones que involucran a diversos sistemas jurídicos, con distintos niveles de desarrollo y objetivos en materia de política criminal. Es inevitable que estén formuladas con cierta latitud y flexibilidad, que les permite reflejar la diversidad de la que provienen y su aspiración a una validez universal. Pero estas características exponen también a estas normas a varias interpretaciones.

Por ejemplo, el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el apartado a) dice "(...) No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad"; y en el b) "(...) La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el tiempo más breve que proceda". Si bien parecería posible (y ha parecido posible) interpretar esta disposición atribuyendo un peso decisivo a la cláusula "sin posibilidad de excarcelación", es decir, deduciendo *a contrario sensu* una autorización de la pena de prisión perpetua a los menores de edad cuando exista la posibilidad de excarcelación, para formular esa interpretación será necesario olvidar que en el apartado siguiente se habla del "período más breve que proceda". Cabría preguntarse si la prisión perpetua puede considerarse el período más breve.

Además en ese mismo apartado se enuncia ya el principio que se reitera en todos los instrumentos dedicados a esta materia: la utilización de la prisión como medida de último recurso.

En la Regla 17 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing, 1985) el intérprete aparentemente también tendría cierta libertad y podría atribuir más

importancia al apartado b) "Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible"; o al c) "Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada", que parece dejar abierta la posibilidad de no encontrar otra respuesta adecuada. O bien, podría guiarse principalmente por el apartado d) "En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor". Sin embargo, el intérprete podría (y debería) disipar toda duda recurriendo a otra Regla, la 19, cuyo título mismo "Carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios" fija un criterio claro, y cuya parte dispositiva, "El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible", reitera la pauta con respecto a la duración y vuelve a repetir el principio básico del "último recurso". Por supuesto, también puede quedar abierta la interpretación de cuál será el "más breve plazo posible". No obstante, si nos atenemos a las normas de interpretación que contiene la Convención de Viena[31] (artículo 31: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin"), buscaremos cuál es el objeto y fin del instrumento que estamos analizando y observaremos que está enunciado en la Regla 5, titulada "Objetivos de la justicia de menores" y que establece: "El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito". Por supuesto, también esta norma puede

31. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Naciones Unidas, documento A/CONF.144/Inf.2.

dar lugar a interpretaciones punitivas (si el intérprete las desea) desde el momento en que se podría leer "proporcionadas a las circunstancias del (...) delito", pasando por alto que antes menciona a las del delincuente, y una de las circunstancias del delincuente es sin duda en este caso su minoría de edad. Sin embargo, difícilmente se podría interpretar que "hacer hincapié en el bienestar del menor delincuente" significa condenarlo a prisión perpetua.

También las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990), que reafirman el principio general del "último recurso", "1. (...) El encarcelamiento deberá usarse como último recurso. 2. La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales", aportan al intérprete una orientación útil para la interpretación de las disposiciones del sistema de justicia de menores de las Naciones Unidas, dado que se remiten también a las Reglas de Beijing. En primer lugar, aclaran que su objeto es "establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas", es decir, un nivel de normas por debajo del cual no es admisible ir; todo lo que pueda suponer un adelanto, un mejoramiento, es aceptable, al contrario, todo lo que disminuya ese nivel, es decir, agrave la situación del menor, es inaceptable. En segundo lugar, se inscriben en el marco más general de protección de los derechos humanos al agregar que estas normas mínimas que establecen son "compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales". Y en tercer lugar, enuncian el objetivo de "contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad".

De todo ello se deduce que si bien el intérprete cumple una función decisiva en la configuración de la norma, no puede interpretarla arbitrariamente. Así como hay una cultura que induce a una cierta precomprensión de la sentencia, también hay una comunidad interpretativa que vincula a quienes pertenecen a una misma cultura y tradición jurídica. Se trata entonces de un tercer nivel de

coherencia, la coherencia en la interpretación.[32] Tampoco en el contexto de interpretaciones posibles en los ordenamientos jurídicos que han incorporado los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sería admisible una interpretación de dichos instrumentos que diera como resultado una condena a prisión perpetua a un menor de edad.

Tercer círculo: la norma y su aplicación

En el tercer círculo, que representa la relación entre la norma y los hechos, se parte del reconocimiento de que la norma abstracta revela una estructura necesariamente incompleta, que sólo puede completarse en el procedimiento hermenéutico de "aplicación" de la norma jurídica en el contexto de la decisión del caso práctico. Incluso para atribuir un significado a la norma habría que observar en qué se traduce esa norma cuando se la aplica en la realidad concreta. Para definir la pena de privación de la libertad, la pena de prisión, habría que investigar todo lo que supone la pena de prisión traducida a la realidad concreta. Si descubrimos que supone, dadas las condiciones concretas de su ejecución, la constante exposición del condenado a la violación de sus derechos más elementales, podríamos equiparar la condena a la pena de prisión a una condena a la exposición a la violación de los derechos humanos.[33] Si a esas consideraciones sumamos todas las reflexiones que hemos hecho sobre la aplicación de esa pena a un menor, una sentencia que condene a un niño o a un joven a prisión perpetua no solamente significará condenarlo a una exposición perpetua a la violación de sus derechos humanos, sino que constituirá directamente una condena a la violación de esos derechos previos a los derechos humanos, que son condición de posibilidad de

32. E. Pariotti. "La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto". *Recta Ratio*. Torino: Giapicchelli, 2000, especialmente el Cap. II: *Comunità e tradizione nel diritto*, p. 26 y ss.

33. Me permito remitir a mi texto "Derecho penal y derechos humanos. Los círculos hermenéuticos de la pena", *El tiempo como pena*, Buenos Aires: Campomanes, 2001.

los derechos humanos. Es decir, si nos referimos a los derechos humanos en general, se trataría de una condena a una situación en la que la violación de los derechos es lo más probable. En cambio, si nos referimos a aquellos derechos del menor que habíamos considerado previos, anteriores, fundamentales con respecto a los derechos humanos, condición de posibilidad de los derechos humanos, ya no se trataría de una condena a una "situación de riesgo" en cuanto a los derechos humanos, sino de una condena que supone la violación del derecho del menor al "pleno desarrollo de su personalidad".

"Las medidas impuestas a adolescentes y a niños, cuando configuran institucionalizaciones, tienen los efectos deteriorantes de las instituciones totales considerablemente agravados, porque el deterioro institucional es mucho mayor en un sujeto en edad evolutiva que en un adulto. La prisionización de niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo, como en el adulto, sino directamente impeditivo de la evolución más o menos común de la persona."[34]

De todas las interpretaciones la peor

De la lectura de algunas sentencias[35] que condenan a menores de edad a prisión perpetua, surge la pregunta sobre lo que puede inducir a los jueces a pasar por alto normas y principios muy claros que permiten dar a los instrumentos internacionales una interpretación que no estaría reñida con ninguna otra disposición, que lo ampararía de cualquier acusación de no haber cumplido las normas consagradas por la Constitución etc.

¿Qué puede inducir al juez a olvidar que la cláusula de la prisión como "último recurso" se reitera en diversos instrumentos internacionales? ¿Qué es lo

34. R. Zaffaroni. Op. cit., p. 178.

35. *Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003)*. Buenos Aires: Unicef, 2003.

que lo lleva a hacer caso omiso de todas las normas que fomentan la reintegración en la comunidad (lo que se contradice con la imposición de penas perpetuas o de duración tan larga que hagan ilusorio hablar de reintegración)?

En el contexto de la hermenéutica, con respecto a los menores, ni siquiera se encontraría el juez ante la disyuntiva que Ricoeur llama la "tragedia de la acción".[36] No hay conflicto entre el respeto a las normas universales y el respeto a la singularidad de la persona. Al contrario, todo en las normas universales nos prescribe el respeto a esa singularidad.

La sentencia estaría en contradicción con la cultura jurídica en la que existe el ordenamiento en cuyo marco se dicta, defraudando todas las expectativas a su respecto. Estaría en contradicción con el ordenamiento mismo, en la medida en que éste incorpora la legislación internacional sobre derechos humanos en general y las disposiciones sobre derechos humanos propios del menor. Estaría en conflicto con los instrumentos que configuran el sistema internacional de la justicia de menores. Incluso estaría reñida con la interpretación de esas normas conforme a los principios generales que fijan claras pautas interpretativas, así como con las posibles interpretaciones admisibles en el marco de la comunidad interpretativa en la que se inscribe el ordenamiento. Y finalmente, significaría en su aplicación práctica una condena a la exposición perpetua a la violación de los derechos humanos y una condena a la violación concreta de los derechos que son condición de posibilidad de los derechos humanos.

Cabe entonces preguntarse: ¿qué puede inducir a un juez a dictar una sentencia que lo expone a todas esas críticas? Parece bastante evidente que no hay fundamentos racionales que lo apoyen. No hay normas que puedan ampararlo. Desde el punto de vista hermenéutico, la interpretación no puede desvincularse hasta tal punto del contexto, de la cultura interpretativa propia de la época, del sistema normativo internacional ni del entorno jurídico en el que se da.

36. P. Ricoeur. *Le Juste*, París: Esprit, 1995. p. 220.

Para contrarrestar todas las motivaciones que inducen a no dictar una condena de esa gravedad debe haber otras, muy intensas que lo induzcan a hacerlo. La expresión "muy intensas" tiene una connotación emotiva, no racional. Un argumento puede ser más o menos razonable, más o menos fundado, en cambio nada parece oponerse a que se califique a una emoción o a un estado emotivo de "intenso".

Es evidente que nos estamos moviendo en otro terreno. Que es inútil esgrimir argumentos normativos e interpretativos, racionales y razonables, porque nuestro interlocutor (el juez al que hipotéticamente le preguntamos por qué ha dictado esa sentencia) no nos habla en el mismo universo de discurso. Su fuente de motivación no han sido las normas jurídicas, interpretadas en el contexto de otras normas jurídicas, tanto nacionales como internacionales.

Su fuente de motivación ha sido la expresión pública de emociones y pasiones. Emociones y pasiones que reflejan odio, miedo, deseo de seguridad. Todas ellas perfectamente comprensibles. Pero no en la actuación de un juez. Porque su actuación es la actuación del tercero.

Y al tercero precisamente le pedimos que en el proceso supere la violencia de las emociones mediante el discurso.[37] El conflicto que supone el delito se "verbaliza" en el juicio. La actuación del tercero-juez puede describirse como una *dispositio in ordinem* de los hechos que se le someten. Esta forma de ordenar los hechos significa darle a cada uno su nombre jurídico, no el nombre que le dicte la expresión de las emociones y las pasiones. El discurso que pronuncia el tercero-juez no es su propio discurso, ni un discurso que pueda elegir libremente, porque él actúa en nombre de la comunidad jurídica, y en sus leyes y en la interpretación predominante de esas leyes ha de basar su discurso.

Ricoeur nos recuerda que la sentencia tiene dos caras: por un lado, pone fin a un proceso, por otro, da comienzo a un nuevo proceso, la imposición del castigo; "constituye el punto de partida (...) de una nueva historia".[38] Para el menor condenado, esa nueva historia que comienza, es su propia historia.

37. P. Ricoeur. *Le Juste II*, cit., p. 262.
38. Ídem, ibídem, p. 263.

Tendencias actuales de la justicia restauradora*

Elena Larrauri
Profesora titular de Derecho Penal.
Universidad Autónoma de Barcelona.

Sumario: 1. Introducción – 2. Antecedentes de la justicia restauradora – 3. Definición y objetivos de la justicia restauradora: 3.1 La importancia del proceso dialogado; 3.2 La participación de las partes; 3.3 Los acuerdos restauradores – 4. Regulación legal: 4.1 Definición; 4.2 Principios generales; 4.3 Regulación jurídica; 4.4 El funcionamiento del sistema penal respecto la mediación; 4.5 El funcionamiento de los servicios de mediación: 4.5.1 *Standards*; 4.5.2 Cualificación y preparación de los mediadores; 4.5.3 El desarrollo de las sesiones; 4.5.4 El acuerdo; 4.6 El desarrollo futuro de la mediación – 5. Evaluación de la justicia restauradora: 5.1 Las críticas teóricas; 5.2 Las evaluaciones empíricas – 6. Reflexiones finales – Bibliografia.

Resumen: El objetivo de este artículo es presentar el nuevo movimiento denominado justicia restauradora. Este movimiento representa un viraje del actual sistema penal por cuanto implica un proceso dialogado entre las partes –infractor y victima– tendente fundamentalmente a reparar el daño ocasionado por el delito. A continuación se presenta la regulación legal que se esta produciendo en la comunidad europea con el objetivo de dotar a estas experiencias de mediación de un marco legal adecuado y unitario. Finalmente se exponen las críticas teóricas de que este movimiento ha sido objeto por parte de la doctrina penal, y se finaliza con la exposición de las evaluaciones empíricas más conocidas.

* Este artículo se inscribe en el proyecto de investigación "Protección a la víctima y rehabilitación de los delincuentes en libertad" (BJU2001-2075). Agradezco los atentos comentarios de Josep Cid y José Dapena.

Palabras claves: justicia restauradora; reparación-mediación; regulación legal; críticas; evaluación empírica.

1. Introducción

El objetivo de este artículo es dar a conocer las tendencias actuales de la justicia restauradora y plasmar las novedades que se han producido respecto de las experiencias denominadas "mediación-reparación" entre la víctima y el infractor.

De forma breve estas novedades pueden resumirse, en mi opinión, en los siguientes aspectos: en primer lugar, la mediación víctima-delincuente tiende a ceder paso a las llamadas "conferencias restauradoras" que se distinguen de la mediación porque pretenden una mayor incorporación de la comunidad próxima a la víctima y al infractor.[1]

En segundo lugar se ha producido una regulación legal internacional (Naciones Unidas, Comisión Europea) de las experiencias de mediación, legislación que no sólo pretende impulsar la justicia restauradora sino también regular su funcionamiento.[2]

Por último, empieza a existir un intento de ampliar la justicia restauradora al ámbito de la justicia penal de adultos como atestigua la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 que en su artículo 10 dispone:

"Los Estados miembros procurarán *impulsar la mediación en las causas penales* para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. [y] *velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado* que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales (subrayado añadido).

1. Si bien es cierto que las conferencias de justicia restauradora se han desarrollado por ahora sólo en los países de influencia anglosajona.

2. Véase al respecto la Decisión Marco del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) y los Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters (UN), 2000.

Señalándose a continuación en su artículo 17:

"Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión marco: en lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006".

La previsión de que la justicia restauradora continue en la justicia penal juvenil y se amplie a la justicia penal de adultos, aconseja conocer someramente el estado de la cuestión.

2. Antecedentes de la justicia restauradora

Para comprender mejor los principios que inspiran la justicia restauradora, la forma que actualmente adopta, los riesgos que confronta y los rechazos que suscita es necesario remontarnos brevemente en el tiempo para entender como surge el movimiento denominado "justicia restauradora".

En primer lugar debe destacarse la influencia de los planteamientos abolicionistas. En un artículo pionero de importancia difícil de exagerar titulado "¿De quien son los conflictos?" (*Conflicts as property*), Nils Christie (1977) cuestiona la apropiación que realiza el Estado cuando plantea el delito como una relación entre Estado y delincuente, relegando totalmente a la víctima de la resolución del conflicto y aboga por un encuentro entre la víctima directa y el infractor.[3]

¿Por qué entonces a partir de la década de los noventa se habla de justicia restauradora y no de 'abolicionismo'? El motivo fundamental es, en mi opinión, que el abolicionismo pretende que las víctimas recuperen el conflicto con el ofensor y aun cuando prevé la intervención de terceras partes, como mediadores, estos son 'mediadores vecinales'.[4] Ello comporta que las propuestas del abolicionismo sean una alternativa al sistema penal actual, puesto que o bien se defiende que la

3. Una revisión actual y pormenorizada de este artículo puede leerse en Bottoms (2003:80-83).

4. El abolicionismo participa de una gran desconfianza al monopolio que ejercen los profesionales de determinados saberes o actuaciones.

comunidad recupere su capacidad de solucionar sus conflictos, o alternativamente se aboga por la resolución de los conflictos por medio del derecho civil.[5]

Esta propuesta chocó no sólo con el escepticismo de criminólogos que dudan acerca de si la comunidad o la víctima individual estaría contenta de recuperar este protagonismo, sino especialmente tropezó con la crítica de los juristas que entendieron que ello implica desconocer los derechos y garantías del proceso penal. En palabras gráficas se temía que la aspiración de prescindir de la pena conllevase prescindir del derecho.[6]

Por el contrario, la justicia restauradora se ha presentado más dialogante con la justicia estatal penal (Braithwaite, 1998:335-336).[7] Ha aceptado que deben existir principios reguladores de la justicia restauradora y que los jueces penales deben supervisar los acuerdos que se alcancen, ha discutido el problema de quién y cuándo se derivan los casos a la justicia restauradora, se ha preocupado por los riesgos de vulneración de derechos procesales que las conferencias pueden conllevar, y finalmente ha admitido que puede coexistir con la justicia penal ya que ésta puede hacer más eficaz el acuerdo que se alcance en las conferencias de justicia restauradora.

En segundo lugar, además de las posiciones abolicionistas, debe destacarse también como antecedente de la justicia restauradora el movimiento de víctimas que paralelamente estaba reclamando que las víctimas fueran más atendidas por el sistema penal, que sus deseos fueran más escuchados en el proceso y que fueran tenidas más en cuenta en la orientación de la pena.

A su vez el ímpetu del movimiento de víctimas desde la década de los ochenta refleja numerosos cambios sociales, expuestos por Bottoms (2003:103-105), como

5. Una introducción al abolicionismo puede leerse en Larrauri (1987).

6. La crítica más conocida e influyente en el ámbito hispánico fue sin lugar a dudas la realizada por Ferrajoli (1995:249-252; 341-343). Una réplica puede leerse en Larrauri (1997b).

7. En opinión de Braithwaite (1998:335-336) las diferencias de la justicia restauradora con el abolicionismo son: la justicia restauradora mantiene el concepto de delito, en tanto el abolicionismo sugiere prescindir de él; la justicia restauradora no descarta un uso mínimo de la pena de prisión y la justicia restauradora opta por mantener aspectos claves del sistema penal estatal.

son fundamentalmente la crisis de legitimidad del sistema penal,[8] fruto probablemente de su carácter burocrático, no participativo e inefectivo, que conlleva el surgimiento de numerosos intentos de reforma y cambio,[9] y un cambio de percepción del delito, que tiende a dejar de concebirse como una ofensa al Estado y se concentra en el daño realizado a las víctimas individuales (Boutellier, 2000:64).[10]

En mi opinión estas dos tendencias, abolicionismo y victimología, son fundamentalmente las que dan origen al movimiento de justicia restauradora, pero también puede destacarse la influencia de grupos críticos con el sistema penal interesados en la búsqueda de alternativas a la prisión.

Como veremos posteriormente, si bien algunos defensores de la justicia restauradora no excluyen la pena de prisión como resultado de una conferencia de justicia restauradora, lo cierto es que en la práctica, el hecho de que la mayoría de acuerdos gire en torno a reparar a la víctima, comporta que los acuerdos sean mayoritariamente de petición de disculpas, reparación económica o simbólica a la víctima y algún tipo de trabajo en beneficio de la comunidad. Ello implica que la 'justicia restauradora' ha sido vista como menos punitiva que el sistema penal formal[11] (Braithwaite, 1999:4), el cual tiende, a pesar de la introducción

8. Como observa Bottoms (2003:105-106) esta crisis de legitimidad se acentúa en los países en los cuales existen grupos sociales que han visto como sus formas de justicia tradicionales eran desconocidas por el sistema penal actual, el cual ha sido catalogado de "colonial", por ello los países en donde la justicia restauradora tiene más impacto es en aquellos en donde existen minorías culturales significativas como Australia, Nueva Zelanda, o Canada.

9. La justicia restauradora es uno de ellos y quizá el más conocido. La denominada "jurisprudencia orientada a la resolución de problemas", véase una introducción en Winick (2003), es otro intento de dar respuesta a esta crisis que afecta al sistema de justicia penal.

10. En opinión de Boutellier (2000:65) "Mucho del comportamiento violento y deshonesto prohibido por el derecho penal causa formas de sufrimiento con las cuales resulta fácil identificarse. Una cultura moralmente fragmentada necesita víctimas fáciles de reconocer". Por ello en opinión de este autor, la nueva legitimidad del derecho penal estriba en la víctima (Boutellier, 2000:68).

11. Se podría pensar que la justicia restauradora es menos punitiva porque los casos remitidos a ella son menos graves. Como espero mostrar este no es el único factor que influye en la severidad de la pena, frente a la misma gravedad de delitos la justicia restauradora es a mi juicio menos punitiva por su orientación a la víctima.

de penas distintas a la pena de prisión, a aplicar aún de forma excesiva las penas privativas de libertad.

Así pues, los grupos críticos[12] con el sistema penal acogen con interés las experiencias de justicia restauradora porque entienden que esta tenderá a aplicar penas distintas a la prisión las cuales además de satisfacer a la víctima serán menos perjudiciales para el delincuente al no implicar su privación de libertad. Ello comporta en últimas que la justicia restauradora se defienda también como una alternativa a la cárcel, como una medio adicional de disminuir la población reclusa.[13]

3. Definición y objetivos de la justicia restauradora

Existen dos problemas para definir la justicia restauradora, por un lado, diversas alternativas al sistema penal formal se auto-denominan "justicia restauradora", a pesar de ser instituciones distintas y funcionar con principios diversos entre sí (Morris, 2002:597).

Las formas más conocidas de justicia restauradora son la mediación víctima-delincuente, que consiste en el encuentro víctima-ofensor ayudadas por un mediador con el objetivo de llegar a un acuerdo reparador; conferencias de familia, que incluyen a familiares o personas de apoyo de los infractores y de las víctimas, y en las que además tienden a participar policía o agentes de libertad vigilada o trabajadores sociales; círculos, que además de la víctima y el infractor están abiertos a cualquier persona representativa de la comunidad que tenga un interés en involucrarse en el asunto. Por último, existen una serie de experiencias

12. También debe destacarse la influencia, especialmente en EEUU, de grupos de inspiración religiosa que se rebelan contra el punitivismo de que hace gala el sistema penal y se esfuerzan por encontrar una alternativa al uso extendido de la pena. Véase como ejemplo Pepinsky-Quinney (Ed.) (1991).

13. Este resultado deberá comprobarse empíricamente pues no es una consecuencia natural de la introducción de una pena alternativa. Como es conocido, depende de cómo se use la justicia restauradora esta tenderá a sumar personas sometidas a algún tipo de control penal más que a disminuir personas del sistema penal formal.

o proyectos en el ámbito de justicia municipal que aceptan en su funcionamiento principios de justicia restauradora como pueden ser comisiones de vecinos que se encargan de solucionar delitos menores generalmente sin víctima que se considera afecta a la calidad de vida comunitaria (Kurki, 2003:294-306).

Además de las múltiples formas que adopta la justicia restauradora, de las que solo he reseñado las más conocidas, una segunda dificultad para definir con fijeza la justicia restauradora es que los propios defensores rehuyen ofrecer una definición de justicia restauradora, entre otros motivos precisamente por la falta de un acuerdo asentado (van Ness, 2003:166).

La falta de una definición clara y el exceso de objetivos o su falta de precisión han sido una crítica tradicional a la justicia restauradora (von Hirsch-Ashworth-Shearing, 2003:22-23). En mi opinión es ciertamente un aspecto preocupante, en primer lugar, por el riesgo de que se devalúe lo que es la justicia restauradora al no respetar los principios o standards característicos de la justicia restauradora (Morris-Geltshorpe, 2000:27); en segundo lugar, porque la evaluación del funcionamiento de estos programas deviene complicada (Kurki, 2003:303), al no poder precisarse si por ejemplo un determinado fracaso es consecuencia de las prácticas restauradoras o precisamente debido a la ausencia de ellas.

Por ello, intentaré presentar las notas características de la justicia restauradora sobre las que existe acuerdo. Con ello pretendo explicar qué principios debe cumplir un determinado programa para merecer el calificativo de justicia restauradora, y además mostrar las dificultades y tensiones que se reflejan bajo los diversos principios.

Un punto de inicio acogido por diversos autores (Braithwaite, 1999:5; Ashworth, 2002:578) es la definición ofrecida por Tony Marshall para quien

La justicia restauradora es un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro.

Como observa Ashworth, (2002:578) las tres notas características de esta definición son: la idea de proceso, la noción de las partes y la existencia de acuerdos restauradores. Examinaré por separado cada uno de ellas.

3.1 La importancia del proceso dialogado

Como es conocido entre los defensores de la justicia restauradora, la gran diferencia que ésta presenta respecto del sistema penal tradicional es la existencia de un diálogo que permite alcanzar un acuerdo. Así en tanto el proceso penal tradicional se entiende como la imposición de una pena por parte del juez, la justicia restauradora preconiza un diálogo acerca del suceso delictivo entre las partes que permita contestar a tres preguntas: ¿cuál es el daño?, ¿qué debe hacerse para repararlo? ¿quién es el responsable de hacerlo? (Zehr, 1990, cit. por Bazemore-Hugley, 2002:158).

Este diálogo se defiende en primer lugar porque se cree que es beneficioso para la víctima ya que esta puede expresar directamente al infractor sus sentimientos de ira, miedo o angustia y contribuir de este modo a superar el impacto del delito.

En esta línea se destaca que la víctima es más escuchada en las conferencias de justicia restauradora y así se pone de relieve la mayor duración de las conferencias respecto de los procesos penales.[14] También las evaluaciones constatan de forma persistente como un logro de la justicia restauradora la mayor satisfacción de las víctimas en este tipo de proceso y haberse sentido tratadas de forma más justa que en el sistema penal (Morris, 2002:604; Kurki, 2003:310).

El diálogo se defiende también como algo beneficioso para el infractor. De esta forma se afirma que el encuentro con la víctima propicia que este sea más consciente del daño realizado. Como observa Bottoms (2003:103) en un tiempo

14. Von Hirsch, Ashworth y Shearing (2003:37) recogen los resultados de la evaluación realizada en Canberra (Australia) en el cual la duración media del proceso oscilaba entre 7 y 27 minutos; por el contrario las conferencias de justicia restauradora tenían una duración media entre 60 y 94 minutos.

de relativismo moral, la naturaleza del daño puede verse más claramente cuando la persona se enfrenta a una víctima de carne y hueso. Así la justicia restauradora cumple la función de clarificar las normas vigentes basándose en el sufrimiento de la víctima.[15]

El hecho de que el infractor se responsabilice por el mal realizado mediante un diálogo es positivo además puesto que este puede experimentar este proceso como más justo. La importancia de sentir que se ha sido tratado de forma justa es trascendente pues de acuerdo a los recientes estudios de justicia procedimental se defiende que este es un factor relevante que contribuye a que la gente respete el derecho (Tyler, 1990; Paternoster, 1997; Braithwaite, 1999; Bottoms, 2001). En definitiva, el razonamiento moral y la justicia procedimental presentes en el diálogo víctima-infractor son dos factores que se cree pueden reducir la reincidencia de las personas.[16]

Además de las ventajas respecto de la víctima y el infractor, en opinión de Braithwaite el proceso dialogado debe defenderse puesto que permite la participación, valor democrático del que el sistema penal tradicional está necesitado.

El sistema penal occidental ha sido en general corrosivo para la democracia participativa, a pesar de la institución del jurado. La justicia restauradora es

15. Como añade Bottoms (2003:103) "Si esta interpretación es correcta, entonces se entiende porque la justicia restauradora se ha concentrado específicamente en los jóvenes, los sujetos tradicionales de la pedagogía moral".

16. En opinión de Morris (2002:606) se puede argüir que disminuir la reincidencia no es un objetivo de la justicia restauradora. Esta afirmación debe interpretarse en el sentido de que la justicia restauradora se defiende porque es una *forma más justa de tratar a las víctimas y a los infractores* y por ello no fracasa por el hecho de no disminuir las tasas de reincidencia. Pero sus defensores creen que una consecuencia de este trato más justo será una disminución en el porcentaje de hechos delictivos realizados por las personas que hayan acudido a la justicia restauradora. La similitud de este razonamiento con las teorías retribucionistas contemporáneas es evidente (véase von Hirsch, 1993:34-38), y por ello algunos defensores, pero no todos!, de la justicia restauradora encuentran apoyo en las doctrinas retribucionistas modernas. Véase por ejemplo Daly (2002b:62). En contra de cualquier unión entre retribucionismo y justicia restauradora Braithwaite (2003: 17-18).

justicia deliberativa; es la gente que delibera sobre las consecuencias de los delitos, como tratarlos y prevenir su repetición (Braithwaite, 1998:329).

Expuestas las razones por las cuales el diálogo es un elemento central de la justicia restauradora entre las partes, debemos considerar brevemente los peligros que existen en este proceso dialogado.

En primer lugar se destaca que este diálogo puede no suceder cuando los adultos o los profesionales tienden a dominar la escena. La situación entonces que puede producirse es la de "una sala con un joven aturdido rodeado de adultos" (Haines, 1999, cit. por Braithwaite, 1999:96). La paradoja es que como más se defiende la intervención de la comunidad o la asistencia jurídica al menor, más posibilidades hay de que la sala se llene de adultos. Es cierto no obstante, que por ahora, las evaluaciones realizadas concuerdan que los jóvenes se sienten razonablemente satisfechos de su participación (Daly, 2003:226; Morris-Maxwell, 2003:262).

Un segundo temor es que hay casos en los que el diálogo es "indirecto" porque la víctima directa no participa y no está presente. En estos supuestos las virtudes del proceso dialogado tienen lugar sólo respecto del infractor. Algunos autores parecen entender que ello puede solucionarse con la presencia del mediador que haga de intermediario entre la víctima y el infractor (Dignan, 1999:48).

Un tercer peligro es que el "proceso dialogado" se pierda cuando la justicia restauradora se institucionalice o burocratice y deba tratar con muchos más casos de los que trata en la actualidad (von Hirsch-Ashworth-Shearing, 2003:37; Daly, 2003:231-232).

Para finalizar debe repetirse que para los defensores de la justicia restauradora no es una muestra de justicia restauradora la imposición por parte del juez de una pena, aun cuando sea una pena de reparación o trabajo en beneficio de la comunidad (Morris-Geltsthorpe, 2000:28; Pollard, 2000:9-10). El motivo, como

ya he expuesto, es que el diálogo por el cual se alcanza el acuerdo tiene un valor en sí mismo que se ve anulado cuando éste es impuesto por el juez.

3.2 La participación de las partes

Esta segunda nota característica pretende conseguir la participación de las partes que hayan estado involucradas en el suceso delictivo. En consecuencia el infractor y la víctima son partes indispensables. También se considera conveniente la presencia de un mediador o facilitador cuya tarea es facilitar la discusión y velar por determinadas reglas de procedimiento y naturaleza de los acuerdos. A partir de este acuerdo mínimo, el resto es más controvertido.

Se defiende además la participación de la "comunidad". De hecho por lo que alcanzo a entender la diferencia entre diversas formas de justicia restauradora (mediación víctima-delincuente, conferencias o "círculos") es precisamente el alcance de la participación de la comunidad (Kurki, 2003: 294, 297, 303).

La defensa de la ampliación de las personas participantes obedece generalmente a diversos motivos. Por un lado se cree más beneficioso para la víctima o el infractor. Así se destaca que se sienten más apoyadas por la presencia de comunidades de cuidado (*community of care*). En segundo lugar la presencia de la comunidad se defiende en ocasiones aludiendo a que ello permitirá el control informal respecto del infractor, por lo que es de esperar que este mayor control redunde en una disminución de futuros delitos. Finalmente se alude también a la posibilidad de que la presencia de la comunidad en las conferencias de justicia restauradora permita revitalizar la comunidad.

Los problemas que esta evocación plantea son de forma resumida los siguientes: en ocasiones por comunidad se entiende la familia o amigos del infractor y la víctima, en otras, por el contrario, la comunidad parece hacer referencia a una comunidad geográfica (Ashworth, 2002:582). En consecuencia ¿quién exactamente es la comunidad que debería participar?

En segundo lugar se plantea el siguiente problema: ¿qué sucede cuando la comunidad que participa tiene unos valores distintos de los normativos? (Ashworth, 2002:583-584). Este problema puede ser en efecto agudo respecto de algunos delitos en los que la tolerancia de la comunidad es mayor (por ejemplo violencia doméstica o conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas) y puede incrementarse en las formas de justicia restauradora que prevén una amplia participación de la comunidad.

En tercer lugar, se destaca que es difícil de evaluar la satisfacción o restauración que la comunidad experimenta (Kurki, 2003:294). Braithwaite (1999:6) en un intento de precisar, afirma que la restauración de la comunidad implica restaurar la democracia participativa, la armonía basada en un sentimiento de que se ha hecho justicia y las relaciones de apoyo social. No obstante, por ahora no existen evaluaciones que permitan confirmar la participación o satisfacción de la comunidad, debido probablemente a la complejidad de desarrollar criterios que permitan medir su restauración.

Finalmente, en mi opinión, es cierto lo observado por Bottoms (2003:86) acerca de la tensión existente en la justicia restauradora entre la afirmación de que el conflicto es de las partes y el intento de involucrar a la comunidad. Esta tensión se plasma por ejemplo en la difícil delimitación de quien puede participar en las conferencias o cuánta publicidad es admisible. Así, por un lado, se defiende la participación de la comunidad, en tanto que por otro se enfatiza que la justicia restauradora no tiene el carácter público que se atribuye al sistema penal, pues se entiende que la confidencialidad es requisito para la existencia de un diálogo más libre (van Ness, 2003:171). Esta tensión se agudiza por la interpretación que en ocasiones se da al término confidencial que ha llevado a impedir que la propia persona explique el desarrollo de la conferencia (Daly, 2003:232).

Un último problema vinculado a la participación de las partes es el de la intervención del Estado. Como observa Ashworth (2002:579-582) se podría

defender la colaboración del Estado, aun cuando se admitiese que el conflicto es de la víctima, basándose en la necesidad de que se respeten los derechos humanos y se alcance la coherencia de los acuerdos restauradores.

La ausencia del Estado es en mi opinión más aparente que real. Se podría argüir que el Estado participa con la elaboración de principios y standards legales que deben ser respetados, a través de los mediadores, por medio del control judicial y suministrando los servicios para garantizar la efectividad de los acuerdos. Esta participación del Estado, entiendo, permite conjurar el temor de que no se respeten los derechos humanos, garantizar que las decisiones no son contrarias a los derechos humanos y que los valores de la comunidad son valores normativos. En cualquier caso los defensores de la justicia restauradora no aspiran a prescindir del Estado sino a dar un mayor espacio a la sociedad civil (Braithwaite, 1998:335-338).

Un último tema pendiente es la participación de los abogados. En tanto Braithwaite (2002:566-567) es partidario de prestar asistencia jurídica antes o después de la conferencia, pero no durante, por miedo a que la presencia de abogados monopolice la conferencia, Morris (2002:602, nota 15) recoge otras experiencias donde se prevé que el abogado asista a la conferencia de justicia restauradora.

3.3 Los acuerdos restauradores

El acuerdo restaurador se define como aquel que repara simbólica o materialmente a la víctima, permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada.

Respecto de la víctima los acuerdos restauradores acostumbran a enfatizar que la víctima se sienta reparada. Por ello se concede gran importancia a la presentación de disculpas, con las cuales muchas víctimas se sienten resarcidas. Las disculpas, que son vistas por personas ajenas a las experiencias de justicia restauradora como algo menor, son un mecanismo social apto para realzar que se ha

infringido una norma y restaurar el orden social existente. Como afirma Bottoms (2003:96), basándose en Tavuchis (1991):

"Las disculpas no anulan y no pueden anular el daño que ha sucedido; pero el *dolor* y *arrepentimiento* de la disculpa sincera (frecuentemente una cuestión difícil de expresar para el ofensor) seguido del igualmente difícil acto de perdonar (quizás de forma indecisa) por la persona dañada, tienen el poder de efectuar una transformación social".

Un segundo tipo de acuerdo que se adopta puede consistir en la realización de alguna actividad reparadora hacia la víctima. Este consiste generalmente en una compensación económica o bien algún trabajo acordado entre la víctima y el infractor.

Debe realzarse la importancia de que la víctima se sienta reparada, por las disculpas o efectividad del acuerdo reparador, pues un objetivo de la justicia restauradora, a diferencia del sistema penal tradicional, es precisamente conseguir la satisfacción de las víctimas. En consecuencia subsiste un problema para los ideales de la justicia restauradora, cuando la víctima a pesar de las disculpas o de la reparación permanece insatisfecha.

Respecto del infractor, los acuerdos restauradores acostumbran a incluir alguna de las actividades mencionadas en aras de satisfacer a la víctima. Pero es de interés destacar que estos acuerdos reparadores no tienen porque evitar que se adopten otras medidas de carácter rehabilitador. Así se recalca que una de las funciones del Estado en la justicia restauradora es precisamente suministrar los servicios (de tratamiento, de aprendizaje, de ocupación) que se acuerden en las conferencias y que son necesarios para permitir la reintegración del infractor en la comunidad (Morris, 2002:605).

Es de subrayar que no acostumbra a producirse un incumplimiento del acuerdo reparador, quizá por ser acuerdos posibles de ejecutar por el infractor, o porque han sido fruto de un acuerdo o porque el infractor es consciente de que el proceso penal pende sobre él.

Finalmente los acuerdos que pueden adoptarse para restaurar la comunidad es probablemente el tema más ambiguo ya que depende esencialmente de qué tipo de comunidad sea la que ha participado en la conferencia. Braithwaite (1999:35-38) expone ejemplos de cómo la justicia restauradora permite reconstruir microcomunidades, y así alude a experiencias de justicia restauradora dedicadas a erradicar el vandalismo de las escuelas o el acoso sexual del trabajo o la violencia racista en un barrio.

Respecto de los riesgos que existen en los acuerdos restauradores, en mi opinión el mayor peligro es el de los límites. Yo personalmente no me siento identificada con la siguiente afirmación:

"Pero, de hecho, cualquier acuerdo –incluyendo una condena de prisión– puede ser restaurador si es una resolución a la que se ha llegado por un acuerdo y se considera apropiada por las partes" (Morris, 2002:599).

En mi opinión una condena de prisión no es justicia restauradora, pues no entiendo como esta puede cumplir sus objetivos de reintegrar al infractor o reparar a la víctima.[17]

Vinculado a la pena de prisión existe la necesidad de prohibir acuerdos degradantes como el presentado por Braithwaite (2002:567) quien expone críticamente el caso de una conferencia de Canberra todos los participantes acordaron que el infractor llevase una camiseta donde pudiera leerse "Soy un ladrón".[18]

Estos riesgos, referidos a los acuerdos que pueden adoptarse, debieran conjurarse con la existencia de unos principios legales que marquen los límites al tipo de sanciones y el tiempo de cumplimiento que pueden acordar las conferen-

17. No niego que en algunos supuestos excepcionales una condena de prisión pueda ser necesaria, pero a mi juicio esta debe ser justificada por el recurso a otros principios, distintos de la justicia restauradora.

18. Sobre la distinción entre penas vergonzantes (*reintegrative shaming*) defendida por Braithwaite (1989) y penas degradantes (*shamefull sentences*), véase Larrauri (2000).

cias de justicia restauradora.[19] La necesidad de éstos proviene de que el "proceso dialogado" no desprovee al acuerdo restaurador de su carácter de castigo (von Hirsch-Ashworth-Shearing, 2003:27),[20] y por ello es necesario la existencia de unos límites garantizados legalmente.

4. Regulación legal

Si existía el peligro de la falta de regulación puede decirse que este se ha conjurado. A continuación expondré literalmente los principios elaborados por el Consejo de Europa en su Recomendación R (99) 19 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 15 de setiembre de 1999 y añadiré diversos comentarios que realiza van Ness (2003), los cuales si bien están centrados en los principios elaborados por las Naciones Unidas coinciden con la regulación europea.

4.1 Definición

Estos principios se aplican a cualquier proceso donde se permite que la víctima y el infractor de mutuo consentimiento participen activamente en la resolución de las consecuencias de un delito con la ayuda de una tercera parte imparcial.

Como destaca van Ness (2003:166) justicia restauradora implica procesos restauradores y acuerdos restauradores. Respecto del proceso se enfatiza la deliberación de todas las partes que tienen un interés en el conflicto ayudadas por un facilitador; como ejemplos se citan la mediación, las conferencias y los círculos. Respecto de los acuerdos se entiende por tales la restitución, el trabajo en

19. Por ejemplo Daly (2003:227) expone como las conferencias de justicia restauradora en Australia no pueden sobrepasar unos máximos fijados legalmente referidos a la cantidad que se puede pagar, horas que se deben dedicar al trabajo en servicio de la comunidad, o tiempo máximo que puede durar la sanción.

20. Una opinión distinta puede leerse en Walgrave (2003:63-66) quien distingue entre "restauración coactiva" y castigo. Una crítica a esta concepción en Dignan (2003:139).

beneficio de la víctima, y también todos los que tengan como objetivo la reparación de la víctima y la reintegración del infractor.

4.2 Principios generales

Estos principios son la necesidad de consentimiento, la confidencialidad de las discusiones y la disponibilidad de la mediación en todas las fases de la justicia penal, con una autonomía suficiente.

Estos principios generales realzan tres aspectos, el primero es referido al consentimiento informado que debe estar siempre presente, la persona debe consentir al inicio y debe saber que su retirada siempre es posible; el segundo principio se refiere a la confidencialidad.

Al respecto destaca van Ness (2003:171) que la justicia restauradora no se basa en el carácter público de las sesiones, así incluso en los círculos que es donde se prevé la participación de más miembros de la comunidad, estos sólo pueden participar si tienen un interés en involucrarse en la resolución del conflicto, esto es, no son "sesiones públicas". El carácter confidencial de las discusiones también se mantiene respecto del sistema penal, el cual es informado del acuerdo adoptado o de la falta de este pero no del contenido de las deliberaciones.

Finalmente respecto el tercer principio, la disponibilidad de la mediación en todos los estadios del proceso penal, alude van Ness (2003:168), a la existencia de programas en Estados Unidos donde se propicia el diálogo entre la víctima y la persona condenada presa.

4.3 Regulación jurídica

La legislación debe prever la posibilidad de mediación en cuestiones penales, deben existir principios que la regulen, en especial la derivación y funcionamiento de los programas; deben respetarse los derechos procesales, en especial el derecho de defensa y el de traducción. Los menores deben tener además el derecho a la asistencia de sus padres.

En opinión de van Ness, (2003:170), la regulación jurídica de las diversas experiencias de justicia restauradora ha sido necesaria porque si bien la flexibilidad es vista como un valor que puede permitir una mejor resolución de cada caso individual, sus proponentes también son conscientes de que la etiqueta de "justicia restauradora" puede amparar prácticas incompetentes o poco éticas, por ello finalmente se cree conveniente la asistencia del Estado para regular unos principios jurídicos que protejan los derechos y garantías de las personas.

4.4 El funcionamiento del sistema penal respecto la mediación

La decisión de derivar los casos a la mediación así como la valoración del acuerdo debiera estar reservado a las autoridades del sistema penal. Antes de llegar a un acuerdo las partes debieran ser totalmente informadas de sus derechos y consecuencias de su decisión. No se puede inducir la participación por medios injustos. Los derechos procesales reconocidos en la legislación debieran ser también de aplicación en la mediación. La mediación no debiera producirse si alguna de las partes no es capaz de entender el proceso. Los hechos básicos de un caso debieran ser reconocidos por ambas partes como base de la mediación, pero su participación en la mediación no debe ser usado como evidencia de una admisión de culpa en el proceso penal. Se debe tomar en consideración la existencia de disparidades de poder entre las partes antes de derivar un caso a mediación. Se debe marcar un tiempo razonable de espera antes de que el sistema penal pueda intervenir. Las absoluciones deben tener el mismo status judicial que una sentencia y precluir el proceso penal para los mismos hechos. Cuando un caso vuelve al proceso penal por falta de acuerdo o de cumplimiento el sistema penal debería proceder sin dilaciones.

Respecto de este punto observa van Ness (2003:171) como los principios de las Naciones Unidas enfatizan que en el supuesto de que un caso sea devuelto al sistema penal este no puede ser tratado con mayor severidad. Es esta una dis-

posición que pretende reforzar la libertad de las partes a retirarse en cualquier momento sin consecuencias.

4.5 El funcionamiento de los servicios de mediación

4.5.1 *Standards*

Los servicios de mediación debieran funcionar de acuerdo a principios y tener la suficiente autonomía para desarrollar su función. Se deberían también desarrollar principios que regulen la selección y preparación de los mediadores. Deben ser evaluados y controlados por un organismo competente.

4.5.2 Cualificación y preparación de los mediadores

Deben proceder de todos los grupos sociales, tener una madurez y recibir aprendizaje específico.

4.5.3 El desarrollo de las sesiones

Los mediadores deben estar informados de los hechos relevantes, ser imparciales, respetar la dignidad de las partes y actuar con respeto a ambas, proporcionar un entorno agradable y actuar de forma eficiente respetando los tiempos necesarios para las partes; a pesar del principio de confidencialidad deben informar a las autoridades de cualquier delito grave futuro.

4.5.4 El acuerdo

Los acuerdos se adoptan de forma voluntaria, deben ser razonables y proporcionales, deben ponerse a conocimiento del sistema penal pero no revelar el contenido de las sesiones.

En este apartado se destacan dos cuestiones, la regulación referida a los mediadores que pretende conseguir que estos sean representativos de todas las

culturas sociales (edad, minoría étnica, género), así como orientar su comportamiento en las sesiones. Se enfatiza que deben ser imparciales, pero no neutrales, esto es, deben tratar a ambas partes con dignidad y respeto pero dejando claro que se ha hecho un daño. También se advierte que su rol es ayudar a las partes y no monopolizar la sesión (van Ness, 2003:173).

Respecto los acuerdos estos deben ser "razonables" destacando que ello requiere que guarden relación con el delito y "proporcionales" de acuerdo a la gravedad del daño (van Ness, 2003:168).

4.6 El desarrollo futuro de la mediación

Debe existir una comunicación continua con el sistema penal para desarrollar un entendimiento mutuo. Es necesario la evaluación de los proyectos de justicia restauradora.

Como finalmente apunta van Ness (2003:175) se deben superar las tendencias que previsiblemente se desarrollarán como puede ser la tentación del sistema penal de derivar sólo casos marginales o el hecho de que los programas de justicia restauradora pierdan sus propiedades restauradoras distintivas. Para combatir estas tendencias es necesario una evaluación constante.

5. Evaluación de la justicia restauradora

En este apartado expondré de forma breve las evaluaciones realizadas. Antes es necesario sin embargo dos notas de cautela. En primer lugar, hay algunas críticas que o bien no son susceptibles de evaluación o no han sido aún evaluadas, esto no obstante me parece relevante conocerlas y por esto las agrupo con la denominación de "críticas teóricas". En segundo lugar, es necesario advertir que existen numerosas evaluaciones,[21] debido a la imposibilidad de recogerlas to-

21. Un resumen de las cuales puede leerse en Braithwaite (1999); Kurki (2003) y Schiff (2003).

das me limitaré a resumir, en el segundo epígrafe, aquellas a las cuales he tenido acceso directo.

5.1 Las críticas teóricas

Las críticas de que ha sido objeto la justicia restauradora pueden dividirse en dos grupos, las objeciones jurídicas realizadas fundamentalmente por los autores partidarios de las teorías retribucionistas del merecimiento (*desert theories*) (von Hirsch-Ashworth, 1998:300; Ashworth, 2002; von Hirsch-Ashworth-Shearing, 2003:22-24), y las realizadas desde una perspectiva criminológica.

Iniciaré mi exposición con las críticas jurídicas, las cuales pueden agruparse sucintamente en dos: la vulneración de principios jurídicos y el cuestionamiento de la participación de la víctima en el castigo.

En opinión de los teóricos retribucionistas la justicia restauradora al prever la participación de la víctima y de la comunidad pone en riesgo una serie de principios que la administración de los castigos en una sociedad debiera respetar. Estos son esencialmente los siguientes. El *principio de igualdad* o coherencia de los castigos peligra pues cada conferencia restauradora puede llegar a distintas resoluciones para casos similares; el *principio de proporcionalidad* se pone en entredicho porque la resolución del caso se deja a manos de lo que la víctima y la comunidad consideran satisfactorio; y finalmente *el principio de imparcialidad* se ve menoscabado fundamentalmente porque el reconocimiento de los hechos y la resolución del caso no se realiza por terceras partes imparciales sino en base al proceso dialogado con las dos partes afectadas y en consecuencia parciales.

Por ello, para estos autores, la presencia del Estado, en la forma de juez, es necesaria para garantizar que la imposición de castigos se adecue a estos principios. Evidentemente no afirman que estos sean hoy una realidad en el funcionamiento actual del sistema penal, pero entienden que son principios que deben guiar la práctica de imposición de penas y que no deben ser sacrificados por otros valores como el de la participación de la víctima o su reparación.

En mi opinión esta crítica "jurídica" a la justicia restauradora tiene el mérito de realzar que las conferencias de justicia restauradora, aun cuando alternativas al sistema penal tradicional, versan sobre la imposición de castigos y por ello se debe ser exigente con los principios y límites que deben guiar su administración. Ahora bien, en la actualidad podemos preguntarnos si la crítica jurídica sigue siendo certera, esto es, si puede seguirse insistiendo en que la mediación víctima-delincuente no respeta los derechos y garantías de los infractores.

A mi juicio, la justicia restauradora no tiene porque vulnerar estos principios, su respeto se puede asegurar por la existencia de una regulación legal y la participación del Estado en la forma de "mediadores".

Así, por lo que respeta al principio de proporcionalidad, el peligro de que este se vulnere (por arriba),[22] esto es, que los acuerdos de las conferencias restauradoras sean desproporcionadamente severos, puede evitarse con una regulación legal que determine el máximo de lo que las conferencias de justicia restauradora pueden acordar y con una supervisión judicial de los acuerdos alcanzados.

La objeción de los autores retribucionistas es más bien acerca de si los acuerdos son intrínsecamente proporcionales al mal realizado. Esta escala exacta de correspondencia que ellos aspiran a alcanzar (y que algunos dudan pueda ser alguna vez conseguida en el mundo real) es la que en efecto no se cumple en las conferencias de la justicia restauradora que se conforman con la exigencia menor de que el acuerdo guarde una "razonable proporción" con el mal realizado.

Por lo que respecta al principio de coherencia o igualdad los partidarios de la justicia restauradora no ven en ello un valor rígido al cual deben subordinarse otros fines como puede ser la reinserción del infractor o la reparación de la víctima. Las respuestas que acostumbran a dar a los autores retribucionistas apuntan a que

22. Hay que recordar que el punto débil del retribucionismo es que el principio de proporcionalidad impide que este se vulnere por abajo, esto es, requiere la imposición de un castigo proporcional aun cuando la víctima renuncie a ello.

el sistema penal tradicional tiene también dificultades insuperables para respetar este principio; añaden que el motivo de la desigualdad no se basa en razones discriminatorias (como clase social o minoría étnica) y en consecuencia no es ilegítimo; y concluyen que si bien puede no haber coherencia en el resultado sí hay coherencia en la forma de resolución (Morris, 2002:610).

Finalmente, respecto del principio de imparcialidad, el menos desarrollado, se destaca lo siguiente. Es cierto que participar en las conferencias de justicia restauradora implica asumir que el infractor ha realizado la ofensa, pero este reconocimiento no puede usarse en el supuesto de que el procedimiento de justicia restauradora fracase y se inicie el proceso penal tradicional.[23] Por otro lado, la imparcialidad en la determinación de la condena, se sustituye por el acuerdo entre las dos partes afectadas, sin que exista un argumento concluyente, a mi entender, que permita afirmar que la primera forma de determinación de los hechos y la condena por un tercero imparcial sea mejor que el acuerdo entre las partes.

Como ya he anticipado la crítica de los autores retribucionistas cuestiona en últimas que la víctima deba tener un rol preponderante en la determinación del castigo. Ni su opinión, ni el daño que le ha sido infligido se consideran suficientemente relevantes como para privilegiar su voz en la imposición de la pena al delincuente.

"La cuestión clave es si la víctima tiene un interés legítimo en el castigo más allá de la reparación o compensación (...). Sería erróneo suponer que no tiene ningún interés legítimo en la disposición del infractor en su caso, pero el interés de la víctima no es seguramente mayor que el suyo o el mío. (...) Sólo porque una persona realiza un delito contra mí, ello no privilegia mi voz por encima de la del tribunal (actuando en nombre del 'interés público') cuando determina la pena" (Ashworth, 2002:585).

Sería excesivamente prolijo detenernos en esta crítica, baste señalar que refleja en efecto dos concepciones diferenciadas en torno a qué constituye un delito

23. Hay que advertir que la determinación de los hechos por un tercero imparcial tampoco se produce en el sistema de justicia penal tradicional donde la conformidad del acusado es la forma más usual e implica no sólo reconocer los hechos sino conformarse con la petición de condena.

y cuál debe ser la respuesta a éste.[24] Para los teóricos retribucionistas, y en general la doctrina penalista, hay una distinción clara entre ilícito y delito, el primero afecta a intereses particulares, el segundo afecta a intereses públicos. Ello conlleva que en tanto el primero puede ser disponible por las partes no así el segundo. Una ulterior consecuencia es que el ilícito comporta como respuesta una reparación (al daño realizado) y el delito requiere un castigo (al mal causado).[25]

Por su parte, los autores partidarios de la justicia restauradora tienden a difuminar el carácter taxativo de la distinción entre delito e ilícito[26] y de ahí que concedan un carácter preeminente a la víctima y apuesten decididamente por la reparación de esta como forma de castigo.

Una vez expuestas las críticas jurídicas enunciaré brevemente las críticas "criminológicas". Las más influyentes y repetidas son las siguientes.[27] Por un lado, se apunta que puede producirse el fenómeno conocido como extensión de la red. Como es sabido, uno de los temores persistentes en toda nueva experiencia es que esta sirva no para detraer gente del sistema penal formal, sino para atraer gente al nuevo sistema que se establece. Este peligro es real debido a la creencia de que ser derivado a la justicia restauradora no comporta cargas para el delincuente. Cuando se ignora el intenso trabajo que requiere (para el infractor y víctima) las conferencias de justicia restauradora, existe en efecto el riesgo de que casos nimios acaben en la justicia restauradora.

24. La diferente concepción penal y restauradora del delito y del sistema penal está expuesta en Larrauri (1997a:186-187).

25. Para los autores retribucionistas hay una diferencia fundamental entre un daño y un delito. Por ello en tanto el primero puede ser reparado, el segundo requiere ser censurado, reprobado. Esta censura es lo que aporta el castigo. Véase para una fundamentación actual del retribucionismo von Hirsch (1993:34-38). Otros autores más favorables a la justicia restauradora entienden que esta también puede aportar el elemento de censura (Daly, 2002b:69-74).

26. Recordemos que los partidarios de la justicia restauradora no niegan el concepto de delito como sí hacen los autores abolicionistas como Hulsman (1986:65) por ejemplo. El énfasis de los defensores de la justicia restauradora está en reaccionar al delito de forma diversa a cómo lo realiza el sistema penal tradicional.

27. Véanse ampliamente recogidas en Braithwaite (1999:79-104) y Morris (2002).

Frente a ello solo hay dos posibles medidas que podrían ser adoptadas. Por un lado, establecer claramente los criterios de derivación. Se tiende a poner mucho énfasis en que los casos graves no deben derivarse, pues bien, a mi juicio, debería ponerse el mismo énfasis en que los casos de bagatela tampoco deben derivarse a los procedimientos de justicia restauradora.[28] Una segunda medida que podría disminuir la tendencia a aumentar la red penal es conseguir que en la evaluación de la justicia restauradora conste como criterio de éxito cuanta gente consigue detraer del sistema penal tradicional, esto es, cuantos menos procesos hay y cuantas personas menos son condenadas a medidas penales (Morris, 2002:605).

Una segunda objeción criminológica advierte que las conferencias de justicia restauradora son inadecuadas respecto algunos delitos, destacadamente se piensa en los casos de violencia doméstica. La discusión en este caso ha sido particularmente intensa[29] por lo que me limitaré a señalar que muchos grupos de mujeres temen que derivar estos delitos a la justicia restauradora implique devaluar su importancia y también alertan fundamentalmente del peligro que puede representar para la mujer verse confrontada por la pareja. Las personas partidarias de la justicia restauradora responden que la justicia restauradora también implica censurar el hecho, y que la participación de la comunidad puede comportar una mayor protección para la mujer, al tiempo, alegan, que la justicia restauradora no implica despreciar la ayuda del Estado, en forma de ordenes de alejamiento, por ejemplo.

Una última crítica advierte que las conferencias de justicia restauradora no consiguen cumplir sus objetivos, esto es, no reparan a la víctima económicamente o la víctima no se siente reparada simbólicamente. En efecto, si se compara con la de los infractores, la satisfacción de la víctima, como ponen de manifiesto de forma

28. La afirmación de que los casos de bagatela no deben ser derivados a la justicia restauradora implica defender que esta es una respuesta adecuada para casos de severidad media, como sucede en Australia donde la justicia restauradora no interviene en los casos de mínima gravedad. Véase al respecto Daly (2003:227).

29. Véase Strang-Braithwaite (2002).

constante las evaluaciones, es menor. De hecho el temor inicial de grupos de apoyo a las víctimas era que estas se sintieran usadas en aras de la reforma o resocialización del infractor. No hay pues una respuesta clara a esta objeción, excepto señalar, como veremos en las evaluaciones empíricas, que muchas víctimas sí se sienten satisfechas, y que en cualquier caso, como apunta Morris (2002:604), se sienten bastante más satisfechas que las que han acudido al sistema penal tradicional.

También respecto del infractor se cuestiona que las conferencias de justicia restauradora consigan disminuir su grado de reincidencia. También aquí la respuesta es variada. Por un lado diversas investigaciones producen distintos resultados, por lo que es difícil concluir la discusión al respecto. Algunos autores (Morris, 2002:606-607, nota 27; Morris-Maxwell, 2003:267; Kurki, 2003:310) tienden a recoger investigaciones que muestran que la reincidencia es menor que la existente en el sistema penal tradicional. Otras evaluaciones, como la RISE, que expondré a continuación, muestran resultados dispares. Como observa Daly (2002a:71) lo más honesto sería afirmar que no se sabe y probablemente nunca se sabrá pues comprobarlo implicaría investigaciones empíricas excesivamente costosas y éticamente cuestionables. En consecuencia, además de seguir con atención las futuras investigaciones empíricas, lo único que puede hacerse por el momento es recordar las hipótesis criminológicas plausibles.

Así parece claro que las conferencias de justicia restauradora no eliminan algunas de las variables criminológicas que han sido tradicionalmente asociadas con la prognósis de comportamiento delictivo, esto es, la situación de desventaja económica y social y la existencia de antecedentes penales. Pero por otro lado, hay tres cuestiones que plausiblemente pueden influir en la disminución de la reincidencia y que están vinculadas al proceso de justicia restauradora.[30] La primera es la variable destacada por los estudios de justicia procedimental que realzan la

30. Una exposición pormenorizada de cómo las conferencias de justicia restauradora están en mejor posición para disminuir la reincidencia puede verse en Braithwaite (1999:38-70).

relación entre ser tratado de forma justa y desarrollar un comportamiento ajustado a derecho (Bottoms, 2001:102). La segunda cuestión es la relación entre razonamiento moral, que puede verse facilitado por la confrontación con la víctima, y menor comportamiento delictivo (Bottoms, 2001:91). Y la última es la posibilidad de que la participación de la familia o amigos ejerzan un control informal que redunde también en una menor comisión de hechos delictivos.

En últimas se debe recordar que la justicia restauradora no ha sido defendida exclusivamente por sus proponentes como una forma más eficaz de reducir la reincidencia. Más que criticar su falta de efectividad debería investigarse la autonomía, poder y recursos de que dispone para adoptar decisiones. Como afirma Morris (2002:605):

"La restauración requiere (...) el suministro de programas que confronten el abuso de drogas, alcohol, la falta de técnicas laborales y demás. (...) Y en consecuencia los críticos de la justicia restauradora tienen razón en este punto –la justicia restauradora no 'restaura' a los infractores si no tienen acceso a estos programas (...). Pero los críticos se equivocan de objetivo. La justicia restauradora necesita disponer de buenos programas que traten los motivos que hay tras el comportamiento delictivo, pero suministrar estos programas (o por lo menos subvencionarlos) es responsabilidad del Estado".

5.2 Las evaluaciones empíricas

Una vez examinada la discusión teórica respecto de la justicia restauradora es el momento de exponer las evaluaciones empíricas existentes. Como ya anticipé, las evaluaciones son numerosas por lo que me limitaré a resumir aquellas a las que he tenido acceso directo.[31] En general las investigaciones existentes

31. Por lo que alcanzo a ver las evaluaciones más citadas son las de Australia (South Australia Juvenile Justice –SAJJ– y Reintegrative Shaming Experiments –RISE–) y la de Nueva Zelanda por ser estos dos países aquellos que cuentan con una legislación estatal y con una experiencia que data de 1989.

intentan recoger información referida a cuatro epígrafes: a) la satisfacción de los participantes (por ejemplo, si recomendarían este tipo de proceso, si aceptarían participar de nuevo); b) justicia procedimental (por ejemplo, si se han sentido tratados de forma justa, si creen que el acuerdo alcanzado es justo); c) grado de restauración (por ejemplo, si se han presentado disculpas, si la persona se ha sentido arrepentida, si ha existido reintegración); d) efectividad de los acuerdos alcanzados (por ejemplo, reducción del miedo, reparación y reducción de ofensas futuras) (Kurki, 2003:294).

Expondré la evaluación realizada por Daly (2003) quien pretende contrastar el "ideal" de la justicia restauradora con la "práctica". Su investigación se basa en el examen de conferencias de justicia restauradora llevadas a término en el sur de Australia, la cual es definida como una jurisdicción de "alto volumen" puesto que las conferencias son la respuesta mayoritaria y rutinaria en la escala de sanciones.[32] Se analizaron 89 conferencias seleccionadas en función del delito tratado, este debía ser o delito violento o bien si era un delito contra la propiedad debía existir también violencia. Del total de 107 infractores y 89 víctimas, se entrevistaron a 172 (88%).

Daly (2003:220-221) contrasta *el ideal del proceso restaurador* que insiste en el diálogo víctima-infractor, el valor del arrepentimiento y reparación a la víctima, la búsqueda de soluciones entre las partes sin que este proceso sea monopolizado por los profesionales y que los acuerdos no sean excesivamente severos, con la realidad mostrada por su evaluación. Su investigación arroja los siguientes datos: la víctima y el infractor se reúnen aproximadamente en un 60% de los casos; cuando estos se reúnen no están excesivamente interesados en dialogar entre ellos, sino la víctima en lo que va a obtener y el infractor en lo que deberá hacer; las víctimas sólo en un 27% creen en la sinceridad de las disculpas en tanto que un 61% de los infractores declara haberlas manifestado sinceramente.

32. La primera sanción es la amonestación policial, la segunda en gravedad las conferencias de justicia restauradora y la tercera los tribunales juveniles.

Estos datos muestran que el "valor reconciliatorio" de las conferencias de justicia restauradora es inferior al predicado. Quizá como señala la autora ello es debido a que esta es una nueva forma de hacer justicia y la gente aún no sabe muy bien cuales son las expectativas o quizá también debido a que los jóvenes (menores de 18 años) se les exige una empatía, un ponerse en lugar del otro, que es un valor propio de la madurez (Daly, 2003:232-233).

Esto no obstante si el proceso restaurador se evalúa de acuerdo a índices de justicia procedimental, los resultados son muy positivos. Así un 90-98% de los encuestados manifiestan haberse sentido tratados de forma justa y haber participado en la decisión de las sanciones no siendo arrollados por los adultos presentes. Finalmente la realidad también muestra como ninguno de los acuerdos se acerca al tope legal que pueden imponer las conferencias de justicia restauradora, por lo que el temor de que estas puedan ser más punitivas no se confirma en la práctica (Daly, 2003:226-227).

Por lo que se refiere al *ideal de la regulación legal* los partidarios de la justicia restauradora insisten que estas conferencias no restan derechos al infractor debido a que se le explica la situación legal, especialmente su derecho a asistencia jurídica y la posibilidad de retirarse en cualquier momento de la conferencia. La investigación de la autora muestra sin embargo que los jóvenes no entienden claramente las consecuencias de participar en las conferencias de justicia restauradora. Este es un problema que también sucede en los tribunales juveniles y en ocasiones puede reflejar una información jurídica deficitaria o puede deberse, como apunta Daly (2003:228-229), a la concepción que los jóvenes tienen de los derechos no como algo garantizado legalmente a toda persona sino como un bien que los adultos dan y quitan en atención a la ocasión.

Respecto de los *acuerdos de reparación* la investigadora pone de manifiesto que en este caso la práctica se acerca al ideal ya que estos se cumplen siempre excepto en un 12%; no obstante, el dato desalentador es que el 49% de las víctimas no se sintieron reparadas (Daly, 2003:229).

Finalmente por lo que respecta a los *efectos de la conferencia* de justicia restauradora, aproximadamente un 50% de las víctimas manifestaron que habían superado el impacto del delito gracias a su apoyo familiar o de amistades o por recursos personales propios, atribuyendo poco valor a la conferencia en sí, en tanto un 50% concedía un mayor impacto a la conferencia; por el contrario, la mayoría de víctimas manifestaron que las conferencias sí les ayudó a superar sentimientos de ira, enfado o miedo.

Respecto de los efectos de las conferencias en la reducción de la reincidencia un 40% reincidieron en el plazo posterior de un año. Daly (2003:231) señala como factores fundamentales para pronosticar la comisión de futuros delitos la pertenencia a una minoría étnica, el sexo, la existencia de antecedentes y la situación de inestabilidad domiciliaria como indicador de marginalidad. Esto no obstante destaca que existen dos variables asociadas al proceso de justicia restauradora que también producen disminuciones significativas en la reincidencia, estas son el arrepentimiento y la participación en el proceso de decisión y acuerdos.

Una segunda investigación es la realizada en Nueva Zelanda por Morris-Maxwell (2003). Esta tiene importancia ya que evalúa la introducción de la legislación en 1989 que estableció las denominadas "conferencias de familia" para los delincuentes jóvenes y también diversas experiencias pilotos de justicia restauradora respecto de adultos.

Es importante destacar que en Nueva Zelanda las conferencias referidas a delincuencia juvenil tratan con delincuencia de gravedad media o alta, estando sólo excluido el homicidio (Morris-Maxwell, 2003:258). Por otro lado, es la policía quien deriva en primer lugar a las conferencias y sólo si esta no tiene éxito a los tribunales juveniles (Morris, 2002:608). Respecto de los programas pilotos de adultos el tipo de delito que el juez deriva a las conferencias es de gravedad media (delitos entre 1 año y 7 de prisión), de los que se excluye la violencia doméstica (Morris-Maxwell, 2003:262).

Su investigación realizada en 1990-1991 recoge datos de 195 infractores jóvenes. Por un lado una proporción significativa de infractores se sintió tratado de forma justa, a pesar de que también se constata la existencia de un grupo que no se involucra, y las decisiones se toman por ellos. En los programas pilotos de adultos un 70% declararon sentirse satisfechos de la experiencia (Morris-Maxwell, 2003:262).

Respecto de las víctimas su investigación también constata que una proporción significativa valora de forma positiva su participación, si bien algunas se sintieron peor después de participar en la conferencia (Morris-Maxwell, 2003:263).

El aspecto al que dedican más atención es a mostrar los efectos de la justicia restauradora sobre las posibilidades de reincidir. Para ello realizaron un seguimiento que al cabo de seis años, de 108 jóvenes, esto es, un 72% de la muestra, arrojo los siguientes resultados: 2/5 partes habían sido condenados una vez o ninguna, 1/4 no había sido condenada ninguna vez y sólo 1/4 había sido condenada repetidamente. La conclusión que extraen los investigadores es que:

"(...) las tasas de reincidencia no son peores y quizás mejores que las que existen en el sistema penal de Nueva Zelanda y Australia (Morris-Maxwell, 2003:265)".[33]

Una segunda cuestión relevante es que a pesar que los factores que permiten predecir la delincuencia futura desbordan el marco de las conferencias de justicia restauradora, la presencia de antecedentes por ejemplo, es importante resaltar que hay factores internos de las conferencias de justicia restauradora que también poseen capacidad predictiva, manteniéndose constantes los primeros. Estos son esencialmente la presencia de la víctima, el haber

33. La misma conclusión se extrae en la evaluación de los proyectos pilotos referidos a adultos (Morris-Maxwell, 2003:266-267).

pedido disculpas, haberse involucrado en la decisión y estar conforme con el acuerdo (Morris-Maxwell, 2003:265-266).[34]

La última investigación de la que tengo conocimiento que ha intentado mostrar las tasas de reincidencia disponiendo de grupos de control es la realizada por Sherman-Strang-Woods, en Canberra (Australia) y conocida con el nombre de Rise (*Reintegrative Shaming Experiments*).[35]

El experimento consistió en seguir durante un año a ofensores que habían sido asignados de forma aleatoria a conferencias de justicia restauradora y a los tribunales. En la evaluación se examinaron 1300 casos distribuidos en cuatro delitos: conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (sin límite de edad), delitos contra la propiedad violentos (jóvenes menores de 18 años), hurtos (jóvenes menores de 18 años) y delitos violentos contra las personas (menores de 30 años). La hipótesis central que se pretendía comprobar es la menor reincidencia de las personas que acuden a las conferencias de justicia restauradora en comparación con las personas condenadas por el sistema penal tradicional.

Por lo que se refiere a los delitos de violencia contra las personas se evaluaron 110 ofensores. El grupo que fue asignado a los tribunales realizaba como promedio 0.71% infracciones al año, en tanto que el grupo que fue asignado a la conferencia realizaba 0.81%. Al año siguiente el primer grupo redujo el nivel de delincuencia en un 11%, en tanto que el segundo la redujo en un 49%. Ello implica que la reducción de la reincidencia respecto de este grupo de delitos para los que asistieron a la conferencia de justicia restauradora es de un 38%.

34. Como observa Daly (2003:231) estos factores predictivos de reincidencia detectados en Nueva Zelanda son asombrosamente similares a los que se detectan en su investigación llevada a cabo en Australia.

35. Esta investigación es de las más citadas, probablemente por ser de las más completas al examinar percepción de justicia procedimental por parte de las víctimas y ofensores, satisfacción de la víctima con el proceso, costes y reincidencia, y quizá también por estar asociada con el nombre de Braithwaite uno de los impulsores más conocidos de la justicia restauradora. Un resumen puede verse en Bottoms-Gelsthorpe-Rex (2001:229-231), y Kurki (2003:301-303). Los resultados que se van produciendo pueden consultarse en <http://www.aic.gov.au/rjustice/rise/index.htlm>.

Respecto del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas se produjo una mayor reincidencia (6%) en el grupo que asistió a las conferencias. Ello puede ser debido a que las conferencias de justicia restauradora no tienen, a diferencia de los tribunales, capacidad para retirar el permiso de conducir.

Finalmente ni respecto de los hurtos ni en los delitos contra la propiedad con violencia se observó ninguna diferencia apreciable por lo que se refiere a tasas de reincidencia entre ambos grupos.

A continuación los investigadores se preguntan a que se debe la diferencia de resultados. Si bien reconocen que sus conclusiones no son finales, después de esta investigación de cinco años, entienden que el motivo de la disparidad reside más en el tipo de delito que en las diferencias personales. Por ello sugieren que las futuras investigaciones distingan grupos de delitos, partiendo de la hipótesis de que las conferencias de justicia restauradora pueden funcionar para algunos pero no para otros delitos.

Debe remarcarse, para concluir la exposición de la evaluación de RISE, que esta diversificación por delitos no implica que las conferencias de justicia restauradora no sean adecuadas para delitos graves, pues, como observan los investigadores, donde mejor han funcionado es precisamente en los delitos graves.[36]

6. Reflexiones finales

La primera cuestión que creo vale la pena destacar es que también en España vamos a asistir a una proliferación de la justicia restauradora. Los motivos de ello son jurídicos, la existencia de una legislación europea, las experiencias de diversos países que ya cuentan con ella, y sociológicos, la crisis de legitimidad del sistema penal tradicional, el impacto de la víctima y la nueva concepción del delito, y el cambio de rol del Estado entre otros (Bottoms, 2003:100-108).

36. Véase también Braithwaite (1999:9-15) para la exposición de cómo delitos de cuello blanco son tratados por medio de procesos restauradores.

Frente a esta proliferación existe el riesgo de prestar poca atención a estas experiencias al pensar que afectan a pocas personas acusadas. No obstante, a pesar de desarrollarse en los márgenes del sistema, las experiencias de justicia restauradora pueden afectar a un gran número de personas y debido a que administran castigos debieran ser objeto de nuestra atención.

La segunda cuestión que creo necesaria enfatizar es que la justicia restauradora representa una nueva forma de tratar con las víctimas y delincuentes. Es cierto que hay cuestiones que son distintas que en el sistema penal, pero ello no implica que necesariamente sean peores. La justicia restauradora conlleva una mayor participación de las partes, un intento de aumentar su satisfacción en el proceso, un énfasis en el trato justo, y una orientación a la reparación. Todos estos son a mi juicio valores positivos. Por consiguiente la resistencia a toda experiencia novedosa no debiera impedir el que estos valores intenten realizarse y una discusión razonable acerca de en qué casos es posible.

El mayor riesgo es en mi opinión el que se produzca el conocido efecto de "extensión de la red". Esta consecuencia puede provocarse por diversos factores: por la prioridad que se otorga al sistema penal que es quien decide que casos son aptos para la justicia restauradora; por la existencia de criterios de derivación muy restrictivos que puede conllevar que sólo se deriven casos de bagatela; por el hecho de que los acuerdos adoptados en las conferencias de justicia restauradora no sean necesariamente tenidas en cuenta por el juez en el momento de fijar la condena; y finalmente porque no se constituyan en alternativa a la pena de prisión si el ámbito elegido para desarrollar la justicia restauradora es precisamente el ámbito penitenciario.[37]

La justicia restauradora representa un nuevo intento de dar respuesta al delito, pero sería iluso esperar de ésta grandes logros si no es dotada de una

37. Es inevitable las tensiones en el ámbito de la justicia restauradora entre quienes acentuan el carácter terapéutico o reconciliatorio del mismo y por ello es indiferente el momento en que se produce esta mediación y quienes acentuamos el carácter de alternativa a la pena de prisión propio de una justicia restauradora que pretende, al tiempo que reparar para dar satisfacción a la víctima concreta, reintegrar y no excluir al infractor.

autonomía y recursos sociales que puedan alterar las razones profundas que muchos actos delictivos reflejan.

Bibliografia

ASHWORTH, A. (2002). "Responsabilities, rights and restorative justice". *The British Journal of Criminology*. Special Issue, vol. 42, n. 3.

BAZEMORE, G.; HUGLEY, T. (2002). "Balance in the responses to familiy violence: challenging restorative principles". In: STRANG, H.; BRAITHWAITE, J. (Ed.). (2002) *Restorative Justice and Family Violence*. Cambridge: Cambridge University Press.

BOTTOMS, A. (2001). "Compliance and community penalties". In: BOTTOMS, A.; GELSTHORPE, L.; REX, S. (Ed.). *Community penalties*. Devon: Willan Publishing.

_____. (2003). "Some sociological reflections on restorative justice". In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (Ed.). *Restorative Justice & Criminal Justice*. Oxford: Hart Publishing.

_____. GELSTHORPE, L.; REX, S. (2001). "Introduction: the contemporary scene for community penalties". In: BOTTOMS, A.; GELSTORPE, L.; REX, S. (Ed.). *Community penalties*. Devon: Willan Publishing.

BOUTELLIER, H. (2000). *Crime and Morality*. Kluwer: Dordrecht.

BRAITHWAITE, J. (1989). *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: University Press.

_____. (2003). "Principles of restorative justice". In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (Ed.). *Restorative Justice & Criminal Justice*. Oxford: Hart Publishing.

_____. (1998). "Restorative justice". In: TONRY, M. (Ed.). *The Handbook of Crime and Punishment*. Oxford: Oxford University Press.

_____. (1999). "Restorative justice: assessing optimistic and pesimistic accounts". In: TONRY, M. (Ed.). *Crime and Justice.* A review of research, 25. Chicago: University of Chicago Press.

_____. (2002). "Setting standards for restorative justice". *The British Journal of Criminology*, Special Issue, vol. 42, n. 3.

CHRISTIE, N. (1977). "Conflicts as property". *British Journal of Criminology*, vol. 17, n. 1. Hay traducción al español en *De los delitos y de las víctimas.* In: MAIER, J. (Comp.). Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

CID, J.; LARRAURI, E. (2001). *Teorías Criminológicas.* Barcelona: Bosch.

DALY, K. (2003). "Mind the gap: restorative justice in theory and practice". In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (Ed.). *Restorative Justice & Criminal Justice.* Oxford: Hart Publishing.

_____. (2002a). "Restorative justice: the real story". *Punishment & Society*, vol. 4, n. 1.

_____. (2002b). "Sexual assault and restorative justice". In: STRANG, H.; BRAITHWAITE, J. (Ed.). *Restorative Justice and Family Violence.* Cambridge: University Press.

DIGNAN, J. (1999). "The crime and disorder act and the prospects for restorative justice". *Criminal Law Review*, January, 48-60.

_____. (2003). "Towards a systemic model of restorative justice". In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (Ed.). *Restorative Justice & Criminal Justice.* Oxford: Hart Publishing.

HULSMAN, L. (1986). "Critical criminology and the concept of crime". *Contemporary Crises*, vol. 10, n. 1.

KURKI, L. (2003). "Evaluating restorative justice practices". In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (Ed.). *Restorative Justice & Criminal Justice.* Oxford: Hart Publishing.

LARRAURI, E. (1987). "Abolicionismo del derecho penal: Las propuestas del movimiento abolicionista". *Poder y Control*, n. 3.

_____. (1997b). Criminología crítica: abolicionismo y garantismo". *Anuario de Derecho Penal*, tomo L, p. 133-168.

_____. (1997a). "La reparación". In: CID, J.; LARRAURI, E. (Coord.). *Penas Alternativas a la Prisión*. Barcelona: Bosch.

_____. (2000). "Penas degradantes". *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires, 2000/A.

MORRIS, A. (2002). "Criticizing the critics: a brief response to critics of restorative justice". *The British Journal of Criminology*, Special Issue, vol. 42, n. 3.

_____; GELSTHORPE, L. (2000). "Something old, something borrowed, something blue, but something new? A comment on the prospects for restorative justice under the crime and disorder act 1998". *Criminal Law Review*.

_____; MAXWELL, G. (2003). "Restorative justice in New Zealand". In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (Ed.). *Restorative Justice & Criminal Justice*. Oxford: Hart Publishing.

PATERNOSTER, R.; BRAME, R.; BACHMAN, R.; SHERMAN, L. W. (1997). "Do fair procedures matter? The effect of procedural justice on spouse assault". *Law and Society Review*, vol. 31, n. 1.

PEPINSKY, H.; QUINNEY, R. (Ed.). (1991). *Criminology as Peacemaking*. Bloomington: Indiana University Press.

POLLARD, C. (2000). "Victims and the criminal justice system: a new vision". *Criminal Law Review*.

SCHIFF, M. (2003). "Models, challenges and the promise of restorative conferencing strategies". In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (Ed.). *Restorative Justice & Criminal Justice*. Oxford: Hart Publishing.

STRANG, H.; BRAITHWAITE, J. (Ed.). (2002). *Restorative Justice and Family Violence*. Cambridge: Cambridge University Press.

TYLER, T. R. (1990). *Why People Obey the Law*. New Haven: Yale University Press.

VAN NESS, D. (2003). "Proposed basic principles on the use of restorative justice: recognising the aims and limits of restorative justice". In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (Ed.). *Restorative Justice & Criminal Justice*. Oxford: Hart Publishing.

V. HIRSCH, A. (1993). *Censure and Sanctions*. Oxford: Oxford University Press. Hay traducción al castellano, *Censurar y Castigar*, Madrid: Trotta, 1998, por la que se cita.

_____; ASHWORTH, A. (1998). "Restorative justice". In: VON HIRSCH, A.; ASHWORTH, A. (Ed.). *Principled Sentencing*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing.

_____; _____; SHEARING, C. (2003). "Specifying aims and limits for restorative justice: a 'making ammends' model?". In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (Ed.). *Restorative Justice & Criminal Justice*. Oxford: Hart Publishing.

WALGRAVE, L. (2003). "Imposing restoration instead of inflicting pain". In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (Ed.). *Restorative Justice & Criminal Justice*. Oxford: Hart Publishing.

WINICK, B. J. (2003). "Therapeutic jurisprudence and problem solving courts". *Fordham Urban Law Journal*, vol. XXX.

Error de hecho. Error de derecho, error de subsunción*

Ingeborg Puppe
Profesora de Derecho Penal y
Derecho Procesal Penal en la Universidad de Bonn.

Sumario: 1. Tipo y hecho – 2. Oración y hecho – 3. Error de tipo y error de subsunción – 4. Conocimiento típico y formulación del tipo – 5. Error de derecho penal y error de derecho extra-penal – 6. Elementos del tipo legalmente definidos – 7. Leyes en blanco y elementos en blanco – 8. El error sobre el elemento en blanco – 9. Elementos en blanco y "conclusión invertida" – 10. Elementos de valoración global del hecho – 11. Predicados de valor como elementos del tipo – 12. Resumen.

Resumo: A autora retoma a problemática do erro, levando em conta os avanços da moderna filosofia da linguagem, numa revalorização da antiga distinção entre erro de fato e erro de direito.

Palavras-chave: erro de tipo; erro de proibição; erro de subsunção; dolo; culpabilidade.

"Any effort in philosophy to make the obscure obvious
is likely to be unappealing, for the penalty of failure is confusion,
while the reward of success is banality.

* Traducción del artículo "Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum", publicado en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 4, 1990, realizada por Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid) y Gustavo Bruzzone (Universidad de Buenos Aires).

An answer, once found, is dull, and the only remaining interest lies in a further effort to render equally dull what is still obscure enough to be intriguing."[1]

En el presente trabajo se intenta dar una respuesta tediosa a la confusa cuestión relativa al contenido del conocimiento propio del dolo: aquello que tiene que conocer el autor para actuar dolosamente no es ni más ni menos que el sentido del tipo. Este sentido es un supuesto de hecho, y un verdadero supuesto de hecho es un hecho. Con la formulación del tipo el legislador no solamente decide bajo qué condiciones se cumple el tipo objetivo, sino también cuál debe ser el contenido de los conocimientos que dan lugar al dolo del autor. No resulta necesario establecer un requisito especial de percepción del sentido para determinadas clases de elementos del tipo (los llamados elementos normativos) que no se exige para los elementos descriptivos (la denominada valoración paralela en la esfera del lego), ni tampoco resulta necesario debilitar esta exigencia en el sentido de un mero paralelismo para garantizar en el ámbito de aquellos elementos un campo de aplicación al error de subsunción.

1. Tipo y hecho

"Las características de los conocimientos necesarios para el dolo dependen de las características de los respectivos elementos del tipo. Si se trata de elementos que describen objetos o procesos del mundo real, como por ejemplo persona, casa, matar, conducir etc., el dolo sólo exige, por regla general, un conocimiento

1. Nelson Goodman. *The structure of appearence*, 1951, p. XV, apud Patzig: *Tatsachen, Normen, Sätze*, 1980, p. 13. Traducción libre: Cualquier esfuerzo en la filosofía de hacer obvio lo oscuro, muy probablemente no es interesante, ya que el castigo al fracaso es la confusión, mientras que el premio al éxito es la banalidad. Una respuesta, una vez encontrada, es aburrida y el único interés que queda se encuentra en un ulterior esfuerzo para hacer igualmente aburrido lo que aún es suficientemente oscuro para ser intrigante.

de los hechos designados con estos elementos descriptivos. Sin embargo, además de estas circunstancias del hecho que, por lo general, son accesibles a la percepción sensorial, forman parte de los tipos legales múltiples circunstancias a las que son consustanciales un determinado sentido. Por ejemplo: funcionario, tutor, injuriar, jurar, documento, cosa ajena etc., que el autor solamente puede captar mediante un acto de comprensión intelectual. Tratándose de estos elementos normativos del tipo, para que exista dolo no es suficiente el mero conocimiento de los hechos, sino que el autor debe, además, haber aprehendido el supuesto de hecho a subsumir bajo el elemento normativo del tipo en su significado esencial para la fundamentación del injusto."[2]

Probablemente, esta cita sea bastante representativa de las concepciones actualmente dominantes en la ciencia y en la práctica jurídico-penal respecto, por un lado, de la relación entre tipo, elemento del tipo, supuesto de hecho que cumplimenta el tipo y conocimientos del autor que fundamentan el dolo, en los elementos descriptivos del tipo, y, por otro, sobre la posición particular que ocupan los elementos normativos del tipo y los conocimientos del autor que éstos requieren. Sin embargo, al lector de un texto de esta índole que carezca de prejuicios se le imponen una serie de preguntas: ¿es accesible a la percepción sensorial el conocimiento de los hechos?, ¿caracterizan los elementos normativos

2. Rudolphi en *SK StGB-AT* (5. ed., abril de 1988), § 16, n.m. 21. Este tipo de diferenciación entre elementos descriptivos y normativos del tipo probablemente se reconduzca a Welzel, que caracteriza los elementos descriptivos como "perceptibles por los sentidos" y los normativos como "sólo comprensibles intelectualmente", cono "referencias de sentido" o "con contenido significativo" a diferencia de la "existencia indiferente al sentido de las ciencias naturales", *JZ*, 1953, 119, 120. Welzel utiliza las expresiones "sentido" y "significado" bastante libremente y, en todo caso, no en el sentido de la semántica moderna. Esto ocurre aún hoy al hablarse en el ámbito de la valoración paralela en la esfera del lego, y sólo en este ámbito, de "conocimiento del significado", cf. Jescheck, *AT* (4. ed., 1988), p. 264 y ss.; Stratenwerth, *AT* (3. ed., 1981), n.m. 258, 260; S/S-Cramer (23. ed., 1988), § 15 n.m. 42, 45; Warda, Jura, 1979, 80; Baumann/Weber, *AT* (9. ed., 1985), p. 395; Schmidhäuser, *AT* (2. ed., 1975), 10/53; Maurach-Zipf, *AT* 1 (7. ed., 1987), § 37, n.m. 49; Tischler: *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, 1984, p. 36, con ulteriores referencias; similar también Haft, *JA*, 1981, 281, 284, que habla en el caso de los elementos descriptivos del tipo de "hechos" y en el caso de los elementos normativos de "relaciones intelectuales no aprehensibles positivamente".

del tipo "circunstancias que tienen un determinado sentido"? y, si ello es así, ¿las circunstancias que se hallan caracterizadas por elementos descriptivos carecen en este sentido de "sentido"? Para contestar a estas preguntas, se debe aclarar en primer lugar qué es lo que entendemos por circunstancias del hecho, hechos, supuestos de hecho que el autor debe conocer y en qué relación se encuentran estos hechos, circunstancias del hecho y supuestos de hecho respecto de los elementos del tipo, esto es, respecto del sentido y del significado del texto legal mismo.

En consecuencia: ¿cómo es que el tipo consigue designar los supuestos de hecho típicos? Con otras palabras: ¿cuál es la relación entre circunstancia del hecho y tipo que halla caracterización en el § 16 StGB con la expresión "una circunstancia que pertenece al tipo legal"? Schlüchter contesta esta pregunta afirmando respecto de los elementos del tipo: "En cuanto símbolos hacen una indicación que va más allá de ellos mismos, esto es, indican los objetos por ellos designados. A éstos hacen referencia. Esta referencia se denomina extensión (denotación),* y se lleva a cabo no sólo con respecto a objetos físicos, sino respecto a todas las posibles partes de un supuesto de hecho que puedan ser subsumidas bajo dicho elemento típico".[3]

"Esta afirmación no solamente debe ser verificada por la necesidad de controlar la corrección de la aplicación de conceptos semánticos una vez que éstos han entrado en la discusión jurídica. Ante todo, esta formulación me parece que es una precisión de la concepción que los penalistas tienen de la relación entre elementos del tipo y circunstancias del hecho, así como entre tipo y supuesto de hecho en general. Concepción que tiende a considerar que el tipo tiene una relación con su realización individual igual a la relación que media entre un concepto de conjunto (concepto cualitativo, predicado simple) y los objetos (individuos) que lo realizan y que pueden ser agrupados en una clase bajo este concepto. En

* La autora utiliza los conceptos "intención" y "extensión", que suelen ser vertidos al castellano con los términos "connotación" y "denotación". En el texto se mantiene la terminología original (intención-extensión). *(N.T.)*

3. Schlüchter. *Irrtum über normative Tatsbestandsmerkmale*, 1983, p. 6.

este sentido, se sostiene que la existencia y también la percepción de tales individuos es independiente de la existencia y del sentido del concepto cualitativo bajo el cual son agrupados. Semejante comprensión de la relación entre tipo, elemento del tipo y los supuestos de hecho que los realizan se apunta en la cita anterior de Rudolphi, por ejemplo, en la expresión de que los elementos 'describen los objetos o procesos del mundo real' y con la expresión 'conocimientos de los hechos designados con estos elementos descriptivos' que evidentemente está destinada a contraponerse a 'circunstancias con un determiñado sentido que son aprehendidas por el autor únicamente mediante un acto de comprensión intelectual'. Al igual que hace Schlüchter, se tratan de igual manera los objetos, los procesos y los hechos en su relación con el tipo que los 'designa'. Evidentemente, ello se fundamenta en la idea de que el tipo, como un todo, mantiene respecto de los distintos supuestos de hecho (hechos) que lo cumplimentan la misma relación que mantiene un singular elemento del tipo que designa objetos (individuos) respecto de estos individuos. Esta relación consiste en que el objeto físico, el proceso, el segmento de realidad o lo que sea, siempre puede ser subsumido en el tipo o en el elemento del tipo. Con ello se da una respuesta clara y sencilla a nuestras preguntas acerca de cómo el tipo designa los hechos (circunstancias del hecho) y de qué significa la expresión en el § 16 'una circunstancia del hecho que pertenece al tipo legal': los hechos que realizan el tipo se relacionan con éste como los objetos con el concepto cualitativo que cumplimentan. Merece la pena comprobar esta respuesta."

Pero, ¿es posible, sin más, tratar lingüísticamente los hechos como objetos? Un objeto (individuo) se designa con una palabra, por ejemplo, con un nombre propio; una clase de objetos mediante un adjetivo (predicado). Un supuesto de hecho (hecho) se representa mediante una oración. ¿Cuáles deberían ser las características de una expresión que representase una clase de hechos? ¿Sería posible que los distintos hechos mantuviesen la misma relación con la expresión como los individuos con una clase a la que pertenecen y con la cualidad de la que participan?

En la semántica general se distingue cuidadosamente entre las formas de expresiones; nombre propio, predicado, oración. La intención (connotación) de un nombre propio es un concepto de individuo, su extensión (denotación) un individuo (objeto). La intención de un predicado es una cualidad, la extensión es la clase de individuos que tienen esa cualidad. La intención de una oración es un supuesto de hecho (hecho) y su extensión el valor de veracidad, verdadero o falso.[4] Por tanto, un supuesto de hecho mantiene una relación semántica respecto de la oración que lo describe distinta de la que sus partes, los nombres propios y predicados, mantienen respecto de los objetos y clases de objetos que definen. Entonces, ¿qué clase de expresión es un tipo, que claramente está destinado a caracterizar una clase de objetos, es decir, a caracterizar todos los "casos" en los que la correspondiente ley es aplicable y, sin embargo, describe al mismo tiempo hechos que son condiciones de la aplicabilidad de la ley?

"En la teoría del concurso y en determinados contextos de la teoría general del delito, por supuesto que entendemos los tipos como expresiones de clases, es decir, como cualidades. Pero en esos casos no definen supuestos de hecho, sino acciones que tienen en común aquellas cualidades que constituyen la intención de la expresión de clase. Por ejemplo, acciones que tienen la cualidad de ser asesinatos, hurtos o falsedades documentales. Es muy dudoso que esta concepción de los tipos sea factible desde el punto de vista de la teoría del lenguaje y que tenga sentido desde el punto de vista dogmático, lo que no puede ser aclarado aquí.[5] Sin embargo, ¿no podemos colocar en lugar de las acciones los distintos hechos que cumplimentan en cada caso el tipo, adscribiéndoles este cumplimiento como

4. Rudolf Carnap. *Bedeutung und Notwendigkeit*, p. 21 y ss., título original en inglés: *Meaning and necessity*, 2. ed., 1955, versión alemana de Wilhelm Bader, 1972. Carnap ha introducido con esta obra las expresiones extensión e intención en el lenguaje científico de la semántica, desarrollando la distinción entre significado y sentido de Frege, *Ueber Sinn und Bedeutung*, 1892, nueva ed. por Günther Patzig, Gottlob Frege, *Funktion, Begriff, Bedeutung, fünf logische Studien*, 3. ed., 1969, p. 40 y ss.

5. Más en concreto al respecto Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, p. 242 y ss., y *GA*, 1982, p. 143 y ss.

cualidad? ¿No es cierto que el hecho de que A haya matado a B por motivos abyectos tiene la cualidad de ser un asesinato, o que el hecho de que X le haya sustraído a Y su cartera para quedarse con ella tiene la cualidad de ser un hurto? Entonces, como supone Schlüchter, estos hechos serían las extensiones de los tipos.[6]

Pero, ¿es realmente cierto que la expresión 'un asesinato' describe una cualidad del hecho de que A ha matado a B por motivos abyectos?' Las expresiones que designan las cualidades de hechos y que correspondientemente tienen hechos como extensiones, son, por ejemplo, 'hechos evidentes', 'hechos de dominio público', 'hechos tributariamente relevantes' etc. Puedo conocer un hecho que entra dentro del concepto de hechos de dominio público, por ejemplo, el hecho de que Mathias Rust aterrizó el día de la Ascensión de 1987 en las proximidades de la Plaza Roja con un avión privado, sin saber que se trata de un hecho de dominio público. El hecho de que A ha matado a B por motivos abyectos no lo puedo conocer sin saber que ello constituye un asesinato, tal como define el § 211 este concepto. Lo anterior debe distinguirse del conocimiento de que el § 211 define el asesinato de esa manera y no de otra. Las denominaciones típicas como asesinato, hurto, falsedad documental no son, por tanto, cualidades de los hechos que se subsumen en esas denominaciones típicas y que constituyen su extensión, sino solamente son abreviaturas de esos mismos hechos que de manera incorrecta han sido formuladas en forma de sustantivo y que, por ello, dan la falsa impresión de ser un concepto de conjunto."

Con ello, sin embargo, la relación entre hecho y tipo se torna aún más misteriosa. Porque si el tipo no sólo hace referencia a un hecho que lo cumplimenta, como hace un concepto de clase en relación con los individuos que lo cumplimentan, sino que representa él mismo aquel hecho, ¿cómo es posible entonces que el tipo haga referencia simultáneamente a varios hechos que lo cumplen? Esto es posible

6. (Nota 3), p. 6 y passim; la misma *JuS*, 1985, 373, 374.

* Cf. el § 211 StGB, que establece como modalidad del asesinato el obrar "por motivos abyectos" o "bajos" (niedrige Beweggründe). *(N.T.)*

porque los tipos, como descripción de los hechos que los cumplimentan, tienen como característica ser incompletos. Tomemos como caso más simple el siguiente tipo: "*quien* dolosamente mate a *una* persona". Esta expresión ni describe un hecho ni indica una cualidad de un hecho; por sí misma carece de sentido. En esta expresión se obtiene la descripción de un hecho al introducir en el lugar de las palabras "quien" y "una" denominaciones de personas, por ejemplo, nombres propios. Un tipo no es una oración completa, sino lo que se denomina una función de oración, que representa una relación entre individuos y que puede ser realizada varias veces, al no determinar los individuos.[7] Cuando los juristas dicen que un tipo se cumple en un determinado caso individual, ello debe entenderse de la misma manera en que se usa en la ciencia matemática la expresión de que una función se cumple por la prueba de determinados datos.[8] Un tipo describe múltiples hechos exactamente de la misma manera que una función matemática describe muchas ecuaciones. Un hecho que "pertenece al tipo legal" en el sentido del § 16 es el contenido de una oración que se obtiene al sustituir por constantes las variables de individuos existentes en el tipo. Si hablamos aquí del "hecho" que pertenece al tipo legal, en vez de las circunstancias del hecho, como lo hace el § 16, ello sólo constituye una simplificación, ya que el que un supuesto de hecho aparezca como un hecho o como varios hechos (circunstancias del hecho) depende únicamente de que sea descrito por medio de una o de varias oraciones.

2. Oración y hecho

Si es correcto el resultado que se deduce de lo dicho hasta ahora, en el sentido de que los hechos que según el § 16 forman parte del tipo legal son descritos por el tipo cuando se introducen constantes en lugar de las variables de individuos, esta relación de pertenencia es mucho más estrecha de lo que comúnmente se

7. Cf. más en concreto Puppe (nota 5), p. 62 y ss.
8. Frege (nota 4). *Funktion und Begriff*, p. 18 y ss.

piensa. Los hechos no constituyen la extensión del tipo, sino la intención completada del mismo. Expresado en lenguaje común: *su sentido*. Si aquello que de acuerdo con el § 16 debe conocer el autor para actuar dolosamente es el sentido del tipo, entonces, en todo caso, no existe la contradicción entre elementos descriptivos y normativos del tipo que se insinúa en la cita anterior de Rudolphi, en el sentido de que los elementos descriptivos "describen objetos o procesos del mundo real" y que "por lo general, son accesibles a la percepción sensorial" mientras que sólo los elementos normativos del tipo tienen un "sentido" y que solamente estos últimos son los que "sólo son accesibles al autor mediante un acto de comprensión intelectual". Al contrario, tanto en el caso de los elementos descriptivos del tipo, como en el de los elementos normativos se trata del sentido y, por tanto, si así se quiere expresar, de un acto de comprensión intelectual.

Pero si el autor, para actuar dolosamente, debe representarse el sentido de la oración que puede deducirse del tipo, ¿no es entonces todo error de subsunción un error de hecho y, por lo tanto, un error de tipo? La opinión dominante, que también requiere el conocimiento del significado o del sentido en el caso de los elementos normativos del tipo, debilita este requisito en el sentido de exigir una valoración paralela, es decir, una comprensión meramente aproximativa del sentido; este debilitamiento se considera necesario para asegurar, en el ámbito de estos elementos, un campo de aplicación al error de subsunción.[9] El peligro de que sea imposible distinguir error de tipo y error de subsunción existiría si el hecho que cumplimenta un tipo no pudiese describirse más que por medio de las palabras del tipo. De ser esto así, un error, fuese de tipo o de subsunción, únicamente podría

9. Schlüchter (nota 3), p. 103; la misma *JuS*, 1985, 375; Maurach-Zipf, *AT* 1 (nota 2), § 22, n.m. 50; S/S-Cramer (nota 2), § 5, n.m. 45; Stratenwerth, *AT* (nota 2), n.m. 260; Arthur Kaufmann. *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, 1982, p. 20, 37 y ss.; Jakobs, *AT* (1983), 8/49 y ss.; Jescheck, *AT* (nota 2), p. 265; Rudolphi (nota 2), § 16, n.m. 23; Warda (nota 2), 80; Schroeder, *LK*, t. 1 (10. ed., 1985), § 16, n.m. 43; Lackner, StGB (18. ed., 1989), § 15 anot. II, 2b; Baumann/Weber (nota 2), p. 407; Binding, *Normen III* (1918), p. 147; Mezger, *Strafrecht* (3. ed., 1949), p. 326 y ss.; Frank, *Strafgesetzbuch* (18. ed., 1931), § 59, anot. II, *BGHSt* 3, 248, 255; 4, 347, 352.

ser descrito con las expresiones del tipo en el sentido de que el autor no sabía que realizaba el tipo. Pero evidentemente, somos capaces de diferenciar entre error sobre el hecho que cumplimenta el tipo y el error sobre el contenido de la oración descrita por la función de oración típica después de la inserción de sus variables. Para explicar esto debemos saber qué es un hecho o un supuesto de hecho y cómo debe diferenciarse un supuesto de hecho de la oración que lo describe.

Es evidente que no es cierto que cada supuesto de hecho únicamente pueda ser expresado mediante una sola oración; hay oraciones que expresan el mismo supuesto de hecho y que en esa medida ostentan el mismo sentido, aunque la letra sea diferente. Dos oraciones distintas representan exactamente el mismo supuesto de hecho cuando son verdaderas o falsas bajo las mismas condiciones, es decir, cuando nunca pueden ser simultáneamente una cierta y la otra falsa, lo que se deduce, exclusivamente, de las reglas lógicas y semánticas del lenguaje. En esos casos las oraciones son L-equivalentes.[10] El supuesto de hecho descrito es lo que tienen en común varias oraciones cuando son L-equivalentes.[11] Para conocer el supuesto de hecho que se representa en la oración que se deduce del tipo, el autor, por lo tanto, no tiene que representarse esa oración, sino simplemente una oración que sea L-equivalente a aquella. Si no sabe que ambas oraciones son L-equivalentes, entiende defectuosamente el tipo, y se encuentra en un error de subsunción.

Pero ni siquiera es necesario que el autor se represente, *expressis verbis*, una oración L-equivalente al tipo. Basta con que se represente una oración que implique tal oración L-equivalente al tipo, es decir, que se encuentre en una relación de especialidad conceptual respecto de esa oración. Unicamente debe representarse una oración que por razones lingüísticas solamente pueda ser verdadera si también lo es la oración representada en el tipo. Para ello, ni es necesario que conozca la expresión literal del tipo ni que lo comprenda correctamente, ni tan siquiera

10. Respecto de la equivalencia, Carnap (nota 4), p. 13 y ss.

11. Patzig (nota 1). *Satz und Tatsache*, p. 8 y ss.; 22 y ss.; Carnap (nota 4), p. 34.

que conozca los límites precisos del sentido (de la intención) de la oración típica y de los conceptos que en ésta aparecen. Si, por tanto, determinamos de manera general, y no sólo en el ámbito de los elementos normativos del tipo, que los conocimientos que fundamentan el dolo constituyen la comprensión del sentido, el dolo no puede constituir en modo alguno un privilegio de los juristas.

"Clarifiquemos lo dicho con un ejemplo: si el cliente de unos grandes almacenes intercambia las etiquetas del precio de dos mercancías para adquirir un objeto más barato de lo que había sido ofertado, sabe que ha generado la apariencia, mediante signos visibles, y, en cierta medida, permanentes, de que el titular de los grandes almacenes había emitido respecto de la mercancía una oferta más barata de la que en realidad hizo. Sabe, por lo tanto, que ha falsificado un documento o que ha elaborado un documento falso. Ello también es así si, por ejemplo, cree que son documentos sólo los documentos escritos o sólo los documentos escritos oficiales. Tampoco es necesario que configure un concepto específico que sea L-equivalente al concepto de documento falso, de la manera en que se utiliza en el § 267, como por ejemplo el concepto 'declaración de pensamientos corporizada permanentemente que identifica como expedidor a una persona que no lo es'. Si sabe que ha generado la apariencia de que el titular de los grandes almacenes había emitido mediante la conexión entre etiqueta del precio y mercancía una oferta de venta de la mercancía más barata de la que en realidad había emitido, entonces conoce el hecho de que ha confeccionado un documento falso, ya que esta oración está contenida en la oración por él creada en el sentido de una L-implicación, porque el concepto 'oferta de venta aparentemente emitida por el titular de los grandes almacenes mediante la conexión entre etiqueta del precio y mercancía' L-implica el concepto 'documento falso' tal como aparece en el § 267."[12]

12. Herberger, quien extiende el requisito de la valoración paralela a los elementos descriptivos del tipo y lo entiende como conocimiento de la intención, es decir, llega a las mismas conclusiones que el texto, no advierte esta circunstancia y cree por ello, de manera similar a la interpretación

3. Error de tipo y error de subsunción

Por tanto, ha quedado demostrado que existe una diferencia de principio entre el error de tipo y el error de subsunción y que tampoco puede haber zonas grises entre estas dos categorías de error mientras el sentido del tipo esté claro. Por consiguiente, el peligro de que el dolo se convierta en un privilegio de los juristas no existe y, en consecuencia, tampoco es necesario enfrentarse a este peligro mediante un debilitamiento y atenuación del requisito de la aprehensión del sentido. Comprobemos nuevamente esta afirmación preguntándonos cómo un juez puede verificar, en el caso individual, si un acusado que ha errado sufría un error de tipo o de subsunción. En el caso anteriormente configurado, el juez oirá en primer lugar la siguiente defensa: "No sabía que había cometido una falsedad documental". Esta objeción puede significar un error de tipo o un error de subsunción. Para averiguarlo, el juez seguirá preguntando al acusado acerca de qué es lo que se había representado. Quizá le pregunte: "¿Sabía usted que generaba la apariencia de que quien exponía la mercancía había emitido una declaración de pensamiento, que en realidad no emitió, corporizándola permanentemente?". También esta pregunta probablemente sea contestada negativamente por el acusado que no tenga formación jurídica o comercial. Por lo tanto, el juez abandonará el nivel abstracto de configuración conceptual jurídica y preguntará más concretamente, pero deberá tener en cuenta que las oraciones por él ofrecidas como contenido de la representación del autor L-impliquen la descripción típica del supuesto de hecho.[13] Si el autor realmente padecía un error de tipo, nunca con-

dominante de la valoración paralela, que solamente puede exigirse una cierta similitud de la representación del sentido del autor con el sentido del tipo, vid. *Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, en Koch, *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976, p. 124 y 153.

13. Este diálogo tiene una cierta similitud con el diálogo entre el tribunal del hecho y el tribunal de casación esbozado por Rüssmann para aclarar el problema casacional de la distinción entre cuestión jurídica y de hecho, vid. *Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfragen*, en Koch (nota 12), p. 242 y ss., 258 y s.; Kuhlen ha utilizado el diálogo de Rüssmann para solucionar el problema de la

firmará una oración de este tipo, a no ser que se encuentre en el momento de confirmar esa oración, a su vez, de nuevo en un error de subsunción (error conceptual). Por lo tanto, el juez únicamente podrá interrumpir el diálogo con el acusado cuando esté seguro de que coincide con el acusado en la utilización de los términos. Sin esa coincidencia, además, resulta imposible toda comunicación entre juez y acusado acerca del contenido de las representaciones de éste.

Aparte de lo anterior, resulta irrelevante después de cuáles y de cuántas propuestas de concreación es interrumpido el diálogo y a qué nivel de "concreción" de la realización del tipo se alcanza la coincidencia en los términos entre acusado y juez. Ello es así porque toda descripción del supuesto de hecho ofrecida por el juez o dada por el acusado debe implicar la descripción típica de dicho supuesto de hecho: conteniendo, por lo tanto, el sentido del tipo.[14]

distinción entre error de hecho y error sobre el contenido del tipo penal (error de derecho penal), vid. *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessendem und nichtvorsatzausschliessendem Irrtum*, 1987, p. 347 y ss. Rüssmann se ocupa del límite entre afirmaciones de hecho y afirmaciones jurídicas, pero éstas no tienen un sentido común, sino únicamente se encuentran anudadas por medio de normas jurídicas. Esto diferencia esencialmente el diálogo de Rüssmann del diálogo entre juez y acusado en el texto. En éste la vinculación entre las respuestas admisibles es la L-implicación del tipo y con ello puramente semántica. El procedimiento que propone Haft (nota 2), p. 284, para diferenciar el error de hecho "referido a los objetos" y el error de subsunción "referido a los conceptos" no es unívoco. Parte de que no se puede describir un error de subsunción, al contrario de lo que ocurre con el error de tipo, sin referirse al tipo legal. Ello, sin embargo, es perfectamente posible si se utiliza un sinónimo del elemento típico en cuestión acerca de cuyo sentido también yerra el autor. Por ello el procedimiento de distinción de Haft es manipulable. Al contrario, es necesario que el autor rechace toda descripción del supuesto de hecho sinónima del tipo o una descripción acerca de cuyo sentido estén de acuerdo el autor y el juez, para constatar un error de tipo. Mientras no aprendamos a distinguir entre sentido y tenor literal del tipo no pasaremos de fórmulas sugestivas como que el autor en el error de tipo no sabe "lo que hace" o que "yerra sobre el supuesto de hecho", "la situación de hecho" o similares. Por ello el texto también difiere esencialmente de la propuesta de definición del conocimiento doloso de Dopslaff como "conocimiento de la descripción del supuesto de hecho" que es subsumido bajo el tipo, *GA*, 1987, 1, p. 22 y s. ¿Cuál es la descripción del supuesto de hecho que debe ser decisiva para ello? Como Dopslaff explica su propuesta solamente de manera ejemplificativa, no queda claro cuál es la relación semántica que debe existir entre el tipo y la descripción del supuesto de hecho. Denomina la subsunción como "afirmación empírica" (p. 18) y mantiene que la relación entre circunstancia de hecho y elemento del tipo es extensional (p. 24); en realidad es intencional.

14. Por ello, tampoco es necesario establecer reglas acerca de cuál es el nivel de concreción de la norma en el que debe interrumpirse el diálogo. Con ello, no existe el problema por el cual según

4. Conocimiento típico y formulación del tipo

Por tanto, nuestra tediosa respuesta a la interesante pregunta de qué es lo que tiene que representarse el autor para actuar dolosamente es la siguiente: el sentido del tipo, pero no necesariamente su expresión literal. De ello deriva como ulterior y a primera vista banal consecuencia que el legislador con la formulación de los tipos no sólo decide acerca de las condiciones de punibilidad de un comportamiento, sino también acerca de qué es lo que debe representarse el autor para actuar dolosamente. Bien es cierto que por lo general la segunda decisión está implícita en la primera. Pero aquí se abre un nuevo espacio de decisión cuando dos supuestos de hecho distintos se hallan necesariamente conectados entre sí. Sin embargo, las reglas de las que deriva esta necesidad en la conexión no deben ser semánticas o lógicas, pues, de ser así, no se trataría de dos supuestos de hecho distintos, pero sí pueden ser reglas empíricas o jurídicas. En ese caso, el legislador puede escoger, a través de la formulación del tipo, entre esos dos supuestos de hecho aquél que debe representarse al autor para actuar dolosamente. También puede exigir el conocimiento de ambos supuestos de hecho, lo que llega a ser relevante cuando el autor desconoce su necesaria conexión.

"Utilicemos al respecto un ejemplo: El § 2, párrafo 3 StVZO* dice: 'Los peatones ciegos pueden señalizar su minusvalía mediante un bastón blanco o mediante distintivos amarillos conforme al gráfico 2'. Según el párrafo 4, 'Los distintivos mencionados en los párrafos 2 y 3 no pueden ser utilizados en el tráfico por otros participantes'. De acuerdo con el § 69 a, párrafo 1, comete, entre otros casos, una infracción administrativa quien en contra de lo dispuesto en el § 2, párrafo 4 utiliza distintivos de los mencionados en el § 2, párrafos 2 y 3. Pues bien,

Kuhlen (nota 13), p. 356 y s., por principio, debe fracasar una distinción semántica entre error de hecho y error de derecho penal.

* StVZO: "Straßenverkehrszulassungsordnung" ("Reglamento sobre Régimen de Licencias en la Circulación"). *(N. T.)*

la expresión 'distintivos de los mencionados en el § 2, párrafos 2 y 3' puede ser interpretada de tres maneras. Primera: 'Un bastón blanco o un distintivo amarillo configurado de determinada manera'. Segunda: 'Un distintivo que indica en el tráfico la ceguera del peatón'. Tercera: 'Un bastón blanco o un distintivo amarillo que indican en el tráfico la ceguera del peatón'. En lo tocante al ámbito de aplicación del tipo objetivo, la utilización de cualquiera de estas tres interpretaciones no conduce a diferencia alguna, ya que de acuerdo con el § 2, párrafo 3, estas cualidades de los objetos mencionados se hallan conectadas necesariamente en virtud de una regla jurídica. Sin embargo, lo que el autor debe conocer para actuar dolosamente o, respectivamente, debe poder conocer para actuar imprudentemente, es un supuesto de hecho distinto, dependiendo de cual de las anteriores interpretaciones se elija. De acuerdo con la primera interpretación, el autor debe meramente saber, o poder saber, que lo que lleva es un bastón blanco o un distintivo amarillo. De acuerdo con esta interpretación, también actuaría dolosamente si no supiese que el bastón blanco indica en el tráfico la ceguera de un peatón. De acuerdo con la segunda interpretación, únicamente debe saber que porta un distintivo que indica la ceguera de un peatón. Por consiguiente, cometería una tentativa, aunque no punible, si con esa intención portase un bastón negro y amarillo. Finalmente, de acuerdo con la tercera interpretación, debe saber ambas cosas o, en su caso, poder saberlas. La gramática puede que favorezca la primera interpretación, pero su resultado la desaconseja, ya que sólo la segunda y la tercera de las interpretaciones expresan el injusto típico."

De lo anterior se deduce una regla para utilizar el espacio de decisión antes señalado. A la hora de formular los tipos, el legislador no sólo debe cuidarse de que se cumpla el tipo objetivo en todos los casos y sólo en los casos en los que deba aplicarse la correspondiente ley penal, sino que, además, debe cuidarse de que el tipo objetivo exprese el injusto típico específico. Debe, por tanto, si tiene opción, escoger aquella descripción en la cual el destinatario de la norma pueda reconocer, con el mínimo posible de conocimientos de reglas empíricas y jurídi-

cas, el injusto específico del tipo. Una vez que el legislador se ha decidido por una determinada descripción de los casos punibles, entonces ha determinado con ello el contenido de los conocimientos a los que tienen que referirse tanto el dolo como la imprudencia. Quienes aplican e interpretan la ley penal deben respetar esta decisión. Si no pueden reconocerla por ser dicha expresión típica demasiado incompleta, queda el camino de la reducción teleológica del tipo, completando su texto con un así llamado elemento típico no escrito.

5. Error de derecho penal y error de derecho extra-penal

De lo anterior deriva la justificación básica de una de las más discutidas tesis de la teoría del error, de acuerdo con la cual un error de derecho es un error de tipo o, en su caso, un error de tipo al revés, cuando se refiere a reglas jurídicas que han sido establecidas fuera de la ley penal, y un error de subsunción o inverso de subsunción –irrelevantes ambos– cuando se refiere a reglas jurídicas de la ley penal misma.[15] A esta tesis se le ha objetado, desde siempre, que utiliza un criterio excesivamente formal, ya que resulta irrelevante si el legislador regula una cuestión jurídica en la ley penal o fuera de ella; toda expresión contenida en un tipo penal que se refiera a consecuencias jurídicas exprapenales, se dice, puede ser sustituida por los presupuestos reales de esa consecuencia jurídica sin que por ello se modifique el campo de aplicación del tipo: precisamente por ello sería admisible tal sustitución. En este sentido, se argumenta que se podría sustituir la expresión "ajeneidad", en los tipos en los que se protege la propiedad, por una enumeración de los presupuestos jurídico-reales que se establecen para la adquisición o la pérdida

15. Cf. al respecto Haft (nota 2), 281, 282 y s., 285; Kuhlen (nota 13), p. 339 y ss. Kuhlen demuestra en su libro que la distinción mantenida por el Reichsgericht está materialmente hasta hoy en día en la base de la jurisprudencia y también de la teoría del error dominante (teoría de los elementos negativos del tipo, teoría de la culpabilidad limitada). También la teoría de Herzberg de los conceptos de remisión conduce, en principio, a la contraposición de errores de derecho penales y extra-penales, *JuS*, 1980, p. 469, 472 y s.

de la propiedad y que el legislador no se ha expresado de esta última manera sólo por razones de comodidad y simplicidad idiomática.[16]

"Evidentemente, parece que semejante sustitución persigue la finalidad de suprimir el concepto de propiedad, como concepto jurídico, en los tipos de los delitos contra la propiedad. Pero si se intentase seriamente expresar los tipos del derecho de cosas que regulan la adquisición y la pérdida de la propiedad sin este mismo concepto, en esa expresión ya no podrían figurar términos como buena fe o acuerdo traslativo de propiedad, ya que se encuentran determinados en su contenido por el concepto de propiedad. Y si no puede prescindirse del concepto jurídico de propiedad en las representaciones que fundamentan el dolo, ¿qué sentido tiene exigir del autor en vez del conocimiento de la ajeneidad de la cosa el conocimiento acerca de cómo el propietario ha adquirido la propiedad? Probablemente, lo mismo sea aplicable a la mayoría de las expresiones jurídico-civiles que aparecen en los tipos penales, como por ejemplo, deudor, acreedor pignoraticio, derecho de uso o de retención, y también a aquellos elementos del tipo que se definen mediante expresiones jurídico-civiles, como por ejemplo, el elemento 'beneficio patrimonial ilícito' mediante la ausencia de un derecho a ese beneficio patrimonial. Carece por tanto de sentido intentar delimitar el campo de aplicación de los delitos patrimoniales sin una comprensión, al menos, de los conceptos fundamentales del derecho civil. Pero tampoco hay necesidad alguna de hacer ese intento, ya que todo ciudadano normal posee esta comprensión."

Sin embargo, la objeción principal en contra de la tesis de la sustituibilidad no es la inutilidad de tales sustituciones, sino su inadmisibilidad. Aunque sea posible una sustitución de los conceptos jurídicos extrapenales por conceptos descriptivos sin modificar el campo de aplicación del tipo objetivo, esta sustitución cambiaría el sentido del tipo objetivo. Este sentido, sin embargo,

16. Kohlrausch. *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1903; Burkhardt. *JZ*, 1981, 681, 687, y wistra, 1982, p. 178, 179.

como ya hemos visto, constituye el contenido de la representación del autor que fundamenta el dolo. Esto lo podemos explicar claramente en uno de los pocos casos en los que cabe sustituir un concepto jurídico extrapenal por conceptos descriptivos que poseen el mismo ámbito conceptual (extensión) y que por tanto, constituye también un ejemplo standard de los representantes de la tesis de la sustituibilidad. En este sentido, se argumenta que en el § 292 se puede sustituir, sin más, la expresión "una cosa que está sometida al derecho de caza" por una enumeración de las especies animales y clases de objetos que se encuentran sometidas por el § 2 de la Ley Federal de Caza al derecho de caza. Tal modificación del tenor literal no afectaría al campo de aplicación objetivo del tipo, pero sí a su sentido. Cuando sé que un objeto es un asta de ciervo abandonada, conozco otro hecho distinto del hecho de que esta cosa está sometida al derecho de caza. Para saber que un animal con aspecto similar a un ratón se halla sometido al derecho de caza no necesito saber que se trata de una comadreja. Si erróneamente lo hubiese considerado un ratón y también erróneamente hubiese creído que los ratones pueden ser piezas cinegéticas, de todas maneras conocería el hecho cierto de que este animal está sometido al derecho de caza.[17] Los detractores de la tesis de la sustitución han indicado que el legislador podría modificar los presupuestos jurídico-civiles del derecho de caza o de la adquisición de la propiedad sin modificar el sentido del § 242 o del § 292.[18]

17. El autor que se encuentra en tal error doble se representa el sentido del tipo del § 292 y por ello tiene el dolo típico, más concretamente al respecto Kuhlen (nota 13), p. 494 y ss.

18. Herzberg (nota 15), p. 472; Kuhlen (nota 13), p. 369. Kuhlen, que considera imposible de principio una distinción semántica entre error de hecho y error de subsunción como la que aquí se presenta, cf. nota 13, desarrolla con base en esta idea su propia diferenciación entre error jurídico-penal irrelevante y error extrapenal que excluye el dolo según el "criterio de estructura temporal", p. 370 y ss. Pero estas diferencias de estructura temporal, especialmente, lo que Kuhlen llama "normativación dinámica", en la que el elemento del tipo remite a las normas extrapenales que rigen respectivamente en el momento del hecho, sólo resulta posible porque la intención (no la extensión) del elemento del tipo que describe una consecuencia jurídica extrapenal es distinguible de la intención de los presupuestos de la existencia de esta consecuencia jurídica, así como están establecidos fuera del derecho penal, cf. al mismo Kuhlen, p. 383.

El que una determinada cosa sea ajena o esté sometida al derecho de caza es un hecho.[19] Los elementos "ajeneidad" o "sometido al derecho de caza" probablemente deban su estatuto especial como elementos normativos del tipo a la equivocada opinión de los juristas de que lo característico de un "hecho" es sobre todo ser perceptible por los sentidos de forma simple e inmediata.[20] "Para el infinitamente amplio círculo de aquello que puede ser conocido, la lengua alemana no tiene otra denominación que la de hecho."[21] Esta concepción de los hechos perceptibles inmediatamente por los sentidos probablemente también sea la fuerza motriz principal del intento de querer sustituir aquellos conceptos que describen consecuencias jurídicas por sus presupuestos, que se hallan regulados fuera del derecho penal. Semejante sustitución, sin embargo, no solamente sería una

19. Darnstädt, *JuS*, 1978, 441, 443, introduce para este tipo de hechos, siguiendo a Seal: *Sprechakte*, 1973, p. 78 y ss., la expresión "hechos institucionales". Estos son, en contraposición con los hechos naturales, aquellos hechos que se refieren a una cualidad de un objeto existente en virtud de una institución social. Estos son especialmente relaciones jurídicas como: ajeno, casado, sometido al derecho de caza etc., pero también valoraciones como: contrario a las normas de caza, gravemente contrario a las normas de circulación, reprochable etc. Para ello, debe distinguirse en primer lugar entre el hecho institucional, es decir, por ejemplo, la relación jurídica, y los presupuestos en virtud de los cuales se ha generado en el caso singular. Para conocer que la cosa C es propiedad de la persona P no necesito saber por qué procedimiento P adquirió la cosa; para saber que A y B están casados no necesito haber sido testigo de la boda ante el juez. Esto Darnstädt no lo diferencia con suficiente claridad, cf. p. 443 y 446. En el caso de las valoraciones es necesario distinguir entre el hecho institucional de que la generalidad o determinadas instancias competentes atribuyen a un supuesto de hecho una valoración y la ejecución de la misma valoración por el emisor e una oración valorativa. La oración "en los ámbitos de cazadores se considera que la caza con reflectores vulnera las reglas de la caza" o la oración "la caza con reflectores se valora como contraria a las reglas de la caza por parte de los tribunales penales" describen hechos, la oración "la caza con reflectores es contraria a las reglas de la caza" (en el sentido de desprecio de la Creación) no denomina un hecho. Ya Welzel (nota 2), p. 120, reclama materialmente el carácter de hechos para lo que es designado por los elementos normativos del tipo.

20. Adopta una postura crítica Herberger (nota 12), p. 136 y ss.

21. Binding (nota 9), p. 114. Sin embargo, para ello es decisiva la comprensión correcta de la palabra "conocer". El propio Binding no distingue suficientemente entre "conocer" y "valorar", cf. al respecto nota 22. En una comprensión adecuada, "conocer" es la representación correcta de que un supuesto de hecho es verdadero. De ello deriva que un hecho es la intención de una oración a la que se le puede atribuir el predicado "verdadero" o "falso", ya que sólo una intención de esta clase "puede ser conocida".

tergiversación del sentido de los tipos, sino que se adecuaría peor a la función de éstos como tipos de injusto que los textos típicos vigentes. El legislador penal acertó al escribir en el § 242 la expresión "cosa ajena" en vez de cualesquiera presupuestos de hecho de la adquisición de la propiedad y, en el § 292 la expresión "sometido al derecho de caza" y no una enumeración de especies animales y de otro tipo de objetos. De esta forma, ha asegurado que el autor doloso debe tener una representación del derecho que conculca, de manera que el conocimiento necesario para el dolo cumpla realmente la función de apelación que se le atribuye. Quien aplica o quien interpreta la ley ni le incumbe ni tiene motivo alguno para revisar esta decisión mediante la introducción de los presupuestos jurídicos extrapenales que, si bien tienen el mismo alcance conceptual, tienen otro sentido.

Por tanto, si el elemento de un tipo penal hace referencia a derechos o relaciones jurídicas, para actuar dolosamente, el autor simplemente debe conocer esas relaciones. La teoría de la valoración paralela en la esfera del lego oscurece esta sencilla situación caracterizando estos elementos como normativos y dando la impresión de que no se trata de conocimientos, sino de un acto de valoración,[22] que debe reproducir el autor, más o menos, como si él mismo fuese el legislador que tuviese que promulgar las normas extrapenales.

Sin embargo, en modo alguno se trata de hacer una valoración, sino de conocer hechos jurídicos.[23] Los derechos y relaciones jurídicas a los que hacen referencia los tipos penales son tan simples y tan fundametales, al menos en las normas del derecho penal principal, que también el lego en materia jurídica tiene un claro concepto al respecto.[24] Pero aunque no sean tan simples, sencillamente

22. S/S-Cramer (nota 2), § 15, n.m. 45; Lackner (nota 9), § 15 anot. II 2b; Baumann/Weber, *AT* (nota 2), p. 407; Maurach-Zipf, *AT* 1 (nota 9), § 22, n.m. 49; Jescheck, *AT* (nota 2), p. 265; Schmidhäuser, *AT* (nota 2), 10/52 y s.; Stratenwerth, *AT* (nota 2), n.m. 260; Arthur Kaufmann (nota 9), p. 20 y s.; Dreher/Tröndle, *StGB* (44. ed., 1988), n.m. 11.

23. Una postura crítica respecto de la aplicación del concepto "valoración" al "conocimiento de una situación jurídica", Jakobs, *AT* (nota 9), 8/49, nota 108.

24. Bien es cierto que tenemos una dificultad teórica para fijar exactamente el contenido conceptual de un derecho o de una relación jurídica, pero ésta existe de principio para todos los conceptos en

debe asumirse que el lado cognitivo del dolo exige determinados conocimientos jurídicos porque éstos son presupuestos de que el autor pueda reconocer el in-

lenguajes naturales, ya que en el lenguaje natural no está determinado respecto de todas las cualidades que se vinculan a un concepto si éstas son elementos del mismo concepto o si se trata de otras cualidades que se hallan necesariamente vinculadas a la realización del concepto. Con otras palabras, no está determinado qué es lo que constituye "la esencia" del concepto y cuáles elementos son meramente accidentales. Las definiciones que, por ejemplo, da el BGB de los distintos derechos reales, no son, sin más, determinantes en el presente contexto y tampoco son seguras. Si, por ejemplo, fuese correcta la definición de la propiedad que se hace en el § 903, no podríamos llamar ya propietario de una cosa al que la arrienda o la da en prenda. Sin embargo, tendría poco sentido considerar como parte del concepto correspondiente a todas las reglas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico respecto de un derecho o una relación jurídica. Entonces, ningún jurista tendría una idea, ni aproximadamente completa, del sentido de la palabra "propiedad". La valoración paralela en la esfera del autor tiene la función de eliminar o también de ocultar esta dificultad de determinación conceptual en el ámbito de los llamados elementos normativos del tipo, conformándose con una representación conceptual del autor que sea similar al sentido. Pero esta dificultad existe de modo general para todos los conceptos del lenguaje natural y aparece en el caso de los conceptos jurídicos con especial claridad únicamente a causa de su complejidad. En la medida en que de ello derive algo para la teoría de la valoración paralela, entendida como mera similitud en el sentido entre la representación del autor y el contenido conceptual "objetivamente correcto", ello no es, por consiguiente, una especialidad de los conceptos institucionales. Sería, sin embargo, más simple y más claro que tampoco exigiésemos una definición conceptual para los conceptos institucionales, así como tampoco lo hacemos para la mayoría de los conceptos descriptivos. Y admitir, al mismo tiempo, que hablamos de igualdad de sentido o también de implicación en los lenguajes naturales sólo en el sentido de un ideal teórico.

Un problema totalmente diverso lo constituye el hecho de que la protección de un derecho por parte del ordenamiento jurídico forma parte de la comprensión natural del concepto del derecho en cuestión, incluyendo al derecho penal, es decir, que forma parte del concepto de propiedad la prohibición a todos los demás de incidir sobre la cosa y, con ello, también se incluyen las normas de los delitos contra la propiedad (cf. Jakobs, *AT* [nota 9], 8/57). Si, sin embargo, se incluyen éstas en el concepto de propiedad y con ello de ajeneidad de la cosa, las normas de determinación de los delitos contra la propiedad se convierten a su vez en tautológicas. El § 303 diría, más o menos, lo siguiente: "No dañes ninguna cosa con la que otro puede obrar a su voluntad y cuyo daño puede prohibir conforme a derecho (cosa ajena, § 903 BGB)". Para evitar este resultado, que es igualmente devastador para la función de determinación de la norma como para la distinción entre error de prohibición y error de tipo y entre tentativa y delito putativo (vid. infra al respecto también el segundo párrafo del apartado "leyes en blanco y elementos en blanco" de este trabajo) no queda otra solución que la de efectuar la siguiente determinación: si en un tipo aparece un derecho como objeto de protección, entonces la intención (sentido) del concepto sólo es el contenido de atribución del derecho, pero no las normas prohibitivas que lo protegen. Esto, sin embargo, presupone que desde el punto de vista lógico sean separables el contenido atributivo y prohibitivo de un derecho, lo que niega la teoría de los imperativos (cf. al respecto el quinto párrafo del apartado "leyes en blanco (...)"). Esta determinación tampoco es tan innatural como parece a primera vista. La función de apelación parte del contenido atributivo del derecho y no de su protección, y

justo específico del hecho por él realizado. No se puede debilitar y oscurecer este presupuesto conformándose con una mera "valoración paralela" o "visión teleológicamente reducida del supuesto de hecho".[25]

Si el sujeto que ha vendido con reserva de dominio despoja al comprador de la cosa que ha sido objeto de compraventa, a pesar del pago puntual de los plazos, entonces para cumplir el tipo subjetivo de la sustracción de cosa propia (Pfandkehr) debe conocer que el comprador ya ha adquirido un derecho sobre esa cosa, es decir, que no sólo incumple sus deberes contractuales al recuperar la cosa, sino que incide en un derecho del comprador que existe de manera independiente de su propia persona. Por supuesto que no necesita conocer la expresión "expectativa de derecho" ni el concepto "derecho de retención o uso", del modo en que se utiliza en el § 289. Es suficiente que se represente, por ejemplo, que el comprador tiene "una especie de prepropiedad" o "un derecho de posesión" de la cosa mientras pague puntualmente los plazos. Como hemos visto, es suficiente para el conocimiento del hecho con que el autor aplique no el concepto general de la ley, sino un concepto especial subordinado a éste. Se encuentra en un error de subsunción, en cambio, cuando no sabe que el tipo de la sustracción de cosa propia también abarca un derecho de esta clase. Se puede objetar que al lego se le exige demasiado cuando se pretende que comprenda la diferencia entre una mera vulneración contractual y la vulneración de un derecho de posesión, cuando incluso resulta difícil a bastantes estudiantes de derecho. Pero si el legislador penal le ha otorgado a esa diferencia ese valor, de tal manera que deja impune la mera vulneración contractual pero castiga en el § 289 la vulneración de un derecho de pose-

el concepto material de injusto está constituido por la contradicción del contenido de atribución del derecho, no por el desconocimiento de la prohibición de violación como tal, ya que de otra manera el injusto consistiría, exclusivamente, en la desobediencia formal.

25. Así Schlüchter (nota 3), p. 100, y (nota 6), p. 375; adopta una postura crítica al respecto Kuhlen (nota 12), p. 436 y s., y en términos fundamentales respecto del intento de desvincular con base en criterios materiales los requisitos del contenido del conocimiento del dolo del tipo objetivo de la ley, p. 441 y ss.

sión mediante la sustracción de la cosa, entonces, ha convertido también el conocimiento de esta diferencia en presupuesto del conocimiento del injusto específico del tipo. La objeción de que se establece una exigencia excesiva, si es que ésta se da, se dirige por tanto al legislador, y no se puede enmendar esta desorbitada exigencia atenuando el claro tenor literal del tipo o el requisito del conocimiento acerca del supuesto de hecho que cumple el tipo.

Sin embargo, la contraposición entre error de derecho penal y extrapenal describe defectuosamente y, en algunos casos, también erróneamente, la diferencia de la que se trata. Ello le ha reportado a esta teoría el reproche de ser superficial y formalista. En realidad se trata de la diferencia entre un error sobre los conceptos contenidos en los tipos penales (el así llamado error de derecho penal) y un error sobre los hechos que cumplen el tipo, que también pueden estar fundamentados en el derecho y en la ley, esto es, el así llamado error de derecho extrapenal. Intentaremos demostrar mediante dos ejemplos que esta delimitación, del modo en que ha sido formulada, tampoco es correcta.

"Quien cree erróneamente que un determinado comportamiento de su amigo es punible y, por ello le proporciona una coartada falsa, seguramente se encuentra en un error de derecho penal. Pero este error de derecho penal fundamenta el dolo de la obstrucción a la justicia y no un delito putativo, ya que el autor no yerra acerca del contenido de la ley penal por él conculcada, sino acerca del hecho de que otro puede ser perseguido jurídico-penalmente por un 'hecho antijurídico', y este hecho se describe en el § 258 StGB, como componente de la situación de partida típica.[26] Si se considera vinculante la definición, contenida en otra ley, de un concepto utilizado en una ley penal, entonces con razón puede denominarse el error de un autor acerca del contenido de esta definición, un

26. *BGHSt* 15, 210, 212 y s.; S/S Stree (nota 2), § 258, n.m. 23; Stree, *JR*, 1981, 298; Herzberg (nota 15), 473; Dreher/Tröndle (nota 22), § 258 a, n.m. 6; Puppe, FS-Lackner (1987), p. 227 y ss.; SK Rudolphi (nota 2), § 22, n.m. 32 a; Blei, *JA*, 1973, 603 y s.; en otro sentido: BayObLG, *JR*, 1981, 296; Burkhardt, *JZ*, 1981, 681M; Weber, *MDR*, 1961, 427; Russ, *LK*, (10. ed., 1989, t. 5), § 298, n.m. 22.

error extrapenal. Esto no cambia en nada el hecho de que se trata de un error conceptual irrelevante y no de un error de hecho. Quien sustrae gas o vapor de calefacción y lo consume, suponiendo que no comete un hurto, por creer que no se trata de cosas, no puede invocar como argumento haber errado acerca de un presupuesto jurídico-civil del § 242 StGB solamente porque es el § 90 BGB el que define el concepto de cosa."

6. Elementos del tipo legalmente definidos

Las leyes extrapenales pueden ser relevantes para la interpretación de un tipo penal al definir legalmente un concepto que aparece en aquél. Mientras que el elemento del tipo tenga un sentido por sí mismo, es éste lo que es relevante para la representación dolosa, de acuerdo con la regla según la cual es el legislador penal quien fija el sentido del tipo. De ahí que una definición legal establecida fuera del tipo penal sólo es aplicable al contenido del dolo como referencia interpretativa si concreta no sólo el ámbito de aplicación (extensión), sino también el sentido (intención) del concepto típico. El § 326 ofrece ejemplos de ambas clases de definición legal.

"La expresión 'residuos' se define en el § 1 de la Ley de Residuos como 'cosas muebles de las cuales quiere deshacerse el poseedor o cuya eliminación ordenada es necesaria para la salvaguardia del bien de la comunidad, especialmente para la protección del medio ambiente'. Aquí se trata de una determinación más concreta del sentido de la expresión 'residuo' (intención) y no sólo de su campo de aplicación (extensión). Esta definición, por lo tanto, puede ser utilizada para interpretar el concepto de residuo en el § 326. Por consiguiente, si, por ejemplo, el autor quiere deshacerse de su coche antiguo abandonándolo en cualquier sitio del campo, sabe que se trata de un residuo, aunque él mismo no aplique el concepto de residuo a los automóviles viejos cuya posesión el propietario ya no desea mantener. El párrafo 3 requiere que los residuos 'sean susceptibles, por sus ca-

racterísticas, su configuración o su cantidad, de contaminar permanentemente las aguas, el aire o el suelo o de producir otras modificaciones perjudiciales'. Según la opinión dominante, son residuos en el sentido de los párrafos 1 y 3 en todo caso aquellas sustancias que se enuncian en el anexo 1 del Reglamento de Residuos Especiales.[27] Por lo tanto, se puede considerar el anexo 1 del Reglamento de Residuos Especiales como definición parcial de este concepto de residuos peligrosos para el medio ambiente. Pero este anexo únicamente determina este concepto en su extensión, enumerando determinadas clases de sustancias químicas, como, por ejemplo, ácidos, alcalinos, emulsiones aceitosas, catalizadores con contenido de metales pesados que proceden de determinados establecimientos industriales. Bien es cierto que los conceptos utilizados en esta enumeración, de acuerdo con la opinión dominante, codeterminan la extención del concepto 'residuos que ponen en peligro el medio ambiente', pero no contienen su intención. No son subconceptos del concepto 'residuos que ponen en peligro el medio ambiente', así como se determina en el § 326, párrafo 1, número 3. Aunque sepa que una determinada sustancia que tengo ante mí es un catalizador que contiene metales pesados, aún no sé que 'es susceptible de modificar perjudicialmente las aguas, el aire o el suelo'. Este concepto típico no es un concepto en blanco, sino que tiene un sentido con independencia de la norma de determinación del § 326. No es admisible que se sustituya este sentido por otro, por ejemplo, por el de 'catalizador con contenido de metales pesados', sólo porque este concepto aparece en el Reglamento de Residuos Especiales, y éste, según la opinión dominante, también tiene una función relevante para la determinación del campo de aplicación (extensión) del concepto de 'residuo que pone en peligro el medio ambiente' en el sentido del § 326.[28] Esto quizás no falsearía el campo de aplicación, pero sí el

27. S/S-Lenckner (nota 2), § 326, n.m. 6; Lackner (nota 9), § 326, nota 2 bcc; Steindorf, *LK* (10. ed., 1988, t. 7), § 326, n.m. 37; Horn en SK StGB-BT (4. ed. a enero 1979), § 326, n.m. 8; Möhrenschlager, *ZRP*, 1979, 100; Laufhütte/Möhreschlager, *ZStW*, 92 (1980), 958; Sack, *NJW*, 1980, 1426.

28. Llega a la misma conclusión Kuhlen (nota 13), p. 64 y ss., p. 549 y ss.

sentido del tipo objetivo y con ello, también, de la representación del autor fundamentadora del dolo."

Por lo tanto, un concepto utilizado en una ley penal sólo podrá ser sustituido por la definición legal de este concepto contenida en otra ley cuando esta definición no sólo sea determinante del ámbito de aplicación (extensión) de este concepto, sino también de su sentido. Si esto último es el caso, resulta indiferente que la definición legal abarque únicamente un caso específico del concepto contenido en la ley penal, ya que de ser así contendría en sí el sentido de este concepto penal legal.

"Debe distinguirse entre una definición legal y el caso en que otra ley dispone una consecuencia jurídica a la que se refiere un elemento del tipo. En este último caso, el autor debe conocer la consecuencia jurídica. El § 264 ofrece un ejemplo de relación de estas características entre tipo penal y ley extrapenal. El apartado 7 de esta norma dice: 'Son relevantes para la subvención en el sentido del párrafo 1, los hechos que 1) hayan sido definidos por ley o en virtud de ley por el otorgante de la subvención como relevantes para la subvención, o 2) de los cuales (...) dependa legalmente el otorgamiento (...) de una subvención'. Desde el punto de vista puramente lingüístico, la primera alternativa podría ser entendida como remisión a una ulterior definición legal del concepto 'hechos relevantes para la subvención'. Pero la definición de un hecho como relevante para la subvención por esta otra ley o por el otorgante de la subvención no es la definición de un concepto, sino la disposición de una consecuencia jurídica, ya que ese acto de ordenar la consecuencia no es declarativo, sino constitutivo. El receptor de una subvención que guarda silencio o realiza un engaño respecto de un hecho sin saber que una ley o el otorgante de la subvención lo ha declarado relevante para la misma, no actúa dolosamente, porque desconoce una relación jurídica determinante del tipo,[29] de igual manera que aquél que no conoce que el

29. S/S-Lenckner (nota 2), § 264, n.m. 62, 63; S/S-Samson (nota 27), § 264, n.m. 90; Tiedemann, *LK* (10. ed., 1988, t. 6), § 264, n.m. 99; Lackner (nota 9), § 264, nota 6a.

otorgamiento de la subvención 'depende legalmente' del hecho en cuestión. Este error es similar al error acerca de la ajeneidad de una cosa o del hecho de que está sometida al derecho de caza. En contraposición con esto, el Reglamento de Residuos Especiales no es constitutivo de la cualidad de un residuo de 'poner en peligro el medio ambiente' en el sentido del § 326. Al contrario, esta cualidad se entiende por el § 326 como cualidad natural y no como cualidad institucional atribuida por la Ley de Eliminación de Residuos y sus disposiciones de ejecución."[30]

El ejemplo del § 264 demuestra que la disposición legal de una consecuencia jurídica puede revestir la misma forma lingüística que la definición de un concepto. Unicamente puede distinguirse de una definición de concepto por su carácter constitutivo, es decir, por un criterio de sentido. En una definición intencional, el *definiens* y el *definiendum* tienen el mismo sentido, en la disposición de una consecuencia jurídica esto no es así. Una definición extensional únicamente puede distinguirse de la disposición de una consecuencia jurídica porque el *definiens* es una cualidad natural y no jurídico-institucional.

7. Leyes en blanco y elementos en blanco

Hasta el momento, en la averiguación del sentido (intención) de los tipos y, por consiguiente, de la representación dolosa típica, nos hemos podido orientar de acuerdo con el sentido de los elementos del tipo. Y sólo hemos utilizado otras leyes de manera mediata para precisar un concepto (definición legal intencional) o para averiguar la consecuencia jurídica prevista en el tipo. Sin embargo,

30. Esto ya deriva simplemente del hecho de que la enumeración contenida en el Anexo 1 del Reglamento de Residuos Especiales no es considerada como determinación completa de las sustancias peligrosas para el medio ambiente. Bien es cierto que todas las sustancias en él enunciadas se consideran residuos peligrosos para el medio ambiente en el sentido del § 326 1, n. 3, pero también pueden subsumirse bajo el concepto de sustancias peligrosas para el medio ambiente sustancias que no aparecen en esa enumeración, cf. S/S-Lenckner (nota 2), § 326, n.m. 6; LK-Steindorf, (nota 27), § 326, n.m. 37; Lackner (nota 9), § 326, nota 2 bcc; Möhrenschlager, (nota 27), 100; Laufhütte/Möhrenschlager, (nota 27), 959; BGH NJW, 1987, 1280, con un comentario favorable de Sack, *NJW*, 1987, 1248; Olg de Baviera *NStZ*, 1988, 26, 27.

existen tipos penales que son incompletos en el sentido de que de ellos mismos no puede deducirse una norma de determinación que tenga sentido. En primer lugar, forman parte de éstos las leyes en blanco, que contienen únicamente una amenaza de pena y en vez del tipo una remisión a mandatos o prohibiciones dispuestos en otro lugar. En este caso, hay acuerdo acerca de que los tipos de las normas que completan la norma en blanco deben integrarse en la norma penal a los efectos de determinar el contenido de la representación dolosa típica.[31] Pero esto sucede no sólo en el caso de las leyes en blanco en sentido formal, que carecen de tipo propio, sino en el de todas las leyes penales que se refieren a un deber establecido en otro lugar. Si se intenta extraer de un tipo de estas características una norma de determinación, se obtendrá una tautología.

Un ejemplo lo constituye el § 283 b. Una norma de determinación que, por ejemplo, se obtuviese exclusivamente del tenor literal del párrafo 1 tendría el siguiente enunciado: "No omitas llevar libros de comercio si legalmente estás obligado a llevar libros de comercio". Esta norma es tautológica, es decir, es válida concurriendo cualesquiera condiciones. En consecuencia, no puede errarse acerca del contenido de esta norma; por lo tanto, no puede concurrir ni un delito putativo ni un error de subsunción. Ello es así debido a que la norma como tautología carece de sentido. De ahí que sería erróneo tratar las obligaciones jurídico-mercantiles de llevar libros como hechos institucionales, de la misma manera, por ejemplo, que la existencia de una propiedad ajena o un derecho de caza ajeno sobre una cosa. Bien es cierto que también la existencia de la obligación que tiene una determinada persona de llevar libros puede denominarse como un hecho institucional, pero esto en nada cambia el hecho de que los presupuestos fácticos y jurídicos de esta obligación, como por ejemplo, la cualidad de comerciante, sean

31. SK-Rudolphi (nota 2), § 16, n.m. 18 y s.; Jescheck, *AT* (nota 2), p. 277; Maurach/Zipf, *AT* 1 (nota 2), § 23, n.m. 9; Jakobs, *AT* (nota 9), 8/47; S/S-Cramer, (nota 2), § 15, n.m. 100; LK-Schroeder, (nota 9), § 16, n.m. 39; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (11. ed., 1969), p. 168; Warda, *Die Abgrenzung von Tatbestands* – un Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, p. 36 y ss.; Baumann/Weber, *AT* (nota 1), p. 114, 139.

elementos integrantes de la norma de determinación a la que el § 283 b le asigna una pena,[32] porque esta norma de determinación sin dichos presupuestos carece de sentido. Siempre que en un tipo penal se haga remisión expresamente a obligaciones reguladas en otro lugar, estamos, por tanto, frente a uno de estos elementos en blanco que debe ser completado por los tipos de las normas a las que se hace referencia para así obtener una ley penal que tenga sentido.[33]

"Para caracterizar el elemento como elemento en blanco no es decisivo el criterio formal consistente en que para decidir la cuestión de si se ha cumplido objetivamente el elemento deban utilizarse otras leyes. Ello también ocurre tratándose de los elementos definidos legalmente y en los elementos jurídico-institucionales. También aquí es decisivo el sentido que tiene el elemento. Un elemento en blanco se remite a leyes positivas que determinan el contenido de la obligación misma protegida por la pena y no sólo sus presupuestos jurídicos. El § 264, párrafo 1, número 2, por ejemplo, es una norma en blanco, porque la expresión 'no informe, en contra de las disposiciones jurídicas relativas al otorgamiento de subvenciones' remite a otros preceptos que fijan como consecuencia jurídica, precisamente, aquel deber de información cuya vulneración es conminada con pena en el § 264, párrafo 1, número 2.[34] Sin embargo, la expresión 'hecho relevante para la subvención' no es un elemento en blanco a pesar del § 264, párrafo 7, números 1 y 2, ya que el concepto 'relevante para la subvención' no tiene el sentido de una obligación de veracidad e información, sino que ésta deriva del § 264, párrafo 1,

32. S/S-Stree (nota 2), § 283 b, n.m. 5 en relación con § 283, n.m. 56; LK-Tiedemann (nota 29), 283 b n.m. en relación con § 283 n.m. 183; SK-Samson (nota 27), § 283 n.m. 25; Dreher/Tröndle (nota 22), § 283 b n.m. 4 en relación con § 283 n.m. 33.

33. Mantiene una posición similar, en principio, Warda (nota 31), p. 13 y s. El hecho de que Warda obtenga en algunos tipos resultados que difieren de los que se mantienen en el texto es debido a divergencias en la interpretación de estos tipos y no en el punto de partida de principio. En el mismo sentido Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 91, nota 19; mantiene otra posición S/S-Cramer (nota 2), 15, n.m. 103.

34. Llega a la misma conclusión SK-Samson (nota 27), § 264 n.m. 90; S/S-Lenckner (nota 2), § 264 n.m. 62, 63.

número 1 (y del número 2 en relación con otros preceptos). Las leyes a las que se remite el § 264, párrafo 7, no regulan las normas de comportamiento, protegidas por la pena y dirigidas al receptor de la subvención, sino la cuestión relativa a cuáles deben ser los hechos de los que depende el otorgamiento de una subvención."

La distinción entre elementos en blanco y elementos jurídico-institucionales halla una dificultad adicional en el hecho de que algunos elementos en blanco no se remiten expresamente a otros preceptos ni designan una obligación jurídica, sino, aparentemente, se refieren a otro hecho jurídico-institucional. Sólo por medio de un análisis más concreto del sentido del elemento es posible que resulte que éste no es más que una remisión a otras normas que establecen precisamente aquella obligación jurídica cuya vulneración se conmina con pena en la ley penal.

Los elementos relativos a la competencia para realizar un interrogatorio bajo juramento en los §§ 153 y siguientes y de la competencia para la recepción de una promesa de decir verdad en el § 156, tan problemáticos y discutidos en el marco de la teoría del error, no se muestran *prima facie* como elementos en blanco. Al contrario, la competencia para recibir juramentos o promesas de decir verdad parece ser un hecho institucional, es decir, una cualidad de determinadas autoridades que les ha sido otorgada por la ley. En consecuencia, el desconocimiento de una competencia semejante fundamentaría un error de tipo y su suposición errónea una tentativa inidónea.[35] Pero, ¿qué contenido tiene realmente este hecho institucional? Una promesa de decir verdad no es una declaración en la que aparecen las palabras 'prometo decir verdad', sino una declaración que ha sido emitida en un determinado procedimiento ante una autoridad que es competente para obligar al declarante, mediante la utilización de esa fórmula, a decir la verdad bajo amenaza de pena del § 156. A la promesa de decir verdad no cabe atribuirle otros sentido. En un Estado secularizado, el juramento tiene un significado similar. De esta manera, los §§ 153

35. Así *BGHSt* 3, 248, 254; 5, 111, 117; 10, 272, 275 y s.; 12, 56, 58; 24, 38; Dreher/Tröndle (nota 26), § 156 n.m. 15, § 154 n.m. 10; Herzberg (nota 15), 474 y ss.; Schaffstein, FS OLG Celle, 1961, p. 175, 193 y s.; Blei, *JA* 1973, 603 y s.

y siguientes demuestran ser tipos en blanco que deben ser completados con los presupuestos fácticos y jurídicos de competencia a los que hacen referencia para así llegar a ser normas de determinación que tengan sentido. Quien erróneamente cree que se da esa competencia, comete un delito putativo y no una tentativa inidónea.[36]

"Quizá sea interesante clarificar la diferencia, por ejemplo, con el tipo del delito de caza furtiva utilizando una analogía del caso de la comadreja. Un testigo emite un falso testimonio ante el juez instructor, a quien toma por un fiscal. Al mismo tiempo también cree que ante un fiscal está obligado, como testigo, a decir la verdad bajo amenaza de pena. En este caso, el dolo típico no deriva simplemente de que el testigo supuso acertadamente estar obligado bajo pena a decir la verdad ante esa persona, ya que la norma que creía transgredir prescribe: como testigo declara la verdad ante el fiscal. Esta norma no tiene validez como ley penal. El dolo del autor, por tanto, únicamente cumplimenta un delito putativo. En el caso de la comadreja la situación era diferente: en este caso el autor creía tener ante sí un animal sometido a un derecho de caza ajeno y por lo tanto tenía la representación de vulnerar la norma que dice: no te apropies de un animal que está sometido a un derecho de caza ajeno. Sin embargo, también es posible interpretar el concepto de derecho de caza como elemento de deber encubierto. En este sentido, estaría sometido a un derecho de caza ajeno un animal cuando le está prohibido cazarlo a todos menos al titular del derecho de caza. De la misma manera, el elemento 'cosa ajena' puede interpretarse como elemento en blanco disfrazado. Este es el entendimiento que la teoría de los imperativos tiene del ordenamiento jurídico, según la cual los derechos y las relaciones jurídicas únicamente son abreviaturas de complejos de mandatos y prohibiciones. Si las relaciones jurídicas se entienden únicamente como obligaciones, se pierde la diferencia entre elementos que se refieren a una relación jurídica y elementos en blanco que se remiten a obligaciones establecidas en otro lugar. Sin embargo, la descripción de

36. *BGHSt* 1, 13, 17; Roxin. *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale* (1958/1970), p. 165 y ss.; SK-Rudolphi (nota 27), § 154 n.m. 11; S/S-Lenckner (nota 2), § 154 n.m. 15; Jakobs, *AT* (nota 9), 25/49, nota 77.

un derecho como 'agujero en el círculo normativo'[37] no ha hallado consolidación y tampoco se corresponde con la comprensión jurídica general.[38] Sin embargo, se mantiene en la teoría de los 'elementos normativos del tipo', que tiene como elementos standard precisamente los elementos que se refieren a derechos y relaciones jurídicas. De esta manera, se nivelan en la teoría del error, por aplicación de la teoría de los imperativos, importantes diferencias en el sentido de los tipos."

En un tipo cualificado también puede darse un elemento en blanco. En este caso, la calificación es igual de tautológica que en un tipo básico. No debe permitirse que se genere confusión por el hecho de que, en caso de no cumplirse el elemento en blanco, sigue quedando el tipo básico como sentido de la norma de determinación, unido al gravamen de una infracción de deber sin especificar.

De esto constituyen ejemplo el § 332 como calificación del § 331 y el § 334 como calificación del § 333. El elemento calificador es, respectivamente, la vulneración de los deberes del cargo por el funcionario o por el juez. La norma de determinación: no vulneres como funcionario los deberes del cargo, resulta tan tautológica como la norma: no induzcas a un funcionario a la vulneración de los deberes de su cargo. Tampoco la idea de que el bien jurídico consiste en la rectitud de la función pública puede hacer desaparecer esta tautología. ¿Qué otra cosa es el bien jurídico "rectitud de la función pública", que la exigencia de que los funcionarios no vulneren los deberes inherentes a su cargo? Por consiguiente, este elemento de calificación obtiene un contenido material únicamente a través del deber individual derivado del cargo vulnerado en cada caso por el funcionario o juez. El tipo de la norma que establece el deber del cargo vulnerado en cada caso debe, por tanto, introducirse en el tipo del cohecho activo o pasivo.[39]

37. Binding. *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen* 1 (1915), p. 539.

38. Cf. Roxin (nota 36), p. 147 y s.

39. La opinión dominante mantiene una posición divergente, considerando que la vulneración de los deberes del cargo en los tipos de cohecho es un elemento normativo del tipo, LK-Jescheck, (nota 27), § 332 n.m. 13, cf. también nota 40.

"Esto tiene como consecuencia, en primer lugar, que el autor para actuar dolosamente debe conocer los presupuestos de hecho y jurídicos de este deber derivado del cargo. En segundo lugar, como ocurre con cualquier otra ley en blanco, la suposición errónea de la existencia de un deber derivado del cargo, que sería vulnerado por el funcionario o juez, no fundamenta una tentativa inidónea, sino un delito putativo.[40] Ello es así debido a que la norma que establece el deber vulnerado es, en el caso de la ley en blanco, elemento integrante del tipo penal. De lo anterior se deduce que el autor cree realizar un tipo penal que no tiene validez, es decir, que comete un delito putativo cuando supone un deber derivado del cargo bajo presupuestos en los que jurídicamente éste no existe. El hecho de que incluso en ese caso actúe con conciencia de vulnerar su deber derivado del cargo y, con ello, si así se quiere, también el bien jurídico de la rectitud en el desempeño de la función pública, en nada cambia esta conclusión, como tampoco lo hace la conciencia de antijuricidad del autor del delito putativo en lo que concierne a su impunidad."

Sólo se da un verdadero elemento en blanco si es necesario llevar a cabo una remisión a otras normas jurídicas positivas. Aunque por regla general se exprese a través de la referencia en el tipo a la vulneración de deberes, la interpretación puede llevar a la conclusión de que sólo de forma aparente se produce una remisión. Un ejemplo lo constituye el ampliamente discutido elemento de "prestar servicios contrarios a sus obligaciones", en el § 356. Este se entiende como elemento en blanco que hace referencia al § 45, número 2 BRAO, *[41] pero también como

40. En el mismo sentido, Welzel (nota 31), p. 542; la opinión dominante mantiene una postura distinta, cf. Rudolphi (nota 27), § 333 n.m. 10, 17; S/S-Cramer (nota 2), § 332 n.m. 9; LK-Jescheck, (nota 27), § 332 n.m. 12; Dreher/Trondle (nota 22), § 332 n.m. 10.

* Brao. "Bundesrechtsanwaltsordnung" ("Reglamento Federal de la Abogacía"). *(N.T.)*

41. *BGHSt* 3, 400, 402; 4, 80, 82; 5, 284, 287 y s.; 5, 301, 306; Schaffstein (nota 35), p. 192; Dreher/Tröndle (nota 22), § 356 n.m. 7; S/S-Cramer (nota 2) § 356 n.m. 17, pero equívoco en la n.m. 24.

elemento normativo del tipo.[42] Según esta interpretación, actuaría vulnerando su obligación el abogado que actúa por cuenta de ambas partes en el mismo asunto, "defendiendo intereses contrapuestos". De la BRAO no cabe extraer una determinación más precisa de lo que es la vulneración de la obligación por parte del abogado. Por lo tanto, es más simple y más claro interpretar el elemento "contrario a su obligación" en el sentido del mismo § 356, es decir, en el sentido de "con intereses contrapuestos", en vez de aplicar las complicadas reglas del tipo en blanco, y que en el ámbito del error además son objeto de discusión. Resulta por tanto posible calificar el elemento "con intereses contrapuestos" como elemento normativo del tipo; lo que para el contenido de la representación del dolo, como hemos visto, carece de importancia, porque en todos los elementos es necesario el conocimiento del sentido.

8. El error sobre el elemento en blanco

Las leyes en blanco y los elementos en blanco nos han obligado a apartarnos del principio general según el cual es el legislador penal el único a quien compete definir el contenido del dolo. La razón de esto se encuentra en que en el ámbito de las leyes penales en blanco, el legislador penal se ha visto incapaz de hacerlo, al crear sólo una norma de determinación tautológica. Unicamente resulta posible respetar el principio del carácter vinculante del sentido del tipo respecto de la representación que fundamenta el dolo si se reconoce, aparte de los tipos de las normas extrapenales que completan la norma penal en blanco, también el propio elemento en blanco como elemento necesario para el conocimiento doloso. Esto significa que el autor, aparte de los tipos de las normas que completan la norma penal en blanco, debe conocer también la vigencia de aquellas, porque solamente

42. *BGHSt* 7, 17, 22; 7, 261, 263; 15, 332, 338; 18, 192, 195; Welzel (nota 31), p. 526; Geppert. *Der strafrechtliche Parteiverrat*, 1961, p. 86; Jescheck *AT* (nota 2), p. 414; SK-Rudolphi (nota 27), § 356 n.m. 25; LK-Hübner (nota 27), § 356 n.m. 77.

en ese caso conoce que existe para él una obligación jurídica.[43] Sin embargo, el error sobre la existencia de una obligación jurídica, por lo general, se considera como error de prohibición y de ahí que la opinión dominante considere que el § 17 necesariamente excluye el tratamiento como errores de tipo de los errores relativos a obligaciones jurídicas singulares.[44] Esto, sin embargo, no deriva de la aplicación inmediata del § 17, sino de una especie de *argumentum e contrario* con base en el § 17, que, como todo *argumentum e contrario*, en modo alguno es vinculante. El § 17 no excluye la posibilidad de que errores singulares que pueden ser descritos como errores acerca de la antijuricidad tengan consecuencias ulteriores. Y es que también el error de tipo en el sentido del § 16 fundamenta un error acerca de la antijuricidad y aún a nadie se le ha ocurrido que el § 16 y el § 17 se contradigan. En los casos en que la obligación jurídica a la que hace referencia el tipo no se fundamenta por otra norma general, sino por una disposición singular, también la doctrina dominante trata el error sobre la vigencia de esa disposición singular, y con ello sus efectos generadores de un deber, como error de tipo.[45] Por tanto, en todo caso, no es posible deducir del § 17 que necesariamente deba regir otra regla para el error sobre una norma obligatoria de carácter general.

Pero si se continúa indagando, después de comprobar que la invocación del tenor literal del § 17 por parte de la doctrina dominante no constituye por sí sola un argumento decisivo, nos encontramos con que la idea rectora de este precepto no rige respecto de los errores relativos al contenido y a la vigencia de las normas que completan a su vez a las normas penales en blanco. Esta idea rectora

43. Así Schroeder *MDR* 1951, 387, 389; Lange *JZ*, 1956, 73, 75 y ss.; Tiedemann (nota 33), p. 387 y s.; Weber *ZStW* 96 (1984), 376, 393; y ya el RG: *St* 49, 323, 327; 50, 332, 335; 51, 228, 231 y s.; 56, 337, 339; 57, 15, 17; cf. también Kuhlen (nota 13), p. 421 y ss.

44. Cf. Warda (nota 31), p. 37; S/S-Cramer (nota 2), § 15 n.m. 99; Jescheck *AT* (nota 2); p. 271; LK-Schroeder (nota 9), § 16 n.m. 39; SK-Rudolphi (nota 2), § 16 n.m. 19; Maurach/Zipf *AT* 1 (nota 2), § 23 n.m. 9; Jakobs *AT* (nota 9), 8/47.

45. S/S-Cramer (nota 2), § 15 n.m. 102; Tiedemann (nota 33), p. 393 y s.; Weber (nota 43), 393; BGH, *MDR* 1989, 557 = *JZ* 1989, 549.

consiste en que el ciudadano no puede invocar el desconocimiento de las normas de comportamiento del derecho penal porque su conocimiento como normas de comportamiento forma parte del acervo fundamental de la convicción jurídica común de cada sociedad,[46] sin el cual no puede existir como comunidad jurídica. Por consiguiente, su aplicación al ciudadano no puede depender de que éste la conozca.[47] Su conocimiento se covierte así en un deber del ciudadano, que le es exigible al formar ya parte este conocimiento de la socialización del individuo. Esto no puede mantenerse respecto de las normas que completan normas penales en blanco; por ejemplo de las normas del derecho penal del medio ambiente, del derecho penal fiscal, del derecho penal económico. Sin embargo, estas normas no afectan por lo general a todos, sino únicamente a personas que se dedican al ejercicio de determinadas actividades, para las que se precisan de todas maneras conocimientos técnicos, formando parte de estos conocimientos técnicos el conocimiento de las normas jurídicas vigentes en el ámbito de la respectiva actividad.[48] De ahí que la tesis de la opinión dominante, que también considera obligación del ciudadano hallarse en posesión de estos conocimientos, en virtud del principio *ignorantia iuris nocet*, no conduzca a resultados totalmente desproporcionados. Además, de ningún modo en este ámbito se trata de bienes jurídicos menores, como lo demuestran los ejemplos del derecho penal del medio ambiente y del derecho penal económico, sectores en los que pueden ocasionarse enormes daños. Por consiguiente, en determinados casos puede reprocharse un alto grado de indiferencia jurídica al autor que, en el ejercicio de este tipo de actividades, no se preocupe de las normas penales que rigen para las mismas, a pesar de que por lo general tendrá indicios de que rigen normas especiales.

46. *BGHSt* 2, 194, 200 y s.; Jescheck *AT* (nota 2), p. 411. El concepto tiene una larga tradición filosófica. Arthur Kaufmann (nota 9), p. 4 y ss., lo remonta hasta Aristóteles.

47. Kuhlen (nota 13), p. 339, con ulteriores referencias.

48. A ello se remite la opinión dominante, cf. Jescheck *AT* (nota 2), p. 414; LK-Schroeder (nota 9), § 16 n.m. 28; en contra Tiedemann (nota 33), p. 330.

Tratándose de bienes jurídicos de gran valor, como por ejemplo la vida, éste es también el caso de quien se comporta imprudentemente. El reproche de indiferencia hacia el ordenamiento jurídico que cabe formular frente al autor de un delito contemplado en una norma penal en blanco, que omite informarse respecto de las normas que completan la norma penal en blanco, está más cerca del reproche por imprudencia que del reproche a título de dolo, que se realiza a quien infringe una norma elemental y general de comportamiento, cuyo conocimiento cabe esperar por su parte sin necesidad de efectuar indagaciones especiales. Si el legislador considera importante utilizar también para este injusto la vía penal, podrá conseguirlo fácilmente mediante una amenaza de pena por imprudencia; esto ocurre con frecuencia en la práctica cuando se trata de bienes jurídicos de gran valor protegidos por medio de leyes en blanco.

Si en el caso de las leyes penales en blanco se trata como elemento del tipo, no sólo la norma que lo completa, sino también al elemento en blanco, de manera que se considere contenido del conocimiento doloso, entonces desaparece una diferencia esencial con los elementos del tipo jurídico-institucionales, que según la opinión general también forman parte de la representación que fundamenta del dolo. Entre ambos tipos de elementos sólo resta como distinción el hecho de que el autor doloso, en el caso del elemento en blanco, también debe representarse los presupuestos fácticos y jurídicos en virtud de los cuales se cumple dicho elemento (tipo de la norma que completa la norma penal en blanco), mientras que esto en los elementos jurídicos-institucionales no sucede. Frecuentemente se discute y es dudoso[49] si un elemento del tipo es un elemento de los denominados normativos, es decir, un elemento jurídico-institucional, o un concepto en blanco, como se ha mostrado en los ejemplos de los §§ 153 y siguientes y §§ 332 y 334. Aquí probablemente se encuentra el último gran campo problemático de la teoría

49. S/S-Cramer (nota 2), § 15 n.m. 102; S/S-Eser (nota 2), § 22 n.m. 90; Lackner (nota 9), § 22, nota 2 c.

del error, que el legislador moderno aumenta constantemente con nuevos y complicados tipos penales que contienen distintas referencias a normas y reglas extrapenales. Mediante el tratamiento de los elementos en blanco como elementos del tipo el problema se reduciría a la cuestión acerca de si el autor debe representarse, aparte del cumplimiento del elemento, las razones por las cuales éste se cumple. Esto facilitaría esencialmente la solución del problema de los elementos típicos dudosos.

9. Elementos en blanco y "conclusión invertida"

En contra de nuestra tesis, conforme a la que el autor doloso debe representarse, en las leyes en blanco, también al significado del elemento en blanco, parece surgir un argumento en la así llamada conclusión invertida de la teoría del error. En este sentido, si la conciencia de la vulneración de un deber jurídico constituye un presupuesto del dolo, se deduciría de la conclusión invertida que el autor que tiene esa conciencia debe ser castigado por tentativa inidónea, aunque objetivamente el deber jurídico por él supuesto no rija. De hecho, la teoría dominante procede de esta manera cuando interpreta un deber jurídico recogido en un tipo no como elemento en blanco, sino como elemento normativo del tipo.[50] Y parte, por tanto, de que tratándose de un tipo en el que aparezcan las palabras "contrario al deber" o un sinónimo de éstas, la conclusión invertida de la teoría del error obliga a optar entre dos posibilidades: o se considera el elemento como elemento en blanco, fundamentando, entonces, los presupuestos extrapenales del deber jurídico el dolo y la punibilidad por tentativa inidónea y no siendo necesaria la conciencia de la contrariedad al deber, o se considera como elemento normativo del tipo y entonces es necesaria la representación de la contravención del deber y fundamenta la punibilidad por

50. S/S-Cramer (nota 2), § 332 n.m. 9; SK-Rudolphi (nota 27), § 332 n.m. 10; Jescheck (nota 27), § 332 n.m. 12. Pero mantiene una postura distinta Jakobs *AT* (nota 9), 25/42 y ss.

tentativa inidónea con independencia de que las normas extrapenales a las que se ha hecho referencia fundamenten realmente el deber supuesto por el autor. De acuerdo con esto, se excluye la posibilidad de que se exija tanto la representación de las normas extrapenales como de la infracción del deber para el dolo. Sin embargo, es precisamente este requisito el que acabamos de establecer para el dolo en las leyes penales en blanco. Si existiese una conclusión invertida lógica que condujese necesariamente a la alternativa arriba esbozada, este requisito sería contradictorio en sí mismo.

En realidad no existe tal conclusión lógicamente obligatoria. Tampoco es lógicamente contradictoria la teoría del dolo, que exige con carácter general tanto la conciencia de la infracción del deber como sus presupuestos reales para la punibilidad por dolo. No existe un procedimiento lógicamente válido en virtud del cual pudiese derivarse positivamente de la fijación de una condición necesaria singular de la punibilidad (exigencia de dolo) la punibilidad en otro caso (tentativa inidónea). Y ello es así porque la fijación de una condición necesaria para cualquier consecuencia no dice nada acerca de cuáles otras condiciones son, además, necesarias para esa consecuencia. De ello deriva que una conclusión invertida con validez lógica derivada de la fijación de una condición necesaria únicamente puede consistir en negar la consecuencia si falta esa condición. En lógica, esto se denomina contraposición. La conclusión invertida de la teoría del error solamente es lógica en la medida en que consiste en la aplicación de la contraposición. De esta conclusión invertida jamás deriva la determinación positiva definitiva de la punibilidad.[51]

"La apariencia de que con ayuda de una conclusión lógica de la teoría del error se podría fundamentar positivamente la punibilidad por tentativa inidónea se genera por el hecho de que la conclusión lógica, es decir, la contraposición, es identificada y confundida con otro fenómeno que se utiliza en la teoría del error.

51. Más detalladamente Puppe (nota 26), p. 209 y ss.

Yo lo he llamado el 'postulado de simetría'.[52] Este postulado de simetría puede caracterizarse de la siguiente manera: un presupuesto de la punibilidad se considera o solamente objetivo o solamente subjetivo. Deben estar dadas objetivamente la vigencia de la norma penal aplicada y subjetivamente el supuesto de hecho que se subsume bajo la norma. Si el autor supone erróneamente un supuesto de hecho típico que objetivamente no existe, comete una tentativa inidónea, si supone erróneamente una ley penal que objetivamente carece de vigencia, comete un delito putativo. Si, a la inversa, el autor desconoce los hechos típicos, su punibilidad fracasa por un error de tipo, si desconoce la vigencia de la norma, ello no impide su punibilidad. Mientras exista esta simetría de los errores, sea por la razón que sea, puede utilizarse para comprobar y confirmar la clasificación de un error como error de tipo o de prohibición con base en una 'inversión' del caso.[53] Sin embargo, no existe razón lógica alguna por la que debiese darse esta simetría misma. Por ejemplo, no rige si la tentativa no es punible y tampoco rige para la teoría del dolo. A pesar de ello, la punibilidad de la tentativa inidónea no viene impuesta lógicamente y la teoría del dolo no es contradictoria."

Por lo tanto, tampoco queda excluido desde el punto de vista de la lógica que se requiera respecto de un elemento tanto su cumplimiento objetivo como la representación del autor del mismo, como lo hemos propuesto en el caso de los elementos en blanco. Si se quiere, esto puede denominarse una aplicación parcial de la teoría del dolo. Si una ley penal se remite mediante el requisito antijuricidad o infracción del deber por el comportamiento indicado expresamente a otras leyes positivas (elemento en blanco), entonces el autor debe tanto conocer los presupuestos de hecho de esta otra ley como ser consciente de la infracción del deber que supone su comportamiento. La legitimación de lo primero consiste en que un autor no debe poder ser penado de acuerdo con una norma que completa una norma penal en blanco

52. Como nota 26, p. 212.

53. Puppe (nota 26), p. 213 y ss.

que se ha representado erróneamente y que, objetivamente, carece de vigencia. La legitimación de lo segundo consiste en que para las leyes penales en blanco no rige la idea básica del § 17, según la cual el autor no puede invocar el desconocimiento de obligaciones jurídicas protegidas por pena por formar el contenido de las mismas parte de la socialización en la correspondiente comunidad jurídica.

10. Elementos de valoración global del hecho

Existen algunas otras pocas, aunque importantes normas de determinación del derecho penal que son tautológicas y que no pueden ser transformadas en coherentes ni por interpretación ni por integración por medio de otras normas de comportamiento escritas. El ejemplo clásico de ello es el § 240. La norma de comportamiento que cabe derivar del § 240 de acuerdo con su tenor literal sería la siguiente: no coacciones con violencia o con amenaza de un mal grave a otro para que realice un comportamiento si la aplicación del medio para el fin perseguido es reprochable. Es reprochable lo que se reprocha, es decir, lo que no se debe hacer. Otro ejemplo es el § 13, cuya norma de determinación podría ser aproximadamente la siguiente: estás obligado por el derecho a evitar un daño si jurídicamente eres responsable de que no se produzca. También son tautológicos los tipos de los delitos imprudentes en la medida en que no describen los deberes de cuidado. En nuestro contexto, esto tiene una determinada relevancia en los casos en los que se pena la lesión dolosa de deberes de cuidado, como por ejemplo en el § 330. La norma de comportamiento que puede inferirse de este tipo podría tener el siguiente tenor: respeta en la planificación, dirección y ejecución de una obra aquellas reglas que deben respetarse en la planificación, dirección y ejecución de una obra. También deben situarse en este ámbito el deber de administración de un patrimonio en el sentido del § 266 y el comportamiento gravemente contrario a las reglas del tráfico del § 315 c. Sin embargo, estos tipos tautológicos se diferencian de las normas penales en blanco en que no hacen referencia a otras

normas de derecho positivo, sino a normas elementales generalmente reconocidas del derecho no escrito. De éstas derivan en cada caso los presupuestos de hecho relevantes en los que se fundamenta el elemento de contrariedad al deber en el comportamiento del autor. Al igual que en el caso de las normas penales en blanco, el conocimiento de hecho de esas circunstancias del hecho es elemento del dolo, ya que sin éstas no se genera una norma de comportamiento que tenga sentido, sino una tautología. Al igual que en el caso de las normas penales en blanco, la teoría dominante no exige el conocimiento acerca de la vigencia de la norma jurídica no escrita misma.[54]

Como queda demostrado, del § 17 no deriva, necesariamente, que un error sobre el deber jurídico no pueda ser un error de tipo. Pero en este caso se añade que el elemento de deber que necesita de integración se refiere al delito como todo y por ello incluye conceptualmente las causas de justificación.[55] Sin embargo, no existe ninguna razón para tratar como causa de exclusión del dolo un error acerca de la extensión de una causa de justificación en los tipos con elementos de valoración global del hecho, si ello no se hace en el caso de los demás tipos. Como los elementos de valoración global del hecho se remiten a deberes jurídicos no escritos, a diferencia de los elementos en blanco, que se refieren a deberes escritos y por ello conceptualmente determinados, es dificultoso separar conceptualmente estos deberes jurídicos no escritos de las causas de justificación. En todo caso, sin embargo, este problema sólo es insoluble en el caso de la cláu-

54. Se llega a este resultado distinguiendo, dentro de los elementos de valoración conjunta del hecho, entre los presupuestos de hecho del deber jurídico, que se asignan al tipo, y la antijuricidad que de éstos resulta (infracción del deber), que se considera un elemento general del delito. Este procedimiento ha sido desarrollado por Roxin (nota 26), p. 134 y ss.; cf. también BGH *GS* 16, 155, 158 y ss., SK-Rudolphi (nota 2), § 16 n.m. 17; S/S-Cramer (nota 2), § 15 n.m. 22; LK-Schroeder (nota 9), § 16 n.m. 40; Jescheck *AT* (nota 2), p. 223, 266; Wessels *AT* (18. ed., 1988), p. 86; Lackner (nota 9), § 15, nota II 2b bb; Schlüchter (nota 3), p. 94, 179 y ss.; Herdegen FS BGH (1975), p. 195, 201; Schaffstein (nota 35), p. 191; Krümpelmann *GA*, 1968, 129, 138.

55. Por ello Roxin (nota 36), p. 76 y ss., los caracteriza como "elementos que abarcan la antijuridicidad"; cf. también SK-Rudolphi (nota 2), § 16 Rz. 17; Jescheck *AT* (nota 2), p. 223.

sula de la reprochabilidad del § 240, que con su valoración de la relación entre medios y fines abarca todas las causas de la justificación. En el caso de los deberes de garantía, de cuidado, de fidelidad y de tráfico, no existen dificultades para separarlos conceptualmente de las autorizaciones excepcionales de las causas de justificación y calificar a éstas como justificación de la infracción de aquellos deberes. Por lo tanto, se podría tratar como excluyente del dolo un error sobre un elemento de valoración global sin entrar en conflicto con las reglas generales para el tratamiento de un error acerca de la extensión de una causa de justificación. En consecuencia, también aquí es decisiva la idea básica de la teoría limitada de la culpabilidad, es decir, la cuestión acerca de si este error afecta a aquel consenso elemental y mínimo de la comunidad jurídica cuya validez no puede hacerse depender de su conocimiento por el individuo, sino que forma parte de la socialización que se espera de todo miembro de la comunidad jurídica.

El legislador penal sólo puede permitirse hacer una remisión al derecho no escrito en la medida en que este derecho forme parte, en este sentido, del acervo fundamental de la comunidad jurídica. Mientras que el legislador penal cumpla lo anterior, el ciudadano estará en condiciones de desarrollar por sí mismo las normas en cuestión con base en las convicciones jurídicas generales que ha aprendido, por ejemplo: una norma de cuidado o un deber de garantía. Para ello no se le remite a conocimientos jurídicos positivos que en su caso debiera adquirir por medio de información activa, como en el caso de las leyes penales en blanco, sino a su propio y directo sentimiento jurídico. Ello es en última instancia la razón por la cual un fracaso en el conocimiento de estos deberes debe tratarse de la misma manera que el desconocimiento de los tipos del derecho penal escrito; por lo tanto, la opinión dominante aquí tiene razón en exigir para el dolo típico únicamente el conocimiento de los presupuestos fácticos y jurídicos de la norma de comportamiento no escrita a la que se remite el elemento de valoración global del hecho.[56]

56. Una cuestión distinta es la de la inclusión de elementos individuales en la clase de elementos de valoración global del hecho. En este sentido, por ejemplo, Roxin (nota 36), p. 136, considera

11. Predicados de valor como elementos del tipo

En la categoría de los elementos normativos del tipo se reúnen elementos que designan una relación jurídica, como: ajeno, sometido al derecho de caza, relevante para la subvención, con otros elementos que expresan un juicio de valor negativo, como: comportamiento injuriante, difamar gravemente, atentatorio contra la dignidad humana, cruel o alevoso. Estos elementos se distinguen de los elementos en blanco que acabamos de tratar, y también de los elementos de valoración global del hecho, porque no convierten en tautológica la norma de comportamiento y, en este sentido, no están vacíos. Bien es cierto que normas como: "no injuries el contenido de la confesión religiosa de otros de una manera que sea adecuada para perturbar la paz pública", o, "no publiques escritos que describan violencias crueles contra personas y con ello expresen una exaltación de tales violencias o les resten importancia", o, "no maltrates gravemente a alguien incapaz de defenderse por su debilidad física y sometido a tu tutela", no son muy claras en su sentido, pero no carecen de sentido. Parece que la expresión "valoración paralela en la esfera del lego" está pensada para esta clase de elementos del tipo, pero la valoración paralela se muestra preferentemente en elementos como "ajeno" o "documento",[57] mientras que, precisamente, en el caso de aquellos elementos

que el elemento "contrario al deber" del § 356 es uno de los elementos de valoración global del hecho, mientras que la opinión dominante lo trata como elemento en blanco y en el texto se considera un elemento normativo del tipo. Para Roxin, el elemento "sin estar autorizado" siempre implica una valoración global del hecho, vid. p. 144 y ss. En mi opinión designa frecuentemente un hecho institucional, como por ejemplo en el § 132 a, y, al igual que el elemento "antijurídico", sólo es un elemento general del delito cuando de todas maneras es superfluo. En la opinión de Roxin, p. 145, el requisito de la competencia en los delitos de declaración, que en el texto se considera un elemento en blanco disfrazado, también entra en la categoría de los elementos de valoración global del hecho.

57. Así p. ej. S/S-Cramer (nota 2), § 15 n.m. 45; Stratenweth (nota 2), n.m. 259; Maurach/Zipf AT 1 (nota 2), § 23 n.m. 37; SK-Rudolphi (nota 2), § 16 n.m. 21; Lackner (nota 9), § 15 nota II 2b; Jescheck *AT* (nota 2), p. 265; Baumann/Weber *AT* (nota 2), p. 407 y s.; Warda (nota 2), p. 81; Kindhäuser, Jura 1984, 456, 474; Dopslaff (nota 13), p. 7 y ss.; Herberger (nota 12), p. 137. Estos últimos dos autores, sin embargo, mantienen una posición crítica hacia la diferenciación entre

que evidentemente tienen un contenido valorativo no se toma en serio la exigencia de valoración paralela. Y éstos son también los elementos en los que la doctrina dominante reconoce no haber dado claridad a la distinción entre error de tipo y de subsunción.[58] Aquí deberá comprobarse la validez de nuestro procedimiento para diferenciar entre error de tipo y de subsunción. Este procedimiento parte de que el sentido del tipo es el objeto del conocimiento doloso y de que este sentido puede dintinguirse del tenor literal del tipo y que, por ello, debe investigarse con independencia de este tenor literal y, por lo tanto, de un posible error de subsunción, si el autor se había representado este sentido. ¿Cuál es entonces el sentido de un elemento valorativo del tipo como "cruel" o "injurioso"?

"En sentido de un predicado de valor depende de una manera peculiar del tipo de objetos a los que se aplica. Si denomino un homicidio como cruel me refiero a una cosa totalmente distinta que cuando llamo cruel una representación o descripción. Me refiero en cada caso a muy distintas cualidades descriptivas de un objeto. Por lo tanto, un predicado de valor no puede simplemente considerarse como una cualidad de un objeto. No puedo afirmar de dos objetos distintos que no se distinguen en nada excepto en que a uno le corresponde un predicado de valor y al otro no. Por ejemplo, no puedo decir coherentemente de dos cuadros de los que he afirmado que son exactamente iguales en cuanto a sus cualidades descriptivas, que uno es un buen cuadro y el otro uno malo.[59] Solamente puedo comprender la afirmación valorativa de un interlocutor si sé, más o menos, con base en qué cualidades se la atribuye al objeto. Si alguien declara que esta película

elementos descriptivos y normativos. Resulta dudoso, empero, que hayan seleccionado con el concepto de "documento" un ejemplo suficientemente típico de elemento "normativo" para demostrar su crítica hacia esta diferenciación.

58. Maurach/Zipf *AT* 1 (nota 2), § 37 n.m. 48 lo consideran el "problema menos resuelto en la actualidad de toda la teoría del error", cf. también S/S-Cramer (nota 2), § 15 n.m. 41; Stratenwerth *AT* (nota 2), n.m. 258, 269.

59. El experimento intelectual proviene de Hare, *Die Sprache der Moral*; título original: *The language of moral*, 1952, trad. al alemán por Morstein, 1972, p. 110 y s. (capítulo II, 5, 2).

de zombies es cruel, no comprenderé su afirmación mientras no sepa qué criterios tiene respecto de la crueldad de representaciones, es decir, qué cualidades debe tener, por ejemplo, una película de vídeo para que la llame cruel. Una comunicación acerca del sentido de la palabra 'cruel' presupone que quien habla y quien escucha están de acuerdo al respecto. Cuando dos interlocutores discuten acerca de si a un objeto le corresponde un predicado de valor, por ejemplo, si es cruel una película de vídeo, entonces, por regla general, estarán de acuerdo en las cualidades de esa película de vídeo y, por lo tanto, la discusión versa acerca de cuáles son las cualidades que posee un vídeo cruel. Por consiguiente, discuten acerca del sentido del predicado de valor 'cruel'."

En consecuencia, la relación entre un predicado de valor y las cualidades descriptivas del objeto a las que se refiere el predicado de la manera descrita no solamente es aquélla existente entre razón y consecuencia, y tampoco es comparable con la que existe entre causa y efecto. Se trata, por consiguiente, de otra relación de la que existe, por ejemplo, entre un tipo y una consecuencia jurídica que aparece en una ley penal como hecho institucional. Para comprender la oración "este automóvil pertenece a X", no tengo que saber cómo lo ha adquirido. La mayoría de los juristas probablemente se imaginan que entre un predicado de valor y las cualidades del objeto valorado a las que se refiere el primero existe la misma relación que entre un "objeto concreto" o un "hecho concreto" y el concepto general bajo el cual se efectúa la subsunción. Sin embargo, entre los hechos que justifican una valoración y el predicado de valor la relación de subsunción no es la única existente. Al contrario, y como hemos visto, estas cualidades forman parte del sentido del predicado de valor, se habla del componente descriptivo del predicado de valor.[60] Precisamente porque el sentido del tipo es el contenido de la representación

60. Incluso los emotivistas, que consideran que el sentido primario del predicado valorativo es su carácter de recomendación o de rechazo, no pueden renunciar a este componente descriptivo, aunque sólo le asignen el status de "significado secundario", así por ejemplo, R. M. Hare (nota 59), p. 151 y ss. (capítulo II, 7, 3).

del dolo y no cualesquiera "circunstancias" separables de este sentido y que se subsumen bajo el mismo, el autor, por lo tanto, debe conocer las cualidades que configuran la componente descriptiva de un elemento valorativo del tipo. Por ello la doctrina dominante exige, con razón, el conocimiento de las circunstancias de los hechos que sostienen la valoración.[61]

De ello deriva que un autor que considera cumplido un elemento valorativo del tipo, porque en esa medida utiliza criterios más estrictos que el derecho, no tiene el dolo típico con base en una "valoración paralela en la esfera del lego" inversa y tampoco comete, en consecuencia, una tentativa; al contrario, comete un delito putativo, porque entiende el predicado de valor en otro sentido que la ley.[62] Si, por ejemplo, alguien difunde un texto del que cree que, en el sentido de la ley penal, exalta la violencia o es pornográfico o injuria a una confesión religiosa, esta representación no fundamenta el dolo si las cualidades de este escrito, que el autor conoce o se representa erróneamente, no justifican realmente el predicado de valor correspondiente de acuerdo con el texto de la ley. En esta medida existe una contradicción con el tratamiento dogmático de los elementos jurídico-institucionales del tipo en el ámbito del error. El sentido de los elementos "ajeno" o "embargado" o "sometido al derecho de caza", es independiente de los presupuestos a los que el derecho de cosas vincula estas consecuencias jurídicas. Por ello, el autor que en virtud de un error de derecho considera ajena o embargada o sometida al derecho de caza a una cosa, comete una tentativa inidónea y no un delito putativo.[63]

61. S/S-Cramer (nota 2), § 15 n.m. 43; Stratenwerth *AT* (nota 2), n.m. 259; Warda (nota 2), 80; SK-Rudolphi (nota 2), § 16 n.m. 21; Lackner (nota 9), § 15 nota II 2b.

62. Schaffstein (nota 35), p. 197; Jakobs *AT* (nota 9), 25/42.

63. LK-Vogler (nota 9), § 22 n.m. 148; Herzberg (nota 15), p. 472 y s.; SK-Rudolphi (nota 2), § 22 n.m. 32a; S/S-Eser (nota 2), § 22 n.m. 90; Blei, *JA* 1973, 603 y s.; Olg Stuttgart *NJW* 1962, 65, 66; *BGHSt*, 3, 248, 255; Burkhardt (nota 16), p. 686, llega al delito putativo con el razonamiento de que el autor "amplía demasiado el ámbito de aplicación de la norma", identificando el ámbito de aplicación con la extensión y ésta a su vez con los "criterios de aplicación". Estos criterios de aplicación de un elemento (jurídico-)normativo del tipo los equipara a su vez a "las normas que lo constituyen". Según Burkhardt, es un error "desconectar" los elementos normativos del tipo de las

Ahora bien, el sentido de un predicado valorativo no se limita a referirse a determinadas cualidades descriptivas del objeto. La cuestión acerca de cómo debe describirse de manera general el contenido de un semejante componente valorativo es discutida en la meta-ética. Este componente se entiende como expresión de una idea valorativa que podemos comprender y aplicar en virtud de una facultad especial de intuición, o como expresión de la preferencia o rechazo personales, o también como medio retórico para la toma de influencia sugestiva en el comportamiento de otros.[64] Todos estos intentos de definicicón tienen en común que establecen una relación especial con los usuarios de un predicado de valor, una relación que no existe en el usuario de un predicado descriptivo. Por ello se plantea la cuestión acerca de cuál es el usuario decisivo en el caso de los predicados de valor típicos. Existe un consenso acerca de que en esta medida no es decisivo el autor como usuario del predicado de valor, ya que éste no tiene por qué, él mismo, valorar negativamente su comportamiento o incluso

normas que los constituyen, esto es, por ejemplo, el elemento "ajeno" de los tipos de adquisición de la propiedad. Respecto de esto, ya hemos tomado posición supra ("Error de derecho penal y extrapenal"). El tipo de una norma que constituye un elemento (jurídico)-normativo debe distinguirse de su consecuencia jurídica, sin que para ello sea necesario una "desconexión". La situación es distinta en el caso de los elementos en blanco. Y Burkhardt ejemplifica su tesis de la "desconexión" inadmisible con base en un elemento en blanco, la competencia para "ser destinatario de juramentos y promesas". Esta expresión, sin embargo, no tiene ningún sentido independiente del § 154. El sentido de la expresión "ajeno" es tan independiente del § 242 como del § 929 del Código Civil. El error de base de la argumentación de Burkhardt, sin embargo, consiste en definir el delito putativo como error sobre la extensión del tipo. Con base en la extensión no puede determinarse la diferencia existente entre tentativa y delito putativo, ya que ambos casos tienen como fundamento un error (si así se quiere, una "ampliación excesiva") sobre la extensión del tipo objetivo. Quien dispara a un espantapájaros creyendo que es un ser humano cree que se da un caso previsto en el § 212, y por tanto yerra sobre su ámbito de aplicación en el sentido de extensión; Cf. también SK-Rudolphi (nota 2), § 22 n.m. 32 b.

64. Respecto del intuicionismo, ver, por ejemplo, P. F. Strawsen, *Der ethische Intuitionismus*; título original: "Ethical Intuitionism", 1949, trad. al alemán de G. Meggle, en: G. Grewendorf, G. Meggle, Seminar: *Sprache und Ethik*, 1974, p. 100 y ss. Respecto del emotivismo C. L. Stevenson, *Die emotive Bedeutung ethischer*, título original: *The Emotiv Meaning of Ethical Terms*, 1937, trad. al alemán por A. Kemmerling, en *Seminar:* Sprache und Ethik, p. 116; R. M. Hare (nota 59), p. 109 (capítulo II 2). Una pequeña sinopsis sobre las distintas posiciones respecto del contenido valorativo de un predicado de valor la da Kindhäuser (nota 57), p. 472 y s.

rechazarlo.[65] Al contrario, los predicados de valor en los tipos se refieren a las valoraciones de la comunidad jurídica y con ello a normas heterónomas para el autor, de igual manera que los elementos en blanco y los elementos de valoración global. Por lo tanto, si este componente valorativo fuese elemento del tipo, el autor debería saber que la generalidad atribuye a su acción o a su objeto de acción, el correspondiente predicado de valor en virtud de sus cualidades conocidas por él. Por ejemplo, debería saber no solamente qué dolores y torturas le infringe a su víctima al matarla o cuál es el contenido de la cinta de vídeo por él difundida, sino también que la generalidad considera cruel semejante homicidio o apologista de la violencia, pornográfico o injuriante para una confesión semejante vídeo.[66]

De hecho, sin embargo, ello no se exige para el dolo, sobre todo por parte de la jurisprudencia, a pesar de todas las invocaciones formales que se hacen de la necesidad de la valoración paralela en la esfera del lego.[67] Al contrario, únicamente se hace referencia a que, en primer lugar, el autor conoce los hechos en virtud de los cuales está justificada la valoración y, en segundo lugar, que no es necesario que la efectúe para sí personalmente, por ejemplo, que considere su homicidio cruel o su cinta de vídeo exaltadora de la violencia. La cuestión acerca de si él sabía que la generalidad valora de tal modo ni siquiera se plantea.[68] Aunque ello no se

65. *BGHSt* 3, 264, 265; 19, 352, 353; 22, 70, 80; Kunert. *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, 1958, 102; Jakobs *AT* (nota 9), 8/55.

66. Así Kunert (nota 65), p. 102; en contra Schaffstein (nota 35), p. 197. Que la comunidad jurídica atribuya a un objeto o una acción un determinado predicado de valor, es un hecho institucional en el sentido de Seal y Darnstädt, cf. (nota 19). A pesar de ello, Darnstädt no hace bien en resumir los derechos y las relaciones jurídicas bajo el término del hecho institucional, respecto de esto a continuación en el texto.

67. *BGHSt* 3, 248, 255; 4, 347, 352; BayObIG *GA* 1955, 308, 309; Olg Celle *MDR* 1956, 54.

68. Cf. *BGH* 3, 264 (265), resp. del elemento "cruel"; *BGH* 22, 77, 80 respecto de la alevosía; *BGH* 4, 80, 85 y s., respecto de los servicios en favor de intereses opuestos en el § 356; *BGH* 19, 352, 353, respecto de la peligrosidad de un tratamiento en el § 223 a. Por el contrario, el BayObIG, *GA* 1955, 308, 309, respecto del elemento "contrario a las buenas costumbres" en el § 184 en su antigua redacción, y el Olg Celle, *MDR* 1956, 54, respecto del elemento "ejercicio de la caza contrario a las reglas cinegéticas", exigen que el autor mismo adscriba a su comportamiento el componente valorativo

corresponde con el dogma de la necesidad de la valoración paralela en la esfera del lego, sí es adecuado al principio de que se espera, en principio, del ciudadano el conocimiento correcto de las normas jurídicas no escritas de vigencia general.[69] Un ciudadano suficientemente socializado es capaz de reconocer mediante una mera introspección que la comunidad valora de tal manera su actuación, cuando conoce las cualidades que soporta esta valoración, es decir, el componente descriptivo del correspondiente predicado de valor. A este componente descriptivo, una vez que se ha fijado con base en el caso para la utilización singular del predicado de valor, podemos aplicar normalmente nuestro procedimiento para la distinción entre error de tipo y error de subsunción. Si podemos obtener del autor una descripción de este elemento descriptivo, entonces tenía la representación del sentido necesaria para el tipo, y únicamente podía estar incurso en un error irrelevante de valoración o en un error de subsunción. De esta forma, nos ahorramos el problema de tener que fijar el carácter sinónimo y la implicación del componente valorativo de los predicados de valor, un cometido que es irresoluble mientras no haya claridad en la meta-ética acerca del sentido de este componente.[70]

negativo en el sentido de una valoración paralela, lo que, como se ha expuesto, en todo caso no es correcto en el sentido de la teoría de la valoración paralela, si ésta es correctamente aplicada.

69. Con ello, la limitación del conocimiento doloso a la componente descriptiva del sentido de los elementos valorativos se corresponde con la idea principal de la teoría de la culpabilidad. Cf. Schaffstein (nota 35), p. 197.

70. El intuicionismo se expone a que se le reproche que presupone de golpe dos objetos misteriosos, el valor y la intuición. El emotivismo no es capaz de explicar la multiplicidad de predicados valorativos que existen: sólo puede aceptar que existen dos, "bueno" y "malo", y además investiga casi exclusivamente el significado de "bueno", cf. Hare (nota 59), capítulo II. Este, sin embargo, es el predicado valorativo más carente de contenido y descolorido de todos y por ello difiere de manera significativa de los predicados de valor con los que nos encontramos en los tipos penales. La norma "haz el bien" es tautológica, mientras que la norma "no maltrates gravemente a quien esté sometido a tu tutela" o "no distribuyas escritos crueles o que ensalcen la violencia" no lo es. Al explicar Stevenson (nota 64), p. 130 y ss., que el significado emotivo consiste en que el orador intenta influir sugestivamente en quien le oye de una manera más sutil que mediante una orden, con ello está haciendo la descripción de un uso particular y no de un sentido, cf. al respecto Strawsen (nota 64), p. 112. En caso de que el orador, mediante la expresión ética, sólo declarase que quería influir sugestivamente a quien le oye, ese método de toma de influencia sería inútil y desde luego no sería ni sutil ni sugestivo.

Desde un punto de vista material, por tanto, los predicados de valor en los tipos penales se tratan exactamente igual como los denominados elementos de valoración global. El autor debe conocer su fundamento real, nada más. Entre estas dos clases de elementos existen características comunes esenciales. Ambas necesitan de integración, en el sentido de que hacen referencia a cualidades descriptivas que no denominan expresamente. La integración de ambas se determina por normas jurídicas no escritas generalmente reconocidas. El autor debe llevarla a cabo por sí mismo utilizando su propio sentir valorativo y recordando lo que ha aprendido en el marco de su socialización acerca de las reglas de convivencia. Tal integración, al menos por regla general, le es posible sin recabar información jurídica y sin adquirir otros conocimientos positivos. En todo caso, el legislador penal debería utilizar en sus tipos como elementos solamente aquellos predicados de valor que en este sentido resultan comprensibles al ciudadano. Los tribunales, en consecuencia, únicamente deben aplicar un predicado de valor en aquella clase de casos unívocos en los que en la comunidad jurídica y lingüística existe un amplio consenso acerca de su aplicabilidad.

"Existe una cierta diferencia en la manera en la que un predicado de valor, al contrario del caso de un elemento de valoración global, se refiere a los hechos típicos. Forman parte del sentido del predicado de valor en cuanto componente descriptivo suyo y por ello la norma no se convierte en tautológica por la utilización del predicado de valor. Los denominados elementos de valoración global del hecho, sin embargo, se refieren a otras normas no escritas. Ello, sin embargo, facilita al autor la averiguación del componente descriptivo del predicado de valor. Además los límites aquí son difusos. Hay predicados de valor con un contenido mayor y menor y también la remisión a normas no escritas y con efectos vinculantes generales que es característica de los elementos de valoración global del hecho se lleva a cabo, cuando es expresa, mediante una especie de predicado de valor, aunque sea de pobre contenido. También el elemento 'imprudente' o el elemento 'reprochable' en el § 240, párrafo 2 pueden

denominarse predicados de valor. Los elementos como 'realizar actos injuriantes', 'maltratar gravemente' o 'gravemente contrario al tráfico', ¿son predicados de valor o elementos de valoración global del hecho?

El hecho de que los elementos de valoración global del hecho, como indica su nombre, se refieran a la globalidad del hecho, es una diferencia gramatical, si es que es una diferencia. La naturaleza de un elemento no se modifica por aparecer en la calificación en vez de en el tipo básico, como lo demuestra el ejemplo de la 'reprochabilidad' en el § 240 y en el § 253. Si un predicado de valor aparece en un tipo como elemento fundamentador de la pena, en un sentido lógico siempre será de valoración global del hecho, ya que la punibilidad del comportamiento como conjunto depende de la aplicabilidad de ese predicado de valor. No hay nada que objetar a la producción, almacenamiento o a la difusión de escritos en sí mismos. Si, sin embargo, estos escritos cumplen predicados de valor como 'incitador al odio racial', 'exaltador de la violencia' o 'pornográfico', entonces todo el hecho se ve bajo otro prisma. Por lo tanto, en cuanto se admite abiertamente que en el caso de los predicados de valor sólo el componente descriptivo es elemento del conocimiento del dolo y con ello se renuncia a la arriba mencionada invocación formal de la valoración paralela en la esfera del lego, se soluciona el irresoluble problema de separar los predicados de valor de los elementos de valoración global del hecho."

También desaparece otro problema ampliamente tratado: la distinción entre los denominados elementos normativos y descriptivos del tipo. En muchos casos es discutido e incierto si un elemento del tipo tiene un componente valorativo.[71] Esta discusión carece de objeto cuando este componente valorativo ya no es decisivo para el dolo. En cambio, sí es esencial la distinción entre los hechos jurídico-institucionales y los predicados de valor. Como ha quedado demostrado, se tratan de manera opuesta. En el caso de los hechos jurídico-institucionales, el autor

71. S/S-Cramer (nota 2), § 15 n.m. 17, 41; S/S-Leckner (nota 2), nota prelim. §§ 13 y ss. n.m. 64; Jakobs *AT* (nota 9), 8/51; Stratenwerth *AT* (nota 2), n.m. 258, 269, Dopslaff (nota 13), p. 2.

debe conocer la relación jurídica determinada por el tipo como tal y comete una tentativa inidónea si la presupone erróneamente. Sin embargo, no tiene que conocer los presupuestos de hecho de la génesis de esa relación jurídica. En el caso de los elementos valorativos del tipo, el autor debe conocer el sustrato fáctico, es decir, el componente descriptivo, independientemente de que sea un predicado de valor o uno de los denominados elementos de valoración global del hecho. Sin embargo, no tiene por qué conocer el componente valorativo, que es el que intuitivamente se vincula en primer lugar al predicado de valor utilizado en el tipo. Si desconoce la valoración porque sus criterios valorativos son menos estrictos que aquellos que fundamentan la utilización del predicado de valor en la comunidad de interlocutores, ese error no le beneficia en nada. Frente a esto, si se puede calificar como error de subsunción o no, es una cuestión de segundo orden. Si, sin embargo, el autor presupone la existencia del predicado de valor en su caso, con base en hechos que según el uso general del lenguaje no justifican la utilización del predicado de valor, por emplear el autor criterios valorativos más estrictos, no comete una tentativa inidónea, sino un delito putativo, ya que el componente descriptivo del elemento valorativo del tipo forma parte de su sentido, y el autor, por tanto, debe representárselo para actuar dolosamente.

"En principio no me parece que plantee dificultades la distinción entre predicados de valor y aquellos que denominan hechos jurídico-institucionales. La manera en la que se refiere una denominación de una relación jurídica contenida en un tipo a las normas que reglamentan esta relación es distinta de la que utiliza un predicado de valor para referirse a las normas de comportamiento con base en las cuales se realiza la valoración. En las relaciones entre normas y relaciones jurídicas singulares debe distinguirse, en primer lugar, entre las normas que regulan las posibilidades de creación de la relación jurídica y aquellas que determinan su contenido. Las primeras se vinculan con la relación jurídica en cuanto hecho institucional singular de manera análoga a como se vincula una ley causal al efecto singular, cuya creación se puede explicar a través de esta ley en conexión con otros

hechos singulares. No son determinantes del contenido (sentido) del hecho jurídico institucional en sí mismo.[72] Bien es cierto que las normas que regulan el contenido del hecho o de la relación jurídica determinan en última instancia el sentido de este concepto, es decir, por ejemplo, el § 903 BGB, el sentido de los conceptos de propiedad y con ello también el de 'ajeno', o los §§ 1204 y 1228 el sentido del concepto de derecho de prenda. Pero de todas maneras, los tipos de protección de la propiedad y de sustracción de cosa propia no se refieren a estas normas de la misma manera como lo hacen los predicados de valor respecto de las normas que determinan su sentido, mientras el tipo describa, él mismo, la modalidad de ataque prohibida. En este caso, el autor solamente necesita tener una representación vaga del derecho lesionado. El autor de una apropiación de cosa propia no está en un error relevante si cree que el acreedor pignoraticio puede, en caso de mora del deudor, 'simplemente quedarse' con la prenda o venderla libremente. Sin embargo, en el caso de los predicados valorativos, la norma es precisamente la del tipo. Denomino como 'grave maltrato' una conducta porque creo que no se debe tratar a otro de esa manera, y considero que una representación 'minimiza la importancia de la violencia' porque, entre otras cosas, creo que no debe ser accesible a adolescentes, para que no tengan unas ideas y criterios equivocados acerca de la violencia. Aunque la norma de comportamiento típica en este caso quizás no sea la única a la que deba acudirse para conformar el criterio, es una de estas normas. Esta es una relación de sentido distinta y más estrecha que la propia de la llamada interpretación teleológica. Esta estrecha relación entre componente valorativo y la norma de comportamiento que conforma al tipo mismo es, en última instancia, la razón por la que es irrelevante un error acerca del criterio en cuanto error sobre el sentido de la norma de comportamiento (error de subsunción)."

72. Esto lo desconocen Burkhardt (nota 16), p. 687 y probablemente también Jakobs *AT* (nota 9), 25/42.

La teoría de la valoración paralela en la esfera del autor en un primer momento ha reunido estas dos clases de elementos, totalmente diversas en cuanto a su sentido, bajo el concepto de los elementos "normativos". Esto posiblemente tenga su justificación en relación con la génesis del concepto "elementos normativos del tipo", en conflicto con la teoría del tipo libre de valoración, pero no en la dogmática del error. Después aquella teoría ha desarrollado con la expresión "*valoración* paralela" una terminología que es adecuada para los predicados valorativos, aplicando, sin embargo, este requisito únicamente a los hechos institucionales.[73] Con ello ha creado una considerable confusión en la teoría de la distinción entre error de tipo y de subsunción, aunque esta confusión no se haya reflejado en la práctica.

12. Resumen

Nuestras reflexiones acerca del sentido de los tipos y de sus elementos singulares, la distinción entre error de tipo y error de subsunción y la idea rectora que subyace al tratamiento del error de prohibición en el § 17, han conducido, en principio, a las mismas diferenciaciones que ya llevó a cabo el Reichsgericht con su teoría del error penal y extrapenal. Esta teoría debe su descrédito y el hasta hace poco[74] unánime rechazo en la ciencia, sobre todo, a una desafortunada terminología. Esta terminología llevó a que se le formulasen al Reichsgericht reproches de formalismo y superficialidad. Pero sobre todo borró la profunda diferencia existente entre dos clases, totalmente diversas, de error al denominarlas a ambas como error de derecho. Lo que el Reichsgericht designó como errores de derecho extrapenales son, sobre todo, errores sobre hechos jurídico-institucionales, a los cuales puede

73. Se sobreentiende que solamente se puede proceder de esta manera con una expresión cuyo sentido no está claro. Esto le ha sido reprochado recientemente repetidas veces a la teoría de la valoración paralela, cf. p. ej. Maurach/Zipf *AT* 1 (nota 2), § 37 n.m. 48; Dopslaff (nota 13), p. 25; Kuhlen (nota 13), p. 204 y ss.

74. Ultimamente se perfila un renacimiento de la concepción sobre el error del Reichsgericht, cf. Tiedemann (nota 33), p. 297; Herzberg (nota 15), p. 473; Haft *JuS* 1980, 588, 590; *el mismo* (nota 2), p. 285, y sobre todo Kuhlen (nota 13), p. 121 y ss. Sinopsis en Tischler (nota 2), p. 321 y ss.

anudar una norma jurídico-penal como a un hecho natural. Lo que el Reichsgericht entendió como error de derecho penal es, sobre todo, el error de subsunción, es decir, un error sobre el contenido de aquella norma que rige para el autor mismo y que es protegida a través del derecho penal. Que el error de subsunción como tal sea irrelevante y que el error de prohibición sea tratado más severamente que el error de tipo, guarda relación con la pretensión de vigencia de estas normas, que no se debe hacer depender del conocimiento positivo por parte del autor. Las similitudes entre ambas clases de error destacadas por la terminología del Reichsgericht en el sentido de que ambas tienen algo que ver con el derecho, son externas, a diferencia de la contradicción existente entre ellas.

También en el caso de las leyes en blanco hemos vuelto a la teoría del Reichsgericht, que era más liberal que la imperante hoy en día, en el sentido en que exigía para el dolo, aparte del conocimiento del tipo de la norma que completa la norma en blanco, también el conocimiento de su vigencia. También aquí la diferencia a la que quiere referirse el Reichsgericht con las expresiones error penal y extrapenal no es tan externa como puede parecer con esta terminología. No se trata de cuál sea el código en el que el legislador haya fijado una norma de comportamiento, si la ha escrito en el StGB o en otra ley. Se trata aquí más bien de la distinción entre el núcleo de normas de comportamiento generalmente reconocidas y cuyo conocimiento forma parte de la socialización de todo miembro de la comunidad jurídica, y otras normas de comportamiento que rigen en virtud del derecho positivo y cuyo conocimiento no puede esperarse sin más del ciudadano por el hecho de que el legislador las haya protegido con una pena. Cuando el legislador tiene que utilizar para ello la forma de la ley en blanco, porque no le resulta posible formular la norma de comportamiento de manera concisa y con expresiones simples, ello constituye el mejor indicio de que ya no se trata de aquel núcleo básico de normas de comportamiento generalmente reconocidas.[75]

75. Desde que el legislador se ha acostumbrado a los tipos que llenan páginas enteras, con decenas de alternativas, este criterio ha perdido en significado, pero menos de lo que podría parecer a primera

Una valoración expresada en un tipo, sea mediante un predicado de valor o un, así llamado, elemento de valoración global del hecho (elemento de obligación jurídica) debe entenderse en el sentido de que no se alude a la valoración del autor, sino a la que efectúa la comunidad jurídica, por lo tanto, un acto valorativo nunca es elemento del dolo. Pero también el hecho institucional de que la comunidad jurídica y lingüística efectúe en un determinado caso esta valoración no es elemento del conocimiento doloso, sino solamente el componente descriptivo del predicado de valor. Y ello es así, porque el hecho de efectuar estas valoraciones también forma parte de aquel acervo básico de convicciones jurídicas comunes que configura la comunidad jurídica y es elemento de la socialización de sus miembros. El individuo es remitido en el momento de la complementación descriptiva de los predicados de valor a su propio sentir valorativo, no como contenido del dolo, sino como medio de conocimiento. Por lo tanto, en la dogmática del error no es necesario diferenciar entre predicados de valor que gramaticalmente sólo se refieren a elementos del tipo individuales y los llamados elementos de valoración global del hecho. Además, semejante diferenciación carece de sentido, ya que desde el punto de vista de la lógica todos los predicados de valor que fundamentan la punibilidad también evalúan globalmente el hecho.

El legislador determina lo que es contenido del conocimiento doloso mediante la formulación del tipo penal en la ley penal. Esto es la justificación de la distinción de principio entre el error jurídico-penal y el llamado error extrapenal. El contenido del dolo no es más y no es menos que el sentido (intención) de la descripción típica del hecho. Quien aplica el derecho no está autorizado a sustituirlo por cualquier otra descripción del hecho, aunque ésta tenga la misma extensión. Quien aplica el derecho tampoco está autorizado a debilitar el requi-

vista, ya que si se miran más de cerca esos tipos-serpiente, se encuentran verdaderas aglomeraciones de elementos en blanco.

sito del conocimiento del sentido conformándose con una, así llamada, "valoración paralela en la esfera del lego". Sin embargo, el autor no necesariamente debe representarse este sentido en los conceptos y expresiones del tipo. Por ello, existe aparte del error de tipo un error de subsunción irrelevante. El autor tiene el conocimiento del sentido requerido cuando da una descripción del supuesto de hecho que, o es sinónimo de la del tipo o contiene un caso especial del tipo, e implica, por ello, intencionalmente el tipo. Hemos indicado un procedimiento para diferenciar el error de subsunción del error de tipo. No existen fronteras difuminadas entre ambas clases de error. Si en el caso singular se genera una discusión acerca de si concurre un error de subsunción o un error de tipo, esta discusión se debe a que es dudoso cuál es el sentido del tipo individual.

Hemos llegado al final de nuestro intento de llevar un poco de luz a la oscuridad de la distinción entre error de tipo y error de subsunción. Se verá si el resultado es confusión o banalidad.

Os crimes econômicos na sociedade de risco

Flavia Goulart Pereira
Mestranda em Direito Penal na Universidade de São Paulo. Advogada.

Sumário: 1. Introdução – 2. A sociedade pós-industrial como sociedade de risco: 2.1 As principais características da sociedade de risco; 2.2 Forças expansivas sobre o direito penal na sociedade de risco – 3. Os crimes econômicos: 3.1 A contribuição de Edwin Sutherland; 3.2 Definição de crime econômico; 3.3 Características do crime econômico na sociedade pós-industrial – 4. Algumas propostas de tratamento do crime econômico na sociedade de risco: 4.1 Flexibilização do direito penal como um todo; 4.2 Responsabilidade penal da pessoa jurídica; 4.3 Funcionalização e desformalização do *ius puniendi*: 4.3.1 Direito de intervenção; 4.4 Direito penal de duas velocidades; 4.5 Administrativização do direito penal – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: A sociedade pós-industrial (ou sociedade de risco) caracteriza-se por intenso processo de modernização que teve por conseqüência a geração de uma complexidade social sem precedentes, com a produção pelo homem de riscos ilimitados e incalculáveis, que atingem a todos indistintamente. Os crimes econômicos encontram na sociedade de risco ambiente fértil para o seu desenvolvimento devido a fatores como a extrema especialização laboral notadamente nos setores de maior *status* e à invisibilidade das condutas praticadas. Algumas soluções para impedir a proliferação dessas condutas sem ferir a dignidade humana são a responsabilização penal da pessoa jurídica e a adoção, ao lado do direito penal clássico, de um direito penal de intervenção dotado de menos garantias e formalidades e de sanções menos severas.

Palavras-chave: sociedade de risco; sociedade pós-industrial; globalização; expansão do direito penal; criminalidade econômica; direito penal de intervenção.

"(...) as constelações da sociedade de risco são produzidas porque as certezas da sociedade industrial (o consenso para o progresso ou a abstração dos efeitos e dos riscos ecológicos) dominam o pensamento e a ação das pessoas e das instituições na sociedade industrial. A sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças."[1]

1. Introdução

Nos dias atuais, as mudanças de idéias, pensamentos e comportamentos, juntamente com os constantes avanços tecnológicos e científicos trouxeram em seu bojo uma complexidade social sem precedentes. Fenômenos como a globalização, a integração supranacional, a imprevisibilidade das condutas, o aumento da criminalidade organizada e a insegurança crescente são características específicas da sociedade pós-industrial. Características essas que influenciam de forma incisiva o direito penal.

Na sociedade de risco, verifica-se uma forte tendência à expansão do direito penal[2] que tem como principais causas: (i) o surgimento de novos bens

1. BECK, Ulrich. "A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva". In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva:* política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 16.

2. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 27-62.

jurídicos e o aumento de valor de alguns dos que existiam anteriormente; (ii) o aparecimento de novos riscos; (iii) o sentimento social de insegurança; (iv) a configuração de uma sociedade de "sujeitos passivos"; (v) a difusão social dos efeitos dos delitos; (vi) a pressão de novos grupos sociais (feministas, pacificistas, consumidores, ecologistas, antidiscriminatórios, defensores dos direitos humanos, entre outros) pela tutela penal de seus interesses; e (vii) o descrédito de outras instâncias de proteção.

Entretanto, o século XX viu, paralelamente ao movimento de compreensão da sociedade de risco e de seus efeitos sobre o direito penal, um outro movimento que de certa forma parece contraditório ao da expansão do direito penal – o do direito penal mínimo. Este último chama a atenção para o fato de que é necessário reconduzir a atividade punitiva do Estado a uma intervenção restrita e limitada, como *ultima ratio*, de modo a garantir o respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana.

Vê-se, portanto, que o mesmo vento que trouxe a elevação de interesses como o meio ambiente, a segurança econômica e a biogenética à categoria de bens jurídicos dignos de tutela penal (um avanço no sentido de proteger direitos e garantias fundamentais) também é responsável pela preocupação crescente com a necessidade de limitar o poder incriminador do Estado. Torna-se, com isso, essencial a conciliação da participação efetiva do direito penal na proteção de bens jurídicos – sejam eles coletivos ou individuais, tradicionalmente ou apenas modernamente (ou pós-modernamente) considerados dignos de proteção – com a limitação da pena aos casos em que é estritamente necessária.

Uma das principais instâncias em que atua referida expansão do direito penal é a da criminalidade econômica. A complexidade e dinamicidade da sociedade de risco fazem dela um campo fértil para esse tipo de crime, cada vez mais praticado e com conseqüências cada vez mais danosas à coletividade. Urge, destarte, um tratamento cuidadoso do tema. A reflexão jurídico-penal da sociedade pós-industrial tem como objeto de estudo delitos essencialmente diversos do paradigma

clássico. Trata-se de crimes qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful*, ou seja, delitos cuja dogmática ainda está pendente de elaboração e cujas bases são significativamente diversas daquelas do direito penal clássico.[3]

2. A sociedade pós-industrial como sociedade de risco

A sociedade pós-industrial carrega consigo riscos incalculáveis, potencialmente ilimitados, dificilmente evitáveis e que desconhecem fronteiras, raças, culturas ou religiões. Todos são vítimas potenciais e, mais do que isso, todos são autores potenciais. É esse cenário que Ulrich Beck mostra com precisão ao descrever as circunstâncias do mundo atual. Um mundo em que, com o advento da contaminação atômica, chegou-se ao "final dos outros", ao final de nossas possibilidades de distanciamento do risco. De acordo com Beck, a partir de *Chernobil* não existem mais as fronteiras reais e simbólicas atrás das quais podiam retirar-se aqueles que aparentemente não estavam afetados pelo sofrimento, pela miséria e pela violência que uns seres humanos causavam aos outros.[4]

Supunha-se que a modernidade e o desenvolvimento por ela proporcionado seriam capazes de eliminar as limitações derivadas do nascimento e permitir aos seres humanos, mediante sua decisão e sua própria atuação, obter um lugar no tecido social. Entretanto, a realidade é outra. O homem vê-se hoje adstrito a um destino inescapável. Um destino que mais se assemelha ao destino estamental da Idade Média do que ao destino das classes sociais. Esse destino não se encontra condicionado pela desigualdade dos estamentos ou pela miséria, mas pelo medo.[5]

O homem aprendeu a se defender das ameaças da natureza. Mas ainda está indefeso perante suas próprias ameaças, notadamente as ameaças prove-

3. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 76-77.

4. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo:* hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borras. Barcelona: Paidós, 1998. p. 11.

5. Idem, ibidem, p. 12.

nientes da ação industrial. Beck[6] procura demonstrar que os perigos se converteram em poluições de consumo normal, que viajam com o vento e com a água e atravessam todas as zonas protegidas da modernidade, independentemente do controle a que estejam submetidas.

A sociedade pós-industrial, pode-se afirmar, não é mais perigosa do que era na Antiguidade, na Idade Média e mesmo na época da Revolução Industrial. Mas terá em algum desses momentos históricos o homem se sentido tão acuado, tão incapaz de garantir segurança a si e a sua família, tão refém dos outros e das circunstâncias? Como ressalta Paulo Silva Fernandes,[7] o amanhecer de qualquer cidadão medianamente avisado e preocupado com a sua saúde e com o bem-estar do planeta é um misto de cuidados múltiplos. Questiona-se se poderá beber com segurança a água que corre por suas torneiras, comer o alimento, respirar o ar, sair à noite, viajar, confiar nos políticos, na sua televisão ou no vizinho ao lado, ou se, pelo contrário, "deverá evitar essa miríade de possíveis e multifacetadas contaminações, fugindo para um qualquer paraíso, que contudo já não existe, visto que a poluição, as radiações e a televisão – para nos ficarmos por aqui – não respeitam quaisquer fronteiras ou culturas, credos ou convicções políticas".

Mas, na sociedade pós-moderna, o eventual aparecimento de novos riscos não estaria compensado pela redução dos perigos referentes a doenças e a fontes naturais e por um conseqüente aumento de confiança nas soluções desenvolvidas no âmbito técnico-científico? Não teria a sociedade sido sempre "de risco"? Mas se assim fosse, o que justificaria o crescente sentimento de insegurança dos cidadãos? Para responder a essa questão, necessário se faz ressalvar duas importantes características da sociedade pós-industrial.

Em primeiro lugar, é preciso diferenciar a dimensão subjetiva da insegurança de sua dimensão objetiva. Na sociedade de risco, por múltiplas causas, os

6. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*, cit., p. 13.

7. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal:* panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. p. 43-44.

indivíduos experimentam maior intensidade na dimensão subjetiva dos riscos do que em sua dimensão objetiva.[8] Uma dessas causas pode ser encontrada na forma de atuação dos meios de comunicação que transmitem imagens da realidade fazendo com que o receptor tenha a ilusão de que o que lhe é apresentado está muito próximo de si, gerando percepções inexatas da realidade por um lado e, por outro, um sentimento de impotência. Ademais, a reiteração e a dramatização dos fatos levam à falsa impressão de multiplicação dos ilícitos e catástrofes, gerando uma segurança subjetiva maior do que o nível de risco objetivo. Não se diz aqui que o sentimento de medo da população seja mera decorrência da atuação da mídia. Esta apenas reforça o medo já existente derivado, entre outros fatores, de uma crescente desorientação pessoal pela perda de referências valorativas objetivas e até da experiência do *mal* como elemento de nossa existência[9] a partir da destruição e das guerras do século XX.

Em segundo lugar, há que se atentar ao fato de que na sociedade pós-industrial, a criação ou potenciação dos riscos decorre de decisões humanas, ou como danos que a sociedade se inflige a si mesma,[10] embora como algo que é independente da intenção humana. Os tradicionais dramas humanos, mais ligados à natureza e às doenças afastam-se dos novos riscos, que são produzidos pelo homem. São baseados em decisões que têm como fundamento as vantagens e as oportunidades econômicas ou técnicas e que aceitam os desastres como uma das faces do progresso.[11]

O conceito da sociedade de risco, desenvolvido por Beck ressalta a necessidade de atentarmos para o lado obscuro do desenfreado desenvolvimento da técnica e da ciência. Aos nossos olhos temos, todos os dias, exemplos con-

8. Nesse sentido: Jesús María Silva Sánchez, op. cit., p. 37-38.

9. Idem, ibidem, p. 36.

10. BECK, Ulrich. *World Risk Society.* Trad. inglesa. Cambridge: Polity Press, 1999. p. 48-50.

11. Idem, ibidem. Nesse mesmo sentido de cálculo dos riscos, vide Niklas Luhmann, *Risk:* a sociological theory. Trad. Rhodes Barret. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1993.

cretos dos males causados por decisões humanas em situações dominadas pela tecnologia ou pela ciência. Podemos citar, além do caso mais paradigmático – Chernobil – outros como o buraco na camada de ozônio; a doença da "vaca louca"; o afundamento da plataforma de petróleo P36, com o derramamento de uma quantidade inédita de óleo no mar; o recente desastre na Indústria Cataguazes de Papel que gerou a contaminação de extensa área do sistema fluvial brasileiro; as fraudes à Previdência Social causadas pela inclusão de beneficiários-fantasmas no sistema, entre tantos outros.

2.1 As principais características da sociedade de risco

A modernização, entendida como um processo de inovação autônoma, leva à obsolescência da sociedade industrial, determinando a emergência da sociedade de risco.

Pode-se distinguir, nesse sentido, duas fases distintas: (i) um estágio em que a produção dos efeitos e das auto-ameaças é sistemática, mas não se transforma em questão pública ou no centro de conflitos políticos – as ameaças geradas pela tomada de decisões são legitimadas como riscos residuais; e (ii) um período em que os perigos da sociedade industrial começam a dominar os debates e conflitos públicos (políticos e privados) – aqui, alguns aspectos da sociedade industrial tornam-se social e politicamente problemáticos: se por um lado, a sociedade ainda realiza ações de acordo com a velha sociedade industrial, por outro, as organizações de interesse, o sistema judicial e a política são obscurecidos por debates e conflitos originados do dinamismo inerente à sociedade de risco.[12]

Nesse cenário, dominado pelos avanços tecnológico-científicos, novos riscos são gerados a partir de decisões humanas geralmente baseadas em uma lógica calculadora dos benefícios e oportunidades que acompanham essa produção de riscos. As conseqüências desses riscos, entretanto, não aparecem imediatamente.

12. BECK, Ulrich. "A reinvenção...", cit., p. 15.

Prolongam-se no tempo. E nem o momento de seu aparecimento nem tampouco a sua intensidade podem ser previstos com precisão.

Beck chama atenção para o fato de que na sociedade moderna, a produção social de riqueza está sempre acompanhada da produção social de riscos.

É certo que os riscos sempre existiram. Não surgiram na Idade Moderna. Existiram, por exemplo, no período das navegações. Esses riscos eram, entretanto, riscos pessoais e tinham um certo significado de coragem e aventura. Os riscos da modernidade, por outro lado, são riscos globais, que ameaçam a humanidade e, de maneira geral, são conseqüências do processo da industrialização, com repercussões políticas e sociais completamente diversas daquelas de outrora.[13]

Os riscos atuais podem ser atribuídos a uma "sobreprodução industrial", de modo que podem ser diferenciados dos da Idade Média e de outros períodos por duas características essenciais: a "globalidade de sua ameaça" e suas "causas modernas".[14]

Outra qualidade importante da sociedade pós-industrial é o fato de que seus riscos causam danos sistemáticos e, muitas vezes, irreversíveis, permanecendo, contudo, invisíveis. Para localizá-los, é necessário que sejam efetuadas interpretações causais, motivo pelo qual esses riscos só se estabelecem no saber que existe sobre eles. Nesse "saber", os riscos podem ser "transformados, ampliados ou reduzidos, dramatizados ou minimizados" estando abertos de modo especial aos processos sociais de definição.[15] Assim, muitos desses novos riscos escapam da percepção humana imediata, precisando da ciência para se tornarem visíveis e sujeitos à interpretação como perigos.

Ademais, deve-se salientar que os riscos têm algo de irreal, pois que suas conseqüências dirigem-se ao futuro. Os riscos referem-se a destruições que ainda não ocorreram, sendo, portanto, iminentes.

13. BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo*, cit., p. 27.
14. Idem, ibidem, p. 28.
15. Idem.

A distribuição dos riscos na sociedade pós-industrial segue, ao revés, a lógica de distribuição das riquezas: estas se acumulam acima, aqueles, abaixo. Os mais abastados podem comprar, de certa forma, a segurança e a liberdade acerca dos riscos – escolhendo o lugar em que terão residência, a forma de sua moradia, os alimentos que irão consumir, cercando-se, enfim, de defesas e muros contra os riscos. Por outro lado, a modernização produz, cada vez mais, riscos que são igualitariamente distribuídos por todas as classes sociais como, por exemplo, a poluição da água e do ar, a ameaça nuclear, entre outros. Pode-se observar, portanto, um "efeito bumerangue" dos riscos que acabam por atingir também os centros de sua produção. Os próprios autores da modernização acabam caindo, de maneira enfática e concreta, no redemoinho dos perigos que desencadeiam e dos quais se beneficiam.[16]

Assim, os riscos estão em toda parte. Tanto os causados pela indústria, pelas centrais nucleares, os provenientes das falhas técnicas inerentes ao desenvolvimento de novos produtos, quanto aqueles que derivam das inovações científicas na área da biologia, da genética, da informática, das comunicações etc.

2.2 Forças expansivas sobre o direito penal na sociedade de risco

Na área do direito penal verifica-se, no seio da sociedade pós-industrial, uma tendência expansiva. Pode-se citar, seguindo o caminho proposto por Silva Sánchez, como principais causas dessa mencionada expansão as seguintes:

a) a aparição de novos interesses e o aumento de valor de alguns interesses que existiam anteriormente. Tem-se, assim, uma realidade mais rica em bens jurídicos considerados dignos de tutela penal. As causas de surgimento desses novos interesses são diversas, de acordo com Silva Sánchez[17] e comportam a conformação de novas realidades (por exemplo, as instituições econômicas de

16. BECK, Ulrich. "La lógica...", cit., p. 42-43.

17. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 27.

crédito); a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes (como o meio ambiente); e o incremento de valor de algumas realidades conhecidas (como o patrimônio histórico);

b) o aparecimento de novos riscos. Conforme já demonstrado, a sociedade pós-industrial presencia o nascimento de riscos jamais imaginados provenientes de decisões que os cidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos e científicos. Além disso, há o fato de que a competitividade da sociedade atual desloca para a marginalidade muitos indivíduos, gerando a percepção de mais uma fonte de riscos pessoais e patrimoniais para os seus concidadãos;[18]

c) a institucionalização da insegurança. A complexidade inerente à sociedade atual faz com que exista um enorme potencial de incerteza na vida social. As relações entre os indivíduos são permeadas pela possibilidade de que sejam gerados resultados danosos que só se concretizarão (se isso vier a ocorrer) em longo prazo. Por isso torna-se cada vez mais freqüente o recurso aos tipos de perigo, assim como sua configuração cada vez mais abstrata.[19]

d) difusão da sensação de insegurança. Conforme já afirmado, na sociedade de risco, a dimensão subjetiva da insegurança é muito menor do que sua dimensão objetiva. Com isso, surge a demanda por mais segurança e essa vem, em geral, na forma de propostas de endurecimento das leis penais e de flexibilização das garantias clássicas do Estado de Direito.[20] Como exemplo, podemos aludir à demanda por criminalização em matéria econômica, ambiental, política e sexual;

e) a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos. Na sociedade pós-industrial, as classes dinâmicas, empreendedoras são minoria. Tem-se, por outro lado, um enorme contingente de cidadãos-consumidores, e tantos outros que não criam excedentes, mas que são beneficiários da transferência da rique-

18. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 29.

19. Idem, ibidem, p. 31.

20. Idem, p. 41.

za pelo Estado.[21] Nessa sociedade dominada por sujeitos pacientes mais do que agentes, há uma sobrevaloração da segurança e um desconhecimento dos verdadeiros efeitos das condutas praticadas, que têm por conseqüência uma redução dos níveis de risco permitido;[22]

f) identificação social com a vítima,[23] derivada exatamente da configuração de uma sociedade de classes passivas. Assim, os demais membros da sociedade se identificam com as vítimas da criminalidade organizada, da econômica e da corrupção, entre outros tipos de criminalidade. E isso gera maior demanda pelo recrudescimento do direito penal nessa área;

g) o descrédito de outras esferas de proteção.[24] O direito penal ainda é visto pela sociedade como o único recurso eficaz para a proteção de determinados bens jurídicos dotados de maior importância. Aliás, na sociedade atual, não é comum que uma conduta considerada legal seja considerada imoral. No caso do direito penal isso é ainda mais forte.

3. Os crimes econômicos

Vimos, portanto, que a sociedade de risco é um ambiente fértil para a proliferação dos crimes econômicos, mais conhecidos como crimes de colarinho branco. Mas o que são os crimes de colarinho branco? Em uma análise superficial, parece fácil estabelecer os limites dos crimes que se enquadram nessa cate-

21. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 41.

22. Para maior compreensão do risco permitido, ver Antonio Luiz Chaves Camargo, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 139. Segundo o autor, "Diz-se que o risco é permitido, dentro de um sistema social complexo, naquelas hipóteses que excluem a responsabilidade penal porque o agir comunicativo não tem relevância jurídico-penal, por estar dentro dos parâmetros de atuação social. (...) o fato não será objeto de análise no âmbito do direito penal, por estar ausente qualquer significado que possa redundar na aplicação da imputação objetiva. É um fato normal no contexto social, e não apresenta qualquer das condições necessárias para ser imputado a um sujeito como dissenso do agir comunicativo".

23. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 50.

24. Idem, ibidem, p. 57.

goria. Existe uma consciência comum na sociedade de que se tratam de crimes praticados por pessoas portadoras de poder derivado de sua elevada posição social ou econômica. Quando descemos, entretanto a minúcias e procuramos casos limítrofes, torna-se problemático diferenciar os crimes econômicos das demais espécies de crime.

Desse modo, uma conceituação do termo torna-se necessária para trabalhar o tema com maior acuidade.

A primeira definição do que seria o *white collar crime* surgiu apenas em fins dos anos 30, por obra de Edwin Sutherland. Antes disso, entretanto, sempre existiram os crimes praticados por criminosos ditos comuns e aqueles praticados por poderosos.[25]

3.1 A contribuição de Edwin Sutherland

Sutherland procurava responder a três questões por ele consideradas fundamentais: o que é o crime, quais as suas causas e qual a relação entre o crime e a lei. Na década de 30, ele começou a desenvolver uma teoria geral para explicar o fenômeno criminal.

Um dos pontos de destaque da obra de Sutherland foi a negação das teorias criminológicas gerais do comportamento criminoso que se baseavam nas condições econômicas, psicopatológicas ou sociopatológicas do agente. Para ele, essas teorias eram insuficientes para explicar o fenômeno criminal por três motivos: (i) as estatísticas sobre as quais aquelas teorias se baseavam não eram confiáveis, posto que refletiam apenas as estatísticas oficiais, ignorando a criminalidade oculta que podia ser provada pela grande cifra negra verificada

25. Por exemplo, na fase da vingança privada – apontada como a primeira forma de solução de conflitos entre indivíduos – já era possível verificar a impunidade dos mais poderosos. Quanto mais forte (poderoso) fosse o sujeito a reagir a uma ofensa, mais eficiente seria a vingança. Do mesmo modo, quanto mais forte fosse o ofensor, menor a probabilidade de êxito do ofendido em sua vingança.

em sua pesquisa; (ii) a incapacidade das teorias gerais do comportamento em explicar a criminalidade, predominantemente econômica, praticada por pessoas ocupantes de posições sociais de prestígio. Afinal, os autores dos crimes econômicos "não são pobres, não cresceram em *slums*, não provêm de famílias desunidas, e não são débeis mentais ou psicopatas";[26] e (iii) se os fatores sociológicos e psicopatológicos utilizados por essas teorias têm relação com a criminalidade, só podem explicar os crimes praticados pelas classes desfavorecidas não sendo cabível uma generalização em uma teoria que explique tanto a criminalidade dos estratos sociais inferiores quanto dos superiores.

A partir, portanto, da verificação do erro de tais teorias, Sutherland passa a procurar uma teoria capaz de explicar toda a criminalidade. Formula, portanto, a teoria da associação diferencial, que se baseia na proposição de que tanto a motivação para a prática de um determinado ato considerado como criminoso quanto o conhecimento das formas de cometimento desse ato são frutos de uma aprendizagem decorrente de processos de comunicação no interior de grupos sociais. Desse modo, a aprendizagem efetiva dos valores criminais – que pode acontecer em qualquer cultura – seria o elemento comum entre todas as formas de crimes, praticados por quaisquer agentes. Essa teoria foi desenvolvida, sobretudo, a partir do trabalho *White-collar criminality*, publicado em 1940.

Nos termos da teoria da associação diferencial formulada por Sutherland, o crime se aprende. Tanto a motivação quanto a destreza ou capacidade necessárias para o delito seriam aprendidos de acordo com o contato com valores, atitudes e definições no curso normal de comunicação e interação entre os indivíduos.[27] Vivemos em uma sociedade particularmente pluralista e conflitiva. Nela, a orga-

26. Cf.: BARATTA, Alessandro. "A teoria das subculturas criminais. Negação do princípio de culpabilidade". *Criminologia crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal, 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 71.

27. MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia:* introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. 3. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 308.

nização dos indivíduos se dá em grupos e subgrupos, cuja aglutinação ocorre a partir de interesses e metas comuns. No seio de alguns desses grupos, ocorrem modelos de conduta delitivos. Esses modelos, no processo normal de comunicação interior aos diversos grupos, seriam explicados e justificados, criando uma aprendizagem do modelo criminal. Uma pessoa se converteria em delinqüente no momento em que por seus contatos diferenciais houvesse aprendido mais modelos criminais do que modelos respeitosos ao direito, ou seja, quando suas definições favoráveis ao cometimento de crimes superassem as desfavoráveis. A questão fundamental repousaria, portanto, no fato de que quando os valores dominantes no grupo são propícios ao cometimento de uma infração, o indivíduo, independentemente de sua classe social ou de sua constituição biológica, violará a lei.

Para fundamentar sua teoria, os crimes econômicos são particularmente úteis, posto que seus autores são pessoas absolutamente normais, integradas socialmente e com boa aptidão intelectual.

A definição de *white collar crime* proposta por Sutherland é focada nas características do agente e não do ato por ele praticado. Assim, o crime de colarinho branco poderia ser definido aproximadamente como um crime cometido por um indivíduo de respeitabilidade e elevado *status* no curso de sua profissão.[28] A respeitabilidade do agente e seu elevado *status* são elementos da definição proposta por Sutherland que têm suscitado indagações no que diz respeito à diferenciação entre eles. Pode-se considerar[29] que a respeitabilidade se relaciona com a inexistência de antecedentes criminais, enquanto o *status* elevado pressuporia uma referência imediata às classes sociais, de modo a limitar o conceito de *white-collar*.

28. Traduzida do original: "White-collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social *status* in the course of his occupation". SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar crime* – The uncut version. Yale University Press, 1983. p. 7.

29. Nesse sentido: Cláudia Maria da Cruz Santos, *O crime do colarinho branco:* da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1999. p. 42.

Ademais, há ainda duas notas características dos crimes de colarinho branco, relacionadas à impunidade das condutas abrangidas no conceito e à especial danosidade social que provocam.

Para provar sua teoria da associação diferencial, Sutherland, procedeu à análise dos dados biográficos de numerosos homens de negócios, podendo concluir que o denominador comum em todos seria uma forte preocupação moral no início da profissão, flexibilizada com o passar do tempo. Isso significaria que há uma espécie de contágio das representações próprias do mundo dos negócios. A partir desse "contágio", os indivíduos passariam a ver como normais determinadas violações da lei, afinal para eles, afirma Sutherland, têm alto valor idéias como *business is business* ou *no business was ever built on the beatitudes*.[30]

3.2 Definição de crime econômico

A partir da obra de Sutherland e da progressiva conscientização para a gravidade dos crimes econômicos, verificou-se intensa discussão sobre a mais precisa conceituação desse delito.

Foram elaboradas definições que podem ser consideradas demasiado amplas, como, por exemplo, a de Edelhertz no início da década de 70, para quem a definição não pode basear-se nas características do agente, para evitar um desigual tratamento de sujeitos que tenham praticado condutas semelhantes. A mesma preocupação tornou-se recorrente entre vários criminólogos[31] que desenvolveram, com certa aceitação geral, um conceito de crime de colarinho branco que enfatiza o fato de ser sempre uma violação de confiança.

Entretanto, consideramos que uma definição de crime econômico requer alusão às características do agente, até porque se considerássemos os mesmos fa-

30. SANTOS, Cláudia Maria da Cruz. Op. cit., p. 46.

31. Nesse sentido, obras como a de Susan Shapiro: "Collaring the crime, not the criminal". *American Sociological Review*, vol. 55, 1990.

tos praticados por outras pessoas desprovidas de poder como crimes de colarinho branco, haveria uma perda de objeto, posto que as maiores problemáticas referentes ao tema estão exatamente na dificuldade de aplicação da lei penal aos indivíduos mais poderosos e no uso do poder na tomada de decisões geradoras de riscos não permitidos. Deste modo, acreditamos ser mais correta a preservação do núcleo subjetivo dos crimes de colarinho branco, que seriam apenas aqueles praticados por agentes especialmente poderosos, com elevada posição social, econômica ou profissional, no exercício de uma ocupação legítima.

3.3 Características do crime econômico na sociedade pós-industrial

O desenvolvimento tecnocientífico da sociedade de risco traz consigo um imperativo de racionalização do trabalho que acaba por gerar uma especialização laboral sem precedentes. Os conhecimentos específicos pressupostos por diversas ocupações profissionais – especialmente aquelas exercidas por indivíduos portadores de elevado *status* profissional – tornam-se uma barreira praticamente intransponível para todos os demais indivíduos não possuidores do mesmo conhecimento especializado. Por exemplo, infrações praticadas por grandes organizações nos âmbitos financeiro e fiscal pressupõem o domínio de uma gama de informações que, via de regra, não pode ser alcançado pela esmagadora maioria da população.

Ademais, as ações econômicas geradoras de riscos e até mesmo aquelas que geram danos efetivos aos cidadãos não têm visibilidade. Isso deriva do fato de que essas ações não só se revestem de enorme complexidade, mas também de ocorrerem dentro de salas fechadas, sem a observação de mais ninguém. Aqui fica muito clara a diferença entre os crimes econômicos e aqueles de natureza mais tradicional que, em geral, ocorrem nas ruas.

Tanto a complexidade das condutas quanto a invisibilidade dos riscos e dos resultados violadores do ordenamento jurídico-penal levam a uma se-

vera dificuldade das instâncias formais de controle em descobrir e julgar tais infrações. O próprio Poder Legislativo, em virtude do elevado nível de especialização das condutas, tem dificuldades em regulamentá-las de maneira satisfatória. Há, ainda, as dificuldades para a persecução penal referente a fatos praticados por pessoas físicas no seio da pessoa coletiva (em virtude, por exemplo, da diluição das responsabilidades em entrelaçados hierárquicos). Ademais, há que se fazer referência aos elevados custos e à demora das investigações que funcionam como elementos dissuasórios da persecução penal dos crimes de colarinho branco.

Ao mesmo tempo em que o criminoso de colarinho branco está numa posição de confiança que lhe torna mais fácil o cometimento do crime, sua ação, em geral, não necessita do uso de qualquer forma de violência. Somados estes fatos ao de que, em muitas ocasiões, basta uma omissão para a prática do delito, teremos que o delito será muito pouco ou nada perceptível do ponto de vista social.[32]

Decorre desta imperceptibilidade sobre a prática de delitos econômicos contra indivíduos uma certa inconsciência da vítima sobre a lesão que está sofrendo. Mais do que isso, essa incompreensão da qualidade de vítima decorre, sobretudo, do fato de que várias dessas infrações prolongam-se no tempo e no espaço, vindo os resultados a concretizarem-se de forma fragmentada, gerando pequenos danos a cada uma das inúmeras vítimas. Já nos casos em que a vítima é o Estado ou uma organização, a infração é vista como pouco censurável. O importante é verificar que em ambas as situações, não se torna possível individualizar uma vítima que simbolize o sofrimento provocado pela infração. Com isso, reforça-se a idéia de que o crime do colarinho branco não é um verdadeiro crime, ou é um crime de muito pequena gravidade.[33]

32. SANTOS, Cláudia Maria da Cruz. Op. cit., p. 105.

33. Idem, ibidem, p. 106-107.

4. Algumas propostas de tratamento do crime econômico na sociedade de risco

Conforme já delineado acima, a sociedade pós-industrial tem como uma de suas principais características a globalização econômica e esta, por sua vez, tem nos delitos econômicos sua principal expressão na área criminal. O direito penal deve, portanto, adaptar-se aos novos tempos, de modo a tutelar bens jurídicos que, pelo direito penal tradicional permaneceriam desprovidos de proteção eficaz.

A forma de delito tradicional que tem servido de modelo à construção dogmática até os dias atuais – notadamente nos países menos desenvolvidos nessa área, entre os quais o Brasil assume posição de destaque[34] – já não corresponde mais a toda a realidade. O crime de autor individual praticado contra vítima específica é sobremaneira diferente, por exemplo, de uma transação financeira fraudulenta que vitima milhares de cidadãos, cuja individualização é difícil senão impossível. São dois paradigmas completamente diferentes tratados sob um mesmo direito penal que, entretanto, não está preparado para enfrentar tal diferença.

Ademais, torna-se imprescindível resolver o paradoxo criado pelo movimento antagônico entre a minimalização e o recrudescimento do direito penal. Questões como o tratamento dos crimes de perigo e a proteção de bens coletivos adquirem contornos de extrema relevância.

Não há como negar que as sociedades pós-industriais clamam pela atuação cada vez mais intensa do direito penal, principalmente na proteção de con-

34. Verifica-se, no direito penal brasileiro, o "afastamento das decisões e soluções provisórias encontradas da realidade dos fatos, em especial de uma nova criminalidade difusa que resiste ao método puramente lógico-formal e axiológico. A pena continua sendo o imperativo categórico que prestigia as decisões criminais, tendo como referência o conceito de bem jurídico como valor *a priori* e sua lesão como critério decisivo da interpretação dos tipos penais". CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. Op. cit., p. 119.

dutas até então desconsideradas dignas de tutela penal ou simplesmente desconhecidas. Discutem-se algumas alternativas para a forma que deve assumir essa nova tutela penal e sobre o cabimento de sua implementação. Entre essas alternativas, analisaremos a seguir as que têm maior possibilidade de serem adotadas no que diz respeito aos crimes de colarinho branco.

4.1 Flexibilização do direito penal como um todo

A primeira das alternativas teria como pressuposto o fato de que a criminalidade da globalização, por seu caráter econômico, tenderia a assinalar menos garantias pela menor gravidade das sanções ou, por seu caráter "excepcional" tenderia a assinalar menos garantias pelo enorme potencial ofensivo dos atos praticados.

Essa alternativa consistiria em assumir que a modificação das regras penais em face da "criminalidade pós-moderna" deve refletir-se em todo o direito penal, incluindo as modalidades de delinqüência clássica. A nova criminalidade, por sua força atrativa, levaria a uma flexibilização de todo o sistema de garantias do direito penal.

A homogeneização, entretanto, não pode ser aceita. Sem entrar no mérito de seu pressuposto, deve-se observar que por mais que a nova criminalidade apresente características peculiares que a tornam digna de diverso tratamento jurídico-penal, não há como aceitar que esse fato venha a desconstruir todo um sistema que trata, conforme já observado, de fatos sobremaneira diferentes. Não há como justificar uma sobrecarga do direito penal clássico com categorias decorrentes da modernização de condutas com as quais ele não está apto a dialogar.

4.2 Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Também se propõe, como forma de tratamento da nova criminalidade econômica, a responsabilização penal da pessoa jurídica, posto que a presença de

pessoas coletivas no mundo do crime, sobretudo no contexto dos crimes próprios da moderna sociedade de risco, é constante. Todo o tipo de crimes econômicos é levado a efeito por meio de sociedades, havendo até mesmo entes coletivos que são criados com o único objetivo de violação do ordenamento jurídico. Some-se a isto o fato de que a crescente internacionalização das práticas econômicas e financeiras permite às empresas que atuam nesse campo vastíssimo a globalização do crime internacional. Por isso toma cada vez mais força a afirmação do princípio *societas delinquere potest*.[35]

O princípio do *societas delinquere non potest* foi consagrado durante o século XIX. O individualismo e a liberação do indivíduo das relações autoritárias às quais estava sujeito até então levaram a ciência a afastar a possibilidade de uma responsabilidade coletiva. Muitos autores[36] entendem que essa consagração do princípio do *societas delinquere non potest* decorreu da adoção da teoria da ficção de Savigny, que negava a capacidade de vontade e, por conseqüência, a capacidade delitiva da pessoa jurídica, e segundo a qual somente o homem é capaz de ser sujeito de direitos. Outros[37] consideram, entretanto, que a consagração desse princípio decorreu de razões políticas.

A idéia de imputação com responsabilização da pessoa jurídica começou a ressurgir[38] a partir do final da Primeira Guerra Mundial, tendo sido regulamentada em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil.

35. FERNANDES, Paulo Silva. Op. cit., p. 101.

36. Cf.: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica (de acordo com a Lei 9.605/98)*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 32.

37. Cf.: BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 2, p. 10 et seq.

38. Trata-se de um ressurgimento devido ao fato de que esse tipo de imputação tem seu embrião no direito romano, no qual se distinguiam as figuras das corporações (*universitas*) e de seus membros (*singuli*), o que depois veio a ser usado como fundamento pelos glosadores para a responsabilidade civil e penal das *universitas*. Sobre a evolução do instituto, ver: SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit.; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Tutela penal e interesses difusos*. São Paulo, 2001, Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001, p. 196 et seq.

Entretanto, a questão da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica está longe de atingir o consenso. As principais críticas a essa forma de imputação referem-se à não-capacidade de ação da pessoa jurídica e ao fato de que a pena é um juízo de reprovação ético-social e que, portanto, só pode ser atribuída ao homem.

A objeção no sentido de que a pessoa jurídica não tem capacidade de ação deriva do entendimento tradicional de que a conduta, expressa por uma ação ou omissão, é própria do homem. A impossibilidade de vontade da pessoa jurídica é combatida pela crítica à noção de capacidade.[39] Não há como negar que a pessoa jurídica não é uma ficção, mas um verdadeiro ente social, que surge da realidade concreta e que não pode ser desconhecido pela realidade jurídica.[40]

No que diz respeito à pena aplicada à pessoa jurídica, é importante observar que não se trata mais de um juízo de reprovação ético-social, com conteúdo voltado exclusivamente à punição ou tratamento do homem delinqüente. Para compreender a punibilidade da pessoa jurídica, os defensores dessa visão sustentam que o ponto de partida do problema são as disfunções que o comportamento desviado provoca na estrutura econômica e no âmbito político-social.

Para tornar possível a tutela penal no caso dos crimes econômicos, notadamente daqueles praticados na sociedade de risco, consideramos que é justificável e até mesmo necessária a responsabilização penal das pessoas coletivas.

4.3 Funcionalização e desformalização do ius puniendi

A Escola de Frankfurt preocupou-se em estudar e propor formas de transpor a realidade da sociedade de risco e suas implicações para o direito penal. De acordo com Hassemer, o direito penal teria duas tendências na atualidade: a funcionalidade ou funcionalização e a desformalização de seus instru-

39. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 199.

40. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 87.

mentos.[41] Chaves explicita essas tendências: "O direito penal e a política criminal se integram para facilitar suas intervenções na opinião pública, e se tornam funcionais no sentido de exercer sua função protetora e limitadora. A desformalização, por outro lado, é o caminho dessa funcionalização, eliminando as barreiras de um direito penal garantista que podem limitar os fins políticos".[42]

4.3.1 Direito de intervenção

Hassemer[43] propõe a adoção de um direito penal de intervenção. Segundo esse autor, a solução consistiria em eliminar uma parte da modernidade do atual direito penal. Isso seria feito primeiramente pela redução do direito penal a um direito penal básico, estabelecendo limites que deixariam nesse núcleo todas as lesões a bens jurídicos individuais, bem como sua colocação em perigo de forma grave. Hassemer não vira as costas para os bens jurídicos "universais", difusos e relativamente controláveis, e que ameaçam as instituições. As tradições personalistas e normativas do direito penal podem, na concepção do mesmo autor, servir de orientação para as pessoas, podendo o direito ser, nessas sociedades complexas, fundamento desde um ponto de vista personalista. Por isso, dever-se-ão precisar, da melhor forma possível, os bens jurídicos universais do ponto de vista dos bens jurídicos individuais.[44]

A proposta de Hassemer contempla a criação de um direito de intervenção que permita o tratamento adequado para solucionar as novas questões que a ele se apresentam. O prosseguimento na modernização do direito penal significaria, em sua concepção, um esvaziamento das instituições centrais do direito penal,

41. CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. Op. cit., p. 35.

42. Idem, ibidem.

43. HASSEMER, Winfried; MUÑHOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

44. FERNANDES, Paulo Silva. Op. cit., p. 76-77.

desembocando em uma política criminal simbólica. Por outro lado, a retirada dos novos setores do espectro do direito penal clássico, inserindo-os em um direito penal de intervenção significaria evitar que a modernização se apoderasse do direito penal clássico. Esse direito de intervenção estaria situado entre o direito penal e o direito contravencional, entre o direito civil e o direito público, seria dotado de menos garantias e formalidades do que o direito penal, bem como de sanções menos intensas para os indivíduos.[45]

A proposta de um direito de intervenção é, contudo, alvo de muitas críticas. Uma das mais fortes dessas críticas é a de que o apregoado pela Escola de Frankfurt reveste-se de cunho autoritário. De acordo com os críticos, a restrição das garantias pleiteada por um direito de intervenção confirmaria o pressuposto de um direito autoritário, tratando de forma desigual diferentes condutas criminosas. O potencial argumentativo dessas propostas reduz-se, contudo, quando são verificados a diversidade dos bens jurídicos protegidos e o caráter difuso dessa nova criminalidade.

A Escola de Frankfurt, e especialmente Hassemer, sustentam que o direito penal é ineficaz para tratar da proteção de bens jurídicos supra-individuais, como é o caso dos bens atingidos nos crimes de colarinho branco.

4.4 Direito penal de duas velocidades

Considerando a dificuldade em realizar a expansão do direito penal e procurando atender às exigências da sociedade pós-industrial, Silva Sánchez propõe a criação de um direito penal com regras de imputação e princípios de garantia funcionando a dois níveis de intensidade, conforme se esteja perante ilícitos aos quais se comina penas privativas de liberdade ou não. Afirma referido autor que seria razoável que em um direito penal mais distante do núcleo do

45. FERNANDES, Paulo Silva. Op. cit., p. 77.

criminal e a cujos delitos se pusessem sanções mais próximas das administrativas, se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias individuais.[46]

Haveria uma continuidade da judicialização das situações em questão e, paralelamente, uma manutenção do significado penal dos ilícitos, mesmo que as sanções não pudessem alcançar a privação da liberdade. Tal solução seria, nos dizeres do referido autor, funcional e, ao mesmo tempo, suficientemente garantista. No caso dos crimes econômicos, que aqui nos interessam, haveria uma flexibilização tanto dos princípios político-criminais, quanto das regras de imputação (com a responsabilização da pessoa jurídica, ampliação dos critérios de autoria, comissão por omissão, aumento dos crimes de perigo, entre outras).

4.5 Administrativização do direito penal

A introdução de novos bens jurídicos tutelados pelo direito penal e a antecipação de algumas de suas fronteiras estão levando à propagação dos delitos de perigo. A proteção relativa a esses delitos dá-se, outrossim, em contextos cada vez mais genéricos. Assim, a participação e a responsabilidade de cada indivíduo são muito pequenas e o direito penal passa a ter função de gestor de riscos. Lembremos que, diferentemente do direito penal, o direito administrativo não segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta, funcionando como um reforço da ordinária gestão de administração.

O direito administrativo é um direito do dano cumulativo, dispensando uma valoração do fato específico e perquirindo sobre a lesividade dessa conduta quando difundida por um grande número de pessoas. Esse critério de imputação é, contudo, inadmissível no âmbito penal.[47]

Silva Sánchez cita o exemplo na área econômica de uma única fraude tributária, que não põe em risco relevante o bem jurídico patrimônio da Fazenda

46. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 145.

47. Idem, ibidem, p. 112-118.

Pública. A repetição da fraude, entretanto, seria perigosa. Sob a base da lesividade concreta, não há justificação de intervenção penal. Em vez de trazer ao âmbito do direito penal condutas como essa, a resposta poderia ser a intervenção do direito administrativo e o posterior sancionamento de cada uma das condutas praticadas.

5. Conclusão

O crime econômico na forma em que é praticado nos dias de hoje, por fatores como sua complexidade e invisibilidade e a difusão de seus efeitos no tempo e no espaço entre inúmeras vítimas lesadas em pequeno grau, pode ser considerado como um importante produto da sociedade de risco.

Resta evidente, entretanto, que na sociedade pós-industrial o direito penal clássico não está adequadamente preparado para proteger os bens jurídicos supra-individuais lesados a partir da criminalidade econômica, pois, entre outros fatores, tem como característica a descrição típica fechada.

Além da responsabilização penal da pessoa jurídica, sobre a qual já nos posicionamos favoravelmente, o caminho proposto pelos partidários de Frankfurt nos parece, a partir da breve análise efetuada, bastante adequado para o tratamento da criminalidade econômica, notadamente no momento em que esta assume caráter de direito supra-individual.

Não podemos fechar os olhos às dificuldades da persecução penal referente aos crimes de colarinho branco. Na sociedade pós-industrial, essa dificuldade é um fato inegável e que tem de ser levado em consideração se o que se deseja é realmente evitar a propagação desse tipo de conduta. A solução desta problemática, contudo, não se encontra na elaboração de leis e mais leis penais punindo fatos cada vez mais complexos, cada vez mais difíceis de localizar e de imputar aos indivíduos que lhes deram causa.

Não estamos aqui negando a possibilidade de uma intervenção criminal mediante o emprego de crimes de perigo, de leis penais em branco e até de algu-

ma flexibilização de garantias. Essa possibilidade é perfeitamente aceitável. No entanto, ela deve ser colocada em prática de maneira cautelosa, levando em consideração a sua potencial eficácia e também o respeito à dignidade humana.

Bibliografia

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BECK, Ulrich. "A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva". In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva:* política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

_____. *La sociedade del riesgo:* hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borras. Barcelona: Paidós, 1998. Tít. original: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne.*

_____. *World Risk Society.* Trad. inglesa. Cambridge: Polity Press, 1999.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 2.

CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro.* São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal:* panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva:* política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

HASSEMER, Winfried; MUÑHOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Risk:* a sociological theory. Trad. Rhodes Barret. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1993.

MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia:* introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. 3. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2000.

SANTOS, Cláudia Maria da Cruz. *O crime do colarinho branco:* da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da Justiça Penal. Coimbra, 1999. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SHAPIRO, Susan. "Collaring the crime, not the criminal". *American Sociological Review*, vol. 55, 1990.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica (de acordo com a Lei 9.605/98)*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Tutela penal e interesses difusos*. São Paulo, 2001. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar crime* – The uncut version. Yale University Press, 1983.

Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa*

Manuel Cancio Meliá
Profesor Universidad Autónoma de Madrid.

Sumario: 1. Introducción – 2. Estado de la cuestión: líneas fundamentales de los modelos europeos de punición de la tentativa – 3. Bases dogmáticas y político-criminales de una regulación común europea.

Resumo: O autor expõe e analisa criticamente a proposta de uma regulamentação uniforme da tentativa na União Européia, formulando considerações a respeito da unificação do direito penal europeu.

Palavras-chave: *corpus iuris*; União Européia; tentativa; direito penal econômico.

* El presente texto es una versión, provista de un limitado aparato bibliográfico, de la ponencia presentada por el autor en el seminario "La unificación del derecho penal europeo: prolegómenos a un modelo de Código Penal europeo", desarrollado en la Euskal Herriko Unibertsitatea – Universidad del País Vasco, Donostia/San Sebastián, los días 11-12.06.1999, en el marco del ciclo de seminarios sobre la unificación del derecho penal europeo dirigido por el Prof. Klaus Tiedemann (premio Max Planck de investigación). Agradezco a los participantes en la discusión sus observaciones y aportaciones.

A pesar de que se trata de un trabajo, como ya se percibe por el título, centrado en ordenamientos de la Unión Europea, quizás pueda ser de interés para el lector brasileño ante los fenómenos de armonización de las legislaciones penales que pueden producirse en el futuro en América Latina como consecuencia de la creación de zonas de mercado común supranacional.

1. Introducción

1. El proceso de armonización de los ordenamientos penales europeos puede verse, especialmente desde la perspectiva del sistema dogmático de imputación de influencia alemana, con mayor o menor optimismo[1] o pesimismo[2] en cuanto al carácter más o menos represivo o garantista del ordenamiento común que resultará de esta evolución. De lo que nadie duda es de que tal proceso es inevitable.[3] También existe consenso acerca de que la Parte General deberá ser incluida en la armonización;[4] incluso se afirma que es precisamente la Parte General el sector en el que con mayor facilidad se podrá ir elaborando reglas comunes europeas, al ser ésta "de modo muy especial una herencia común europea",[5] más

1. Pueden citarse como representantes de tal actitud, por todos, Tiedemann, in: Eser et al. (Ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, 1998, p. 433 y s.; especialmente sintomático de esta orientación es el título por él elegido para sus consideraciones en *GA* 1998, p. 107 y ss.: "La re-europeización del derecho penal frente al nacionalismo de la teoría (alemana) del derecho penal"; Sieber, *JZ* 1997, p. 369 y ss., 378 y ss.; Bacigalupo, *Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, n. 1 (1999), p. 9 y ss., 22 y s.

2. En esta línea, por ejemplo, Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 1999, p. 64 y ss., 67; especialmente significativas son las manifestaciones de Weigend recogidas en Zieschang, *ZStW* 110/524 y s., 1998, en el sentido de que por un lado, los planteamientos introducidos por parte de los ordenamientos de influencia alemana supondrán recortes esenciales a determinadas garantías frente al poder punitivo del Estado –es decir, constituirán un programa de mínimos desde esta perspectiva– y, a pesar de ello, por otro, serán objeto de decidida oposición por parte de los ordenamientos pertenecientes a tradiciones distintas. Vid. también en una línea muy escéptica la aportación de Köhler in: Bemmann/Spinellis, *Strafrecht* – Freiheit – Rechtsstaat. Festschrift für G.-A. Mangakis, 1999, p. 751 y ss.; desde otra perspectiva, también Eser, in: Albrecht et al. (Ed.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, 1998, p. 1.525 y s.

3. Por todos en este sentido, Sieber, in: Delmas-Marty (Ed.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998, p. 3; Silva Sánchez, *La expansión*, (nota 2), p. 64.

4. También de acuerdo Silva Sánchez, *La expansión*, (nota 2), p. 72 y s.

5. Tiedemann, *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea*, 1998, p. 20; Ídem, in: Arroyo Zapatero/Tiedemann (Ed.), *Estudios de derecho penal económico*, 1994, p. 243; Ya ídem, in: Vogler et al. (Ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, t. 2, p. 1.411 y ss.; vid. también Vogel, *JZ* 1995, p. 333 y s.; más allá de la conveniencia, afirma la necesidad de tal armonización en síntesis Tiedemann, *ZStW* 110/500, 1998, y de modo especial-

alejada de las particularidades nacionales, que se expresan de modo preferente en la configuración de los diversos tipos de la Parte Especial.

2. Si ello es así, parece que una institución de relevancia tan central para la estructura de cualquier sistema de responsabilidad criminal como el modelo de la punición de la tentativa debería ser especialmente idónea para acometer la labor de armonización. En efecto, no cabe duda alguna acerca de que la tentativa –más allá de la relevancia sistemática que le corresponde en un ordenamiento vertebrado por una teoría general del delito– marca en cualquier sistema penal una frontera de enorme relevancia, al determinar con carácter general el límite entre la esfera de libertad de los ciudadanos y el ámbito de lo punible. Por ello, en consecuencia, debería ser especialmente sencillo elaborar una regla que pudiera convertirse en norma común en esta materia.

De hecho, en cierto sentido, puede tenerse la impresión de que la hipótesis acabada de plantear se corresponde con la realidad. En efecto, la consulta de la jurisprudencia o de la bibliografía de cualquiera de nuestros países muestra que los problemas prácticos y las preocupaciones teóricas giran en torno a las mismas cuestiones,[6] a diferencia de determinados otros ámbitos en los que a veces existen incluso verdaderas dificultades de comprensión entre los distintos sistemas jurídico-penales nacionales.

Sin embargo, aquí termina esa sensación de coincidencia. En particular, son dos los hechos que llaman la atención en este sentido:

en primer lugar, llama poderosamente la atención que el instrumento de mayor relevancia existente hasta el momento en el proceso de armonización, el

mente decidido en su argumentación recogida en Zieschang, *ZStW* 110/525 y s., 1998; cf. el análisis de las coincidencias materiales en cuestiones de Parte General en los ordenamientos europeos hecho por Bacigalupo, *Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, n. 1 (1999), p. 9 y ss., 13 y ss.; vid. también Muñoz Conde, *Revista Penal* 5/44 y ss., 2000; también subraya la necesidad de armonización precisamente en el ámbito de las reglas generales de imputación –si bien desde una perspectiva crítica– Eser, FS Kaiser, p. 1525.

6. Vid. *infra* II.

"*corpus iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea",[7] que contiene, por ejemplo, disposiciones relativas al error (art. 11), a la autoría y la participación (art. 12) o a la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 14), en cambio, no presenta una regulación de la tentativa. Este hecho, que parece contradecir la especial idoneidad a efectos de armonización de la tentativa de la que antes se hablaba, se ha intentado explicar en virtud del ámbito sectorial en el que está surgiendo la elaboración de normas-modelo como las del *corpus iuris*. En este sentido, se ha dicho que el sector del que ha de surgir mediante abstracción y tipificación la futura Parte General europea es el de las infracciones en el ámbito del derecho penal económico, de modo que la irrelevancia de la tentativa en este tipo de infracciones –que ya de por sí suelen suponer supuestos de anticipación de las barreras de punición respecto de los bienes jurídicos clásicos– justificaría la ausencia de regulación hasta el momento.[8] Ciertamente, resulta evidente que corresponde menor relevancia práctica a la tentativa en este sector, entre otras cosas, por no pertenecer estos delitos al llamado derecho penal nuclear, de modo que el intento de su realización nunca puede conllevar la relevancia social que corresponde a homicidios, lesiones o agresiones sexuales intentados. Pero también parece claro que cabe imaginar supuestos de tentativa –por permanecer en el ámbito del *corpus iuris*– de cohecho (art. 3), de revelación de secretos oficiales (art. 6) o de estafa (art. 1) que puedan merecer reproche jurídico-penal. Por otro lado, como antes se ha señalado, no resulta conveniente, en el particular caso de la armonización jurídico-penal europea, comenzar el edificio sólo por las paredes –la Parte Especial–, ya que aquello en lo que contamos con mayores coincidencias –por razones históricas anteriores a la época de la codificación– es en la construcción de tejados –en la Parte General–.[9] Por lo tan-

7. Ed. por Delmas-Marty (versiones francesa e inglesa), 1997.

8. Paliero, *ZStW* 110/420 y ss., 425, 1998.

9. Además de que el mismo *corpus iuris* constituye en cierto sentido ya el punto de arranque de la superación de la vinculación sectorial del proceso de armonización, Tiedemann, *GA* 1998, p. 108.

to, parece claro que también la tentativa debe incluirse en los esfuerzos de armonización, y si ello es así, necesariamente deberá producirse una regulación expresa.[10]

Sin dejar de lado la circunstancia de la orientación concreta del *corpus iuris* en la Parte Especial, parece, sin embargo, que también ha influido en la ausencia de regulación el hecho llamativo que aquí corresponde mencionar en *segundo lugar*, de mucho mayor relevancia: a pesar de la constatación de un marco común en el planteamiento de la problemática de la tentativa, la sorpresa es mayúscula cuando se comprueba que en lo que se refiere a las soluciones adoptadas, en las legislaciones y *praxis* europeas existen diferencias realmente muy notables:[11] desde el ordenamiento italiano, que exige acciones objetivamente idóneas e inequívocamente dirigidas a la realización del hecho,[12] hasta el Straffelov danés, para el cual la tentativa queda constituida por cualesquiera acciones dirigidas a la causación o al favorecimiento del delito,[13] el ámbito de conductas respectivamente abarcadas o excluidas del concepto de tentativa es enormemente divergente.[14]

Por consiguiente, parece –ya con estas consideraciones iniciales– claro que, por un lado, ante tanta diversidad, un modelo de regulación que pueda servir de base para la armonización no podrá consistir en una mera operación de búsqueda de denominadores mínimos comunes. Por otro lado, sin embargo, parece también claro que una armonización de sectores tan relevantes como puede ser la institución de la tentativa es presupuesto necesario de un proceso que merezca tal denominación de "armonización".

10. Tiedemann, *ZStW* 110/502, 1998.

11. Parece subrayar más los elementos comunes Tiedemann, *FS Lenckner*, p. 432 e ídem, *ZStW* 110/511 y s, 1998.

12. Arts. 56 y 49.2 CP.

13. § 21.1 Straffelov.

14. Cf. *infra* II.

3. ¿Qué procedimiento[15] debe emplearse, entonces, para hallar tal modelo de regulación?

Simplificando mucho –quizás en exceso–, en la elaboración de la dogmática de la teoría del delito que se acostumbra en Alemania, España, Italia o Portugal podrían identificarse dos puntos de partida metodológicos. Por un lado, la pretensión de construir las reglas dogmáticas con base en determinados axiomas situados fuera del sistema de regulación en cuestión. Así, puede decirse que la elaboración de reglas dogmáticas se encuentra condicionada por ciertas bases lógico-materiales, o depende de determinados valores prejurídicos, como puede ser determinada imagen del ser humano o de su libertad. Por otro lado, con un punto de vista más orientado a la descripción del funcionamiento del sistema de imputación en cuestión, puede intentarse la construcción de tales reglas sobre la base de una observación de ese sistema mismo, es decir, reconstruyendo la estructura dogmática en función de los contenidos jurídico-positivos del ordenamiento.

Parece claro que no es con estas herramientas con las que puede acometerse la tarea que aquí interesa. La concepción funcional-positivista resulta de modo evidente inaplicable porque ésta se sitúa por definición *dentro* de un sistema de imputación *existente*, no en el momento de su configuración. Y las concepciones que hacen depender la elaboración dogmática de puntos de partida prejurídicos –aparte de encontrarse en franco retroceso en la actualidad– resultarán especialmente inadecuadas en un contexto común europeo en el que las consideraciones de carácter filosófico-sistemático, de orientación alemana, generarán especiales recelos en los ordenamientos de orientación pragmática.[16]

15. Sobre los puntos de partida y los problemas metodológicos de estos procesos de armonización cf. sólo Perron, *ZStW* 109 (1997), p. 281 y ss., 287 y ss., 296 y ss. y Bacigalupo, *Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, n. 1 (1999), p. 9 y ss., 13 y ss., ambos con ulteriores referencias.

16. Vid., por ejemplo, la caracterización de la "concepción empirista" llevada a cabo por Köhler, *FS Mangakis*, p. 751 y s.; otra cuestión distinta es que precisamente para los sistemas jurídicos que

Frente a las dos aproximaciones que se acaban de esbozar, sin embargo, también cabe imaginar una perspectiva intermedia: observar cuál es la orientación fundamental que caracteriza al ordenamiento jurídico –en cuanto "entorno" de la teoría del delito– en relación con la materia de regulación en cuestión e intentar extraer de esta orientación –mediante una construcción, por tanto, deductiva– algunas *pautas directivas* para la configuración dogmática concreta.

Trasladando esta aproximación al momento de creación normativa que la armonización implica, esto supone –ante la inexistencia de un "ordenamiento jurídico" común– orientarse en atención a los elementos valorativos compartidos en el espacio europeo común.[17] Dicho de otro modo, es mediante la identificación de "principios" básicos,[18] situados por encima de los ordenamientos jurídicos concretos, como puede comenzarse la aproximación a una armonización.

Queda claro que con tal procedimiento no se obtendrá mucho más que un marco muy amplio de discusión. Desde un principio, es evidente que en la concreción de este marco deberá, en todo caso, ocupar un papel relevante la consideración de dónde están los límites de lo que los distintos ordenamientos implicados pueden llegar a aceptar, teniendo en cuenta que sus tradiciones jurídicas son en ocasiones muy divergentes.[19] Pero, por otra parte, la tarea no puede consistir sólo en "encontrar" tales principios, sino, en parte, en elaborarlos mediante su concreción dogmática. Pues hallar tales principios por vía de determinación de

han dado lugar a la elaboración de concepciones dogmáticas complejas puede resultar de enorme utilidad –para la detección de excesos de abstracción y de mero *l'art pour l'art*– la confrontación, en cuestiones concretas, con las soluciones ofrecidas por sistemas más "sencillos"; vid. Eser, *FS Kaiser*, p. 1.516 y s.; cf. en sentido próximo Muñoz Conde, *Revista Penal* 5/45 y s., 2000.

17. Cf., por ejemplo, Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 3. ed., 1997, 7/84, nota 76; Silva Sánchez, *La expansión* (nota 2), p. 76 y ss., 82.

18. Tiedemann, *La armonización* (nota 5), p. 15 y s.; Ídem, *ZStW* 110/499 y s., 1998; vid. también Pradel, *Droit pénal comparé*, 1995, n.m. 145 y ss., quien se refiere a esta aproximación como "harmonisation moderée".

19. Para cualquier jurista de corte continental bastará la lectura de Ashworth, *ZStW* 110/461 y ss., 1998, para comprobar lo grandes que pueden ser estas diferencias (respecto de Inglaterra y Gales).

un mínimo denominador común no sólo puede ser imposible –como sucede en el caso de la tentativa–, sino que, en todo caso, no sería suficiente.[20] En última instancia, ello confirma que las decisiones valorativas fundamentales no pueden ofrecer más que un punto de partida, mientras que el concreto funcionamiento en el sistema jurídico, es decir, la configuración concreta de un modelo de regulación, debe ser elaborado con parámetros dogmáticos.[21]

4. Con lo dicho hasta ahora, quedan ya delineados los pasos que deben darse para poder proponer un modelo de regulación común. En primer lugar, como es lógico, para reconstruir el contexto de tal armonización es necesario esbozar sintéticamente las líneas fundamentales de los ordenamientos europeos en este contexto (*infra* II.). En segundo lugar, puede entonces procederse a la identificación de las bases, de los principios conforme a los cuales pueda ofrecerse una formulación común, y proponerse un desarrollo dogmático concreto de éstos (*infra* III.).

2. Estado de la cuestión: líneas fundamentales de los modelos europeos de punición de la tentativa

1. El marco común de la regulación de la tentativa se ve caracterizado, en lo esencial, por la tensión entre el comienzo objetivo de la conducta y los elementos subjetivos que acompañan a la exteriorización de esa conducta.[22] En el ámbito

20. Tiedemann, *ZStW* 110/500, 1998.

21. En este sentido el conocido desarrollo de Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. ed., 1995, p. 302 y ss. –elaborado, como es lógico, no para el momento de creación/establecimiento de reglas, sino para la interpretación de reglas dadas, pero que puede ser de aplicación para lo que aquí interesa–: ciertos principios (entre los cuales Larenz y Canaris incluyen, por ejemplo, el de "autodeterminación y responsabilidad personal" como meras "ideas jurídicas generales") pueden orientar la concreción en reglas en cuanto "pauta rectora" (op. cit., p. 303). Para Larenz/Canaris, aún después de la concreción en "subprincipios", éstos están lejos de "constituir reglas de las que pudiera derivar la decisión de un caso concreto de modo directo" (op. cit., p. 303 y s.). A su vez, el verdadero contenido del principio sólo se concreta, en realidad, en su configuración en la "esfera operativa". Cf. en sentido similar, la distinción de Baldó Lavilla (*Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia*, 1994, p. 40 y s., 43 y ss.) entre "ideas rectoras" y "principios operativos".

22. Tiedemann, *FS Lenckner*, p. 432.

de la discusión dogmática originada sobre todo en Alemania, puede decirse que desde el siglo XIX hasta el momento actual, como es sabido, son tres los grandes modelos de explicación de la tentativa: en primer lugar, teorías orientadas con carácter objetivo en atención a la realización del tipo, ya sean de carácter más formal (ejecución de actos pertenecientes al tipo) o más material (puesta en riesgo del bien jurídico protegido); en segundo lugar, concepciones de acuerdo con las cuales el punto de partida de la punición de la tentativa está en la manifestación de voluntad subjetiva del autor dirigida a la realización del hecho; en tercer lugar, teorías que, superando en cierta medida esta contraposición entre lo objetivo y lo subjetivo, introducen en la construcción también elementos en los que se consideran los efectos del hecho tentado en el conjunto de la comunidad jurídica en general, combinando en función de ello elementos objetivos y subjetivos.[23]

Siguiendo esta clasificación teórica, y simplificando, de nuevo quizás en exceso, también los distintos ordenamientos europeos[24] pueden ordenarse conforme a este esquema teórico:[25] en un primer grupo pueden incluirse aquellos ordenamientos que toman como punto de referencia criterios predominantemente objetivos y sitúan, por ello, la tentativa cerca de la ejecución de elementos del tipo penal; en segundo lugar, pueden ubicarse aquellos sistemas de regulación que, adoptando una posición intermedia, combinan elementos objetivos y subjetivos y no hacen uso de una vinculación tan estricta a la realización de elementos

23. Cf. últimamente, por todos, Murmann, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, p. 3 y ss.; vid. por lo demás sólo Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. ed., 1996, p. 511 y ss.; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. ed., 1991, 25/13 y ss.; Bacigalupo, *Principios de derecho penal, Parte General*, 5. ed., 1998, p. 336 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal, Parte General*, 5. ed., 1998, 13/50 y ss.

24. La información más completa respecto del tratamiento de la tentativa en numerosos ordenamientos en todo el mundo sigue contenida en el trabajo de Jescheck, *ZStW* 99/11 y ss., 1987; vid. también Pradel, *Droit pénal comparé*, n.m. 168 y ss.

25. Dejando de lado que para un estudio verdaderamente exhaustivo de la cuestión sería, en realidad, necesario un conocimiento detallado de la *praxis* de aplicación de la correspondiente institución en cada ordenamiento (así, por ejemplo, con razón Perron, *ZStW* 109/290 y ss., 1997) – un estudio que, como es obvio, escapa a las posibilidades de este trabajo.

contenidos en la descripción típica; en tercer lugar, finalmente, están las regulaciones en las que predomina claramente el aspecto subjetivo del fenómeno de la tentativa. Dependiendo de que el punto de partida fundamental sea uno u otro, las regulaciones, como es natural, adoptan soluciones diversas respecto de las cuestiones esenciales de la tentativa: delimitación entre tentativa y actos de preparación, penalidad de la tentativa, punibilidad o impunidad de la tentativa inidónea.[26] Como se verá, sin embargo, las soluciones materiales configuradas por la *praxis* en cada uno de los ordenamientos no siempre guardan correspondencia con el modelo seguido en principio por el texto legal. Ello muestra una vez más que el modelo de regulación no puede obtenerse con meras definiciones legales abstractas como las que acostumbra el modelo de Parte General de corte alemán. Por el contrario, será necesario –para impedir un tratamiento desigual por parte de los tribunales nacionales– que la densidad de la regulación sea algo más alta.

2. El *primer grupo* de ordenamientos viene determinado de modo esencial por la formulación francesa de la definición de la tentativa, originaria del Code Pénal de 1810: conforme a ésta, conservada en el art. 121-5 del CP de 1994, la tentativa queda constituida "par un commencement d'éxecution". Esta formulación se interpreta de modo estricto en atención a la vinculación directa con el tipo; cabe la punición de la tentativa inidónea.[27] La solución del comienzo de ejecución también ha sido incorporada en términos similares a los ordenamientos belga y holandés, excluyéndose, sin embargo, en ambos la punición de la tentativa absolutamente inidónea.[28] En este grupo debe incluirse de modo destacado también la solución italiana. Si bien el Codice Penale no conserva la formulación francesa

26. En lo que sigue, las consideraciones no abordarán las cuestiones de la punibilidad de formas intentadas de participación, la del desistimiento y de cuáles son las infracciones respecto de las cuales debe resultar punible la tentativa, que muestran un nivel de divergencias mucho menor.

27. Vid. Chabert/Sur, *Droit pénal général*, 2. ed., 1998, n.m. 63 y ss.; Merle/Vitu, *Traité de droit criminel*, 7. ed., t. I, 1997, p. 627 y ss.

28. Cf. las referencias en Jescheck/Weigend, *AT*5, p. 528.

del comienzo de ejecución, su orientación es igualmente objetiva: el art. 56 del CP exige acciones objetivamente idóneas e inequívocamente dirigidas a la realización del hecho, y, además, se declara expresamente la impunidad de la tentativa inidónea en el art. 49.2 del CP.[29] Pertenece también a este contexto la regulación de la tentativa en el ordenamiento español. Por un lado, el art. 16.1 del nuevo Código de 1995 sigue manteniendo la fórmula del principio de ejecución ("da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores"); por otro, se ha añadido a la definición de los actos de ejecución ("actos que deberían producir el resultado") el adverbio "objetivamente" y se ha eliminado la anterior previsión del llamado "delito imposible", es decir, de la tentativa inidónea, contenida en el art. 52 del antiguo CP.[30]

El *segundo grupo* de ordenamientos, de orientación mixta, puede considerarse encabezado por el StGB alemán. De acuerdo con el § 22 StGB, comete tentativa quien conforme a su representación del hecho se dispone directamente a la realización del tipo. Ese "disponerse directamente" (*unmittelbares Ansetzen*) se interpreta como "iniciación de una actividad que sin ulteriores escalones intermedios debe conducir a la realización del tipo";[31] ello se enjuicia, como muestra la formula legal, de acuerdo

29. Cf. Caraccioli, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, 1998, p. 439 y ss.; Fiandaca/Musco, *Diritto penale. Parte Generale*, 3. ed., 1998, p. 405 y ss.

30. Previsión que en realidad parecía poco compatible con la orientación objetiva del Código Penal en la definición de la tentativa. En todo caso, la desaparición de esta disposición ha generado un grado considerable de confusión (vid., por ejemplo, Arroyo Zapatero, *ZStW* 110/455, 1998) en torno a la punibilidad o no de la tentativa inidónea. Así, hay voces conforme a las cuales la tentativa absolutamente inidónea queda ahora fuera del ámbito de la punibilidad (en esta línea, por ejemplo, Quintero Olivares, in: ídem (Dir.) et al., *Comentarios al nuevo Código Penal*, 1996, p. 121; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español, Parte General II*, 5. edición, 1997, p. 99 y s.; Rodríguez Mourullo, in: ídem [Dir.]/Jorge Barreiro [Coord.] et al., *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 77 y s.; Berdugo Gómez de la Torre/Arroyo Zapatero et al., *Lecciones de derecho penal, Parte General*, 1996, p. 238 y s., 240 y s.), mientras que otros consideran que la interpretación del término "objetivamente" no necesariamente debe hacerse en el sentido de un peligro fáctico en consideración *ex post* (vid. sólo las consideraciones de Silva Sánchez, in: ídem, *El nuevo Código Penal*. Cinco cuestiones fundamentales, 1997, p. 123 y ss., 132 y ss., 133; Bacigalupo, *PG5*, p. 339 y s.; vid. también Suárez González, *GA* 1998, p. 116). Sobre esta cuestión, ya con carácter general respecto de un modelo europeo común, habrá que volver más adelante (*infra* III).

31. Jescheck/Weigend, *AT5*, p. 516.

con el plan del autor. En el ordenamiento alemán, esta nueva formulación –que incluye el criterio del plan del autor y anticipa la tentativa hasta el momento inmediatamente anterior al comienzo de la realización de la conducta típica– vino a sustituir la fórmula clásica del Código Penal francés de "comienzo de la ejecución" en 1975; se pretendía evitar la extensión hacia la fase previa, poniendo con esta formulación un punto final a esta evolución iniciada con la asunción de concepciones subjetivas por parte de la jurisprudencia.[32] En la regulación alemana, por otra parte, la tentativa inidónea es, en principio, punible, como demuestra *sensu contrario* la existencia del § 23.3 StGB,[33] y la atenuación de la pena es sólo facultativa (§ 23.2 StGB). Son varios los ordenamientos que han seguido la orientación intermedia marcada por la nueva regulación alemana.[34] Así, a pesar de que el Código Penal suizo sigue utilizando en su art. 21 la expresión "ejecución del delito", es decir, se enmarca nominalmente en la tradición objetivista de corte francés, la interpretación dada por la doctrina y jurisprudencia suizas ubica la regulación en el contexto de la aproximación mixta;[35] la atenuación tanto para la tentativa acabada como para la tentativa inacabada es sólo facultativa, y la tentativa inidónea es punible, con una atenuación facultativa; de modo igualmente facultativo, la tentativa por incomprensión puede generar atenuación.[36] También se ubica en esta aproximación la solución austríaca: el § 15.2 StGB dispone que existe tentativa cuando el sujeto ejecuta su decisión de cometer un hecho "mediante una acción inmediatamente

32. Cf. la exposición de motivos del Proyecto de 1962, p. 144; sobre la evolución en Alemania vid. sólo Weigend, in: Hirsch/Weigend (Ed.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, p. 113 y ss.

33. En el que se prevé la posibilidad de exención de pena o reducción de pena para los supuestos de tentativa inidónea realizada por "burda incomprensión".

34. También en Grecia, al menos la discusión en doctrina y jurisprudencia parece moverse en las coordenadas creadas por la evolución dogmática alemana, vid. Symeonidou-Kastanidou, in: Schulz/Vormbaum (Ed.), *Festschrift für Günter Bemmann*, 1997, p. 259 y ss.

35. Cf. sólo Trechsel, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, 2. ed., 1997, art. 21 n.m. 2 y ss. con ulteriores referencias.

36. Arts. 21.2, 22.2 y 23 CP suizo.

anterior a la ejecución"; la tentativa absolutamente inidónea, sin embargo, es impune (§ 15.3); la pena del delito tentado tan sólo prevé una atenuación facultativa.[37] Lo mismo cabe decir del Código Penal portugués: si bien, al igual que el Código suizo, utiliza la terminología de los "actos de ejecución" (art. 22 del CP), la definición legal de tales actos de ejecución sitúa la concepción de la tentativa claramente en el ámbito mixto de corte alemán; con todo, la atenuación de la pena es obligatoria y la tentativa "manifiestamente" inidónea es impune.[38]

En un tercer "tipo ideal" de regulación están aquellos ordenamientos en los que es evidente que el núcleo de la noción de tentativa viene determinado por el elemento subjetivo. El ejemplo quizás más llamativo y claro es el del ordenamiento danés. Como antes se ha señalado, conforme al art. 21.1 Straffelov puede ser tentativa –castigada con el mismo marco penal correspondiente al delito consumado– cualquier acto realizado con la intención de favorecer o producir un delito. Esta determinación es interpretada, además, en términos estrictamente subjetivos.[39] También el derecho penal inglés pertenece a este contexto. La regulación de *statute law* existente –es tentativa aquella conducta que comporta actos que sean más que "meramente preparatorios"– es completamente tautológica y no aporta nada para la determinación del concepto de tentativa. Pero la *praxis* muestra un claro predominio de la vertiente subjetiva; incluso actos completamente inidóneos pueden ingresar en el ámbito de la tentativa.[40]

3. Bases dogmáticas y político-criminales de una regulación común europea

1. ¿Qué conclusión puede obtenerse con base en la anterior sinopsis? La conclusión fundamental consiste en que es acertada la afirmación de Tiedemann

37. Cf. sólo Triffterer, *Oesterreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1985, p. 352 y ss.
38. Art. 23 del CP; vid. las referencias en Cancio Meliá, *GA* 1998, p. 121 y s.
39. Cf. las referencias en Cornils/Greve, *Das dänische Strafgesetz/Straffeloven*, 1997, p. 7.
40. Vid. por todos Smith/Hogan, *Criminal Law*, 9. ed., 1999, p. 306 y ss.

en el sentido de que la cuestión esencial estriba en la tensión entre el comienzo objetivo de la conducta y los elementos subjetivos que acompañan a la exteriorización de esa conducta.[41] Parece, entonces, que se trata, en lo fundamental, de una confrontación entre una aproximación objetiva y una perspectiva subjetiva del fenómeno penal, y, por lo tanto, del límite mínimo de relevancia penal que la tentativa constituye. Retomando la reflexión antes hecha de que sólo mediante "principios orientadores" es cómo puede acometerse un intento de armonización, inmediatamente se recuerda que en este campo de tensión entre lo objetivo y lo subjetivo se encuentran dos principios que sin mayor indagación pueden considerarse "comunes europeos". Por un lado, el principio de responsabilidad subjetiva, como parte del principio de culpabilidad. Resulta evidente que este principio –limitador– no queda cuestionado en un ámbito como el de la tentativa, en el que existe una "sobrecarga" subjetiva. El otro principio que inmediatamente surge en este contexto es de signo inverso, no limitador en función de lo subjetivo, sino limitador en función de determinados elementos objetivos, e igualmente goza de una larga tradición: *de interna non iudicat praetor* o *cogitationis poenam nemo patitur*. De acuerdo con este principio, nunca puede generar responsabilidad el mero pensamiento, lo que referido a la punición de la tentativa hace pensar que debe existir algún tipo de exteriorización.

2. Podría dudarse de que este principio pueda aportar algo al problema que aquí interesa. En efecto, todas las regulaciones que aquí se han reseñado exigen algún tipo de acto que "manifieste" la intención del sujeto, alguna exteriorización. Sin embargo, una consideración algo más detallada nos conduce rápidamente a la conclusión de que esta aproximación es demasiado simplista. En efecto, la esfera interna de un ciudadano en cualquiera de los Estados implicados no se reduce a la esfera constituida por los impulsos neuronales. Parafraseando la canción popular alemana, algo más que los *Gedanken* son *frei*.

41. Tiedemann, *FS Lenckner*, p. 432.

Recuérdese, a título de mero ejemplo, el enorme desarrollo que ha experimentado en la noción de privacidad en varios sectores del ordenamiento jurídico, o, por descender a un ámbito dogmático-concreto, la discusión –ya antigua– acerca de las injurias cometidas frente a terceros en ámbitos familiares íntimos. Ello muestra que cuando se habla de lo que es la esfera del ciudadano, se está implicando más que sus meros pensamientos.

¿Qué implicaciones tiene esto respecto del problema de la tentativa? Pues, en primer lugar, queda claro que la discusión entre aproximaciones "objetivas" y "subjetivas" en realidad se queda corta. Pues "no hay, ciertamente, más remedio que interpretar una conducta perturbadora a partir también de su contexto subjetivo, pero (...) en el derecho penal de un Estado de libertades no se trata del control de los aspectos internos, con inclusión de los motivos, sino del control de lo externo. *La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores.* De acuerdo con ello, para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de su parte subjetiva y, de un modo más general (...), con independencia también de la conducta del autor en su ámbito privado".[42] Esta visión normativa del ámbito interno se hace especialmente patente en el ámbito de la tentativa, como es natural:[43] si la esfera interna del sujeto

42. Jakobs, *ZStW* 97 (1985), p. 761; sobre esto cf. la exposición y crítica llevadas a cabo por Sancinetti, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desisitimiento de la tentativa*. Una fundamentación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, 1995, p. 31 y ss. y passim.

43. De la que se ocupó ampliamente Jakobs en su contribución a los estudios en memoria de *Armin Kaufmann*, precisamente en abierta oposición a la fundamentación exclusivamente subjetiva ofrecida por éste. Como señala Jakobs con razón, la concepción de Armin Kaufmann –cualquier aproximación exclusivamente subjetiva– se construye sobre la base de que lo único decisivo es la perspectiva del autor; con ello, sin embargo, se deja de tomar en consideración lo que el hecho significa para la víctima y para los demás ciudadanos: el injusto no es por tanto necesariamente un fenómeno socialmente relevante, sino que se convierte en un suceso íntimo, en algo que puede tener lugar en la relación interna entre el autor y la norma. A ello contrapone Jakobs otra concepción en la que el injusto, también el de la tentativa, se centra en la superación del riesgo permitido y en la perturbación social que ello produce; una perturbación que ha de ser "objetivamente comprensible" por cualquier sujeto racional, "comunicativamente relevante" (vid. Jakobs, in:

forma parte de su constitución del ciudadano, entonces no cualquier dato exteriorizado puede incluirse en la valoración como "injusto". Por lo tanto, para la determinación del comienzo de ejecución, de la tentativa, no puede atenderse a datos a incluir en un esquema objetivo-subjetivo, sino que debe tenerse en cuenta, conforme a este entendimiento normativizado del principio del hecho, la relevancia general de la conducta, el significado social de esta conducta. Esta reformulación de las relaciones entre lo objetivo y lo subjetivo, por lo demás, es un fenómeno creciente en la dogmática de la teoría del delito, en particular, en lo que se refiere a la llamada teoría de la imputación objetiva.[44-45]

3. De lo anterior cabe extraer algunas líneas directrices para un modelo de regulación común europeo. En primer lugar, que la extendida tendencia[46] hacia una ampliación del ámbito de la tentativa mediante elementos subjetivos no resulta adecuada al principio del hecho. En segundo lugar, que una concepción objetivo-limitadora de la tentativa no necesariamente tiene que estar vinculada a una visión externo-fáctica del suceso. Y con estas dos orientaciones –en particular,

Dornseifer et al. [Ed.], *Gedächtnischrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 273 y ss., 279; y, críticamente, el exhasutivo trabajo de Sancinetti, *Fundamentación subjetiva* [nota 42], p. 40 y ss. y passim).

44. Pues si de lo que se trata es de una determinación general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido de general, no puede ser decisivo que los datos introducidos en este juicio sean, desde un punto de vista externo-natural, de naturaleza "objetiva" o "subjetiva". Al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo. Lo que importa para este análisis es el significado –en expresión de Mir Puig– "intersubjetivo" de la conducta. Y éste puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante. Vid. sobre esto las referencias en Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, 1998, p. 62 y ss., 82 y s.; Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá, *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, 1999, p. 69 y ss.

45. De hecho, empiezan a aparecer voces que pretenden vincular la concepción de la tentativa con la teoría de la imputación objetiva; K. H. Vehling, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991; Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá, *Un nuevo sistema* (nota 44), p. 114 y ss.

46. Tendencia que parece caracterizar de modo especial los ordenamientos europeos en los últimos años; vid. sólo Huber/Restle, in: Eser/Huber (Ed.), *Strafrechtsentwicklung in Europa*, 1994, p. 1.845 y ss.

teniendo en cuenta la impronta creciente de los elementos subjetivos– cabe decir ya que parece más adecuado para un futuro ordenamiento común el modelo tradicional objetivo de corte francés, pero sin que ello tenga que implicar una exclusión de la punibilidad de toda tentativa inidónea. Por otra parte, para ello es innecesaria una mención al plan del autor, que sólo se puede convertir en un subterfugio para la ampliación de la tentativa; la presencia de este elemento como criterio de interpretación está asegurada por la misma esencia de la tentativa.

Entonces, queda claro que carece de toda posibilidad de alcanzar un consenso en una futura regulación europea –visto lo que puede hacerse en el marco máximo con los "principios europeos comunes"– una regulación como la española, o, más claramente, la italiana, que requieren una especial intensidad objetiva de la tentativa para su punición. Incluso es muy probable que la impronta subjetiva (y extensiva) de ordenamientos de influencia anglosajona impida alcanzar una solución común sobre la medida intermedia (la regulación francesa) que aquí se ha propuesto como punto de partida. La conclusión es clara: en efecto –como algunos han señalado ya[47]–, cualquier ordenamiento europeo común será más expansivo que los nacionales propios. Es cierto que llegar a esta conclusión con un solo análisis sectorial puede ser muy discutible. Pero también parece que no resulta demasiado aventurado al menos formular un pronóstico en este sentido: en efecto, este mismo fenómeno (con sujetos-Estado cambiantes en lo que se refiere a la posición de "ordenamiento de máxima garantía–mínima expansión"; así, puede que el derecho penal sexual danés sea menos "expansionista" que el italiano etc.) se producirá con regularidad, tanto en Parte Especial como en Parte General: se llegará, finalmente, a un punto en el que ningún Estado implicado tenga la sensación se sacrificar ámbitos de punibilidad "necesarios".

47. Cf. sólo Silva Sánchez, *La expansión* (nota 2), p. 64 y ss., 67; Weigend, in Zieschang, *ZStW* 110/524 y s., 1998.

Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs

Tatiana Machado Corrêa

Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes.
Analista Processual – área criminal – da Procuradoria da República no Município do Rio de Janeiro.

Sumário: 1. Globalização e discurso penal atual – 2. O funcionalismo radical: 2.1 Sociedade, norma e pessoa; 2.2 O problema do bem jurídico; 2.3 Do injusto e da imputação objetiva – 3. Culpabilidade funcional e teoria da prevenção: 3.1 A culpabilidade como defeito de motivação; 3.2 O tipo de culpabilidade; 3.3 Defeitos volitivos e defeitos cognitivos; 3.4 A função simbólica da pena; 3.5 Princípio da culpabilidade num Estado Democrático de Direito e conceito funcional de culpabilidade: 3.5.1 O princípio democrático da culpabilidade; 3.5.2 Críticas ao conceito funcional de culpabilidade – 4. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho remete ao estudo do conceito funcional de culpabilidade visando a possibilitar o debate na dogmática penal brasileira atual, eis que, só agora tal tema vem sendo objeto de discussão nas universidades, ao passo que na Europa, em especial, na Alemanha, já é analisado enfaticamente desde o último quartel do século passado. Partiu-se do contexto atual de globalização para, em seguida, analisarem-se as principais formulações da teoria do principal representante do conceito funcional de culpabilidade, Günther Jakobs. Nesse sentido, a análise crítica do conceito funcional de culpabilidade teve como principal objetivo a opção pela defesa da elaboração do conceito de culpabilidade num Estado Democrático de Direito com respeito aos preceitos relativos aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: conceito funcional de culpabilidade; globalização; teoria de Günther Jakobs; crítica; princípio da culpabilidade; Estado Democrático de Direito.

1. Globalização e discurso penal atual

Atualmente, verifica-se o fenômeno da globalização que propõe a existência de um mercado mundial sem fronteiras e sem adoção de medidas protecionistas pelos países, que vem produzindo sérias conseqüências não só no plano econômico, mas também nos aspectos social, político e cultural, indissociáveis.

Alguns dos seus efeitos já podem ser facilmente constatados pela nossa sociedade (desemprego estrutural, concentração econômica por grandes conglomerados financeiros e industriais, privatizações, diminuição do Estado Social, aumento da miséria e da criminalidade).

Zaffaroni[1] define a globalização como um programa de exercício do poder mundial que impõe um controle social punitivo fundamentalmente dos excluídos da economia globalizada. Nesse contexto, diminui-se e enfraquece-se o Estado Social e há um incremento do Estado Penal: há um aumento do número de leis penais (já que têm alto crédito político com baixo custo), adotam-se novos discursos de emergência (exemplos: combate ao narcotráfico, ao terrorismo), propaga-se a visão de que há excesso de garantias e de que é necessário haver um controle social punitivo mais repressivo.[2]

No mesmo sentido, Loïc Wacquant[3] alerta para a adoção nos Estados Unidos de uma nefasta ideologia que vem sendo copiada por vários países europeus e latino-americanos, incluindo o Brasil, de que se deve punir os pobres por meio de uma nova técnica de gestão da miséria.

1. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana". *RBCCrim*, vol. 5, n. 20, p. 13-23, São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1997.

2. Com o mesmo posicionamento: BARATTA, Alessandro. "Defesa dos direitos humanos e política criminal". *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 1997. n. 3, p. 57-69.

3. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 2001. (Coleção Pensamento Criminológico.)

Por esse novo entendimento, vem sendo diminuída a "mão esquerda" do Estado (saúde, educação etc.), a qual, no Brasil, não foi sequer consolidada, para aumentar-se a mão direita (polícia/prisão). Dito de outra forma: a "ditadura" do mercado no Estado neoliberal, que prega a diminuição do Estado Social e a desregulamentação da economia, está associada a uma "ditadura" do Estado penal e policial aos pobres.

Juarez Tavares[4] enfatiza que tal modelo neoliberal tem por princípio fundamental a efetividade dos meios, razão pela qual os perturbadores da ordem econômica e de suas metas culturais são alvo de diversas medidas, entre as quais a crescente legislação penal e o aumento dos recursos disponíveis aos órgãos de persecução criminal ainda que atentatórios aos direitos e garantias individuais, surgindo para os operadores do direito o seguinte dilema:[5]

"Diante deste modelo (neoliberal) é que se apresenta o grande desafio democrático aos juristas, desafio este que centraliza toda a relação entre direito e política criminal: decidir se usam a dogmática penal para mantê-lo ou para destruí-lo".

Com muita propriedade, João Marcelo de Araújo Júnior, destacou o efeito da globalização sobre a dogmática penal:[6]

"Nos anos oitenta e nesta última década do século, as propostas dos funcionalistas do direito penal, *aliadas à* descoberta de bens jurídicos supra-individuais, estão conduzindo a um movimento neocriminalizador. Daí a punição dos novos crimes provocados pela biotecnologia, dos crimes contra a ordem econô-

4. TAVARES, Juarez. "A crescente legislação penal e os discursos de emergência". *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997. n. 4, p. 43-57.

5. Idem, ibidem.

6. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *O direito penal contemporâneo* – Fundamentos. Texto adaptado da aula magna pronunciada no dia 20.02.1997, na abertura do ano letivo da Faculdade de Direito da Unigranrio. Disponível em: <http://www.femperj.org.br/artigos/penpro/app22.htm>. Acesso em: 10 out. 2002.

mica, contra o meio ambiente, contra o consumidor, contra as novas formas de tráfico (órgãos, menores), contra os sistemas de informação e transferência de dados, contra o Estado Democrático, contra a segurança e higiene do trabalho, e a punição do crime organizado".

2. O funcionalismo radical

2.1 Sociedade, norma e pessoa

Günther Jakobs concebe o funcionalismo como a teoria segundo a qual o direito penal visa a garantir a constituição da sociedade.[7]

No intuito de cumprir tal função, a proposta do mestre alemão tem por meta a renormatização dos conceitos jurídico-penais: "O universo dos conceitos jurídico-penais tem de ajustar-se à função social do direito penal e não a fenômenos naturais ou de outro modo alheios ao social".[8]

Reconhece as influências da teoria dos sistemas de Luhmann ao postular que a sociedade é a construção de um contexto de comunicação, cuja constituição se dá pelas normas, razão pela qual ao confirmar a identidade normativa, o direito penal resolve um problema social.[9]

Repete as lições do sociólogo da teoria dos sistemas: "Uma mera reunião de indivíduos humanos não configura uma sociedade".[10]

Segundo Jakobs, há dois tipos de normas: as de entorno social e as que são diretamente da sociedade. As primeiras, referentes à lógica, à matemática e as

7. JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona en una teoria de un derecho penal funcional". *Moderna dogmática penal* – Estudios compilados. Trad. em espanhol de Manoel Cancio Meliá et al. México: Porrua, 2002. p. 3.

8. JAKOBS, Günther. Apud CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal*: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Trad. brasileira de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003. p. XIV.

9. JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona...", cit., p. 7-8.

10. JAKOBS, Günther. "Conocimiento y desconocimiento de la norma". *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. p. 57.

racionalmente orientadas de acordo com as ciências naturais, são inalteráveis, estabilizam-se a si mesmas, de tal maneira que aquele que não as observa, fracassa. Já as normas sociais possuem uma debilidade, eis que sua valoração individual não está assegurada por antecipação, requerendo, portanto, uma garantia social: a pena, a fim de evitar que haja uma alteração arbitrária por parte de quem atua.[11]

As normas sociais são estruturas da sociedade, no sentido de que regulam o conteúdo daquelas relações entre pessoas que podem ser esperadas e com cuja contrariedade não se deve contar. Por tal motivo, a infração das normas não afeta a sua validade.[12]

A questão pode ser assim resumida: o direito penal tem a missão de garantir a identidade da sociedade, a conduta punível é, nesse contexto de comunicação, um aporte comunicativo, expressão de sentido e quando a sociedade aplica uma pena está se negando a mudar sua configuração, mantendo-se firme em seu *status quo*.[13]

Fica claro também ser um neo-hegeliano ao tratar da liberdade na conduta e da função da pena, como se verá adiante.

Para ele, só existe sociedade se houver normas reais e pessoa real é a que age de acordo com a norma.[14]

A positividade é condição essencial do direito, pois preserva o ordenamento jurídico de todos os ataques contrários à sua legitimidade.[15]

Nitidamente afeto à teoria de Luhmann, faz uma distinção entre o sujeito e o portador de um papel: sujeito é desconsiderado para dar lugar à pessoa, que é

11. JAKOBS, Günther. "Imputación jurídicopenal". *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. p. 35-37.

12. JAKOBS, Günther. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigência de la norma?". *El sistema funcionalista de derecho penal*. Lima: Grijley, 2000. p. 57.

13. JAKOBS, Günther. "Imputación...", cit., p. 33.

14. JAKOBS, Günther. "Sobre a teoria da pena". *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998. vol. 4, p. 40.

15. JAKOBS, Günther. "El principio de culpabilidad". *Moderna dogmática...*, cit., p. 94.

o representante de um papel, o qual, por sua vez, significa uma competência socialmente relevante. Justifica tal concepção no aumento da complexidade da sociedade, na qual há cada vez mais contatos anônimos, não se podendo levar em consideração as questões subjetivas individuais, mas sim padrões, pelos quais se mostre o significado vinculante de qualquer comportamento: "É necessário fixar de modo objetivo o que significa um comportamento, se significa uma infração da norma ou algo inócuo".[16]

Quem age sem contrariar seu papel, não defrauda uma expectativa, sendo seu comportamento socialmente adequado. Não se espera que cada um evite a lesão de um bem, mas apenas daquele a quem incumbe tal evitação. Destarte, não há proibições genéricas de lesão nem mandatos genéricos de salvação.[17]

Numa sociedade livre, cada pessoa tem seu âmbito de organização, que deve administrar sem interferir no âmbito das demais pessoas.

Sob tal perspectiva, em vez de distinguir entre delitos comissivos e delitos omissivos, defende a existência de dois tipos de delito: delitos de domínio (em virtude de responsabilidade por orientação) e delitos de infração de um dever (em virtude da responsabilidade institucional). Nos primeiros, há uma expectativa de conteúdo negativo, de que cada um só pode atuar dentro de sua esfera de liberdade, sem adentrar âmbitos de organização alheios. Já os delitos de infração de um dever referem-se às instituições que devem estar em harmonia com as esferas de organização dos indivíduos singulares, ou seja, possuem um conteúdo positivo decorrente de deveres especiais estabelecidos pelo ordenamento jurídico.[18]

Segundo sua linha de pensamento, existe uma relação de reciprocidade entre sociedade e direito penal, pois esse deveria assumir novos problemas so-

16. JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona...", cit., p. 22-24: "es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo".

17. JAKOBS, Günther. "¿Qué protege el derecho...?", cit., p. 47-49.

18. JAKOBS, Günther. *Derecho penal* – Parte general – Fundamentos y teoria de la imputación. Trad. espanhola de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 11.

ciais para que o sistema jurídico alcançasse a complexidade adequada com referência ao sistema social.[19]

Dessa forma, procura defender a previsão de crimes de perigo abstrato, já que a sociedade atual é complexa, repleta de contatos anônimos, sendo cada vez mais difícil para cada um se orientar entre o comportamento permitido e o contrário à norma. Ao sinalagma da liberdade de comportamento corresponde o resultado pelas conseqüências, devendo ser garantido o direito à segurança, em seu sentido normativo.[20]

2.2 O problema do bem jurídico

O direito penal não garante a segurança de bens jurídicos, mas sim a vigência da norma. Portanto, quando se pretende garantir padrões cognitivos de comportamento, o direito penal os converte em normas, proibindo um comportamento não por ser lesivo, mas sim porque de acordo com um juízo geral poderia lesionar. Exemplo: a proibição de conduzir em estado de ebriedade, sem que haja a necessidade de constatação cognitiva do juízo de perigo correspondente a tal comportamento.[21] Ao prever tal crime de perigo abstrato, o legislador estabelece por quais modalidades de conduta já se está desempenhando um papel de homicida ainda que o autor do comportamento tenha outra opinião.[22]

Em sua concepção, a teoria da proteção dos bens jurídicos não é democrática, mas, pelo contrário, é própria de um direito penal de inimigos, pois o autor de uma conduta é visto como o inimigo do bem jurídico. Já o direito penal do cidadão otimiza as esferas de liberdade.[23]

19. JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona...", cit., p. 7.

20. Idem, ibidem, p. 18-21.

21. JAKOBS, Günther. "El concepto jurídico-penal de acción". *Moderna dogmática...*, cit., p. 69.

22. JAKOBS, Günther. "¿Qué protege el derecho...?", cit., p. 53.

23. JAKOBS, Günther. "Criminalización en el estádio prévio a la lesión de un bien jurídico". *Moderna dogmática...*, cit., p. 393-397.

Jakobs entende que o direito penal só garante a suficiente fidelidade ao ordenamento jurídico.[24] A pessoa aparece com seus direitos de forma limitada por meio de sua tarefa pública de garantir a validade da norma.[25]

Sob tal ótica, o bem jurídico tem seu enfoque reduzido: só será protegida a validade fática da norma. Assim, por exemplo, a vida e a propriedade não serão considerados bens jurídicos, salvo se inseridos no âmbito de um vínculo jurídico.[26] Por exemplo, o social num homicídio não é a lesão da carne da vítima tampouco a destruição de sua consciência, mas sim a afirmação contida na conduta punível que questiona a norma. Em suas palavras: "O direito penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos".[27]

O delito não é mais que a infração de um dever. Assim, o autor só deve responder pela infidelidade da norma e não em relação a outros possíveis defeitos de constituição.[28]

Em síntese, a ênfase é dada à estabilidade das normas, pois o direito penal se desenvolve na comunicação e não na consciência individual.

2.3 Do injusto e da imputação objetiva

O injusto é conceituado como o comportamento típico evitável não justificado. Sua compreensão parte do confronto entre tipicidade e antijuridicidade.[29] Em síntese, a inexistência de causas de justificação permite afirmar a existência do injusto.

24. JAKOBS, Günther. "Observaciones sobre la imputación objetiva". *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, vol. 3, n. 5, p. 22, Porto Alegre: [s.n.], jan.-abr. 2002.

25. JAKOBS, Günther. "Sobre el concepto de delito contra la persona". *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, vol. 3, n. 5, p. 182, Porto Alegre: [s.n.], 2002.

26. Idem, ibidem, p. 169.

27. JAKOBS, Günther. "¿Qué protege el derecho...?", cit., p. 57 e 46.

28. JAKOBS, Günther. "Observaciones...", cit., p. 22.

29. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 144.

O conceito jurídico-penal de conduta, na ótica jakobiana, deve combinar sociedade e direito penal, de maneira que a mesma seja compreendida como tomada de postura relevante no plano de comunicação.[30]

O direito penal não garante a segurança de bens jurídicos, mas a vigência das normas. Em conseqüência, conduta é a objetivação da falta de reconhecimento de tal vigência, isto é, a expressão de sentido de que a norma em questão não é a máxima reitora.[31]

Adota um supraconceito que trata da ação como da omissão: "Conduta é a evitabilidade de uma diferença de resultado",[32] no qual a evitabilidade é aferida no aspecto objetivo e não individual.[33]

O resultado da conduta é a violação da norma.

O dolo e a culpa não fundamentam o injusto como fatores psíquicos individuais, mas sim como expressões de um defeito que se manifesta no indivíduo determinado em moldes objetivos.[34] Dito de outro modo: o dolo e a culpa se expressam na evitabilidade.

Só pode ser ação aquilo que é objetivamente imputável. Toma por base o papel (competência relevante) de cada um na sociedade.[35]

O papel é aferido de acordo com situação objetiva. Exemplo: um estudante de biologia, que possui conhecimentos especiais, ao trabalhar como garçom, só deve se preocupar em cumprir o papel de garçom, de tal modo que, caso descubra numa salada exótica uma fruta, que sabe pelos seus estudos ser vene-

30. JAKOBS, Günther. "El concepto jurídico-penal de acción". *Moderna dogmática...*, cit., p. 46 e 61.

31. Idem, ibidem, p. 67.

32. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, cit., p. 177.

33. JAKOBS, Günther. "El concepto...", cit., p. 71.

34. Idem, ibidem.

35. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. brasileira de André Luís Callegari. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 22.

nosa, pode servi-la ao cliente do restaurante, pois não responderá pelas conseqüências danosas.[36]

Quanto ao conceito de ação, não basta que seja objetivamente imputável: é necessário que haja também a culpabilidade. Dito de outra forma: a ação é a assunção culpável da competência por uma lesão da vigência da norma.[37]

Segundo Carlos Parma, ao postular que a ação incorpora a evitabilidade e a culpabilidade, Jakobs retoma as idéias de Hegel de eliminação da separação entre injusto e culpabilidade, sendo uma ação igual a uma ação culpável.[38]

Sob tal perspectiva, assinala Manuel Cancio Meliá ser o injusto, na perspectiva jakobiana, um mero conceito auxiliar, eis que o sistema global de imputação só se perfaz mediante a existência de todos os requisitos da imputação objetiva, acrescida da culpabilidade.

Na imputação objetiva, a aferição de um comportamento como lícito ou ilícito, não considera a situação individual do autor, mas sim o portador do papel, a pessoa, e regras específicas de uma sociedade.

Pode-se resumir que um comportamento não permitido é inferido quando há violação do papel do cidadão fiel ao direito.[39] Destacam-se três proposições: da igualdade das pessoas, de forma que cada um pode agir dentro de sua esfera de liberdade, da responsabilidade das demais pessoas, sendo assim possível confiar na correta configuração do mundo e da limitação da comunidade com o outro, o que significa que não se pode atribuir um comportamento incorreto ao antecessor que agiu cumprindo seu papel de cidadão fiel ao direito.[40]

36. JAKOBS, Günther. *A imputação...*, cit., p. 48-49.

37. JAKOBS, Günther. "El concepto...", cit., p. 74-75.

38. PARMA, Carlos. *El pensamiento de Günther Jakobs* – El derecho penal del siglo XXI. Mendonza: Cuyo, 2001. p. 78.

39. Idem, ibidem, p. 75.

40. JAKOBS, Günther. "Imputación...", cit., p. 43.

Por conseguinte, relacionam-se com tais proposições quatro instituições jurídico-penais: risco permitido, princípio da confiança, proibição de regresso e competência (capacidade) da vítima. A negação destas hipóteses afirma um juízo positivo de tipicidade.[41]

Risco permitido é o inerente ao contato social, numa sociedade de liberdades. Comportamentos que criam riscos permitidos (exemplo: dirigir) são atípicos, devido à existência de tolerância geral e não excepcional a esses.[42]

Quanto ao princípio da confiança visa a tornar possível a divisão do trabalho, sendo cada um responsável dentro da atuação que cabe dentro de seu papel (exemplo: no trânsito). Já a proibição de regresso significa que, se a pessoa anterior agiu cumprindo seu papel de cidadão fiel ao direito, não responde caso o outro incorpore a esse vínculo uma atividade não permitida (exemplo: comprar pão do padeiro e colocar veneno para matar alguém).[43]

Por último, no tocante à competência (capacidade), quem atuou por risco próprio não pode alegar ser vítima, já que não desempenhou tal papel. Exemplo: pedir a um ébrio que lhe leve a algum lugar dirigindo, o que resulta num acidente com lesão corporal.[44]

Superada a etapa do juízo de tipicidade (imputação objetiva do comportamento), que tenha sido concluído afirmativamente em face da inexistência das hipóteses acima, há um segundo nível da imputação objetiva, aplicável nos delitos de resultado, que é a verificação de que o resultado produzido se deu em virtude do comportamento objetivamente imputável (imputação objetiva do resultado). Nesse aspecto, o comportamento não permitido só pode ser explicação do resultado, quando houver possibilidade de planejar sua inocorrência.[45]

41. CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 85-86.
42. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva...*, cit., p. 35-39.
43. Idem, ibidem, p. 26-27.
44. Idem, p. 28-29.
45. CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 85-86.

Nesse segundo momento, Jakobs rejeita a mera causalidade e adota o critério da planificabilidade, pelo qual só cabe determinar a conexão entre um comportamento não permitido (= risco) e um resultado se antes tiver sido verificado como se pode produzir a orientação numa sociedade: "só os danos que de modo planificado são evitáveis e que aparecem como conseqüência de um comportamento não permitido são devidos a este comportamento não permitido e podem, portanto, ser explicados por meio deste".[46]

Quanto à antijuridicidade, é essencial, para o seu reconhecimento, que o agente tenha reconhecido a situação justificante e atuado neste contexto, ou seja, que tenha querido conformar sua conduta ao direito.[47] Ou seja, é excepcional, devendo haver um saldo positivo em favor do agredido, numa relação custo/benefício. Para tanto, adota três princípios: da responsabilidade (agredido deve responder pelas conseqüências de seu comportamento, segundo papel desempenhado), da definição de interesses em favor do agredido (nos casos em que um terceiro age em favor dele; exemplo: estado de necessidade de terceiro) e da solidariedade (atuação em favor da comunidade, nos casos de exercício de funções e no estado de necessidade agressivo).[48]

3. Culpabilidade funcional e teoria da prevenção

3.1 A culpabilidade como defeito de motivação

Jakobs trata a culpabilidade como juízo de não adaptação do sujeito aos processos sociais, ao definir o delito como comunicação defeituosa imputada ao autor como culpa sua.[49]

46. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva...*, cit., p. 79-84.
47. TAVARES, Juarez. *Teoria...*, cit., p. 253.
48. Idem, ibidem, p. 259-260.
49. JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma y persona...", cit., p. 4.

Culpabilidade é o "déficit de fidelidade ao direito".[50]

A função do conceito de culpabilidade é caracterizar a motivação do autor desconforme ao direito como motivo do conflito, visando a castigá-lo.[51]

Dito de outro modo, a culpabilidade é a constatação social de que a conduta (comunicação) do autor é errônea, destruidora das estruturas e que por isso não deve ser seguida, deve ser anulada mediante a pena, que restaura a quebra da norma.[52]

Entende que o princípio da culpabilidade significa que essa é um pressuposto necessário da legitimidade da pena estatal.

Em sua explanação, se o sujeito que está submetido à norma, não a cumpre, isso lhe é imputado como culpabilidade e tal imputação se evidencia pela pena.[53] Isso porque a conduta é uma negação da estrutura da sociedade (norma) e a pena, sua confirmação.

O que fundamenta a culpabilidade é o juízo social objetivo de falta de fidelidade ao ordenamento jurídico e não os processos psíquicos do autor da infração à norma.[54] Em outras palavras, o que interessa é o *output* do sistema.

Ressaltando, mais uma vez, a sociedade atual como complexa, em que há vários contatos anônimos, exclui a possibilidade de se tomar como decisiva a autonomia individual do sujeito, enfatizando que a norma deve exigir um elevado nível de uniformidade na definição de papéis, especialmente o papel do cidadão que respeita as normas de direito penal. Afinal, segundo o penalista alemão, não se pode conceber o destinatário da norma antes da sociedade.[55]

50. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, cit., p. 581.
51. Idem, ibidem, p. 579.
52. JAKOBS, Günther. "¿Qué protege el derecho...?", cit., p. 58.
53. JAKOBS, Günther. "El principio...", cit., p. 101.
54. JAKOBS, Günther. "¿Qué protege el derecho...?", cit., p. 56.
55. JAKOBS, Günther. "El principio...", cit., p. 107-108.

A culpabilidade é vista como defeito de motivação, eis que está fundamentada na necessidade de manter a confiança comunitária no direito, sob a seguinte perspectiva: a sociedade é processo anômico de comunicação e não conjunto de pessoas, o crime é alteração do processo de comunicação e a norma jurídica é modelo de comunicação; logo, a infração da lei é incompatibilidade do sujeito com a ordem jurídica.

Adere à teoria da *actio libera in causa*, mediante o seguinte raciocínio: o autor da conduta que, deliberadamente, embriaga-se para praticá-la, já está, ao beber, dando início à execução do delito, pelo qual deve responder.[56]

Destarte, quanto menor a vontade do sujeito de ter em conta a norma, mais obstinada é a sua infidelidade ao direito e mais grave será a culpabilidade (exemplo: delinqüência reiterada[57]). Porém, ao revés, quanto menos condições tiver de possuir os conhecimentos necessários, ou seja, de conhecer a norma, menor será sua culpabilidade.[58]

3.2 O tipo de culpabilidade

O tipo de culpabilidade é o conjunto de elementos que servem para determinar a deslealdade do autor ao direito, ou seja, a motivação juridicamente incorreta e a responsabilidade do autor por ela. O tipo de exculpação é composto dos elementos de inexigibilidade. O tipo total de culpabilidade seria assim obtido: tipo de culpabilidade acrescido de tipo de exculpação. Havendo inexigibilidade, não pode haver culpabilidade.[59]

A capacidade de culpabilidade exige a presença de dois fatores: imputabilidade e exigibilidade em cada âmbito.[60]

56. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, cit., p. 611.
57. Idem, ibidem, p. 587-588.
58. Idem, p. 82-83.
59. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, cit., p. 596.
60. Idem, ibidem, p. 598.

O autor só é responsável pelo déficit de motivação se no momento da conduta possui competência para questionar a validade da norma, ou seja, deve ser imputável. Repetindo as lições de Hegel, imputável é alguém que pode ser definido como igual.[61]

A culpabilidade pressupõe o injusto que pode ser definido como o comportamento típico evitável não justificado.

Quanto à polêmica questão do livre-arbítrio, Jakobs esclarece não ser o ponto relevante da culpabilidade, que se fundamenta na liberdade de auto-administração: "O sinalagma dessa liberdade é a obrigação de manter fidelidade ao ordenamento jurídico".[62]

3.3 Defeitos volitivos e defeitos cognitivos

O mestre de Bonn opera a distinção entre defeitos volitivos e defeitos cognitivos.

A imputação culpabilista é a imputação de um defeito volitivo, qual seja, o de déficit de motivação fiel ao direito. Assim, no crime doloso o ponto decisivo não está na plena consciência da antijuridicidade aliado ao conhecimento de suas conseqüências, mas sim na falta de motivação dominante dirigida à evitação.[63]

Isso porque a sociedade teria surgido a partir da vigência da primeira norma, sendo o conhecimento da norma equivalente ao da realidade social, ainda que o agente não a aceite como válida.[64]

O defeito cognitivo refere-se ao desconhecimento da norma por alguém imputável e não indiferente e só pode ser alegado em três grupos de casos: a

61. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, cit., p. 598-599.

62. Idem, ibidem, p. 114-116: "El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico".

63. Idem, ibidem, p. 103.

64. JAKOBS, Günther. "Conocimiento y desconocimiento...", cit., p. 57-63.

atuação num âmbito da sociedade alheio (exemplo: estrangeiro sem informação conduz um automóvel no trânsito de outro país), no desconhecimento de aspectos secundários da norma (exemplo: supor que agredir ladrão que ameaça voltar configura legítima defesa) e nas hipóteses de desconhecimento de normas puramente técnico-sociais (exemplo: o proprietário de um terreno na Alemanha não saber que explorar o próprio solo sem autorização governamental é proibido). O desconhecimento da norma, se evitável, atenua a pena e, se inevitável, exclui a culpabilidade.[65]

Em síntese, quem não pode conhecer a lei atua sem culpabilidade, mas quem pode conhecer a lei, em princípio, também pode respeitá-la.[66]

3.4 A função simbólica da pena

Em sua concepção de pena, Jakobs faz uma mescla dos entendimentos de Luhmann e de Hegel, respectivamente, em relação à função simbólica da pena de garantir a manutenção contrafáctica da norma e da igualdade de valor.

A culpabilidade, conforme anteriormente mencionado, na teoria de Jakobs, visa a fundamentar a necessidade de punir para confirmar a obrigatoriedade do ordenamento perante o cidadão fiel ao direito.

Sob esse aspecto, a pena cumpre função preventivo-geral positiva: deve garantir a segurança das expectativas nos contatos sociais, possibilitando a existência da própria sociedade.[67]

Em relação à pena, é certo que a concepção de Jakobs sofreu modificações, passando agora a dar ênfase nos efeitos causados na sociedade: restaurar a configuração normativa da sociedade.[68]

65. JAKOBS, Günther. "Conocimiento y desconocimiento...", cit., p. 57-64.

66. Idem, ibidem, p. 109.

67. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, cit., p. 20.

68. Idem, p. XXIII.

Como assinala Manuel Cancio Meliá, Jakobs vem destacando cada vez menos a relação interna entre o autor (potencial) do fato e a norma, questão central do finalismo, para enfocar com mais preocupação a significação social da vigência das normas e de sua infração, que se traduz na defesa de que a pena se dirige a todos os membros da sociedade, posto que necessária à reafirmação da vigência da norma infringida.[69]

Sob esse novo prisma, a pena existe para caracterizar o delito como tal, visa a confirmar a configuração normativa concreta da sociedade e não para prevenir delitos. O que se previne é a erosão da configuração normativa real da sociedade.[70]

O fim da pena é o de garantir a vigência da norma, promover a confiança na norma, a fim de que isto repercuta em todos os sujeitos.

Dito de outra maneira: a pena demonstra que o autor não se organizou corretamente, significa que o comportamento infrator não é determinante, a norma é que continua sendo o determinante.[71]

O comportamento contrário à norma perturba a orientação, pois põe em dúvida o caráter da sociedade de ser real. Desta forma, o agente, ao não reconhecer materialmente a sociedade, deve ser privado de sua personalidade material.[72]

Porém, só em relação àquele que possa ser reconhecido como igual, pode ser imposta uma pena, pois assim "se honra ao delinqüente como ser racional como formulou Hegel".[73]

69. CANCIO MELIÁ, Manuel. "Dogmática y política criminal en una teoria funcional del delito". *El sistema funcionalista...*, cit., p. 33-34.

70. JAKOBS, Günther. "Sobre a teoria...", cit., p. 39.

71. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, cit., p. 13.

JAKOBS, Günther. "Sobre a teoria...", cit., p. 41.

72. Idem, ibidem.

73. JAKOBS, Günther. "El principio...", cit., p. 106: "se honra al delincuente como ser racional como formuló Hegel".

Quando o autor não é reconhecido como igual, não há perturbação da função estabilizadora de expectativas do direito. Exemplos: crianças, pessoas com problemas psíquicos, quem atua sob estado de necessidade exculpante.[74]

O infrator da norma lesiona a si e aos outros como pessoa. Assim, a sociedade deve então exercer legítima defesa ao infrator da norma, anulando a conduta contrária à norma, mediante pena, cuja medida será regida pela medida de denegação da personalidade objetiva no fato e não para intimidar.[75]

A pena significa a permanência da realidade da sociedade sem modificações, a confirmação da sua identidade normativa,[76] podendo produzir outros efeitos de caráter não essencial ao seu fim, tais como a intimidação e o exercício de fidelidade ao direito.[77]

3.5 Princípio da culpabilidade num Estado Democrático de Direito e conceito funcional de culpabilidade

Ao adentrar-se nas conseqüências do conceito funcional de culpabilidade, infere-se que o mesmo é incompatível à luz do princípio da culpabilidade num Estado Democrático de Direito. Para tal conclusão, deve ser primeiramente abordado tal princípio, para em seguida colocarem-se as restrições ao conceito funcional de culpabilidade.

3.5.1 O princípio democrático da culpabilidade

O princípio da culpabilidade, de índole democrática, é de recente conquista da humanidade.

74. JAKOBS, Günther. "El principio...", cit., p. 110.
75. JAKOBS, Günther. "Sobre a teoria...", cit., p. 43-45.
76. Idem, ibidem, p. 48-51.
77. JAKOBS, Günther. "¿Qué protege el derecho...?", cit., p. 59.

Como corretamente analisa Nilo Batista, "um longo processo, certamente inconcluso, transformou radicalmente as bases da responsabilidade penal. O ponto mais importante desse processo é a produção histórica do princípio da culpabilidade".[78]

O princípio da culpabilidade, previsto, em regra, implicitamente, nas Constituições dos países democráticos, pode ser sintetizado na expressão "não há crime sem culpabilidade", da qual, defluem as seguintes conclusões: não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado, a responsabilidade é pelo fato e não relativa à pessoa do autor e a culpabilidade é meio de limitação da pena.

Zaffaroni aponta para dois níveis do princípio da culpabilidade, o primeiro concernente à tipicidade, que significa que a conduta para ser típica deve ser ao menos culposa (*nullum crimen sine culpa*) e o segundo nível atém-se à culpabilidade, a fim de que só haja delito se o injusto for reprovável ao autor.[79]

Como assinala Batista, tal princípio impõe a subjetividade da responsabilidade penal e a personalidade dessa, cujas conseqüências são a intranscedência (pena não pode ultrapassar a pessoa do autor ou partícipe) e a individualização da pena (a pena aplica-se a uma pessoa concretamente considerada).

Quanto ao primeiro nível (subjetividade da responsabilidade penal), Pierangeli afere que o Código Penal vigente, com a reforma de 1984 (Lei 7.209, de 11.07.1984), adotou o princípio da culpabilidade, pelo qual "não se admitirá a aplicação de pena sem que se verifique a culpabilidade do agente por fato doloso ou pelo menos culposo".[80] A seguir reproduzidos os arts. 18 e 19 do Diploma Legal:

"Art. 18. Diz-se o crime:

78. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 103.

79. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro.* 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 522-523.

80. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 87.

Crime doloso

(...)

II – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

(...)

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Agravação pelo resultado

Art. 19. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente".

Raúl Cervini, ao propor processos de descriminalização de diversas condutas, acertadamente, com base no princípio da culpabilidade no Estado Democrático de Direito, prevê a retirada dos textos penais das figuras de responsabilidade objetiva, dos delitos qualificados pelo resultado, cuja agravação da pena decorra da mera causação de um resultado mais grave sem que haja dolo ou culpa, e dos crimes de perigo abstrato.[81]

Quanto ao segundo nível do princípio da culpabilidade, Zaffaroni reconhece centrar-se sobre a base antropológica, pois, ao prever que "não há pena se a conduta não for reprovável ao autor", o que se pretende é a afirmação do homem como ente capaz de autodeterminar-se.[82]

O princípio da culpabilidade possui amparo na Constituição brasileira mediante os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), da prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II), da personalidade da responsabilidade penal

81. CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. Trad. brasileira de Eliana Granja et al. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 150-153.

82. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 607.

(art. 5.º, XLV), da individualização da pena (art. 5.º, XLVI), da presunção da inocência (art. 5.º, LVII) e da igualdade (art. 5.º, *caput*).

No tocante à dignidade da pessoa humana, consagra a Carta Magna, como um dos princípios que fundamenta o próprio Estado Democrático de Direito, razão pela qual deve-se tomar o homem como fundamento da ordem jurídica e não o inverso.

O texto constitucional é expresso quanto à incorporação de outros direitos e garantias previstos em tratados assinados pelo Brasil (art. 5.º, § 2.º), como, por exemplo o Pacto de San Jose da Costa Rica (Dec. 678, de 06.11.1992), o qual prevê em seu art. 8.º, item 2 que: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Destaca-se a exposição de Ferrajoli: "O princípio da culpabilidade serve para evitar os paralogismos, tanto o determinista, que desvincula o fato delituoso da culpabilidade, quanto o indeterminista, que afasta a culpabilidade do fato delituoso".[83]

3.5.2 Críticas ao conceito funcional de culpabilidade

Sintetizando as principais exposições de Jakobs quanto à culpabilidade, tem-se a defesa do injusto como mero conceito auxiliar da imputação, a qual só se completa com a culpabilidade, definida como déficit de motivação conforme o direito. Adequada a crítica de Schünemann acerca do círculo vicioso do pensamento jakobiano: a imputação se explica pela culpabilidade e vice-versa, sendo as verdadeiras decisões tomadas de modo puramente decisionista.[84]

83. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. brasileira de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 398.

84. SCHÜNEMANN, Bernd. "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana". *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, vol. 1-2, p. 39, Buenos Aires: Ad Hoc, abr. 1996.

Prosseguindo, o mestre de Bonn pensa que a culpabilidade existe para realizar uma função: a manutenção das expectativas normativas, sendo que o juízo de culpabilidade sobre alguém que praticou uma conduta baseia-se em aspectos objetivos (papéis) e não aspectos internos, individuais. Outra restrição a ser feita é quanto à defesa da pena como medida da culpabilidade e não a culpabilidade como limitação da pena, como propõe o princípio democrático da culpabilidade. Há inserção da conduta no sistema dentro da relação *input* (conduta proibida) e *output* (resposta punitiva).[85]

A ótica de Jakobs desloca a discussão do conflito na sociedade para uma simplificação, baseada na sua neutralização, com o propósito de manutenção do *status quo:* parte-se da necessidade de se assegurarem as expectativas cognitivas, da definição da culpabilidade como déficit de motivação conforme ao direito e da defesa da autoconfirmação da norma pela pena. Nas palavras de Heitor Costa Júnior: "Trata-se, assim, de uma forma de controle social que não permite a contestação e preserva integralmente o sistema, tendo-o como perfeito, justo e imutável".[86]

Com tal objetivo, tal teoria combina fundamentos doutrinários de Hegel (indivíduo só existe a partir do Estado e não o contrário; pena visa à restauração do direito), de Durkheim (sociedade sem conflitos, criminoso em desacordo com o *status quo*) e de Luhmann (o homem é mero sistema físico-psíquico, o papel do direito é simbólico, visa a estabilizar expectativas normativas, ou seja, dirigido ao futuro).

Alessandro Baratta conclui que a teoria de Jakobs nada mais é do que uma tentativa tecnocrática de dar uma nova fundamentação à pena e de proteger o sis-

85. CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial internacional no protocolo do Mercosul.* São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 190.

86. COSTA JUNIOR, Heitor. "Crítica à legitimidade do direito penal funcionalista". *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 2000. n. 9-10, p. 43-57, 100.

tema penal da profunda crise que enfrenta, com o fito de reproduzir ideológica e materialmente as relações sociais existentes.[87]

Tal teoria insere-se no contexto de globalização já mencionado, pelo qual é cada vez mais freqüente a defesa de um direito penal de maior eficácia em detrimento de direitos e garantias individuais.

Uma breve análise do princípio da culpabilidade num Estado Democrático de Direito demonstra a incompatibilidade da subsistência do conceito funcional de culpabilidade.

A culpabilidade funcional é meramente instrumental, eis que propõe tão-somente a afirmação de que o indivíduo agiu deslealmente ao direito, a fim de assegurar que seja mantida a estabilidade da norma. Não se refere a um sujeito concretamente determinado, pois não leva em conta os aspectos individuais, internos do autor da infração à norma, mas sim o juízo social objetivo de falta de fidelidade ao ordenamento jurídico e não os processos psíquicos.

Nas precisas colocações de Zaffaroni, há uma tentativa extrema de esvaziar o conceito de culpabilidade como é conhecido em seu sentido corrente, para atender à suposta necessidade de auto-estabilização do sistema, o que significa dizer que se dirige ao futuro, o que abre espaço à arbitrariedade judicial (estatal).[88]

Em primeiro lugar, a culpabilidade deve considerar o homem como pessoa e não como mero sistema físico-psíquico. A negação do caráter antropológico da conduta resvala nas mesmas conseqüências da Escola Positiva, cujo objeto de estudo era o homem delinqüente.

Como adequadamente analisa Hassemer, há um retrocesso às concepções já superadas da filosofia do direito penal e das teorias político-criminais

87. BARATTA, Alessandro. *Integración-prevención:* una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. Doctrina penal – Teoría y práctica en las ciencias penales. Buenos Aires: De Palma, 1985. n. 29-32, p. 15 e 21.

88. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva". *Revista de Derecho Penal* 11/62-63, Montevidéu: [s.n.], 2000.

que viam no delinqüente um infrator da norma, um "estranho" que precisava ser isolado.[89]

Em segundo lugar, o homem deve ser tomado como fundamento da ordem jurídica, não podendo ser sua dignidade anulada para afirmar aquela. Portanto, não é o homem que existe para garantir a norma, mas, ao revés, a ordem jurídica existe em razão da pessoa. Em síntese, o homem é o fim e não o instrumento, o meio.

Pertinente, por isso, a objeção no tocante à questão do conceito funcional de culpabilidade depender da prevenção positiva da pena, eis que o resultado é um círculo vicioso, no qual o sujeito é instrumentalizado: a culpabilidade depende da pena, que confirma a norma, e vice-versa. Conseqüentemente, pode-se resvalar num incremento do poder punitivo, mormente, da aplicação mais freqüente das penas privativas de liberdade.

Contrário a tal proposição, Bustos Ramírez enuncia o princípio da indemnidade, oriundo do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual a pessoa não pode ser instrumentalizada pela sanção, isto é, não pode ser concebida como meio.[90]

Na defesa de um Estado Democrático de Direito, Hassemer expõe:[91]

"Penas sem responsabilidade individual, cominações de penas sem um bem jurídico palpável, conseqüências penais sem um padrão de proporcionalidade normativo e condenações sem autênticos direitos do condenado são vedadas em qualquer direito penal, independentemente das exigências de modernização".

89. HASSEMER, Winfried. *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz"*. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2008/hassemer08.htm>. Acesso em: 2 jan. 2002.

90. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Princípios fundamentales de un derecho penal democrático*. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTAS%2008/Bustos08.htm>. Acesso em: 8 out. 2002.

91. HASSEMER, Winfried. "História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra". *RBCCrim* 6/36-71, São Paulo: Ed. RT, 1994.

Na verdade, o funcionalismo radical é um esforço teórico que pretende fundamentar um direito penal simbólico, contra o qual há de se reagir. Na brilhante explanação de Bourdieu:[92]

"O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário".

4. Conclusões

No presente trabalho, o objeto do estudo foi o conceito funcional de culpabilidade de Günther Jakobs, apresentando-se o contexto histórico e discurso penais atuais, bem como os fundamentos doutrinários que o inspiraram à elaboração de sua teoria, mormente no que tange o conceito funcional de culpabilidade. Em seguida, foram feitas as críticas pertinentes ao conceito com vistas ao princípio da culpabilidade num Estado Democrático de Direito, para em seguida, anunciar uma opção democrática.

Tem-se como contexto atual a globalização, caracterizada por concentração econômica e desemprego estrutural, em que há franca diminuição do Estado Social, com conseqüências negativas para o direito penal, já que o discurso atual é de mais punição em detrimento das garantias individuais;

Foram analisados os dados gerais da teoria de Jakobs: o direito cumpre a função de garantir a constituição da sociedade, razão pela qual os conceitos jurídico-penais devem ser renormatizados, a visão da sociedade como mero contexto de comunicação, as normas jurídicas como suas estruturas, ênfase na defesa da

92. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 2. ed. Trad. portuguesa de Fernando Thomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 14.

estabilidade normativa e não dos bens jurídicos, como o faz a doutrina tradicional. Alude ao portador do papel, que é o feixe de competências de cada um em determinado contexto e desprezo ao sujeito, por entender que numa sociedade complexa são cada vez mais constantes os contatos anônimos. Adota um supraconceito de conduta, cujo cerne está na evitabilidade, sendo o dolo e a culpa meras manifestações dessa. O injusto, definido como comportamento típico evitável não justificável é mero conceito auxiliar do sistema global da imputação, que só se completa com a culpabilidade.

Quanto ao conceito funcional de culpabilidade, Jakobs defende-o como déficit de fidelidade ao direito (defeito volitivo), cujo juízo se faz de forma objetiva, ou seja, não considera as questões individuais do autor da conduta. A função da culpabilidade, para ele, é definir a motivação do autor contrária ao direito como motivo do conflito, com o fito de castigá-lo. O tipo total de culpabilidade é o conjunto de elementos que servem para a determinação da deslealdade do autor com o direito (tipo de culpabilidade) acrescido do tipo de exculpação (inexistência de causas de inexigibilidade). Não é importante o livre-arbítrio, mas sim a liberdade de auto-administração. A culpabilidade é concebida para fundamentar a necessidade de punir para confirmar a obrigatoriedade da norma. Destarte, a função da pena é preventivo-geral positiva, restauração da configuração normativa da sociedade, a permanência dessa sem modificações.

Tal conceito de culpabilidade revela-se incompatível com o princípio da culpabilidade num Estado Democrático de Direito por se fixar em critérios objetivos (papéis) e negar os aspectos individuais do autor da conduta. Não há visão da culpabilidade como limitação da pena, mas o reverso: a pena como medida da culpabilidade. Na verdade, a construção teórica, em que não há conflitos reais, visa a manutenção do *status quo*, a proteger materialmente as relações sociais existentes no contexto atual de globalização.

A principal objeção do conceito funcional de culpabilidade é a sua desconsideração ao homem como pessoa, negação que resulta nas mesmas conseqüências da Escola Positiva, que via no homem delinqüente um ser diferente.

Ao tomar a ordem jurídica como preponderante, como aquilo que deve ser preservado, em detrimento do homem, ocorre a sua instrumentalização, que deve ser combatida tendo em vista o princípio da dignidade humana, que coloca o homem como fundamento daquela. A conseqüência prática da instrumentalização do homem pode ser o incremento do poder punitivo, principalmente a maior aplicação de penas privativas de liberdade. Em refutação a isso, deve-se enunciar o princípio da indemnidade, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual o homem não pode ser instrumentalizado pela sanção, não pode ser visto como meio.

Bibliografia

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *O direito penal contemporâneo* – Fundamentos. Texto adaptado da Aula Magna pronunciada no dia 20.02.1997, na abertura do ano letivo da Faculdade de Direito da Unigranrio. Disponível em: <http://www.femperj.org.br/artigos/penpro/app22.htm>. Acesso em: 10 out. 2002.

BARATTA, Alessandro. "Defesa dos direitos humanos e política criminal". *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 1997. n. 3.

_____. *Integración-prevención:* una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. Doctrina penal – Teoría y práctica en las ciencias penales. Buenos Aires: De Palma, 1985. n. 29-32.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico.* 2. ed. Trad. portuguesa de Fernando Thomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Princípios fundamentales de un derecho penal democrático.* Disponível em: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTAS%2008/Bustos08.htm>. Acesso em: 8 out. 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal*: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Trad. brasileira de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. Trad. brasileira de Eliana Granja et al. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

COSTA JUNIOR, Heitor. "Crítica à legitimidade do direito penal funcionalista". *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 2000. n. 9-10.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. brasileira de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Ed. RT, 2002.

HASSEMER, Winfried. *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz"*. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2008/hassemer08.htm>. Acesso em: 2 jan. 2002.

_____. "História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra". *RBCCrim*, São Paulo: Ed. RT, n. 6, p. 36-71, abr.-jun. 1994.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. brasileira de André Luís Callegari. São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____. *Derecho penal* – Parte general – Fundamentos y teoria de la imputación. Trad. espanhola de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. *El sistema funcionalista de derecho penal*. Lima: Grijley, 2000.

_____. *Moderna dogmática penal* – Estudios compilados. Trad. em espanhol de Manuel Cancio Meliá et al. México: Porrua, 2002.

_____. "Observaciones sobre la imputación objetiva". *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre: [s.n.], vol. 3, n. 5, p. 11-28, jan.-abr. 2002.

_____. *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

_____. "Sobre a teoria da pena". *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, vol. 4, n. 8 A, p. 35-52, 1998.

_____. "Sobre el concepto de delito contra la persona". *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, Porto Alegre: [s.n.], vol. 3, n. 5, p. 167-182, jan.-abr. 2002.

_____; STRUESEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno.* Trad. argentina de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

PARMA, Carlos. *El pensamiento de Günther Jakobs* – El derecho penal del siglo XXI. Mendonza: Cuyo, 2001.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil:* evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana". Trad. para el español de Manuel Cancio Melía. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, vol. 1-2, p. 17-49, abr. 1996.

TAVARES, Juarez. "A crescente legislação penal e os discursos de emergência". *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997. n. 4.

_____. *Teoria do injusto penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 2001 (Coleção Pensamento Criminológico).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva". *Revista de derecho penal*, Montevidéu: [s.n.], n. 11, p. 51-64, 2000.

_____. "Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana". *RBCCrim*, São Paulo: Ed. RT, vol. 5, n. 20, p. 13-23, out.-dez. 1997.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro.* 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

A identificação humana por DNA pode substituir a identificação humana por impressão digital?

Luiz Carlos Garcez Novaes

Médico formado em 1986 pela Universidade de Brasília. Especialista em genética forense. Mestrando no Curso de Ciências Genômicas e Biotecnologia da Universidade Católica de Brasília. Professor na Academia de Polícia Civil do Distrito Federal. Assessor da Direção do Departamento de Polícia Técnica da Polícia Civil do Distrito Federal. Professor do Curso de Medicina da Faculdade de Medicina da Fundação de Ensino e Pesquisa da Secretaria de Estado da Saúde do Distrito Federal.

Sumário: 1. Introdução: 1.1 Papiloscopia; 1.2 O DNA – 2. Objetivo – 3. Metodologia – 4. Resultados – 5. Discussão – 6. Conclusão.

Resumo: *Objetivo* – Relatar a evolução e o estágio atual dos métodos de identificação criminal, como meios de investigação e provas em juízo, com especial ênfase aos papiloscópicos e por DNA, nos aspectos histórico, de confiabilidade, praticidade e custos.

Método – Aspectos práticos, estatísticos e legais são analisados mediante comparação com a literatura internacional e com observações realizadas durante as atividades desenvolvidas na Polícia Técnica do Distrito Federal, mais precisamente com o acompanhamento dos trabalhos investigativos das delegacias do Distrito Federal, do Instituto de Identificação e do Instituto de Pesquisas de DNA Forense em Brasília.

Resultados – Ao se comparar a identificação humana por DNA e por impressão papiloscópica, verificamos que na nossa realidade, ambos têm valor para a polícia e podem ser utilizados com muita eficiência na elucidação de crimes, de maneira complementar, apesar da diferença de um século de existência entre os dois métodos.

Conclusões – A identificação criminal vem sendo amplamente discutida mas insuficientemente analisada por técnicos da área. Os gestores que decidem políticas de segurança pública precisam de informações sólidas e relevantes para realização de programas que estabeleçam relações custo-benefício aceitáveis na área de criminologia. As autoridades que aplicam o resultado destas identificações humanas, delegados, magistrados e promotores, além dos advogados defensores precisam ter uma visão geral destes métodos.

Palavras-chave: identificação humana; papiloscopia; DNA; ciências forenses.

1. Introdução

A identificação humana pelo método datiloscópico ou, mais precisamente, papiloscópico e a identificação humana por DNA são atualmente os dois métodos mais utilizados no mundo inteiro pela polícia, para identificação humana.[1] Os avanços técnicos que possibilitaram a utilização destes dois métodos, considerados verdadeiras revoluções para a investigação policial, ocorreram respectivamente no final do antepenúltimo e do último séculos terminados.

Existem duas questões básicas na identificação humana criminal que os sistemas adotados devem responder: 1. Quem é esta pessoa? e 2. Esta pessoa está relacionada com aquele crime?

1. ROWE, W. "Founding editorial – Forensics and the scientific world". *Scientific World Journal*, 1(10):605-608, 30 oct. 2001.

1.1 Papiloscopia

Trabalhos do geneticista inglês Galton na segunda metade do século XIX e do croata radicado na Argentina Vucetich no final do século XIX demonstraram que as marcas naturais formadas pelas papilas dérmicas, especialmente nas faces internas das pontas dos dedos das mãos, são únicas para cada ser humano, não havendo duas pessoas que apresentam marcas iguais. As marcas papilares surgem ao redor do sexto mês de vida intra-uterina, são perenes, invariáveis do nascimento até a morte. A pesquisa de impressões digitais é a maneira ideal de relacionar a presença de uma pessoa a superfícies de um lugar determinado ou a um objeto manipulado.

Os pesquisadores criaram um sistema de análise dos desenhos formados por linhas papilares, que tornou possível a classificação e o arquivamento sistematizado de impressões digitais, propiciando uma rápida busca das figuras arquivadas e eficientes comparações com os novos padrões colhidos. A eficiência, a facilidade, a confiabilidade e o baixo custo do método datiloscópico provocaram a rápida expansão da utilização da papiloscopia no início do século XX. Praticamente todos os países determinaram a identificação por impressões digitais de toda a população carcerária e dos envolvidos em fatos criminosos.

A papiloscopia vem paulatinamente agregando conhecimentos científicos. Progressos realmente foram realizados com a instalação de laboratórios físico-químicos em alguns institutos de identificação. Atualmente são disponíveis uma série de métodos para obtenção de impressões digitais latentes em diversos tipos de materiais e de cadáveres.[2]

As atividades da Divisão de Identificação e Ciência Forense da Polícia de Israel sugerem uma profunda reflexão e ensinamento para os técnicos das polícias de todo o mundo. Este país possui a maior experiência mundial na identificação

2. SODHI, G. S.; KAUR, J. "Powder method for detecting latent fingerprints: a review". *Forensic Sci. Int.*, 120(3):172-176, 1 sep. 2001.

de terroristas suicidas, que amarram explosivos ao redor do corpo e deflagram explosões em ônibus e outros locais.[3]

O médico policial israelense Kahala (2001) afirma que a análise de impressões digitais é o método de identificação mais amplamente utilizado em todo o mundo, embora concorde que a obtenção de impressões de cadáver nem sempre seja fácil, especialmente se há decomposição, mumificação, ou queimaduras.[4]

No Brasil, a identificação papiloscópica desenvolveu-se muito cedo, talvez pela proximidade com a Argentina, considerada o grande pólo irradiador desta metodologia. Logo no início do século passado, em 1903, foi criado na Polícia da Capital Federal no Rio de Janeiro um serviço de identificação criminal, com a finalidade de identificar criminosos pelo método datiloscópico. Os serviços de identificação criminal nas polícias foram implantados em seguida nos principais Estados brasileiros, ainda no início do século XX. São Paulo (1907), Minas Gerais (1906), Pernambuco (1909), Bahia (1910) e Rio Grande do Sul logo adotaram o método.

A técnica datiloscópica é tão boa, confiável, prática e barata que atendia a necessidade de evitar fraude na identificação civil dos brasileiros, feita até então apenas por simples certidões. Foi criado na década de 1930, no Brasil, o Instituto Nacional de Identificação que visava emitir carteiras de identidade para os brasileiros, baseadas no sistema datiloscópico. Até hoje, a carteira de identidade é o principal documento civil dos cidadãos brasileiros, mas atualmente é emitida por órgãos da área de segurança dos Estados.

1.2 O DNA

A segunda revolução na investigação policial visando à identificação humana ocorreu com a análise de DNA (ácido desoxirribonucléico). O material

3. KAHANA, T.; FREUND M.; HISS J. "Suicidal terrorist bombings in Israel – Identification of human remains". *J. Forensic Sci.*, 42(2):260-264, mar. 1997.

4. KAHANA, T.; GRANDE, A.; TANCREDI, D.M.; PENALVER, J.; HISS, J. "Fingerprinting the deceased: traditional and new techniques". *J. Forensic Sci.*, 46(4):908-912, jul. 2001.

biológico formado pelo DNA presente no núcleo de quase todas as células de todos os seres vivos apresenta características que tornam possível a identificação individual. Os métodos de biologia molecular aliados aos conhecimentos de genética propiciaram relacionar uma amostra biológica colhida na cena do crime com pessoas que estiveram presentes ou que de alguma forma apresentam relação com objetos encontrados no local do crime.[5]

A invenção da PCR (reação em cadeia de polimerase) por Mullis em 1985 possibilitou a ampliação e reprodução de uma ínfima quantidade de fragmento de uma molécula do DNA de uma única célula e a obtenção de quantidade necessária para análise química comparativa com o DNA colhido do suspeito. A descoberta por Alec Jeffreys, também em 1985, das repetições em tandem no genoma foi outro marco importante. Em 1986, no condado de Leichester, na Inglaterra, um acusado de crime foi inocentado pela primeira vez na história utilizando-se da análise comparativa de DNA.

Após a era DNA, amostras de sangue, saliva, pêlo, esperma, pele, urina, placenta e outras secreções encontradas na cena do crime passaram a ser evidências contundentes e instrumento de prova nos tribunais.[6]

2. Objetivo

O propósito deste estudo é relatar e analisar a evolução e o estágio atual do sistema de identificação humana por datiloscopia (ou papiloscopia) para fins cíveis, na emissão de carteira de identidade e criminais, como meios de investigação e provas em juízo, nos aspectos histórico, de confiabilidade, praticidade, aplicabilidade e custos e compará-lo com a metodologia de identificação humana por DNA.

5. CECCALDI, P. F. "100 years of identification (from man to his genome)". *Bull Acad. Natl. Med.*, 173(7):835-840, discussion 841-843, oct. 1989.

6. BORÉM, A. et al. "DNA e direito". *Biotecnologia, Ciência e Desenvolvimento* 22:42-44, set.-out. 2001.

3. Metodologia

O estudo é descritivo e documental. Os dados atinentes à produtividade e custos foram extraídos de relatórios estatísticos disponibilizados para a Divisão de Planejamento Estatístico e Operacional (DEPO) do Departamento de Atividades Especiais (DEPATE) da Polícia Civil do Distrito Federal (PCDF). Estes dados são de domínio público e constam dos relatórios trimestrais de atividades relativas à segurança pública, conforme exigência contida no Decreto Distrital 17.388, de 28.05.1996, que determina a publicação no *Diário Oficial do Distrito Federal*.

Os valores de produtividade e os custos foram obtidos por meio de cálculos de média aritmética simples arredondadas para valores inteiros, levando-se em consideração dados acumulados nos últimos 12 meses. Os dados históricos e atinentes a órgãos fora do Distrito Federal foram obtidos em literatura e por *sites* de Internet, referenciados.

4. Resultados

O Instituto de Identificação em Brasília realiza mensalmente em média 14.000 emissões de carteiras de identidade, 1.350 identificações de detidos, 130 laudos papiloscópicos, 3.000 coletas de fragmentos em veículos furtados, 2.200 coletas de fragmentos em locais diferentes, 3.500 identificações para acesso de visitantes em presídios, além de outras atividades.

O gasto de material é basicamente de tinta, papel, pó negro, plástico adesivo e combustível de viaturas, ou seja, se gasta relativamente muito pouco com insumos para papiloscopia. Neste setor trabalham aproximadamente 500 servidores. O tempo médio de pesquisa papiloscópica nos arquivos deste Instituto pode variar de minutos a poucas horas.

Tabela I – Comparação entre métodos: DNA e papiloscopia

Parâmetro	Papiloscopia	DNA
Custo médio por identificação rotina (apenas com material gasto)	Centavos	R$ 320,00
Tempo médio de pesquisa laboratorial	Minutos ou poucas horas	Sete dias (sem seqüenciador automático), dois dias (com)
Possibilidade de automação	Quase total com o AFIS	Parcial com seqüenciador
Tempo de existência no Brasil	Um século	Sete anos
Percentagem de inquéritos em que se fez necessário laudo relacionando o autor à cena do crime*	13%	Menos que 2%
Possibilidade de ligação via Internet a outros bancos de dados	Sim	Sim
Necessidade de aparelhos que empregam alta tecnologia	Processadores e Software (AFIS)	Analisadores e seqüenciadores
Identificados criminalmente na PCDF (banco de dados)	33.600 pessoas	1.800 pessoas
Identificados civilmente na PCDF (banco de dados)	2.600.000 pessoas	2.300 pessoas
Tempo médio de formação específica de técnicos habilitados	Seis meses	Dois anos

* A identificação criminal papiloscópica é realizada em todas as pessoas detidas no Distrito Federal.

Além da emissão de laudos papiloscópicos, entre outras aplicações atuais da papiloscopia no trabalho policial, destacam-se a identificação um a um de todos os detidos, logo após a detenção e a identificação papiloscópica para acesso de visitantes ao sistema prisional.

O Instituto de Pesquisa de DNA Forense em Brasília realiza em média mensalmente 200 extrações de DNA de amostras criminais e emite 20 laudos periciais criminais. O custo mensal estimado é de R$ 65.000,00 somente com reagentes e demais insumos. Neste setor trabalham atualmente 19 servidores. O tempo médio para análise de um caso de DNA neste laboratório é de sete dias.

Com a aquisição de um seqüenciador automático de DNA espera-se reduzir o tempo para dois dias. Ao longo de sete anos de atividade, o Instituto de Pesquisas de DNA Forense criou um banco de dados com mais de 4.000 perfis genéticos.

O preço dos insumos para análise de DNA está diminuindo com o passar do tempo, mas mesmo assim, atualmente, o custo com reagentes gastos nas análises ainda é proporcionalmente muito alto. Por exemplo em um único caso necessário para extração de DNA de material ósseo, o gasto pode ainda ser superior a R$ 10.000,00, apenas com reagentes.

5. Discussão

Poucos países adotaram a identificação papiloscópica como método de identificação não criminal para toda a população. Neste aspecto, o Brasil é uma exceção. A maioria dos países europeus não adotou a carteira de identidade baseada no método papiloscópico, por vários motivos, entre eles o argumento de cerceamento de liberdades individuais provocado por arquivamento em banco de dados governamental de uma marca pessoal. Outro motivo aventado seria a dificuldade prática e real do método, quando aplicado para grandes populações, especialmente quando se utiliza arquivo manual não informatizado. Nos países europeus, por serem muito menores e porque haviam fronteiras muito bem controladas no início do século XX, a implantação de carteira de identidade não ocorreu, talvez porque não facilitaria tanto as investigações criminais. Na Europa, nesta época, o passaporte já era muito utilizado como documento de identificação e servia também como controle de movimentação pelas fronteiras.

Na realidade, existem sérias limitações no método papiloscópico não informatizado, que demonstram que a pesquisa de fragmentos de digitais em bancos de dados com número superior a 100.000 fichas é inviável.

Nos Estados Unidos a carteira de identidade para toda a população do país, baseada no método papiloscópico também não foi instituída, embora a

identificação criminal norte-americana seja baseada na papiloscopia desde 1903, quando substituiu o método antropométrico de Berthillon. Após o célebre caso da Penitenciária Federal Leavenworth, onde duas pessoas negras muito semelhantes e com as mesmas medidas antropométricas, com os nomes de Willian West e Will West respectivamente, foram confundidos, a papiloscopia foi implantada com método de identificação criminal por lei federal.

Neste país, embora não haja a oficialização da datiloscopia como método de identificação da população, o FBI, Federal Bureau of Investigation, possui um arquivo de bancos de dados de 200.000.000 fichas de impressões digitais decadactilares, colecionado ao longo de cerca de um século. Na década de 1980, o FBI mantinha cerca de 3.000 funcionários trabalhando em pesquisas no seu banco de dados de impressões digitais, mas reduziu para cerca de 300 funcionários atualmente, devido à automação e informatização das análises. Toda e qualquer pessoa envolvida em ocorrência policial nos Estados Unidos pode ter coletadas suas impressões digitais. A lei federal norte-americana estabelece que qualquer candidato a serviço público civil ou militar deve fornecer suas impressões digitais para investigação.

A polícia de praticamente todos os condados americanos possui terminais do sistema de identificação papiloscópico criminal nacional informatizado. Este sistema permite o rápido confronto de fragmentos colhidos e identificação de criminosos.[7]

Para as Secretarias de Segurança Pública e basicamente para a polícia brasileira, interessada no arquivo criminal dos bancos de dados de impressões digitais para fins de investigação, restou a tarefa de emissão das carteiras de identidade, porque a posse e o acesso rápido ao acervo são fundamentais para a investigação criminal. O mais importante para a polícia é que na cena do crime,

7. WADE, C. et al. *Handbook of forensic services*. U.S. Department of Justice; Federal Bureau of Investigation. 1999. Disponível em: <www.fbi.gov.>. Acesso em: 20 ago. 2003.

as impressões digitais deixadas sejam colhidas e a identificação de pessoas que estiveram presentes no local ou que estejam envolvidas criminalmente possa ser realizada. Esta correlação é realizada por meio dos laudos periciais papiloscópicos.

O sistema datiloscópico apresenta nuanças e um entre os principais problemas é a inexistência de um arquivo civil único nacional. A Polícia Federal possui um arquivo criminal nacional quase completo, embora para fornecer informações, ela trabalhe tanto com a identificação onomástica (pelo nome da pessoa) quanto com identificação pelas impressões digitais. O Instituto Nacional de Identificação, órgão da Polícia Federal, viabiliza este serviço chamado Sistema Nacional de Informações Criminais (SINIC).[8]

O sistema de identificação papiloscópica, utilizado pela maioria dos Estados no Brasil, atualmente está desvirtuado. A legislação atual permite a cada Estado emitir, para qualquer pessoa, uma carteira de identidade válida em todo o território nacional e qualquer pessoa pode ter uma ou várias carteiras de identidade emitida em diversos Estados. O requisito para obtenção da carteira de identidade é a apresentação de uma certidão de nascimento ou casamento aos institutos de identificação. Se os dados constantes nas certidões apresentadas não são reais ou se o portador da certidão não é o próprio, ocorre erro de identificação. A única maneira de evitar este erro é a conferência das impressões digitais colhidas no momento da identificação com as do arquivo de impressões, conforme preconiza a lei.[9]

Alguns dos Estados brasileiros não possuem sequer um arquivo de impressões digitais organizado com qualquer critério e, o que é pior, emitem carteiras de identidade sem lastro, sem consulta prévia a seus próprios arquivos, sem sequer verificar se aquela pessoa já não foi identificada com outro nome. Em certos lugares, existe a temerária expedição de carteira de identidade "na hora". Deste modo, nestes Estados, pessoas que possuem mandado judicial de prisão,

8. Ministério da Justiça, Departamento de Polícia Federal. *Instituto Nacional de Identificação*. Disponível em: <www.dpf.gov.br/homepageIni.html>. Acesso em: 11 nov. 2003.

9. BRASIL, Lei Federal 7.116, dezembro de 1983.

recebem de órgãos de segurança documentos válidos com nomes alterados, em vez de receberem voz de prisão. Este é um dos motivos pelo qual os notórios criminosos possuem várias identificações com vários nomes diferentes. Também é muito comum fraudes no sistema previdenciário em decorrência de falta de rigor na emissão de carteiras de identidade por órgãos oficiais.

A Polícia Civil do Distrito Federal (PCDF) não tem acesso rápido ao arquivo datiloscópico de qualquer outro Estado, porque os bancos de dados estaduais das polícias brasileiras não estão interligados eletronicamente. Ao se desejar saber a identidade de um cadáver ou de um criminoso ainda não identificado naquele local, a polícia atualmente precisa encaminhar um ofício aos institutos de identificação, de Estado por Estado, enviando uma cópia da amostra de impressão e solicitar uma pesquisa. Mesmo assim certos institutos de identificação estaduais respondem laconicamente que não é possível realizar a pesquisa porque não possuem arquivos em atividade, organizados por fórmulas datiloscópicas. Diariamente circula uma quantidade absurda de ofícios de consulta entre os institutos de identificação pelo Brasil e os resultados não são satisfatórios.

A identificação genética de suspeitos de crime já é uma realidade no Brasil, embora poucas polícias estaduais podem efetivamente aplicar a tecnologia da análise de DNA. Temos conhecimento apenas de laboratórios de DNA nas polícias do Distrito Federal, São Paulo, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul. A Polícia Federal está construindo em Brasília um laboratório de DNA, mas vem utilizando-se do Instituto de Pesquisas de DNA Forense da Polícia Civil do Distrito Federal, para realização de exames de DNA, para suas investigações e instrução de seus inquéritos.

A utilização de análise de DNA ocorre em um número muito pequeno de investigações criminais na realidade. São casos muito específicos, em que um autor ou vítima de crime deixa o material biológico no local e é necessária a correlação entre vestígio e autor ou vítima. O número de casos em que se realiza exame de

DNA para instrução processual em Brasília representa atualmente menos de 2% dos inquéritos policiais (relação aproximada de 20 laudos por 1.050 inquéritos).

Neste início de século XXI, quando se cogita implantar serviço de análise de DNA na polícia de cada Estado brasileiro, são necessárias duas premissas básicas a serem observadas: a primeira é a disponibilidade de quantidade razoável de técnicos com formação de alto nível nos quadros das polícias, especialmente de profissionais pós-graduados em biologia molecular, genética ou biotecnologia e a segunda premissa é a certeza de continuidade de investimentos que garantam suprimento de insumos, reagentes e assistência técnica para os equipamentos adquiridos.

Não se pode comparar em complexidade e custos os exames de verificação de paternidade por DNA realizados em laboratório comercial com a complexidade da análise de DNA para fins criminais.

O laboratório comercial, que realiza exames de paternidade, é muito mais simples porque analisa material padronizado e fresco, colhido em grande quantidade, processado ou conservado imediatamente, com possibilidade de repetição de análise quantas vezes forem necessárias. O laboratório de análise criminal de DNA, que realiza trabalhos com material colhido na cena do crime, analisa material em quantidade mínima, muitas vezes inferior ao limite de acuidade da visão humana, degradado, misturado e apodrecido, obtido de locais incomuns, como, por exemplo, em paredes, solo, instrumentos, armas, pontas de cigarro, latas de cerveja ou material ósseo e vaginal. As metodologias utilizadas na extração de DNA nos dois casos obedecem aos mesmos princípios, mas são diferentes.[10]

Estas duas premissas citadas acima limitam a possibilidade de generalização de utilização atual da tecnologia do DNA pelas polícias estaduais brasileiras e dificultam o trabalho nas polícias em que esta técnica já é utilizada. Estas premissas convergem para o alto custo da análise de DNA para identificação humana,

10. SHEN, W.; TAN, T. "Automated biometrics-based personal identification". *Proc. Natl. Acad. Sci. USA*, 96(20):11065-6, 28 sep. 1999.

especialmente a voltada para fins criminais. Técnicos de alto nível capacitados para trabalhar com DNA são formados com pelo menos dois anos de estudo de pós-graduação e conseqüentemente estes técnicos não são atraídos por baixos salários.

O Brasil depende fundamentalmente de importação de reagentes, equipamento e peças para manutenção dos aparelhos destinados a análise de DNA, não só para utilização nos laboratórios policiais mas principalmente nos centros de pesquisas. Os produtos utilizados na análise de DNA são pagos a peso de dólar, enfrentam entraves burocráticos de licitações internacionais, têm suas especificações alteradas sem prévio aviso, ao sabor de oportunidades comerciais e do custo de produção de empresas cuja gerência atende a interesses e necessidades internacionais e também modificam com o rápido avanço tecnológico.

Ocorre uma rápida obsolescência dos aparelhos utilizados nesta área e os investimentos devem ser pesados em termos de capacidade de continuidade de ações, demanda quantitativa de exames, possibilidades concretas na utilização dos resultados e tempo médio de vida útil da aparelhagem. Para a polícia deve ser analisado principalmente o uso efetivo da técnica para elucidação de crimes. Não tem sentido, por exemplo, criar nas polícias laboratórios para estudo genético de paternidade, porque a análise de paternidade atende a fins cíveis e não criminais na quase totalidade dos casos.

A automação dos bancos de dados com a aplicação de plataformas informatizadas na análise dos resultados colhidos dos exames de DNA pode parecer muito mais simples que a automação de banco de dados para as impressões digitais. Um *software* simplório consegue armazenar, processar e comparar os resultados das análises dos perfis genéticos visando identificação de pessoas e pode possibilitar o acesso interinstitucional, inclusive internacional via Internet, baseados no Sistema CODIS database, possibilitando o intercâmbio de informações *on-line*.

Plataformas informatizadas bem mais complexas são necessárias para utilização na análise de impressões digitais, porque neste caso não se trata do simples armazenamento de resultados e sim de processamento comparativo de

bilhões de características das combinações de acidentes provocados pelos desenhos formados pelas linhas papilares dérmicas. No entanto, se enganam os que comparam estes dois tipos de automação, porque se tratam de processos totalmente diferentes. Enquanto o AFIS realiza realmente o trabalho de análise comparativa das digitais, o *software* para DNA baseado no Sistema CODIS database apenas armazena, interliga e disponibiliza os resultados das análises de DNA já realizadas.[11]

Softwares baseados no Sistema CODIS são oferecidos gratuitamente pelas empresas que fornecem insumos para análise de DNA, desde que se firme contrato de fidelidade com a empresa. Por outro lado, o custo total atual de aparelhagem, *software* e treinamento para automação, baseados no Sistema AFIS (*Automated Fingerprint Informatized Sistem*) de análise de impressões digitais, para banco de dados criminais envolvendo cerca de 200.000 pessoas registradas e possibilitando a análise comparativa de dez milhões de fragmentos de impressões digitais é de cerca de dois milhões de dólares.

A necessidade de uma resposta muito rápida pelas forças de segurança de Israel depende da identificação do autor do atentado. Israel investiu em 1999 em um banco de dados de impressões digitas informatizado, porque entendeu que esta era a maneira mais eficiente de atender às suas necessidades, mas não deixou de investir também na identificação humana por DNA, porque acredita no *interdisciplinary approuch* para identificação humana.

No Brasil, alguns insucessos ocorreram na implantação de sistemas automatizados de análise de impressões digitais, porque foram aplicados *softwares* desenvolvidos para identificação de pessoas para acesso a locais, como se pudessem ser aplicados para análise comparativa de fragmentos com impressões depositadas em bancos de dados.

11. SHEN, W.; TAN, T. "Automated biometrics-based personal identification". *Proc. Natl. Acad. Sci. USA*, 96(20):11065-6, 28 sep. 1999.

6. Conclusão

É preciso refletir sobre o que é melhor para a segurança pública brasileira e esperamos ter contribuído para que as pessoas que decidem a maneira de se fazer segurança pública conheçam detalhes técnicos da área. As nações devem procurar seus caminhos de maneira própria. O mundo enfrenta problemas gravíssimos de segurança. Estamos numa época em que os avanços tecnológicos precisam ser usados para tornar a existência humana melhor, inclusive na área de segurança.

A maneira de se fazer segurança pública pode variar de um lugar para outro. O que pode ser bom para uma instituição policial pode não ser tão bom para outra. Investimentos em um tipo de metodologia pode dar certo em uma realidade e não dar certo em outra. Verificamos que o Brasil é um País imenso, com desigualdades regionais importantes.

Tanto a identificação papiloscópica quanto a por DNA respondem perfeitamente às duas questões; quem é a pessoa e se a pessoa está relacionada com aquele crime. Para responder à questão sobre quem é a pessoa, o método papiloscópico pode ser mais vantajoso, se aplicado corretamente. Para responder à questão se a pessoa está relacionada com aquele crime, os dois métodos são muito úteis, dependendo da situação.

O mais importante é que a metodologia implantada, seja qual for, seja corretamente aplicada. Não é o tipo de sistema de identificação que é a chave para o sucesso e sim a chave é a maneira com que toda potencialidade do método é explorada.

3. Crime e Sociedade

Segurança pública, polícia e violência policial. Perspectivas diante do endurecimento penal

Luís Antônio Francisco de Souza

Doutor em Sociologia e Professor do Departamento de Sociologia e Antropologia da Unesp, campus Marília. Foi pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência – USP (1998-2003).

Sumário: 1. As forças policiais no Brasil – 2. As guardas municipais na região metropolitana de São Paulo – 3. Segurança privada – 4. Problemas e características das polícias – 5. Violência policial – 6. Necessidade da adoção de políticas sobre o uso da força – 7. Por uma polícia democrática – 8. Mudanças recentes no Brasil – 9. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: Nos últimos dez anos, intensificou-se o debate em torno da questão da segurança pública no Brasil. Nas pesquisas de opinião, ela tem ocupado o segundo lugar nas preocupações dos brasileiros, perdendo apenas para o desemprego, no rastro do aumento dramático das taxas de criminalidade, sobretudo nos grandes centros urbanos. O debate tem girado em torno do acirramento da legislação penal, de um lado, e do aumento dos efetivos da polícia e de gastos com segurança, de outro. Uns poucos críticos, provenientes das academias e anteriormente engajados na luta pela redemocratização do País, assinalam a necessidade

de reformas institucionais mais profundas e de *accountability* das instituições criminais. Para esses últimos, evidentemente, nova legislação e investimentos poderiam contribuir para uma diminuição das taxas de crimes e das violações dos direitos humanos. Mas os investimentos deveriam ocorrer paralelamente à implementação de uma nova concepção de polícia, de uma nova organização policial e de uma nova forma de atuação do Poder Judiciário, valorizando os controles democráticos, a legalidade e a transparência. O propósito do presente artigo é discutir os dilemas que acompanham as discussões sobre a segurança pública (aumento da taxa de crimes violentos; permanência da violência policial; ineficácia da Justiça Criminal), as propostas de mudanças e reformas e a persistência das dificuldades que vão desde a baixa qualificação profissional das polícias até as resistências dos policiais às modificações propostas.

Palavras-chave: segurança pública; polícia; Polícia Civil; Polícia Militar; violência policial; efetivo policial.

1. As forças policiais no Brasil

As instituições policiais – a Polícia Federal, a Polícia Civil e a Polícia Militar – são órgãos tradicionais do Estado, dedicados à aplicação da lei e ao controle da ordem pública. A Polícia Federal tem como responsabilidade o combate ao crime organizado, sobretudo aqueles ligados às fronteiras nacionais: tráfico de drogas, contrabando de armas e mercadorias, tráfico de seres humanos, exploração sexual de crianças e trabalho escravo, bem como crimes políticos e eleitorais. A Polícia Federal tem presença em todo o território nacional, principalmente em portos, aeroportos e áreas alfandegárias. A Polícia Federal conta com aproximadamente 7 mil policiais distribuídos em todo o território nacional. Em seu trabalho conta com o auxílio da Polícia Rodoviária Federal e das Polícias dos Estados da Federação.

A Polícia Civil e a Polícia Militar são órgãos da Administração Pública dos Estados. Cada Estado mantém sua própria polícia, seu efetivo e suas políti-

cas, embora a organização dessas decorra de legislação federal e de preceitos constitucionais. A linha de frente da segurança dos Estados decorre da ação dessas duas polícias. A Polícia Civil é uma polícia técnica e judiciária. Ela tem o papel de investigação criminal, de persecução de criminosos e de detenção provisória destes enquanto aguardam julgamento. A Polícia Civil é uma polícia judiciária e sua atribuição principal decorre das disposições processuais relativas ao inquérito policial. Ela é distribuída territorialmente em distritos policiais, em cujas sedes, delegacias de polícia, atuam um delegado titular, delegados auxiliares e/ou plantonistas, escrivães, uma equipe de investigadores e carcereiros. É, por certo, uma equipe restrita, concebida há muito tempo para dar conta apenas mais de atividades burocráticas do que de atividades investigativas e de relações públicas. As atividades investigativas dependem, em grande parte, de equipes especializadas segundo o tipo de crime, adstritas às delegacias seccionais e aos departamentos centralizados. A Polícia Civil tem uma organização própria e a elite dos policiais civis é que determina, em última instância, as estratégias e as ações dos seus subordinados. Os delegados de classe especial, mais antigos na carreira, ocupam os principais cargos, inclusive o cargo de delegado geral de polícia. A Polícia Civil tem sua academia de polícia e todos os policiais da carreira passam por um curso de ingresso. Os curso são definidos pelos próprios pares e há uma fraca participação de professores estranhos à carreira policial na academia. Vinculados à Polícia Civil, mas com relativa autonomia administrativa, existem a Superintendência da Polícia Técnica e o Instituto Médico Legal, a primeira é responsável pelas perícias técnicas e o segundo pelos laudos médicos. A Polícia Civil conta com sua corregedoria, que detém autonomia de ação, mas é composta exclusivamente por policiais de carreira.

A Polícia Militar é uma polícia administrativa e preventiva. Ela realiza o policiamento de rua, as intervenções em desordens, tumultos e em controle nas manifestações públicas e coletivas. A Polícia Militar ainda é responsável pelo serviço de combate a incêndios, pelos resgates, pelo trabalho de salva-vidas em prai-

as e represas, pela escolta de presos, pelo policiamento das muralhas de presídios e pela execução de ordens judiciais. A Polícia Militar ainda mantém policiamento de trânsito em diversas cidades e nas estradas de rodagem. Ela é uniformizada e segue uma linha de comando, de hierarquia, de disciplina, de organização e de formação semelhante ao modelo das forças armadas. Ela está distribuída geograficamente em batalhões e companhias e, desde 1999, houve um esforço do Governo do Estado de São Paulo para uniformizar e unificar a distribuição geográfica das duas polícias. Todas as atividades realizadas pela Polícia Militar, tanto de policiamento quanto de gestão, são confiadas a policiais militares retirados de suas próprias fileiras. A Polícia Militar ainda não incluiu em seu *staff* administrativo, por exemplo, servidores civis, mesmo o atendimento telefônico é feito por um policial formado e preparado para o policiamento. A Polícia Militar de São Paulo é uma organização extremamente complexa e relativamente auto-suficiente. Ela possui seu próprio sistema de comunicação, suas academias militares, seus serviços de apoio, sua corregedoria e seu próprio sistema de investigação interna. Para aumentar essas características de uma organização quase fechada, o policial militar que comete crimes, exceção aos homicídios, responde à Justiça Militar. A face mais discutida da Polícia Militar, entretanto, é a chamada Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar, a Rota. Ela foi criada para realizar o policiamento ostensivo, durante o auge da repressão da ditadura, e foi notória pelas execuções sumárias. Ainda hoje ela é utilizada para o policiamento, principalmente nas regiões consideradas mais perigosas e mais vulneráveis. Grupamentos de elite existem em todos os países do mundo. O que muda é seu mandato e a maneira como realizam esse mandato. As tropas de elite devem atuar em situações de conflito, como é o caso do Choque, mas também em situações que exigem maior poder de fogo e maior profissionalismo.

Nos Estados Unidos, as equipes especializadas dão cobertura ao policiamento de rua e estão articuladas a uma rede de informações sobre criminalidade. Elas são usadas também como apoio às ações do FBI no combate ao tráfico de

drogas e ao contrabando de armas. As polícias de elite são grupos extremamente caros e de controle difícil. Em Nova Iorque, por exemplo, unidades especiais fazem policiamento noturno nos bairros mais violentos. Elas detêm os maiores índices de letalidade, violência e denúncias por parte da comunidade negra. Elas são a face menos alardeada do sistema tolerância zero, implantado pelo ex-Prefeito Rudolph Giulliani e seu Chefe de Polícia William Bratton. Mas também, possuem equipamento moderno, computador nos veículos, coletes à prova de bala, *less-than-lethal-weapons* e recebem treinamento especializado e permanente. Nesses grupos foram implantados os primeiros sistemas de controle da atividade do policial que identificam os problemas: Early Warning Systems e testes de integridade (Brodeur, 2000 e Bayley, 1994).

No Brasil, parte do tempo é despendida com a discussão sobre efetivos policiais. O clamor público decorrente da sensação de intranqüilidade social diante da criminalidade leva a respostas simplistas que se encaminham na direção do aumento do efetivo policial, enquanto todos sabem que ainda há muito a ser feito em relação à formação e capacitação dos policiais e em integração da informação e das estratégias de ação. De toda forma, é importante observar que o efetivo não parece ser um indicador seguro para avaliar a efetividade da ação policial. Segundo o quadro abaixo, a região sudeste do Brasil, que figura como aquela região que apresenta os piores indicadores de criminalidade, possui um efetivo policial que se enquadra perfeitamente dentro dos padrões aceitos pelas organizações internacionais. Ao passo que a região sul, que apresenta indicadores ainda relativamente aceitáveis de crimes, ostenta uma média de policiais por habitante superior à média nacional. Mas os números não revelam o efetivo policial que realmente atua nas ruas, ou seja, não especifica as funções de policiamento propriamente dito daquelas funções-meio, nas quais há sempre um número surpreendentemente grande de policiais da ativa. Os números também não demonstram a real distribuição dos policiais no território, muito menos o efetivo policial que atua em diferentes períodos do dia e em diferentes dias da

semana. O acompanhamento dos efetivos policiais, em conjunto com os gastos realizados na área de segurança pública e com os dados criminais podem ser importante ferramenta de acompanhamento e análise da real situação da segurança pública no País.[1]

Efetivo Policial no Brasil
Segundo Regiões e Estados selecionados
Novembro de 2001

UFs	Policial Civil (1)			Policial Militar			Total		
	N. absolutos	Taxa por 100 mil hab.	Hab. por policial	N. absolutos	Taxa por 100 mil hab.	Hab. por policial	N. absolutos	Taxa por 100 mil hab.	Hab. por policial
Brasil	111.977	66,05	1.514	361.060	212,96	470	473.037	279,00	358
Região Norte	8062	62,40	1.603	30.691	237,55	421	38.753	299,95	333
Amazonas	958	33,72	2965	6.146	216,34	462	7.104	250,06	400
Pará	2.519	40,70	2457	12.487	201,77	496	15.006	242,47	412
Região Nordeste	20.027	42,00	2381	93.739	196,60	509	113.766	238,61	419
Alagoas	1.237	43,90	2.278	7.552	268,00	373	8.789	311,90	321
Bahia (2)	5.482	41,95	2384	26.337	201,56	496	31.819	243,51	411
Ceará	2.370	31,95	3.130	11.038	148,81	672	13.408	180,76	553
Maranhão	1.644	29,16	3430	6.298	111,70	895	7.942	140,86	710
Paraíba (2)	1.440	41,90	2387	7.105	206,74	484	8.545	248,64	402
Pernambuco	4.792	60,57	1651	17.264	218,23	458	22.056	278,80	359
Piauí (2)	1.308	46,04	2.172	5.933	208,84	479	7.241	254,88	392
Rio Grande do Norte (2)	1.086	39,20	2.551	7.105	256,43	390	8.191	295,63	338
Sergipe	668	37,54	2664	5.107	286,99	348	5.775	324,53	308
Região Centro-Oeste	12.484	99,34	1.007	36.880	317,62	315	49.364	425,13	235

1. A observação pode ser óbvia, mas deve ser feita: o Brasil conta com um significativo efetivo de policiais, mas o que falta a todas essas instituições é um esforço coordenado, em conjunto com outros órgãos, para combater o crime organizado (drogas, armas, tráfico de pessoas, corrupção e lavagem de dinheiro).

UFs	Policial Civil (1)			Policial Militar			Total		
	N. absolutos	Taxa por 100 mil hab.	Hab. por policial	N. absolutos	Taxa por 100 mil hab.	Hab. por policial	N. absolutos	Taxa por 100 mil hab.	Hab. por policial
Distrito Federal	5.389	263,76	379	14.951	731,76	137	20.340	995,51	100
Goiás	3.660	61,62	1.623	12.799	256,24	390	16.459	329,52	303
Mato Grosso	1.840	64,01	1.562	4.529	181,29	552	6.369	254,95	392
Mato Grosso do Sul	1.595	70,79	1.413	4.601	221,71	451	6.196	298,56	335
Região Sudeste	58.108	62,17	1.609	151.389	209,50	477	209.497	289,91	345
Espírito Santo	1.980	55,19	1.812	7.854	253,91	394	9.834	317,93	315
Minas Gerais	9.016	50,35	1.986	36.580	205,10	488	45.596	255,65	391
Rio de Janeiro	10.518	73,21	1.366	33.301	231,78	431	43.819	304,99	328
São Paulo (2)	36.594	64,16	1.559	73.654	199,25	502	110.248	298,24	335
Região Sul	13.296	40,76	2.453	48.361	192,89	518	61.657	245,93	407
Paraná (2)	4.192	15,07	6.638	15.501	162,18	617	19.693	206,03	485
Rio Grande do Sul (2)	5.859	57,56	1.737	21.610	212,28	471	27.469	269,84	371
Santa Catarina (2)	3.245	54,75	1.826	11.250	210,94	474	14.495	271,78	368

Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública, MJ/SENASP/DECASP/Coordenação de Estatísticas e Acompanhamento das Polícias, IBGE – Estimativas da População 2001.
1. Incluído o total de servidores dos Institutos de Criminalística, de Identificação e Médico Legal.
2. Estados nos quais o Corpo de Bombeiros faz parte do efetivo da Polícia Militar. Entretanto, nesta tabela os números relativos ao Corpo de Bombeiros foram excluídos, constando de tabela à parte.

2. As guardas municipais na região metropolitana de São Paulo

Nos últimos anos, vem crescendo o efetivo das guardas municipais. Antes restritas às capitais, as guardas estão se disseminando para cidades médias e pequenas. Elas são formadas por policiais fardados e armados que têm como responsabilidade precípua a preservação do patrimônio público e o auxílio em si-

tuações de emergência. Elas também fazem a segurança de prefeitos e seus secretários e auxiliam os Municípios no controle de atividades essencialmente urbanas, tais como a fiscalização de transporte coletivo, de comércio ambulante e uso ilegal do solo urbano. Muitas vezes, não obstante restrição constitucional, desempenham papel de polícia, realizando detenções e encaminhando suspeitos às delegacias. Há denúncias contra as guardas municipais e a experiência recente tem mostrado que é difícil controlar as atividades desses homens fardados. Há casos de conflitos abertos entre as guardas e a Polícia Militar. Vários Municípios, sobretudo aqueles pertencentes à região metropolitana de São Paulo, reunidos no Fórum Metropolitano de Segurança, clamam para que suas guardas possam ter função de polícia e há projeto de lei no Congresso Nacional que caminha nesse sentido.

Ao observarmos os dados do quadro abaixo, é possível verificar que o efetivo das guardas civis, sobretudo em determinadas cidades, ultrapassa o efetivo de policiais militares, o que aumenta a importância desse recurso humano disponível. Entretanto, não basta atribuir a esses homens poder de polícia, sem antes articular uma ampla estratégia de segurança local que inclui, entre outros, alternativas de policiamento de baixo impacto, policiamento comunitário, estratégias de integração com as demais polícias, controle sobre o uso da força e da arma, controle externo e acompanhamento de efetividade. Ou seja, não basta transformar um grupo de guardas, acostumado a manter uma postura reativa, para uma postura de enfrentamento do crime, sem antes passar por um longo processo de profissionalização do efetivo e amadurecimento dos controles democráticos dos Municípios. Os números apresentados abaixo ainda mostram que Municípios considerados preocupantes, do ponto de vista da penetração do crime, possuem um efetivo policial abaixo do esperado; ou seja, as autoridades estaduais devem ser sensíveis na distribuição de recursos escassos e na montagem de estratégias de segurança, às características de cada região e aos anseios da Administração municipal e dos munícipes.

Efetivo das Guardas Municipais e da Polícia Militar, Região Metropolitana de São Paulo – Março de 2001

Arujá	29	97	126
Barueri	550	383	933
Biritiba-Mirim	–	28	28
Caieiras	29	46	75
Cajamar	70	62	132
Carapicuíba	–	232	232
Cotia	159	183	342
Diadema	135	480	615
Embu	–	84	84
Embu-Guaçu	21	36	57
Ferraz de Vasconcelos	50	81	131
Francisco Morato	–	81	81
Franco da Rocha	21	564	585
Guararema	–	29	29
Guarulhos	310	1.475	1.785
Itapecerica da Serra	44	241	285
Itapevi	85	92	177
Itaquaquecetuba	–	115	115
Jandira	46	45	91
Juquitiba	–	25	25
Mairiporã	–	93	93
Mauá	211	353	564
Mogi das Cruzes	–	657	657
Osasco	332	846	1.178
Pirapora do Bom Jesus	–	23	23
Poá	80	75	155
Ribeirão Pires	70	124	194
Rio Grande da Serra	–	18	18

Salesópolis	–	24	24
Santa Isabel	–	43	43
Santana de Parnaíba	127	47	174
Santo André	430	1.190	1.620
São Bernardo do Campo	410	1.085	1.495
São Caetano do Sul	350	267	610
São Lourenço da Serra	–	16	16
São Paulo	4.163	32.927	37.090
Suzano	–	311	311
Taboão da Serra	90	88	178
Vargem Grande Paulista	–	37	37

Fonte: Polícia Militar, GCMs e Fórum Metropolitano.

3. Segurança privada

O País também conta com um verdadeiro exército de seguranças privadas. As estimativas giram em torno de 500 mil a três milhões de seguranças no País, todos armados e nem todos preparados para desempenhar essa função. Estima-se que, em cada quatro vigilantes, apenas um trabalha em empresa legalizada. O controle das empresas de segurança privada é de responsabilidade da Polícia Federal, mas esta não tem estrutura nem motivação necessárias para fazer tal controle. Estima-se também que parcela significativa dos empregados em empresas de segurança seja proveniente da própria polícia, que assumem esse trabalho como emprego extra, o chamado bico. Os vigilantes que fazem segurança dentro de empresas, no transporte de valores, na segurança bancária e na escolta especializada têm permissão para porte de arma de fogo. No Estado de São Paulo, há legislação em fase de aprovação que habilitaria todos os vigilantes a terem porte, o que representaria mais uma fonte segura para o

fornecimento de armas para o crime. Sabe-se que a fiscalização é um problema sério para o qual não há solução em vista o que obrigaria as polícias a desviar ainda mais policiais para atividades burocráticas.

4. Problemas e características das polícias

No Brasil, assim como na América Latina, as organizações policiais sofreram forte influência das ditaduras militares e somente recentemente passaram a ser remodeladas pelos governos democráticos. Os órgãos de aplicação da lei, durante o regime de exceção, tornaram-se sistemas fortemente fechados e hierárquicos, mas autônomos em relação ao controle civil. Mesmo as Polícias Civis operavam, e ainda operam, dentro de um rígido princípio corporativo, pouco afeito a mudanças e ao controle externo. A literatura internacional especializada em polícia tem demonstrado com clareza que a existência de um sistema policial hierarquizado não representa, em hipótese nenhuma, um maior controle sobre a atuação do policial de rua. Ao contrário, o poder discricionário do policial, mesmo nestes sistemas, continua sendo amplo e sobre o qual há poucos mecanismos de revisão e controle. Os problemas que surgem no comportamento dos policiais são administrados internamente e mantidos longe do escrutínio público. As academias e a formação permanecem apartadas das necessidades práticas e do conhecimento mundano necessários às atividades do dia-a-dia (Pinheiro, 1999; Paixão, 1988, e Soares, 2000).

Esse quadro de disciplina e hierarquia rígidas tem servido muito mais para aguçar o corporativismo e, assim, manter eventuais irregularidades sob controle estrito das chefias e dos comandos. Nas polícias brasileiras, o processo de tomada de decisões ainda é feito de cima para baixo, existindo, na verdade, pouco trabalho em equipe e pouca circulação de idéias e de propostas. Os objetivos institucionais da polícia continuam presos a categorias abstratas como controle do crime, prisão de criminosos, combate à criminalidade etc. Seus instrumentos de medição de eficiência e eficácia continuam sendo o número de prisões e o número de papéis preenchidos. Não há nenhum sistema de *follow-up* e nenhuma for-

ma de estímulo profissional ou de *feedback*. A polícia pode ser caracterizada como um serviço sem clientes, pois além dos policiais julgarem que não devem responder a nenhuma forma de controle, os critérios de atuação, as estratégias de policiamento e as decisões são tomadas sempre a partir de critérios internos, segundo o juízo do comando ou segundo a tradição. A capacidade das polícias em responder às novas demandas democráticas, em diversos países de novas democracias, está limitada a respostas padronizadas, que vão da violência física desnecessária à inação, passando pela corrupção e pelo baixo profissionalismo. Essas instituições têm demonstrado pouca capacidade de antecipação de problemas, de planejamento técnico e de flexibilidade administrativa, e isso, evidentemente, compartilham com praticamente todas as instituições da Administração da Justiça. Assim, não obstante iniciativas importantes, mas pontuais, de mudança de prioridades, "apanhar criminosos" continua sendo o principal alvo das polícias brasileiras. O clamor público por uma política de segurança de qualidade que, ao mesmo tempo, controle a criminalidade, aumente o sentimento de segurança do cidadão e dê respostas adequadas às demandas de prestação de serviços não parece ter sido suficiente para que houvesse uma mudança de qualidade na implementação de mudanças permanentes (Monjardet, 1996; Goldstein, 1990, e Adorno, 1998).

Outro aspecto que merece destaque é o poder problemático que a Polícia Civil brasileira tem sobre a custódia de presos nos xadrezes das delegacias. A detenção de presos para interrogatório, ou para aguardar o pronunciamento da Justiça Criminal, sempre foi uma característica da polícia judiciária brasileira, desde sua criação em 1841. Há uma longa lista de reclamações e críticas dessa situação ao longo de nossa história. Todavia, infelizmente, essa situação tem se agravado nas duas últimas décadas. As notícias de imprensa assinalam a degradação das condições das carceragens das delegacias de polícia, desde meados da década de 70; sabe-se que, nas principais cidades brasileiras, elas representam cenários de violações freqüentes de direitos humanos. Além disso, as condições iníquas de detenção colocam os presos em situações de risco de saúde e atingem os profis-

sionais da polícia. No Estado de São Paulo, as carceragens estão, gradualmente, sendo desmanteladas e os detidos estão sendo transferidos para Centros de Detenção Provisória, considerados modelos. Entretanto, o problema persiste na forma da superlotação e no tratamento inadequado de presos e de familiares, aumentando, em conjunto com a maior presença do crime organizado dentro das prisões, os riscos de rebeliões, de fugas e de mortes. Já faz parte do noticiário cotidiano as fugas de detidos provocadas por grupos armados que invadem as delegacias ou as fugas que são promovidas por "gente de dentro", mediante a cobrança de uma taxa que aumenta conforme a importância do detido. Outro aspecto problemático relaciona-se ao inquérito policial. Criado em 1871, peça do museu histórico do mundo cartorial, o inquérito policial literalmente atravanca as delegacias e protela as investigações. São raras as delegacias que cumprem todos os quesitos processuais do inquérito policial, sejam eles os prazos, as diligências, a junção de laudos periciais ou mesmo a inquirição isenta de testemunhas, vítimas ou acusados. O Ministério Público, que realiza o controle externo dos inquéritos, mormente, tem que devolver as peças aos delegados para correções e diligências adicionais. As deficiências e características do inquérito acabam, por fim, compondo as peças do processo-crime e comprometendo a prestação judicial. O poder do delegado em deter suspeitos, manter presos na carceragem, fazer o indiciamento, interrogar, promover a soltura mais o corporativismo, a intransparência das delegacias, a ausência dos promotores públicos e do livre trânsito de advogados de porta de cadeia e de criminosos permitem criar um ambiente propício para inúmeras irregularidades que comprometem todo o circuito da Justiça Criminal (Lima, 1989; Mingardi, 1992, e Oliveira, 1984).

Além disso, a polícia, em nossa democracia, ainda concebe o público, os cidadãos, como uma ameaça ou um obstáculo à realização de seu trabalho. O negócio da polícia é o crime e o criminoso, não é dar atendimento público. Na verdade, da maneira como está organizada, ela tem enormes dificuldades em estabelecer e manter relações eficazes com o público, por falta de pessoal e de espa-

ço físico apropriados, por desmazelo, por culpa. Ou, simplesmente, a polícia não tem a sensibilidade necessária para lidar com as situações de conflito, que batem à sua porta, sejam representadas pelos agressores, familiares ou vítimas das ofensas criminais (Soares, 2000). Além da evidente baixa capacidade de conter a criminalidade e de aumentar a eficiência do sistema de Justiça Criminal, o sistema policial conta com as piores avaliações na opinião pública, como demonstram várias pesquisas de opinião. Numa pesquisa realizada pelo *Datafolha*, em junho de 2000, dois terços dos brasileiros diziam sentir mais medo do que confiança nas polícias do País. A base desta desconfiança se encontrava na violência e na corrupção dos policiais, compreendidas como sendo ilegalidades comuns dentro destas instituições. Desta avaliação, resultaria, inclusive, a aceitação, por 75% dos entrevistados, da intervenção do exército no combate à violência urbana.

No Brasil, a Rota e outros grupamentos especiais de polícia são vistos, erroneamente, como a solução milagrosa para os problemas da criminalidade e da violência. Não é o trabalho isolado de um grupo de elite que proporcionará melhoria substancial nos índices de criminalidade ou no sentimento de segurança dos cidadãos. O trabalho mais importante da polícia é o trabalho de informação, em primeiro lugar, em segundo de treinamento e de compreensão da dimensão e do tipo de crime que se deseja combater, em terceiro de ações coordenadas, integradas e inteligentes. É preciso direcionar as tropas de elite para um trabalho mais profissional ainda, que envolve não incursões imprevistas, temporárias e espetaculares nas comunidades e bairros das periferias, mas, sim, ações previstas, permanentes e *low-profile* nos locais em que o crime organizado tem sua maior penetração. Não há combate ao crime organizado, particularmente a presença deletéria do tráfico nas comunidades carentes, sem uma polícia profissional, eficiente, responsável, competente, transparente e que respeite os direitos dos cidadãos. As instituições policiais e a comunidade ganharão em muito quanto deixarmos essa visão de que polícia boa é aquela que é armada, e que age de inopino, ao calor dos acontecimentos. Matéria recente de um jornal de circulação nacional, sobre uma equipe da Rota que

atua na região de Santo Amaro, mostrou claramente a relação irracional que existe entre o que a Rota faz em uma noite de trabalho, os gastos que isso representa e a baixa efetividade dessas ações. É preciso mudar o modelo policial. Devemos sair do policiamento que conta com a suspeição sistemática, com a perseguição, com o tiro e com a ética da coragem, para um policiamento científico, modulado segundo as diferentes características da criminalidade e que respeite os direitos dos cidadãos, estes devem ser importunados pela polícia na medida adequada e proporcional em relação aos gravames que produzem contra a tranqüilidade da comunidade e contra os preceitos legais (Zaluar, 1999, e Caldeira, 2001).

5. Violência policial

Nos últimos anos, o debate sobre as mortes ocorridas em ações da Polícia Militar tem sido direcionado para a mudança do julgamento dos policiais da Justiça Militar para a Justiça Comum, o que de fato aconteceu em 1995. Nesse ano, os crimes de homicídio cometidos por policiais militares passaram à jurisdição da Justiça Comum e o indiciamento passou a ser feito tanto pela corregedoria da Polícia Militar quanto pelo delegado distrital. Os homicídios praticados por policiais militares em serviço ou em que há utilização de arma da Polícia Militar são apurados tanto pela Polícia Civil quanto pela Militar. Os inquéritos da Polícia Civil são distribuídos às Varas Criminais, mas os inquéritos da Polícia Militar, por versarem especificamente sobre o homicídio, são distribuídos à Justiça Militar que os remete às Varas do Júri caso haja indícios de crime doloso contra a vida (Mesquita Neto, 1999).

Estudo realizado pela Ouvidoria das Polícias de São Paulo tem demonstrado que a prática da corregedoria militar em classificar esses crimes como "resistência seguida de morte", além de já conter uma avaliação prévia que inocenta o policial, tem provocado erros de distribuição dos processos no Poder Judiciário. Esse tipo "resistência seguida de morte" não existe no Código Penal brasileiro, e ele consiste, na verdade, em dois tipos penais, homicídio e resistência. Segundo a lógica

processual, portanto, três delitos deveriam ser objeto de processo: o crime gerador da ação policial; a resistência à prisão e o homicídio cometido pelo policial. Além dos problemas relativos à distribuição, não são produzidas, durante a fase do inquérito, provas sobre a conduta do policial. Mesmo quando são anexados laudos, o que nem sempre ocorre, eles são peças probatórias extremamente frágeis. A pesquisa também observou que o Ministério Público não tem posição definida quanto ao problema. Em geral, os promotores se posicionam: a) pelo arquivamento dos autos em função da morte do agente e não aprecia o fato morte em si; b) os criminosos que sobrevivem são denunciados, mas não há apreciação do homicídio; c) o arquivamento dos autos em decorrência da morte do agente, com requerimento de remessa da cópia dos autos à Vara do Júri, para apreciação do homicídio. Mas, esse último caso parece ser exceção à regra. Enquanto os homicídios dolosos devem ser distribuídos às Varas do Júri, as resistências seguidas de morte parecem estar sendo distribuídas às Varas Criminais comuns. Além disso, dos 73 casos pesquisados pela Ouvidoria, 61 (83,5%) foram arquivados. A tese de "legítima defesa" ou "estrito cumprimento de dever legal" aparece como regra quase absoluta. Dos homicídios praticados por policiais civis, por exemplo, 43,3% não chegaram a ser apreciados pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. Todos os homicídios dolosos devem chegar à apreciação das Varas do Júri. No entanto, dos inquéritos instaurados pela Polícia Civil, apenas 50,8% dos inquéritos chegam ao lugar correto. Daqueles que chegaram às Varas do Júri, 44,4% foram arquivados.

Segundo levantamento realizado pelo banco de dados da Imprensa sobre as Graves Violações de Direitos Humanos, do Núcleo de Estudos da Violência da USP, que compreende informações extraídas da imprensa de 1980 a 1996, as notícias sobre a violência policial sugerem a perigosa persistência dessas práticas na sociedade brasileira, a despeito do aumento do repertório de direitos, consignado na Constituição Federal de 1988. Mais ainda, pelas notícias veiculadas pela imprensa escrita, percebe-se que a violência policial tem estado presente no debate público, mas as soluções não têm acompanhado a intensificação dos debates.

Não obstante a violência letal da Polícia Militar de São Paulo estar abaixo do número recorde de 1.421, no ano de 1992, ela voltou a apresentar tendência de alta. No ano de 2000, foram mortos 837 indivíduos em ações da Polícia Militar. No mesmo ano, foram mortos 228 policiais. Em 2001, foram 703 e 149, respectivamente. Em 2002, conforme tabela abaixo, os números continuaram sua tendência de crescimento.

Letalidade nas ações da polícia
Estado de São Paulo (1982-2002)

Ano das Ocorrências	Policiais mortos (PM e PC)	Não-policiais mortos (*)	Razão entre mortes de policiais e não policiais
1982	26	286	11,00
1983	45	328	7,28
1984	47	481	10,23
1985	34	585	17,21
1986	45	399	8,86
1987	40	305	7,62
1988	30	294	9,80
1989	32	532	16,62
1990	111	595	5,36
1991	102	1.086	10,65
1992	125	1.458	11,66
1993	101	420	4,15
1994	160	550	3,43
1995	129	661	5,12
1996	178	436	2,44
1997	184	466	2,53

Ano da Ocorrência	Policiais mortos em SP e RJ	Homicídios dolosos (*)	Percentual entre a Polícia e a população
1998	266	546	2,05
1999	371	647	1,74
2000	228	837	3,67
2001	149	703	4,71
2002	124	994	8,01
Taxa de crescimento	573%	288%	–
Total	2.506	12.440	4,96

Fonte: Secretaria de Segurança Pública, SP e NEV-USP.
(*) Inclui as ocorrências de "resistência seguida de morte", homicídio doloso e homicídio culposo, praticados por policiais em folga e em serviço.

Segundo dados da Ouvidoria de Polícia de São Paulo, entre 1990 e 1998, morreram 1.356 policiais civis e militares. Desse total, em torno de 950 morreram quando estavam de folga. Em todos os anos, houve maior número de mortes de policiais durante a folga do que em serviço. A proporção é de que para cada policial morto em serviço, há, pelo menos, três policiais mortos em folga. Há que ser lembrado que há um diferencial entre as duas polícias. Segundo os dados oficiais, os policiais civis morrem mais em serviço enquanto os policiais militares morrem mais em folga. De toda forma, esses dados levantam uma hipótese estarrecedora. A Polícia Militar está matando mais, mas, aparentemente, não está matando em situação concreta de resistência à prisão, pois suas baixas ocorrem exatamente quando o policial militar está fora do serviço. Suspeita-se que essas mortes ocorram quando o policial realiza o chamado bico de segurança, proibido por lei.

De 1976 a 1998, a população dos Estados Unidos, com idade acima de 13 anos, teve um acréscimo de 47 milhões de pessoas e a força policial foi acrescida em mais de 200 mil policiais, mas o número de criminosos justificadamente mortos pela polícia não cresceu, ao contrário, manteve-se relativamente estável, conforme gráfico a seguir:

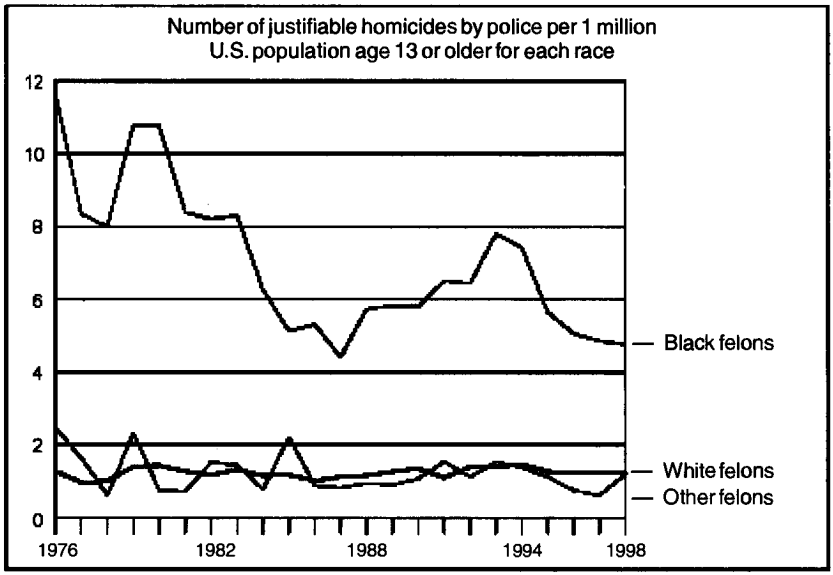


Fonte: FBI: Uniform Crime Report and Law Enforcement Officers Killed and Assaulted.

Às vezes, uma em cada seis mortes de um policial resulta na morte justificável do criminoso. "Homicídio justificável" é assim definido quando a morte de um criminoso ocorre para prevenir morte iminente ou ferimento corporal sério ao policial ou a outra pessoa. De todos os homicídios justificáveis pela polícia, apenas 3% ocorrem em conexão com a morte de um policial. Esse tipo de homicídio representa algo em torno de 2% de todos os homicídios intencionais que ocorrem nos Estados Unidos. Conforme quadro acima, a polícia americana matou uma média de 373 criminosos por ano; e foram mortos 79 policiais, em média por ano. Quase a totalidade dos criminosos mortos pela polícia (98%) e quase todos os criminosos que mataram um policial (97%) são do sexo masculino; nos dois tipos de homicídios, um pouco acima da metade tem entre 18 e 30 anos de idade e são brancos.

Um percentual crescente de criminosos mortos pela polícia é constituído por brancos e um percentual decrescente, por negros. Não obstante, a taxa por um milhão de habitantes de mortes de negros em 1998 era quatro vezes superior

àquelas dos brancos. A diferença costumava ser muito maior, em 1976 chegou a ser oito vezes superior.



Dados e quadros extraídos de Brown e Langan, 2001.

Não obstante, é importante notar que a violência policial deve ser medida por meio de múltiplos indicadores. Embora não haja dados nacionais, seria interessante verificar se a violência policial está relacionada ao aumento das mortes violentas nas periferias e nas regiões metropolitanas das principais capitais do Brasil. Sabe-se que muitas mortes violentas contam com a participação de policiais, nos chamados grupos de extermínio ou de execução sumária.

Somente para efeito de ilustração, as chacinas em São Paulo, desde quando a Secretaria de Segurança Pública passou a registrar esse fenômeno separadamente de outros crimes, vêm crescendo em proporções alarmantes: de 34 chacinas com 134 mortos, em 1994; passamos para 81 chacinas com 281 mortos, em 1999. Nos últimos anos, essa tendência permanece inalterada. As chacinas são fenômenos

essencialmente suburbanos. Há sempre a suspeita de participação ou conivência dos policiais nesse tipo de crime. Por último, segundo as notícias da imprensa escrita, as Polícias Militares, em praticamente todo o País, têm feito uso constante e excessivo da força física, nas operações de despejo de sem-tetos, de sem-terras e no policiamento de choque de manifestações e greves, com resultados preocupantes.

Pesquisa do Iser analisou 1.194 casos em que houve a morte de não policial, entre janeiro de 1993 e junho de 1996, na cidade do Rio de Janeiro. Num ano, a polícia mata, na cidade, um número praticamente igual de pessoas ao do conjunto das forças policiais dos Estados Unidos. A Polícia Militar está presente em 82% dos casos e a Polícia Civil em 17%. Desse total, apenas 8,7% ocorreram quando os policiais estavam de folga. O documento utilizado para a identificação inicial dos casos foi o Registro de Ocorrência (RO). "Com freqüência, a vítima dos ferimentos à bala aparece no documento como 'autor' e o autor da morte, o policial, como 'vítima'. A morte em si não pode então ser detectada no título e fica mais uma vez como uma simples externalidade do combate ao crime. Para os registros policiais é mais importante consignar que aconteceu uma tentativa de roubo do que registrar a morte de uma pessoa na intervenção policial" (Cano, 1997: 27).

Ano	Opositores mortos	Opositores feridos	Civis mortos acidentalmente	Civis feridos acidentalmente	Mortos não classificados	Feridos não classificados	Policiais mortos	Policiais feridos
1993	155	103	7	48	6	5	5	33
1994	220	126	8	80	9	21	6	25
1995	358	131	10	91	4	3	10	40
1996	209	50	5	58	0	3	5	24
Total	942	410	30	277	19	32	26	122

O ano de 1996 inclui até o mês de julho.

Esses dados revelam que há uma proporção de 36 não policiais mortos por cada policial morto; e há 3 não policiais feridos para cada policial ferido. Como esses dados não contabilizam o total de policiais mortos, pois apenas mostra os policiais

mortos quando houve também a morte de um não policial, a pesquisa comparou com os dados disponíveis para a cidade do Rio de Janeiro e chegou a uma proporção de um policial morto para cada grupo de 13 não policiais mortos. A média para os Estados Unidos, no ano de 1990, era de um policial para cada 5 não policiais mortos. Em outros termos, estamos diante de uma proporção inaceitável do ponto do vista da comparação internacional, indicando o uso excessivo da força no Rio de Janeiro.

Ano	Opositores presos ilesos	Opositores presos feridos	Opositores mortos
1993	54	103	155
1994	86	126	220
1995	107	131	358
1996	47	50	209
Total	**294**	**410**	**942**

Mesmo não levando em conta o número de prisões sem nenhuma vítima, é possível verificar que, nas ações em que há morte, é bastante reduzido o número de pessoas ilesas. Mais ainda, no mesmo período, segundo a pesquisa, as mortes provocadas por policiais representariam algo em torno de 10% do total dos homicídios ocorridos no Estado do Rio de Janeiro.

Policiais Militares mortos e feridos, Estado do Rio de Janeiro, janeiro de 1995 a abril de 1997

Tipo de Ocorrência	Mortos			Feridos		
	serviço	folga	total	serviço	folga	total
Confronto armado	46	0	46	254	0	254
Ação de marginais	12	113	125	105	283	388
Acidentes	9	38	47	356	306	662
Outras	7	183	190	47	154	201
Total	74	334	408	762	743	1505

Fonte: EstadoMaior da Polícia Militar do Rio de Janeiro.

O índice de letalidade (o número de mortos dividido pelo número de feridos nos confrontos) demonstra que a polícia mata em vez de imobilizar ou prender os oponentes: "É extremamente difícil interpretar esses dados a não ser partindo do princípio de uma intenção deliberada de matar por parte dos policiais. No imaginário popular e nas versões transmitidas pela imprensa e pela própria Secretaria de Segurança os opositores são descritos como extremamente bem armados e sem escrúpulos. Não se poderia lhes atribuir uma intenção de poupar as vidas dos policiais nos confrontos. Ora, se estes indivíduos bem armados e sem nenhum interesse em respeitar as vidas dos policiais matam menos da metade dos policiais que ferem, como é que a polícia mata mais de duas vezes mais do que fere? A letalidade dos policiais contra os opositores é 8 vezes maior do que a letalidade dos opositores contra os policiais" (Cano, 1997: 36).

A pesquisa ainda constatou que o perfil das vítimas corresponde a homens, jovens (15 a 29 anos) negros e pardos (70,2%). A pesquisa analisou 805 ocorrências policiais que resultaram em mortes de civis, no período de 1993 a 1996. A polícia matou 430 opositores fora das favelas e 512 pessoas nas favelas do Rio de Janeiro. A pesquisa ainda revelou que, entre 513 pessoas vitimadas pelos confrontos com a polícia em favelas do Rio, 17,8% das brancas ficaram feridas e 82,2% morreram, enquanto 10% das negras ficaram feridas, contra 90%, mortas, mostrando que a ação policial é mais letal quando grupos ou indivíduos negros estão envolvidos. Levando-se em consideração a menor população das favelas em relação à população geral da cidade do Rio de Janeiro, teríamos, portanto, um índice de letalidade muito maior nas favelas (3,6) do que no asfalto (1,6) (Cano, 1997: 65). A pesquisa também analisou 697 laudos cadavéricos, referentes a 991 vítimas. Desses casos, observou-se que 46,5% dos cadáveres apresentam de 4 a 5 tiros e 5,8% apresentam mais de 10 orifícios de bala. Uma média de 4,26 perfurações por vítima. O maior número de disparos é frontal no tórax, 772; frontal, cabeça, 472, posterior do dorso, 308 e posterior da cabeça, 251. Ou seja, a maioria dos disparos 61,5% atingiu partes vitais das vítimas, sendo que 65% dessas vítimas

receberam ao menos um disparo pelas costas. Um total de 40 cadáveres apresentava evidências de ter sido alvejado à queima roupa. Pelo menos, 222 vítimas (32%) apresentavam ferimentos não relacionados com os projéteis. A maioria (83%) dos alegados confrontos entre policiais e criminosos não conta com testemunhas não policiais. Apenas 26% dos Registros de Ocorrência fazem referência à perícia do local e a maioria dos mortos é levada ao hospital, desfazendo-se assim o local do crime. Um em cada quatro casos não relata apreensão de armas nos Registros de Ocorrência. Não foi localizada nenhuma perícia residuográfica nas mãos das vítimas (Cano, 1997).

Em relação à investigação sobre esses casos de mortes provocadas por policiais, os pesquisadores conseguiram localizar um total de 301 procedimentos de investigação na Justiça Militar do Rio de Janeiro, sendo 200 inquéritos policiais; 67 averiguações; 19 sindicâncias e 15 outros. Desse total, apenas houve o oferecimento de denúncia para 6 casos e os demais 295 foram arquivados a pedido dos promotores, que alegaram excludente de ilicitude na atuação dos policiais (Cano, 1998).

Em pesquisa realizada pela Ouvidoria de Polícia de São Paulo sobre uso de força letal por policiais, em 1999, constatou-se que "a polícia paulista mata mais da metade de suas vítimas com tiro nas costas. Acerta um terço delas na cabeça. Comete a maioria dos homicídios à noite, muitas vezes sem testemunha. Na maior parte dos casos, não há provas de que a vítima cometia algum crime", conforme *Folha de S. Paulo*, de 17.07.2000. O levantamento foi realizado a partir da análise de inquéritos policiais e laudos periciais de 224 (33,7) vítimas fatais, de um total de 664 mortes decorrentes da ação policial, no ano de 1999. Deste número, 36% foram atingidos na cabeça e, em média, as vítimas foram mortas com 3,17 tiros. Em 20,7% delas, havia de 5 a 9 perfurações feitas por balas. Do total, 131 (68%) dos homicídios ocorreram no período noturno e, destes, 81,6% foram ocasionados por perfurações na cabeça ou nas costas. A pesquisa também concluiu que 52% das vítimas não possuíam antecedentes criminais. A polícia justi-

fica estes resultados usando o argumento de que os criminosos estariam mais ousados e teriam maior poder de fogo que os policiais durante os supostos confrontos que redundaram em vítimas fatais. Não obstante, as armas apreendidas, em poder dos supostos criminosos (233) representam um terço do total de armas apreendidas (696) para efeito de investigação das mortes, os outros dois terços representam as armas dos policiais. Uma das principais dificuldades na realização da pesquisa foi a morosidade ou a impossibilidade de localização dos autos do inquérito ou, simplesmente, a ausência dos laudos periciais para checar os dados sobre a morte das vítimas.[2]

6. Necessidade da adoção de políticas sobre o uso da força

Para mudar esse quadro é preciso que as polícias brasileiras adotem políticas sobre o uso da força e, particularmente, sobre o uso da força letal. Recentemente, foi o que ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul. Além de estabelecerem regras precisas quanto à necessidade do uso e quanto ao uso seguro da arma de fogo (a segurança de terceiros, do próprio policial e do criminoso deve ser garantida), o Governo do Estado também definiu que o policial deve fazer saber ao criminoso que está armado. Essas regras foram elaboradas em consonância com os princípios sobre o uso da força da ONU.

Tanto em São Paulo quanto no Rio de Janeiro, aos policiais é permitido o uso de pelo menos uma arma pessoal em serviço; nem sempre essa arma é registrada e nem sempre ela é apresentada para perícias quando a situação exige. Não há controle sobre munições e, segundo diversos relatos, os próprios policiais compram a munição de que precisam, portanto, não há como verificar o número real

2. Entre 1998 e 2002, foram denunciados 5.523 policiais militares e 8.078 policiais civis pela Ouvidoria de Polícia de São Paulo, deste total apenas 982 PMs e 3.400 PCs foram efetivamente investigados, sendo que 487 PMs e 2.267 PCs foram condenados e/ou punidos. Não foram contabilizados 6.112 PCs e 6.556 PMs denunciados, pois não havia informação sobre o andamento de seus processos.

de disparos por parte do policial numa situação real de confronto armado. Tanto em São Paulo quanto no Rio de Janeiro os policiais estão morrendo mais em folga do que em serviço. A preocupação com a letalidade decorrente das ações regulares de policiamento é muito recente, no Brasil. Ela data de, pelo menos, dez anos. Mas, somente agora, a morte de civis e policiais passou a ser entendida como sendo um problema de gerenciamento e de qualidade do serviço prestado pela polícia e, assim, tendo de ser compreendida, diagnosticada e minimizada por políticas públicas específicas.[3]

Essas políticas devem procurar aprimorar o uso da força e reduzir o nível do uso excessivo da força e da força excessiva, isto é, da letalidade das ações policiais. Ou seja, estabelecer princípios para uma política de redução da letalidade envolve, segundo a experiência internacional, estabelecer princípios gerais para uma política de uso da força em ações da polícia. A primeira iniciativa para a elaboração dessa política seria a elaboração de conceitos capazes de articular a coleta de dados sobre uso da força, o monitoramento permanente do uso da força e os princípios que orientam as ações da polícia: a) *uso da força*: meio pelo qual a polícia interfere numa demanda; prerrogativa legal e legítima das agências policiais; atribuição principal das polícias nas sociedades modernas; varia da presença física do policial, do uso do uniforme, do distintivo e de veículos, passando pela persuasão e pelos comandos verbais, pelas técnicas ou instrumentos não letais, chegando ao porte, à disposição e/ou disparo da arma de fogo; b) *uso excessivo da força* (*excessive use of force*): quando a polícia faz uso freqüente e repetido da força, mesmo sendo desnecessário embora legal e legítimo; e c) *uso de força excessiva* (*use of excessive force*): violência ou brutalidade policial, quando o policial, intencionalmente, usa força acima dos limites impostos para causar dano físico ou psíquico,

3. Essa realidade vem sendo mudada nos EUA desde o famoso caso de Frank Sérpico. Cf.: CHEVIGNY, Paul. *Police deadly force as social control:* Jamaica, Brazil and Argentina. Serie Dossiê NEV, 2, 1991. Mas não é possível minimizar o impacto dos casos de Rodney King, Amadou Diallo e Adner Louima. Ver ainda: SKOLNICK, Jerome; FYFE, James. *Above the law:* police and excessive use of force. New York: Free Press, 1993.

de forma consciente; força desnecessária, quando o policial não sabe ou não consegue lidar com a situação que se apresenta sem o uso da força máxima.

Na força excessiva, está incluída a força letal, ou seja, a força que pode causar ou de fato causa a morte. A morte ocorre não somente em decorrência do uso inadequado de armas de fogo, mas também de qualquer outro armamento disponível à polícia, como o veículo automotor ou o cassetete. A força excessiva ou desnecessária vai além da força permitida pelas normas legais, administrativas ou profissionais. Ela pode ser desmembrada em: a) uso ilegal da força (contra normas legais); b) uso impróprio da força (contra normas administrativas); c) uso desnecessário da força (contra a regra do último recurso); d) uso abusivo (contra expectativas sociais); e e) uso ilegítimo (contra normas morais).

A literatura especializada tem afirmado que o uso da força é o principal instrumento de ação da polícia. Alguns poucos estudos se debruçaram, no início dos anos 70, nos Estados Unidos, sobre o problema específico do uso da força letal, por policiais. No entanto, esses estudos não faziam uma distinção clara entre o uso da força letal e a brutalidade policial. A partir de 1980, principalmente, algumas pesquisas foram realizadas sobre incidentes envolvendo disparo de tiros e uso próprio ou impróprio da força letal, a maioria delas foi realizada nos Estados Unidos e apenas uma no Canadá. Nos demais países, as pesquisas sobre letalidade não foram realizadas independentemente de outras pesquisas sobre poder discricionário da polícia, sobre racismo ou sobre corrupção, como na Inglaterra, França, África do Sul e Austrália.[4]

Todas as pesquisas constataram que a maioria dos departamentos de polícia estava apenas começando a fazer o registro das ocorrências sobre uso da força excessiva e sobre o envolvimento repetido de policiais com incidentes de tiro, o que prejudicava qualquer iniciativa de prevenção. Após quase duas décadas de

4. É o caso da pesquisa pioneira, realizada por solicitação das autoridades americanas: MILTON, Catherine; HALLECK, Jeanne Wahl; LARDNER, James; ABRECHT, Gary. *Police use of deadly force*. Washington: Police Foundation, 1977.

pesquisas, começou a ser consenso, entre especialistas e membros do *staff* policial a necessidade de criação de um sistema de registro de disparo de armas pela polícia. Em 1992, o Procurador-Geral de Justiça de New Jersey estatuiu que "todos os policiais devem ser obrigados a relatar e todas as agências de polícia devem coletar informações sobre incidentes envolvendo uso da força". Os pesquisadores, então, passaram a apontar a necessidade da coleta desses dados e sua disponibilidade, em nível nacional, e a especificar quais dados deveriam ser coletados, tratados e monitorados.

Essas pesquisas e iniciativas, bem como as solicitações de pesquisadores e de agências policiais, resultaram no *Crime Act* de 1994. A partir daí, apontou-se não somente a necessidade da existência de informações sobre força letal, mas também dados sobre o uso da força em geral, para comparações, monitoramento, conhecimento e implementação de políticas de uso de força não-letal.

Os diferentes relatórios produzidos nos EUA revelam que a ausência de uma sólida política de uso da força por parte das polícias tem sido responsável pelo uso excessivo da força. Particularmente, o relatório da Comissão Independente sobre o Departamento de Polícia de Los Angeles, de 1991, concluiu que "os policiais que usam excessivamente a força tendem a usar a força excessiva". Por causa dessas avaliações, os autores estão afirmando a necessidade de implantar uma clara política de uso da força que vem sendo denominada *continuum of force*: de armas não-letais até a força letal (armas de impacto: bastões e lanternas; armas químicas: *spray* de pimenta; armas elétricas; armas lançadoras de diferentes projéteis não letais; uso de cães etc.) (Brown e Langan, 2001).

7. Por uma polícia democrática

A tendência, nos últimos dois séculos, foi de aprimorar os mecanismos jurídicos de contenção das violações penais e de minimizar o grau de violência contido nas punições. Esta tendência permanece incompleta e, em muitos paí-

ses, ela parece estar se invertendo, não obstante o discurso jurídico da proporcionalidade da punição e do compromisso com a eqüidade.

A análise dos orçamentos dos departamentos de polícia das cidades americanas demonstra que boa parcela dos recursos públicos acaba sendo aplicada na repressão ao crime, com a criação de grupos especiais de investigação e combate ao crime organizado e com o maior investimento em equipamento e em técnicas de perícia. Entretanto, é exatamente na repressão ao crime que as polícias têm sua eficácia e seu sucesso mais questionados. Em qualquer país do mundo, os índices de solução de crimes estão abaixo do esperado. Não há consenso, entre os especialistas, quanto à capacidade das polícias em controlar e, muito menos, diminuir a ocorrência de crimes. Essa ausência de consenso vale também para o badalado programa "tolerância zero". Mais ainda não há nenhuma prova de que o investimento em tecnologia tenha sido o principal responsável pela diminuição da violência policial ou da redução das taxas de criminalidade atualmente experimentada em importantes cidades norte-americanas. Em decorrência desta percepção, muitos departamentos de polícia e muitos pesquisadores investiram anos de pesquisa na criação e implementação de programas de policiamento comunitário, conhecidos pela grife polícia comunitária. Sob essa denominação, na verdade, há múltiplas e diferentes estratégias de combate aos problemas da comunidade que podem, ao longo do tempo, estimular a ocorrência de crimes. Importante é reter que todas essas estratégias, conhecidas como *low profile policing*, correm paralelas com o aumento do policiamento *hard*. Até o presente momento, as pesquisas indicam que, tanto nos EUA como no Canadá, o policiamento comunitário tem-se mostrado uma importante abordagem no aprimoramento das relações entre polícia e sociedade, aumentando, por conseqüência, a capacidade da polícia de prestar serviços de segurança para uma melhor qualidade de vida de toda a comunidade. Nesse sentido, a experiência internacional em matéria de polícia tem se baseado no aprimoramento do serviço prestado à comunidade, na proteção das vítimas, na parceria com entidades da sociedade civil, na coleta, tra-

tamento e divulgação de dados, no planejamento de ação, na compreensão trivial de que a segurança pública é uma construção social complexa (Body-Gendrot, 1998; Bayley, 1998; Skolnick e Bayley, 1988).

8. Mudanças recentes no Brasil

A sensação generalizada é que as agências de segurança são desnecessariamente violentas, discriminatórias e que não primam pela eficácia (Soares, 2000). E as comunidades ficam reféns do medo, da insegurança e do conformismo. O medo acaba sendo terreno fértil ao endurecimento do penal ou ao aumento da demanda por segurança privada (Caldeira, 2001). Contribui decisivamente para essa sensação a incapacidade das instituições da Justiça Criminal em incorporar, em suas práticas cotidianas, o respeito a padrões mínimos de direitos humanos. Muitos indivíduos e/ou grupos passam a crer que a polícia somente pode minimizar a violência caso viole esses mesmos padrões (Lima, 1989). As análises sobre as políticas de segurança apontam a frágil experiência democrática do Brasil como uma das causas desse problema. Nem as instituições públicas teriam incorporado as regras do jogo democrático, nem a sociedade civil estaria pronta para aceitar o primado da universalidade da lei e dos direitos humanos (Pinheiro, 1996; Reis e O'Donnell, 1988). Ao contrário, o sentimento generalizado de insegurança, a impunidade e as mazelas da política contribuiriam para que a segurança, seguindo o mesmo caminho de outras áreas públicas, privatize-se.

Em São Paulo, desde 1995, foram adotados alguns freios à ação brutal da polícia. Entre essas medidas, merecem destaque o Proar (Programa de Acompanhamento de Policiais Militares Envolvidos em Ocorrências de Alto Risco), programa pelo qual o policial militar, envolvido em ações violentas, é afastado temporariamente, em média três meses, e submetido a acompanhamento psicológico e, caso necessário, mudança de função, a Ouvidoria de Polícia (que recebe denúncias contra abusos cometidos por policiais e encaminha para os órgãos competentes), a Comissão para a Redução da Letalidade em Ações

Policiais (que vem analisando os incidentes em que as ações policiais resultaram em mortes de não policiais e de policiais). Mas qualquer análise detida do funcionamento dessa instituição mostra que essas iniciativas não são suficientes. Segundo relatório da Ouvidoria de Polícia de São Paulo, desde sua criação, em 1996, 88% de um total de 253 denúncias de envolvimento de policiais com o narcotráfico não foram investigadas ou sequer tiveram inquérito policial aberto. Nesse mesmo relatório, houve 39 denúncias de envolvimento de policiais com o roubo de cargas. Foram 491 policiais denunciados em todo o Estado de São Paulo, lembrando sempre que a Ouvidoria recebe, primordialmente, denúncias da Capital e da região metropolitana. Há pouco tempo, a polícia de São Paulo afirmou ter prendido uma das maiores quadrilhas de matadores de aluguel que já atuou em São Paulo, composta de 17 indivíduos e sendo supostamente liderada por um policial militar. A essa quadrilha são atribuídas nada menos do que 150 mortes, das quais 23 ocorreram em uma única rua do extremo sul da cidade, conforme a *Folha de S. Paulo*, de 13.09.1999. Relatórios mais recentes tendem a mostrar a persistência desse quadro.

9. Conclusões

A matéria policial no Brasil é questão urgente e prioritária. É certo que a reforma das instituições policiais deve entrar definitivamente na pauta dos programas de governo dos Estados brasileiros. A sinalização que recebemos das democracias consolidadas é que a polícia precisa tornar-se uma polícia cidadã, que promova a segurança de todos, respeitando direitos. Somente para citar um exemplo, o Código de Conduta para funcionários encarregados de fazer cumprir a lei, Resolução 34/169, de 16.12.1979, da ONU, definiu o padrão internacional da seguinte maneira: os policiais devem cumprir a lei; respeitar e proteger a dignidade humana e manter a defesa dos direitos humanos; usar a força somente quando for estritamente necessário, baseando-se no princípio da proporcionalidade (o uso da arma de fogo é considerado medida extrema a ser evitada); garantir a con-

fidencialidade das informações; proibir absolutamente o uso da tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; assegurar a saúde das pessoas sob sua custódia; obedecer aos preceitos do Código, fazer com que ele seja cumprido e informar seus superiores de violações do mesmo. O Código assinala que o respeito aos direitos humanos deve ser princípio orientador das agências policiais em qualquer democracia.

As propostas de unificação ou de integração das polícias civil e militar, no Brasil, podem surtir algum efeito desde que atinjam o cerne do problema. Se forem medidas apenas paliativas, a atuação da polícia continuará arbitrária e de poucos resultados concretos no controle da violência. Do lado das Polícias Militares, é preciso minimizar a concepção militar de defesa do Estado e democratizar internamente os canais de comunicação e o processo de promoção; impossível conceber uma instituição na qual o policial de rua jamais ocupará uma posição de mando dentro da instituição. É preciso levar os programas de policiamento comunitário a sério e avaliar rigorosamente os resultados. No âmbito da Polícia Civil, é necessária a extinção dos inquéritos policiais, o que representaria a liberação do tempo dos policiais para a investigação, na medida em que se livrariam de atividades cartoriais repetitivas e de baixa efetividade. Na Polícia Civil, também, seria importante implantar um sistema de acompanhamento da eficiência dos investigadores. As perícias como são feitas hoje corroboram nossa tradição cartorial. É preciso que o perito trabalhe em conjunto com a autoridade que preside o inquérito, a prova pericial deve fazer sentido dentro do conjunto de provas. É preciso valorizar e preservar o local do crime. As perícias, principalmente os laudos do IML, devem ser feitas com mais presteza, com independência e com profissionalismo. Para completar o quadro de reforma, haveria que se implantar sistemas múltiplos de *accountability*, pelo Ministério Público, por Corregedorias mais independentes, pela Ouvidoria com capacidade de atuação em todo o Estado e com estrutura institucional mais sólida, e por Conselhos populares. É importante ressaltar que a punição de policiais violentos e corruptos é uma necessi-

dade premente mas é preciso atuar de forma preventiva, e a reforma da polícia necessita contemplar processos de *feedback*, entre as necessidades das ruas, a burocracia interna e as escolas de formação, inclusive estimulando que policiais façam cursos superiores. No capítulo da formação, é preciso criar, nas universidades e em conjunto com as polícias, cursos de capacitação em nível de graduação e pós-graduação para melhorar a perspectiva profissional do policial e para arejar e quebrar o isolamento da cultura policial.

Em julho de 1999, numa conferência realizada em Washington para discutir os caminhos e descaminhos da democracia no continente sul-americano, organizada pelo *The Washington Office on Latin America* e pelo Instituto de Defensa Legal, as 33 ONGs presentes definiram alguns temas como sendo prioritários para a consolidação democrática no subcontinente: reforma do sistema judicial e acesso à Justiça; policiamento democrático para a segurança do cidadão; direitos econômicos, sociais e culturais e integração dos direitos das mulheres como parte da agenda de direitos humanos. É, sem dúvida, uma agenda da maior importância. Para perseguir essa agenda, as políticas públicas devem se encaminhar na direção da reforma das instituições da Justiça Criminal e do fortalecimento das instituições democráticas: implantação de controles externos das atividades da Justiça Criminal, transparência nas ações governamentais e parceria com a sociedade civil.

Bibliografia

ADORNO, Sérgio. "Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades". In: ZAVERUCHA, Jorge (Org.). *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*. Recife: Bagaço, 1998.

BAYLEY, David H. *Police for the future*. New York: Oxford University Press, 1994.

_____. *What works in policing. Readings in crime and punishment*. New York: Oxford University Press, 1998.

BITTNER, Egon. *The functions of police in modern society.* Washington: National Institute of Mental Health, 1970.

BODY-GENDROT, Sophie. *Les Villes face à l'insecurité. Des guethos américains aux banlieues françaises.* Paris: Bayard, 1998.

BRODEUR, Jean-Paul. "La police: mythes et réalités". *Criminologie. La police après 1984.* Les Presses de L'Université de Montréal, XVII (1) 9-41. 1994.

_____. "Police de proximité et citoyenneté en Amérique du Nord". *Les dilemmes de la proximité.* Cahiers de la Sécurité Intérieure, n. 39, premier trimestre, 2000.

BROWN, Jodi M.; LANGAN, Patrick A. *Policing and homicide, 1976-98:* justifiable homicide by police, police officers murdered by felons. U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs, mar. 2001.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo.* São Paulo: Edusp/Editora 34, 2001.

CANO, Ignácio. *Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro.* A atuação da justiça militar. Rio de Janeiro. Iser, 1998.

_____. *Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Iser, 1997.

CHEVIGNY, Paul. *Police deadly force as social control:* Jamaica, Brazil and Argentina. Serie Dossiê NEV, 2, 1991.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador.* Uma história dos costumes e formação do Estado e civilização. Rio de Janeiro: Zahar, 1990/1993. 2. vol.

FÓRUM NACIONAL DE OUVIDORES DE POLÍCIA. *Proposta de projeto de emenda constitucional sobre um novo modelo de polícia no Brasil.* São Paulo, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOLDSTEIN, Herman. *Problem-oriented policing.* Philadelphia: Temple University Press, 1990.

LIMA, Roberto Kant de. "Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial". *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* 10(04), 1989.

MESQUITA NETO, Paulo. "Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle". In: PANDOLFI, Dulce; CARNEIRO, Leandro Piquet; CARVALHO, José Murilo. *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

MILTON, Catherine; HALLECK, Jeanne Wahl; LARDNER, James; ABRECHT, Gary. *Police use of deadly force*. Washington: Police Foundation, 1977.

MINGARDI, Guaracy. *Tiras, gansos e trutas*. Cotidiano e reforma na Polícia Civil. São Paulo: Página Aberta, 1992.

MONJARDET, Dominique. *Ce que fait la police. Sociologie de la force publique*. Paris: La Découverte, 1996.

MUNIZ, Jacqueline; SOARES, Bárbara Musumeci. *Mapeamento da vitimização de policiais no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Iser, Unesco e Ministério da Justiça, 1998.

O'DONNELL, Guillermo. "Polyarchies and the (Un)rule of law in Latin America: a partial conclusion". In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guilhermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Eds.). *The (un) rule of law & the underprivileged in Latin America*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1999.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário*. (Dissertação de Mestrado) Recife: Pimes, 1984.

ONU. Princípios básicos sobre a utilização da força e de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, adotado em 7 de setembro de 1990, por ocasião do 8.º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes.

PAIXÃO, Antonio Luiz. "Crime, controle social e consolidação da democracia". In: REIS, Fábio Wanderley; O'DONNEL, Guilhermo. *A democracia no Brasil*. Dilemas e perspectivas. São Paulo: Vértice/Ed. RT, 1988.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. "O passado não está morto: nem passado é ainda". In: DIMENSTEIN, G. *Democracia em pedaços* – Direitos humanos no Brasil. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

_____."The rule of law and the underprivileged in Latin America: introduction". In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Eds). (1999). *The (un) rule of law & the underprivileged in Latin America*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1999.

_____."Transição política e não-Estado de Direito na República". In: SACHS, Ignacy et al. (Org.). *Brasil:* um século de transformações. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

PRO-AIM. "Variável raça/cor e mortalidade no Município de São Paulo". *Boletim* 41. Programa de aperfeiçoamento das informações sobre mortalidade. Prefeitura Municipal de São Paulo: 2000.

REIS, Fábio Wanderley; O'DONNEL, Guilhermo. *A democracia no Brasil.* Dilemas e perspectivas. São Paulo: Vértice/Ed. RT, 1988.

REISS JR., Albert. *The police and the public.* New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1971.

SKOLNICK, Jerome; BAYLEY, David H. *Community policing:* issues and practices around the world. Washington: National Institute of Justice, 1988.

SKOLNICK, Jerome; FYFE, James. *Above the law:* police and excessive use of force. New York: Free Press, 1993.

SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general.* Quinhentos dias no *front* da segurança pública do Rio de Janeiro. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

STENNING, Philip C. (Org). *Accountability for Criminal Justice.* Selected essays. Toronto: University of Toronto Press, 1995.

WIEVIORKA, Michel. "O novo paradigma da violência. Tempo social". *Revista de Sociologia*, São Paulo: USP, 9 (1), maio 1997.

ZALUAR, Alba. "Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização". *São Paulo em perspectiva*, revista da Fundação Seade, vol. 13, n. 3, jul.-set. 1999.

Juez, institución e ideología

Luis Fernando Niño

Abogado y licenciado en Criminología por la Universidad de Buenos Aires.
Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España).
Profesor de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires.
Juez de Cámara de los Tribunales Orales en lo Criminal de Buenos Aires.
Ha dictado cursos y conferencias de la especialidad en la Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Perú, Brasil, Ecuador, Colombia, Venezuela, Guatemala, El Salvador, Honduras, República Dominicana y España.
Autor de *Eutanasia* –El derecho a morir con dignidad–. Consecuencias jurídico-penales, y de numerosos artículos, publicados en la Argentina, Bolivia, Brasil, Perú, México y España.

Sumario: 1. El rol del juez: ¿discurso sobre lo instituido o aplicación instituyente? – 2. El juez y su ideología.

La amplitud del tema que nos convoca –nada menos que la administración de justicia en el nuevo siglo– hacía propicia la elección de uno o dos aspectos básicos sobre los cuales centrar el análisis, a riesgo de perder en profundidad lo que pudiera ganarse en extensión.

Puesto en tal trance, he estimado oportuno dedicar mi aportación a dos asuntos que considero de pareja importancia y singular actualidad: el de la misión instituyente del juez, particularmente revelada en su función de contralor de la constitucionalidad de las leyes, y el de la defensa de una ideología por parte de quien juzga. En ese orden habré de abordarlos.

1. El rol del juez: ¿discurso sobre lo instituido o aplicación instituyente?

Ha sido y es un error frecuente en el discurso de las ciencias sociales el de establecer una sinonimia excluyente entre el concepto de "institución" y su

significado universal, aquel que hace referencia a lo que ya se encuentra establecido o reglado.

Esa mezquina definición operativa deja en un segundo plano al significado singular, formal o –mejor– morfológico de "institución", alusivo a las concretas y visibles modalidades de lo ya establecido o normado; a la vez que desaloja rotundamente de ese marco semántico a la acepción particular y dinámica de la institución, la referida al acto de instituir, de fundar, de inaugurar una realidad distinta a la anterior, de modificar en algo el sistema instituido.

La triple significación de institución, claramente perceptible en Rousseau al desarrollar su teoría acerca del contrato social, en alusión a la tarea de instituir un pueblo mediante un acto de gobierno antes de que el gobierno exista, erige a lo instituyente como antecedente indispensable de lo instituido; pero, además, imprime dinamismo al proceso social, puesto que, a partir del reconocimiento de un momento de decisión que muda el orden anterior, permite vislumbrar al nuevo orden, ultraactivamente, como un *status* también contingente, pasible de futuras variaciones.[1] Puntualmente advierte el ilustre pensador ginebrino acerca de la necesidad de comprender cómo el pueblo, que no es sino soberano o súbdito, puede convertirse en príncipe o magistrado en ciertas circunstancias: "(...) no hay en el Estado ninguna ley fundamental que no pueda ser revocada, ni siquiera el contrato social, pues si todos los ciudadanos reunidos acuerdan romper el pacto, no puede dudarse de la legitimidad del acto".[2]

Diversas corrientes de pensamiento filosófico y político surgidas desde los tiempos de la Enciclopedia hasta nuestros días contaron con el rasgo común de

1. No hemos de detenernos en el dilema rousseauniano sintetizado dos siglos más tarde por Louis Althusser, consistente en la "particularidad" de que en el contrato social –a la sazón, una convención de intercambio celebrada entre dos partes– uno de los intervinientes no preexiste al contrato, sino que es un producto de éste (ALTHUSSER, L. *Sobre el "Contrato Social"*, en *Presencia de Rousseau*, Buenos Aires: Nueva Visión, 1972, p. 60-62).

2. ROUSSEAU, J. J. *El contrato social*. Madrid: Alba, 1987. p. 125.

soslayar o encubrir el significado particular y dinámico de "institución", en favor del universal y estático, que la reduce a lo establecido.

Desde un Hegel atareado en destacar esa universalidad en los códigos o en las costumbres no escritas hasta un Parsons empeñado en demostrar que las "exigencias funcionales de la sociedad" aparecen como las verdaderas instituciones, como lo instituido, y aun como la "necesidad natural de la cual derivan las estructuras institucionales y los sistemas de roles",[3] infinidad de teóricos han contribuido a mistificar el problema de la institución, con especial mención de las instituciones jurídicas, cuando nada es más relativo y contingente que las formas singulares de regulación de los hechos sociales, tales como las leyes y aun las constituciones.

Tres décadas atrás, Loureau desnudaba esa mistificación, expresando que, "como la función ideológica del derecho consiste en volver evidente, intocable y sagrado lo que no es sino contingencia política, el filósofo del derecho acepta convertirse en filósofo del Estado, legitimando –en el plano ideológico– algo que solamente la fuerza justifica".[4]

También el pensamiento marxista sucumbió a este secular y heterogéneo proceso, al paso de su progresiva estabilización y del desarrollo de las estructuras del llamado "socialismo real" europeo. Las críticas iniciales a las instituciones del liberalismo clásica, demoledoras de su pretendida racionalidad y del momificado consenso social que virtualmente las originara, declinaron a medida que quedaba atrás la iniciativa instituyente de los artífices del hecho revolucionario, a favor de una nueva universalización y abstracción del concepto.

Frente a lo que me atrevo a denominar la bicentenaria preterición del verbo a favor del sustantivo, encuentro oportuno rescatar, al hacer referencia al juez y a su función en el siglo que se inicia, la saludable equivocidad del concepto de institución, arquetípicamente aplicable a esas específicas, singulares expresiones

3. Apud LOUREAU, René. *El análisis institucional.* Buenos Aires: Amorrortu, 1975.
4. LOUREAU, R. Op. et loc. cit.

de la vida comunitaria; porque, reivindicando a lo instituyente frente a lo instituido, resultará posible visualizar en los tribunales algo más que una burocracia destinada a la solución de conflictos suscitados en la interferencia de conductas de los sujetos particulares y –en última instancia– a la represión de esos sujetos, permitiendo apreciar, en su negatividad respecto a las instituciones del poder ejecutivo, un margen de maniobra para la reactualización del hecho fundante, cifrado en el reconocimiento respetuoso de los derechos de un individuo o grupo.

Si no se quiere traicionar el axioma nuclear de la democracia liberal, forzoso es coincidir con el jurista español Cesáreo Rodríguez-Aguilera cuando afirma que la esencia del derecho finca en constituir una inacabable dialéctica, derivada de la dinámica del cuerpo social de donde emana y al que, como destino último, va dirigido.[5]

El derecho concreto, el derecho vivo, el que encarna en cada resolución judicial constitutiva de una norma individual es –o, al menos, debe ser– cambiante y progresivo, porque sólo de esa manera logrará adaptarse a la incesante versatilidad de la vida social a la que se aplica. Esa tarea de cambio y adaptación permanente constituye, a nuestro criterio, la función personal y específica de la magistratura.

Al resolver cada conflicto intersubjetivo, el juez, en cierta medida, instituye, en aquel sentido enciclopedista de "establecer" o "fundar" algo de nuevo, o de "dar principio a una cosa". Él es, o –al menos– está en condiciones de ser, el artífice de la transposición de lo estático, de lo preestablecido, a una nueva dimensión, ésa que toca al "hombre de carne y hueso",[6] que inaugura una realidad social distinta a la preexistente, a partir de cada acto genuinamente jurisdiccional.

Ahora bien, dando por sentado que, contrariamente al significado tópico de institución, el juez tiene por misión fundamental el instituir un nuevo orden en las relaciones de los individuos, ¿dónde hallará su brújula?

5. RODRÍGUEZ-AGUILERA, C. *El Poder Judicial en la Constitución*. Barcelona: Bosch, 1980. p. 7.

6. Ídem, ibídem, p. 8.

Frente a la imagen tradicional de un magistrado embotado por la rutina de acomodar de algún modo la realidad conformada por su materia justiciable en el marco proporcionado por el legislador, corresponde erigir, en homenaje a lo inacabado de la empresa democrática, a un ciudadano lúcido y capaz, a un gimnasta cívico ocupado en resolver los conflictos que atañen a otro u otros del modo más beneficioso para una convivencia crecientemente justa y ordenada. Mas tal aspiración reclama la existencia de una pauta señera; no como molde asfixiante, que lo retrotraería a aquella imagen desprestigiada, sino, por el contrario, como manantial que lo refresque y estimule contra las tentaciones del fetichismo legalista.

¿Cuál será esa pauta orientadora que, lejos de automatizar e inmovilizar al juez, lo inste a escalar a sus alturas, a asomarse al borde de lo instituyente para luego incidir, del más certero modo, en la resolución de los litigios? Obviamente, no será otra que la Constitución.

Nuestra Constitución, como cualquiera de las contemporáneas, al menos en nuestro universo cultural, determina las formas institucionales visibles. Vale decir, sin que nos desentendamos de la concepción trisémica discernible en el "Contrato Social", que esa ley fundamental determina las expresiones formales de los órganos encargados de cumplir las distintas funciones del poder estatal. Pero esas instituciones, de morfología y funcionamiento perceptibles, nacen consagradas a facilitar y preservar el reconocimiento de los derechos y garantías declarados en la parte dogmática de dichos textos, de manera similar a las formulaciones existentes en las declaraciones universales de tales derechos.

Por su propia naturaleza, toda Constitución de nuestros tiempos es, en buena parte, una declaración de principios y unas normas básicas en función de las cuales se organizan los tradicionalmente denominados "poderes del Estado".

Son esa declaración liminar y ese catálogo de derechos humanos los que conducen a definir a la Constitución como un proyecto de vida en comunidad,

unas reglas de juego político y social que incluyen normas de conducta para quienes ejercen el poder y sirven de cima y cauce a todo el ordenamiento legislativo.[7]

El juez, como órgano que tiene a su cargo la función específica de satisfacer pretensiones en un espacio y un tiempo determinados, no puede reducir su tarea a una mera deducción silogística cuya premisa general sea la ley; no es un eremita devoto de la lógica formal, limitado a formular inferencias, desentendido de la concreta realidad sobre la que habrá de recaer su decisión.

Si a algo debe reverencia es a aquellos preceptos constitucionales fundamentales. Sirviendo a su efectiva concreción, habrá de recobrar el carácter dinámico que permita reconocerlo en su dimensión instituyente, en lugar de entreverlo como un indolente congelador de situaciones injustas.

No se trata de proclamar desde aquí una genérica desobediencia de los jueces al mandato de la ley, sino de poner de relieve la función promocional del derecho en cualquier sociedad contemporánea, y de requerir a sus intérpretes un comportamiento acorde con esa misión.

Se trata, en suma, de definir el rol que cabe a los magistrados en un Estado de Derecho. Parafraseando a Habermas: es obvio que la Justicia no puede disponer a su mero arbitrio de las razones ínsitas en los dispositivos legales; ello no obstante, tales razones desempeñan un papel distinto al tiempo de ser utilizadas en el discurso de las decisiones judiciales concretas, a la hora del pronunciamiento enderezado a zanjar una controversia, momento en el que el intérprete está especialmente obligado a respetar la coherencia del sistema jurídico en su conjunto, encabezado por la Constitución.[8]

Como todos sabemos, existen preceptos constitucionales de inmediata aplicación, cuya concreta regulación de determinada materia hace innecesaria una

7. RODRÍGUEZ-AGUILERA, C. Op. cit., p. 15.

8. Ver Jürgen Habermas, *Justicia y legislación:* sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional, en *Facticidad y validez.* Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998. p. 311 y ss.

labor legislativa que le otorgue desarrollo; pero en los innumerables casos en que la abstracción de la fórmula constitucional empleada haya exigido tal desarrollo normativo, el juez deberá mostrarse advertido y resuelto, presto a intervenir decididamente en defensa de la vigencia real del mandato supremo, en caso de comprobar una contradicción entre la formulación legal de virtual aplicación al caso concreto y la disposición de máxima jerarquía.

Es, entonces, labor del legislador la de complementar normativamente aquellos campos temáticos apenas enunciados por la Ley Fundamental, o sólo pasibles de derivación a partir de los principios generales que ella consagra. Así como es tarea ulterior del juez la de controlar la adecuación del material legislativo a dichos principios basilares de la organización social, antes de proveer a su efectiva aplicación al caso concreto.

En el plausible control difuso de la constitucionalidad de las leyes se cifra la más original y vivificante de las funciones judiciales; aquella que logra demostrar, con su puntual examen crítico de la normativa aplicable, que el orden jurídico no está sujeto a los criterios y decisiones del partido gobernante, sino a las directrices contenidas en la Constitución, hoy más que nunca emparentadas con la defensa de los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación.

Dicho de otra manera y entroncando con el planteo inicial, merced a esa esencial función democrática, lo instituyente se yergue sobre lo instituido, en defensa de los individuos y de sus derechos inviolables.

2. El juez y su ideología

Me aventuro a colegir, tras los conceptos vertidos en el apartado anterior, una crítica posible, centrada en la detección de rastros de una ideología determinada, al afirmar, por ejemplo, la oportunidad y conveniencia de una función promocional del derecho y del ejercicio de los poderes del Estado, en cualquier sociedad democrática contemporánea, habida cuenta de que, por estricta definición

del lenguaje natural, promover implica "iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro", y también "levantar o elevar a una persona, a una dignidad o empleo superior al que tenia"; todo lo cual supone –obviamente– un estado de cosas insatisfactorio y la intención de modificarlo, empeñando en tal sentido el funcionamiento de todos los órganos estatales, incluidos los jurisdiccionales.

Frente a ese concebible reparo, la respuesta es decididamente afirmativa. ¡Claro que mi discurso responde a una ideología!

Si una ideología es un conjunto de ideas fundamentales que caracterizan el pensamiento de una persona, colectividad, época, movimiento cultural, religioso o político, no sólo reconozco que tengo una ideología, sino que desconfío de quien argumente carecer de ella, porque ha de ser un impostor o un mentecato.

Ciertamente, vivimos tiempos en los que reivindicar la pertenencia a un cierto esquema de ideas parece arriesgar a quien lo intente a recibir el mote de extravagante, de anacrónico o –aunde nostálgico de algún extremismo. En la "aldea global" que heredamos de los años noventa, el fin de la historia profetizado por Francis Fukuyama[9] descansa en la hipotética desaparición de las ideologías, reemplazadas por un pretendido racionalismo político, una supuesta desmitificación del Estado y una cabal revalorización de la tecnocracia.

En realidad, las tesis relativas a la crisis de las ideologías se han sucedido a partir de la Segunda Guerra Mundial, correspondiendo recordar, dentro de esa corriente de pensamiento, las obras de Karl Mannheim[10] y de Jean Meynaud.[11]

Ahora bien, si nos colocamos a buen recaudo de quienes lo único que persiguen es el triunfo de la ideología neoliberal y confunden interesadamente su indiscutible vigencia coyuntural con el destino manifiesto de la humanidad, lo oportuno es aclarar que los ataques dirigidos contra las ideologías, y los pronósticos de su dolorosa agonía e inevitable desaparición, se han dirigido generalmente, en

9. FUKUYAMA, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta, 1992.

10. *Ideología y utopía*, aparecida en 1929, época en que Mannheim era profesor en Heidelberg.

11. *El destino de las ideologías*, publicada en 1961.

puridad, contra entidades distintas de aquélla que hemos definido partiendo de la acepción principal que continúa ofreciéndonos el diccionario de la lengua.

Tal vez convenga sintetizar cuatro acepciones históricas del vocablo "ideología", diversas de la que defendemos, tres de las cuales aparecen signadas por el rasgo común de la peyoración.

La más antigua, recogida aun por los tratados de historia de las ideas filosóficas, alude a la "ciencia de las ideas" y fue acuñada por un discípulo de Condillac, Antoine-Louis-Claude Destutt de Tracy (1754-1836), filósofo sensualista quien llegó a la conclusión de que las ideas se componen de sensaciones, por lo que pensar equivaldría a sentir, teoría que decayó en la primera mitad del siglo XIX.[12]

La segunda acepción se debe a Francis Bacon, precursor primordial del empirismo, autor del *Novum Organum Scientiarium*, bajo cuyo influjo floreció la filosofía experimental y la lógica inductiva. Empeñado en liberarse de prejuicios que impidieran su personal aventura criticista, Bacon llamó *idola* a las nociones erróneas que dificultan el hallazgo de la verdad y que provienen de la condición biológica, individual o social del hombre. Universalizada por el racionalismo, la noción de ídolo o prejuicio, adjudicada a todas las creencias y tradiciones, derivó en "ideología", con la carga negativa que era de esperar en la nomenclatura posterior de las ciencias sociales.

El tercer significado, parejamente desdoroso, proviene de Karl Marx. Según el teórico alemán, como es por todos conocido, el modo de producción de la vida material condiciona el proceso de existencia social, político y espiritual, a partir de lo cual, las superestructuras, esto es, las instituciones y las ideologías, son meros epifenómenos, resultantes de algo básico y previo, que son las relaciones de producción.[13] De lo que cabe deducir que la filosofía, el derecho, la moral, el arte y la religión consisten en subproductos que reflejan, subliman o justifican meros

12. "Su obra más conocida llevó por título, precisamente, *Elementos de ideología* y fue concluida en 1815.

13. MARX, Karl. *Introducción general a la crítica de la economía política*. Córdoba: Pasado y Presente, 1970. p. 35.

intereses de grupo. De tal suerte, las ideas filosóficas, éticas y jurídicas y las formas estéticas serían manifestaciones derivadas de las tensiones producidas en la estructura económico-social;[14] estructura que, desacreditada por el análisis marxista, hubo de arrastrar en su desvalorización a las ideologías, rápidamente emparentadas con lo mendaz y propagandístico por excelencia.

Vale la pena acotar que la "sociología del saber", que tuvo en el ya mencionado Mannheim a uno de sus cultores destacados, aprovechó de esa visión marxista el carácter netamente histórico de las concepciones y los desarrollos ideológicos, rescatando entonces el valor de las ideologías, no tanto por su veracidad como por su condición de señal o reflejo de una estructura social determinada.

La acepción más deslustrada consiste, en rigor, en la quintaesencia de las anteriores, una suma de factores negativos. Según ella, la ideología es una filosofía política simplificada y vulgarizada, una proyección popular y práctica de un sistema de ideas, nacida "para uso de los estratos más ínfimos del género humano", "algo concebido para los mercados 'suburbanos del pensamiento", "la antecámara de la acción colectiva", "la espuela de los movimientos sociales", según palabras vertidas en un ensayo publicado en España, en años del franquismo tardío.[15]

Pues bien; si desvestimos al concepto de "ideología" de los ropajes "ideologistas" con que se lo desfigurara, nos volveremos a encontrar con un conjunto de ideas, con una filosofía práctica más o menos deudora de uno o varios sistemas filosóficos; en suma, con una visión de la realidad circundante que otorga cierta coherencia al pensamiento y al obrar individual. Sin dogmatismos, sin dramatización, sin sacralización y sin charlatanería propagandística. En síntesis: ideología y no ideologismo.

Deslindado el concepto, queda claro que todo hombre de ideas resulta –por imposición de su mera índole histórica y cultural– portador de una determi-

14. MARX, K.; ENGELS, F. *La ideología alemana*. Montevideo: Pueblos Unidos, 1968, p. 38 y ss.

15. FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo. *El crepúsculo de las ideologías*. Bogotá: Edicol, 1973. El autor se apresura a brindar un ejemplo inesperado de lo que él mismo vitupera, al expresar, en un alarde de organicismo spenceriano: "España está en buena forma física (...) brota por doquier la corteza peninsular. Músculos tirantes y metas concretas. Un mar de jóvenes injertos verdea sobre el nudoso patrón vernáculo" (!). Op. cit., p. 7.

nada ideología. A partir de allí asume posturas, en cada encrucijada de su derrotero existencial. Negar esa circunstancia parece responder, abierta o implícitamente, a una tendencia a la unanimidad en lo político, esto es, al fin del pluralismo ideológico y de la posibilidad de disentir, o bien, a un ensalzamiento de la tecnocracia, en épocas en las que se hace evidente la interrelación entre el poder político y económico y el saber científico y técnico.

Como todo hombre de ideas, el jurista tiene también su ideología. El ya mencionado Rodríguez-Aguilera lo afirma de este modo: "El jurista está siempre tomando partido, puesto que no hay verdadero jurista sin una determinada concepción del derecho y la Justicia, sin una crítica –o "interpretación", que a estos efectos viene a ser lo mismo– de las leyes y de la doctrina científica y legal".[16] Lo cual no obsta –añadiríamos– a un proceder insospechable en cuanto al análisis fáctico que deba realizar y a la valoración objetiva de circunstancias que completen ese análisis, de cara a un caso concreto. Ni impide a tal jurista una normal incardinación en el juego institucional, sino todo lo contrario.

En el plano personal, al igual que todo hombre de ideas comprometido con sus semejantes, deploro la dolorosa realidad de la injusticia en los repartos, en el seno de la sociedad a la que pertenezco y en las de toda Latinoamérica, y ansío una paz social auténtica, sólo concebible a partir de una transformación de las actuales estructuras socioeconómicas. En tal sentido, adhiero al ya célebre aforismo de Karl Siebknecht que, con ecos del sabio Wilde, enseña a descubrir en la posibilidad realizada el resultado de las imposibilidades a las que se ha aspirado.

Mas ello no implica que desprecie la posibilidad de incidir positivamente, desde el campo jurídico, en la cristalización de nuevos y mejores modos de relación intersubjetiva, con base en la conjugación de los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad, presentes en las normas de jerarquía constitucional. Ni que abjure de la utilización primordial de los cauces pacíficos, en pos del ideal de una gradual eliminación de las violencias –privada y colectiva– como

16. RODRÍGUEZ-AGUILERA, C. Op. cit., p. 7.

condición para arribar a una auténtica convivencia democrática. Valga añadir que, partiendo de la pirámide normativa que hoy rige en mi país, cuento con base suficiente para servir a los mandatos supremos de tal ordenamiento sin traicionar en un ápice mi ideología.

En efecto, como precipitado de un conjunto heterogéneo de ideas, como resultante del encuentro de representantes de diversas corrientes filosóficas y políticas, nuestra Constitución, como cualquier otra de este universo cultural, también supuso una ideología, una toma de posición conjunta en la que se consagran los postulados compartidos por todos –o, al menos, por la generalidad– en una época y un ámbito geográfico determinados. Al respecto, vale recordar la pragmática máxima de Maurice Duverger:[17] "la mejor Constitución es aquella que no satisface plenamente a todos los grupos políticos, pero que tampoco les disgusta totalmente".

En el caso argentino, esa ideología, nutrida originariamente en el sistema de ideas conocido como liberalismo clásico, hubo de complicarse saludablemente en 1994, con la introducción, reforma constitucional mediante, de los diez instrumentos más importantes del que diera en llamarse "nuevo orden público internacional", que intenta universalizar las tres categorías discernibles de derechos humanos.[18]

Haber jurado fidelidad a esa Carta Magna implica, para los jueces y magistrados, mucho más que un acto social o una adhesión protocolar. Impone el compromiso de constituirse en vigías celosos del respeto por unas reglas básicas que se orientan a la promoción integral de todos los individuos sobre los que rigen.

Reviste suma importancia la actitud de los jueces ante una mudanza del supremo cartabón jurídico como la que aquí hubo de registrarse. Como ya sentenciara, a principios del siglo XX, el filósofo y filólogo español Ramón Menéndez Pidal,[19]

17. DUVERGER, Maurice. *Ley electoral y consecuencias políticas*. Ejemplar mimeografiado s/d.

18. El art. 75, inciso 22, de la nueva Carta argentina incorpora expresamente esos documentos, reconociéndoles jerarquía constitucional, y señala el procedimiento para ampliar dicho elenco.

19. *Enciclopedia Hispánica*, 1995-96, 10-39b.

ilustre representante de la Generación del 98: "La cultura general, y especialmente jurídica, de los jueces y magistrados, implica que sus estudios, constantemente, se renueven y armonicen con la evolución jurídica de la sociedad". Tanto más, acotamos aquí, a la hora en que, como fruto de esa evolución, vastos y densos plexos normativos, reconocidos internacionalmente, se incluyen en el nivel superior del ordenamiento.

En análogo sentido, varias décadas más tarde, enseñaba Battaglia que para comprender lo que sucede con una sociedad durante un período crítico, como aquel en el que un ordenamiento jurídico nuevo pasa a sustituir al antiguo, sirve de poco el examen de sus leyes, pero es de gran utilidad el de sus sentencias.[20] Más recientemente, otro reconocido pensador italiano, Norberto Bobbio, ha advertido que, en los modernos Estados democráticos, puede señalarse una nueva función del derecho: la de estimular las conductas progresivas y transformadoras, con la correlativa obligación para los magistrados de tomar conciencia de los nuevos horizontes trazados, de asumir a fondo la realidad social actual y de contribuir a su positiva transformación. Para ello, el profesor de Turín se ha preocupado por señalar las diversas relaciones entre los sucesivos ordenamientos jurídicos y las posibles sendas hermenéuticas a transitar para la aplicación del nuevo derecho.[21]

A quien pudiera creer que hay en esa exigencia una ideologización garantista, una desmesura propia de lo que en estas latitudes se alcanzó a denominar como "fundamentalismo iushumanista", le es aconsejable la relectura de los propios instrumentos de jerarquía constitucional a que hemos hecho referencia. A modo de ejemplo, cabe citar el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referido al deber del Estado de adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades por ella declarados; y el mismo artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, de similar redacción.

20. BATTAGLIA, F. *I giudici e la politica*, Bari, 1962, p. 3, cit. por C. Rodríguez-Aguilera, op. cit., p. 21.

21. BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, Bogotá: Temis, 1987, especialmente p. 242 y ss.; del mismo autor y en igual sentido, ver el Prólogo a *Derecho y razón* de Luigi Ferrajoli, Madrid: Trotta, 1995. p. 13-19.

En conclusión, el juez –hombre o mujer– es un animal político en el sentido aristotélico del término, un individuo con ideas propias o tomadas a préstamo; con un saber teórico, que –como vimos– está obligado a renovar incesantemente, y con un bagaje técnico, una intuición y unos sentimientos personalísimos. No está libre de atavismos ni de preconceptos, aunque lo deseable y exigible sea que pueda reconocerlos y neutralizarlos en su labor. Más, indudablemente, le alcanzan y lo invaden conocimientos y vivencias propios del entorno social y del momento histórico en que le toca vivir.

Negar esa realidad y pretenderlo aséptico, incontaminado, es –cuando menos– un desacierto y, en el peor de los casos, una tentativa de ocultar los condicionamientos sociales, económicos y culturales existentes en todo ser humano y, por añadidura, en todo estamento profesional.

"La pretendida despolitización de la justicia –advertía Casamayor– parte de la hipótesis de que la política es injusta; pero esta hipótesis es la que suscriben los adversarios de la democracia, o, más genéricamente, de la toma de conciencia colectiva".

Las resoluciones judiciales están sujetas, por regla, a mecanismos de impugnación o revisión. Las inconductas de los magistrados por apartamiento arbitrario de los mandatos normativos tienen remedios perfectamente previstos en cualquier orden jurídico conocido, incluyendo su tipificación como delitos de acción pública. Ésos son los recursos a oponer al decisionismo judicial, a la arbitrariedad enemiga de la certeza.

Sentada tal premisa inconcusa, genera mayor confianza aquel juez –sea conservador o progresista, se halle plenamente integrado o se muestre escéptico frente a las supuestas bondades del sistema– que, sin desoír, obviamente, aquellos mandatos, mantenga coherencia con su propio perfil ideológico, con su personal talante cívico, en el amplio espectro del ideario democrático, frente al pretendido eunuco político, históricamente destinado a ser ministro o empleado favorito del monarca.

Latinoamérica como referente material para la construcción de la Sociología Jurídico-Penal: el legado del Profesor Baratta*

Mauricio Martínez Sánchez
Ex-asistente científico (WissenschantlicherMiterbeiter)
de la Universitat des Saarlandes-Alemania.
Profesor de la Universidad Nacional de Colombia-Bogotá.

Sumario: 1. Introducción – 2. El respeto por la identidad latinoamericana – 3. El objeto epistemológico propuesto pero aún no realizado – 4. El objeto logrado en América Latina: los sistemas punitivos reafirman las tesis de la Criminología Crítica – 5. La violencia estructural y la política criminal como política integral de defensa de los derechos humanos – Bibliografía.

Resumen: El autor de este artículo fue asistente científico del Prof. Alessandro Baratta en la Universidad del Saarland, Alemania, antes de su muerte, en mayo de 2002. Desde allí presenció el compromiso de Baratta por la rectificación del objeto epistemológico de la disciplina difícilmente llamada Criminología, pero que por su dedicación preponderante a la crítica y control de la violencia ejercida por los sistemas penales, así como por su aplicación selectiva contra los más vulnerables, se ha convertido en sociología jurídico-penal. El profesor de Roma

* Alessandro Baratta falleció en Saarbrucken, Alemania, en mayo de 2002, después de padecer una enfermedad; era profesor emérito de la Universidad del Estado del Saarland en dicha ciudad.

trasladado a Alemania fue un defensor de la identidad latinoamericana y lo mismo hizo con "su" criminología cuyas bases contribuyó a sentar con su apoyo y participación en los diferentes grupos críticos desde 1976. Entre todos sus alumnos y amigos quedó su imperecedero legado por refundar el Estado y el derecho en Europa y en Latinoamérica. Por ello impulsó el cambio del antiguo y desigual contrato social por la noción de alianza entre todas las víctimas, entre los excluidos, entre los seres humanos y la naturaleza (...) Cuando en Europa luchaba por enriquecer al Estado y a la sociedad entre las diferentes "patrias", reivindicando a la "sociedad mestiza" contra el proyecto homogenizador de la globalización, no podía disimular el corazón latinoamericano que llevada dentro.

Palabras claves: son inseparables; identidad-latinoamericana; violencia-estructural; sistemas-penales; refundación-democrática; alianza-entre-excluídos.

1. Introducción

Tuve la fortuna de compartir con el Prof. Baratta muchos momentos de reflexión y de elaboración conceptual de las tesis que proponía para construir lo que él denominó sociología jurídico-penal o criminología crítica y política criminal alternativa. Muchos de los textos fueron preparados para encuentros a realizarse en Colombia, o en Latinoamérica, a donde viajamos muchas veces para presentarlos en público. Obviamente, yo era simplemente un colaborador en sus tareas académicas, pues primero fui su alumno en el Institut für Rechts und Sozialphilosophie en Saarbrücken y luego tuve el cargo arriba indicado, desde 1987 a 1992. Generalmente el Prof. Baratta tenía, como director de dicho instituto adscrito a la Universidad del Estado del Saar (Saarland), además de los asistentes alemanes, uno de nacionalidad italiana y otro de nacionalidad iberoamericana, para sortear mejor los innumerables compromisos con instituciones de estos países, para participar en las actividades propias del Programa de Estudios de la Unión Europea sobre

Sistemas Penales –cuya dirección tenía desde Saarbrücken– y para mantener en pié la revista *Dei delitti e delle pene.*

Fuera de su actividad en Europa para Baratta Latinoamérica tenía una particular importancia; pero sobre todo la tenían los "ciudadanos de dos mundos" como llamaba a aquellos que, como en mi caso, habíamos dejado temporalmente a nuestro mundo para encontrarnos como investigadores en otro, viviendo como extranjeros, pero que luego regresábamos para sentirnos también extranjeros en el nuestro; en fin, a aquellos que por diferentes motivos se asilan por motivos políticos, huyen de la violencia estructural, o simplemente salen de sus países a estudiar a Europa; no era por tanto extraño encontrar al profesor dedicado a muchos intelectuales que habían llegado a Europa y que lo tenían a él como referencia. Es esta talvez la más penosa consecuencia, la horfandad que ya han denominado otros, que traerá la desaparición del maestro para muchos intelectuales latinoamericanos.

El interés permanente del Prof. Baratta por Latinoamérica tenía mucho que ver con su posición ideológica: no solo abogaba, en contraposición al eurocentrismo y a la dominación del Estado "blanco", por un Estado mestizo y por la globalización de los derechos humanos, sino que consideraba que el centro del mundo debía ser localizado allí donde los conflictos de la sociedad capitalista se expresan con mayor nitidez, donde la represión de las necesidades reales es mucho más evidente y por tanto donde el recurso al control punitivo es más descarado e ilegítimo; es decir en contextos como el latinoamericano.

Me consta, por haber sido su asistente científico y traductor en la universidad alemana, que muchos textos que hoy contienen lo que se podrían llamar tesis de la criminología crítica fueron elaborados para encuentros latinoamericanos y en particular para países en donde las contradicciones, desigualdades y represión oficial y paraoficial alcanzan grados extremos, como Brasil o Colombia; es decir, fueron hechos tomando como referente material ese sur del mundo que tanto conocía y amaba.

2. El respeto por la identidad latinoamericana

Presencié la dedicación del profesor a la sociología jurídico-penal como crítica del derecho penal en Europa, principalmente con el círculo de la Universidad de Bolonia (Bricola, Pavarini y otros) y luego con el grupo del Programa de la Comunidad Europea sobre Sistemas Penales y Criminología Crítica que dirigía desde Saarbrücken, Alemania (Hulsman, Young, Lea, Bergalli y otros); pero igualmente fui testigo de su apoyo y consagración al grupo de criminología comparada y crítica latinoamericana sobre todo desde 1976. Desde 1981 apoyó al Grupo Crítico Latinoamericano que redactó el Manifiesto Criminológico en México (Emiro Sandoval, Lolita Aniyar, Roberto Bergalli y otros) y que luego lo refundó en 1988 también desde México (Lolita Aniyar, Mauricio Martínez, Fernando Tenorio, Guillermo Villegas y otros). Desde entonces era, con el mismo entusiasmo de cualquiera de nosotros, el promotor de los encuentros en el área latinoamericana. Basta revisar el comité científico, propuesto por él y aprobado por los demás, de una las revistas más conocidas en Europa sobre el problema del delito y su control, *Dei delitti e delle pene*, del cual era su director, para darnos cuenta de su respeto y estimación por lo estudiosos latinoamericanos (Aniyar, Bustos Ramírez, Del Olmo, García Méndez, Martínez Sánchez, Zafaroni etc.).

Algunos de los que no estaban de acuerdo o simplemente desconocían los planteamientos de la Criminología Crítica (Del Olmo, 1987) irresponsablemente criticaban la presencia y la cercanía de Sandro con el Grupo en nuestros encuentros por "ser europeo", cuando en realidad lo hacían por ser un crítico del sistema penal copiado de Europa pero que aquellos defendían como si fuera latinoamericano, o para renegar del propio pasado también crítico. Incluso llegaron a sostener que a Baratta se le idolatraba en Latinoamérica y que obstaculizaba la construcción de una "ciencia propia" etc.

Muy en sentido contrario, Baratta criticó siempre la "transculturización punitiva" por obra de la criminología positivista y la ciencia penal europeas, rea-

lizada desde la Colonia, por ser ajenas a los intereses de las mayorías del continente, evidenciando la exigencia de que se desarrolle en América Latina un pensamiento criminológico crítico, autónomo e independiente; que tome conciencia de los problemas específicos de la zona, de los valores propios y de las creencias populares. Aunque consideró que algunos principios metodológicos para la disciplina pueden ser validos en cualquier contexto, así como la transferencia mutua de experiencias e instrumentos conceptuales, exigió siempre tener presente la particularidad histórica y política de cada una de las áreas. Reconocía los avances logrados por la criminología contemporánea en Latinoamerica y valoraba la posibilidad de que Europa se enriqueciera de nuestras investigaciones y viceversa. "Nunca he ido a los centros de investigación latinoamericanos, precisaba, con una intención diferente de la de aprender y de dialogar con colegas, estudiantes y operadores, de los que, sin falsa modestia, he aprendido mucho más de lo que, de alguna manera, les haya podido enseñar (...) No he pretendido nunca 'transplantar' ideas o métodos nacidos en contextos diferentes del latinoamericano, hacia ese continente. Mi interés ha sido y será siempre el de desarrollar un provechoso diálogo, teniendo en cuenta lo adquirido en el laboratorio europeo en el que permanentemente actúo (...)" (Martínez, 1990, 149).

No por nada un colega y amigo inseparable suyo de la Universidad de Bolonia, Pavarini, hubo de sostener, en uno de lo actos celebrados en Roma en su memoria, que "(...) muy temprano la periferia latina del mundo se volvió para Sandro el lugar elegido de una larga, intensa, proficua y nunca interrumpida predicación política y científica. De esa periferia, desde la desesperación de aquel universo, desde el análisis de las contradicciones económicas, políticas y sociales de aquellos países, Sandro leía más claramente nuestro mundo, el primer mundo. Sandro amó sobre cualquier otra cosa aquel sur del mundo. Y ese sur del mundo amó intensamente a Sandro (...)".

3. El objeto epistemológico propuesto pero aún no realizado

Uno de los momentos más vibrantes de la Criminología Crítica en Latinoamérica quedó reseñado en el encuentro de la ciudad de Medellín, Colombia, en 1984, cuando precisamente Baratta recibió la ciudadanía honoraria de la ciudad. No podía ser para menos estando allí presentes Lolita Aniyar, Roberto Bergalli, Bustos Ramírez, Rosa Del Olmo, Fernández Carrasquilla, García Méndez, Emiro Sandoval, Raúl Zaffaroni, entre otros.

En aquel encuentro Baratta (Baratta, 1984) presenta una aclaración importante entorno al objeto de la disciplina que propone construir: 1) Reitera la improcedencia científica de que la Criminología Crítica acepte investigar causas con respecto a objetos definidos por normas, convenciones o evaluaciones sociales e institucionales, sob pena de *reificar* los productos de aquellas definiciones, tal como lo había hecho la criminología positivista, convirtiendo así a la disciplina en una instancia del sistema penal; 2) Se distancia del idealismo de la teoría de la reacción social, pues considerar la criminalidad como resultado exclusivo de un proceso de definición negaría la existencia de situaciones negativas y de sufrimientos reales de la población que pueden ser considerados el referente objetivo de las definiciones; se opone a la "radical no intervention" respecto de aquellas, pues ello justifica la omisión de las instancias oficiales y niega la oportunidad de las intervenciones socialmente justas y oportunas. Igualmente, porque le imprime un carácter de normalidad a los comportamientos tradicionalmente seleccionados, desviando la atención de la criminalidad de los poderosos; 3) Rechaza la tesis de quienes en el interior de la Criminología Crítica –realistas de izquierda– regresan a una concepción "objetiva" de dichas acciones o situaciones socialmente negativas y a una concepción naturalista de la objetividad, siguiendo la corriente del sentido común; y 4) Propone la inclusión de las situaciones negativas definidas o no por el sistema penal como objeto de la

Criminología Crítica, solo si se remite a otras construcciones teóricas científicas de los problemas sociales, de las necesidades reales y de otro tipo de comunicación libre del poder entre los portadores de dichas necesidades. Para el efecto se precisaría reducir la "negatividad social" solo a situaciones o comportamientos que representen represión o negación efectiva de necesidades reales, entendidas estas como posibilidades de mantener y desarrollar la propia existencia de los individuos en función de la capacidad de producción material y cultural de una sociedad.

Estos problemas epistemológicos fueron objeto de mucha discusión en el interior del Programa Europeo sobre Sistemas Penales arriba citado, principalmente entre Baratta y los profesores ingleses –Young, Lea– y holandeses –Hulsman, Blad–. Este tema fue objeto también de mi investigación en la Universidad alemana el cual culminé y publiqué con algunas de las respuestas dadas a mis interrogantes por el profesor aquí recordado, en el cual recapituló lo que él consideró como objeto de la disciplina.

Además de las situaciones o comportamientos antes señalados, Baratta reivindicaba los aportes hechos por corrientes precedentes a la Criminología Crítica y por eso incluía en el objeto del conocimiento de la disciplina los procesos de definición. Es decir el sistema penal, tal como hicieron los teóricos de la reacción social, cuando marcaron el denominado cambio de paradigma. Asumiría así la disciplina dos dimensiones: la dimensión *comportamental* y la dimensión de la *definición*, para cuyo logro sería necesario utilizar un método interdisciplinario. Se podría hablar entonces de *interdisciplinariedad externa* como proceso de colaboración y remisión recíproca de conocimientos científicos entre la criminología y las disciplinas dedicadas al comportamiento humano, tales como la psicología, la psiquiatría, o la antropología y de *interdisciplinariedad interna* respecto de los conocimientos científicos dedicados específicamente al sistema de control penal o sociología jurídico penal, quedando así la Criminología Crítica como un saber formado por la concurrencia de los saberes especializados de otras disciplinas.

A propósito de la discusión planteada por otros pensadores latinoamericanos, en el sentido de que la disciplina fuese el estudio del control social formal e informal –Aniyar de Castro– o exclusivamente el control social penal –Bergalli–, Baratta propuso una *vía intermedia*, teniendo en cuenta que los confines existentes entre los dos tipos de control son históricamente móviles, como lo han sido precisamente en la modernidad los confines de los discursos científicos; por ejemplo las penas en América Latina no son siempre impuestas por el sistema punitivo legal, sino también por fuera de él como las impuestas por grupos paramilitares o por el mismo Estado pero que asumen la forman de coerciones administrativas. Y teniendo en cuenta que las especializaciones del saber contemporáneo lo son por objeto y no por disciplina, consideraba el maestro que "criminología crítica" no podían ser el conjunto de los discursos de quienes se autoproclaman "criminólogos críticos".

4. El objeto logrado en América Latina: los sistemas punitivos reafirman las tesis de la Criminología Crítica

La discusión sostenida en América Latina entre estudiosos de diferentes áreas a propósito de la dedicación de los criminólogos críticos a temas propiamente políticos y sociales, lo que según algunos desorientó epistemológicamente, a la disciplina por ser competencia de otros actores, sirvió para que el Prof. Baratta reafirmara continuamente el llamado a que los académicos se comprometieran políticamente por los más desvalidos, por los derechos humanos y en general por la democracia política. Es el mismo llamado que hacen los científicos comprometidos de otras áreas como la sociología o la ciencia política y que a mi manera de ver podría posibilitar una confluencia de intereses y, en consecuencia, lograr que la Criminología Crítica también se dedique a objetos diferentes del control punitivo.

No obstante esta posibilidad y la propuesta de Baratta en relación con el objeto de la disciplina, en la práctica la Criminología Crítica latinoamericana se

ha dedicado exclusivamente al tema del sistema punitivo, legal o ilegal. En los estudios del sistema punitivo extrajudicial –torturas, ejecuciones extrajudiciales, creación de grupos paramilitares etc.– los criminólogos críticos han coincidido con otros actores sociales, a los que según los críticos de la "desorientación epistemológica" correspondería la "vanguardia de los procesos políticos". No ha sucedido lo mismo con las llamadas *situaciones o comportamientos negativos* que reemplazan a los "comportamientos criminales" en la criminología positivista y el pensamiento oficial. La imposibilidad académica para que los criminólogos emprendan esta tarea, en mi sentir, obedece a que dichas situaciones, tal como insistía Baratta respecto de los delitos que tienen como característica común carecer de unidad ontológica, ser heterogéneos, están relacionados con muchos campos del saber y la *interdisciplinariedad externa* aún no se ha logrado por los prejuicios que se mantienen en otros saberes respecto de los "delitos" que representan efectivamente la negatividad social negada por algunos teóricos de la reacción social tal como lo criticó Baratta y que resaltamos arriba. Frente a ellos los otros saberes o actores sociales siguen exigiendo respuestas punitivas a la manera del sistema penal. Por ello podemos sostener que en América Latina, como del resto parece en Europa, el objeto de la Criminología Crítica, se ha reducido al sistema penal legal o extralegal.

Tal vez por esta dedicación exclusiva han sido tan prolíficos en nuestro medio los estudios al respecto y que han servido para convalidar los planteamientos de Baratta hechos sobre dicho sistema y en consecuencia mantener como válidas para la Criminología Crítica todas las tesis al respecto.

Baratta acostumbraba a convalidar las críticas hechas por la Criminología Crítica al sistema penal mostrando los resultados de las investigaciones hechas no sólo en Alemania e Italia sino también en América latina. A este respecto le parecía nuestro continente el centro del mundo, para tener presente cuando proponía su derecho penal mínimo o de la Constitución, para afrontar condiciones prebecarianas o promesas incumplidas de la modernidad en materia penal.

No hay autor tan citado, junto con Ferrajoli, como Baratta, cuando se ha tratado de analizar nuestros sistemas penales. Basta citar un par de trabajos o de casos para demostrar la validez de sus propuestas.

En 1984 Zaffaroni (IDDHH, 1984) dirigió la investigación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre la violación de ellos por parte del sistema penal en América Latina. Sandro era un admirador de Zaffaroni, a quien consideraba brillante, infatigable etc.; me consta de la satisfacción que sentía cuando veía a Raúl acercarse a su proyecto de Criminología Crítica. Como sabemos en dicha investigación se constató la violación de todos los principios del derecho penal liberal en todos los países del continente: de legalidad, mediante la aplicación de ejecuciones extrajudiciales; del juez natural, mediante el juzgamiento de civiles por militares, organismos administrativos y policiales; del *non bis in idem*, respecto de los indígenas juzgados por sus propias comunidades y por los jueces oficiales; del debido proceso, a través de procedimientos secretos, incomunicación del procesado, identificación de la defensa con el sindicado etc. A aquella investigación se remitía permanentemente Baratta para fundamentar el derecho penal mínimo que defendía, en cuanto le permitía demostrar la diferencia entre la operatividad real de los sistemas punitivos respecto de la legislación vigente en los países del área, así como la aplicación por parte de las autoridades; sin embargo, comparaba la actuación de la policía en Latino América, por fuera de la legalidad que sostienen defender, con la del sistema penal europeo en áreas como el del control a la actividad terrorista o de la toxicodependencia, para considerar válida en ambos contextos aquella propuesta.

Lo mismo sucede con las investigaciones realizadas en Colombia al respecto, gracias a cuya ayuda considero suficientemente deslegitimido el sistema penal, al menos desde la perspectiva que analizamos. En efecto, tal vez el primer análisis en el tiempo sobre nuestro sistema penal a la luz de la disciplina crítica lo hizo Emiro Sandoval (1985) siendo alumno del maestro en Alemania; este trabajo fue presentado en el encuentro de Medellín arriba citado y publicado más tarde por el autor en

homenaje a sus dos profesores, Baratta y Alfonso Reyes. Sin duda los trabajos de Emiro son los pioneros de la Criminología Crítica en Colombia, lo cuales sirvieron de referencia a muchos países del continente, sobre todo de la región andina. El autor era consciente de, a diferencia de Europa, la práctica inexistencia de un discurso positivista o liberal y por ello percibía con mucho optimismo la vigencia de la disciplina para nuestro medio y así se convirtió en el principal difusor del pensamiento de su Prof. Baratta. Consideraba que el objeto de la disciplina debían ser los procesos formales e informales de criminalización, así como la construcción de un derecho penal crítico que surgiría del modelo integrado propuesto por el profesor de Saarbrücken; en su condición de juez consideraba posible también para América Latina el *uso alternativo del derecho.* Lamentablemente, como lo hemos repetido, los propósitos de Emiro, junto con los de su Prof. Alfonso Reyes, quedaron truncados en 1986, con su muerte prematura, víctima de la violencia que azota a Colombia desde décadas, pero sobre todo de aquella ejercida en defensa a sangre y fuego de un régimen bipartidista impuesto por los sectores privilegiados.

La continuación de los esfuerzos iniciados por Emiro fueron mis propósitos cuando emprendí mis estudios en Alemania con el Prof. Baratta. Con mi estadía dicho país, mis viajes permanentes con él por diferentes países de Europa y América Latina, pude constatar en la teoría y en la práctica la vigencia del proyecto crítico del cual fue Baratta el gran profeta. En diversas oportunidades, con la ayuda del profesor, verificamos la selectividad del sistema penal colombiano y latinoamericano; el estado de cosas inconstitucional de nuestras cárceles; la perversión del sistema penal por obra de la excepcionalidad (Martínez, 1989); los peligros de trasladar mecánicamente la teoría de la imputación objetiva de Jakobs (Martínez, 2002); en fin, los inconvenientes de abolir un sistema penal en Latinoamérica, cuya característica ha sido estar siempre abolido (Martínez, 1991). No puedo olvidar las objeciones del profesor a este trabajo por haber sido "muy duro con los abolicionistas"; después me he ido convenciendo de que mi profesor tenía toda la razón respecto de muchas de mis afirmaciones a este propósito.

Es que Baratta se consideraba un abolicionista, pero realista, para diferenciarse de otros abolicionistas que consideraba *fundamentalistas*. Sostenía por ejemplo, "(...) mi posición crítica frente al sistema de la justicia penal no contempla solamente sus degeneraciones y disfunciones particulares que puedan incidir gravemente en la realidad del sistema, sino también el funcionamiento 'normal' del mismo. Desde este punto de vista mi posición parece estar mucho más cerca de la del abolicionismo. Sin embargo, ha habido interpretaciones en el sentido opuesto que la acercan más al neorrealismo de izquierda (...) Se podría decir que la variante del *minimalismo* seguida por mi es al mismo tiempo la variante 'realista' del abolicionismo, y que el discurso de Louk Hulsman y de Niels Chritie son la variante fundamentalista y utópica (...)"(Martínez, 1990, 155). Precisamente una de sus tesis, para diferenciarse de estos, consistía en la defensa de la intervención del sistema punitivo que puede cumplir funciones simbólicas para casos de graves violaciones de los derechos humanos cometidas por autoridades civiles o militares y para el efecto invocaba las situaciones vividas en países como Argentina o Chile en la década de los ochenta, en las cuales la intervención del sistema penal puede servir para elaborar y mantener la memoria histórica de un pueblo y la consolidación de una cultura democrática que impida la repetición de la violencia institucional, en el mismo sentido de Durkheim o Bergalli. De todas formas sostenía diferenciarse de la propuesta de Ferrajoli, colega y amigo contemporáneo, a quien admiraba profundamente, también defensor del derecho penal mínimo, porque en su criterio relegitima al sistema penal, pues la venganza pública que este ejerce solamente lograría "compensar" simbólicamente las consecuencias que producen los delitos y seguiría aplicándose selectivamente sobre "chivos expiatorios".

5. La violencia estructural y la política criminal como política integral de defensa de los derechos humanos

El Prof. Baratta era un defensor del pensamiento de Galtung respecto de la teoría de la violencia estructural: aquella que no es violencia para el sistema penal,

porque no necesariamente se identifica con un comportamiento personal, que es lo que él persigue, pero que también niega, como los delitos con victima, bienes y derechos. Es la violencia manifestada en las condiciones estructurales de la vida y por ello identificada con la inequitativa distribución de los recursos, de los ingresos, de las posibilidades de llevar una vida digna; en fin son las injusticias sociales, por las que nadie responde penalmente, porque el sistema penal no se encarga de situaciones, de regímenes, de administraciones, o de intervenciones extranjeras. Por la vida solo deben responder los seleccionados como "asesinos"; por la salud, los seleccionados como "traficantes de droga"; por el hambre, los seleccionados como "especuladores"; por el engaño electoral y la compra de votos, los seleccionados como "corruptos", y así sucesivamente; por ello la inobjetable tesis de la Criminología propuesta por Baratta de que las más graves violaciones de bienes jurídicos o derechos fundamentales, quedan en la impunidad, porque así está programado el sistema penal. Por las condiciones de vida de la mayor parte de los latinoamericanos, en consecuencia, nadie responde.

De 1988 a 1990 Colombia vivió uno de los momentos más aciagos de su historia de la violencia: los poderosos carteles de la droga, cuyos vínculos con sectores del *establecimiento* por fin comenzaba a desenmascararse, crearon, se aliaron o financiaron grupos de extrema derecha para aniquilar dirigentes políticos progresistas o de izquierda; la concepción de que las luchas sociales son incentivadas por las guerrillas de izquierda produjo y sigue produciendo el más macabro exterminio de quienes en ellas actúan en la legalidad. En ese contexto el Prof. Baratta fue invitado a Bogotá a dictar una conferencia sobre la violación de los derechos humanos y, estando allí presente, vivió directamente el desangre que el país padecía. Después, y como la situación de otros países de la región era similar, presentó las mismas tesis ante otros auditorios.

Para Baratta las necesidades reales de los individuos y de los pueblos están constituidas por sus potencialidades de existencia y de calidad de vida y los derechos humanos, su proyección normativa; en sociedades como las latinoamericanas estos

derechos viven permanentemente amenazados o vulnerados, en cuanto están entre la disyuntiva de la violencia estructural y de la violencia penal. Ante la posición de los defensores de derechos humanos, el profesor de Saarbrucken, si bien estaba por el castigo punitivo en situaciones como la señalada, siempre reiteraba que la respuesta penal era de todas formas simbólica. Para el maestro este interviene sobre los efectos y no sobre las causas, sobre comportamientos y no sobre los conflictos mismos, sobre personas y no sobre situaciones, de manera reactiva y no preventiva. Igualmente consideraba que ni un sistema penal que funcionase de conformidad con los principios que él defendía, la pena no puede representar una defensa adecuada de los derechos humanos; no está en capacidad de prevenir sus violaciones; tan sólo podría confirmar la validez de las normas. Por el contrario, para él la pena es violencia institucional represora de necesidades reales y cumple la función de reproducir la violencia estructural, pero a la vez de esconderla tras la exaltación de la violencia delictiva; pero no sólo es violencia estructural e institucional, sino el lugar de concentración de otras formas de violencia como la individual y colectiva. La tesis de Baratta sobre la cárcel, en la que además sigue en mucho a Foucault, parece hecha fotografiando las prisiones latinoamericanas (Baratta, 1989), pero sobre todo la de cuatro países en donde la degradación de la violencia en ellas ha alcanzado límites máximos, a saber, Brasil, Perú, Venezuela y Colombia.

Las de este último país, declaradas por la Corte Constitucional en "estado de cosas inconstitucional", eran para Baratta paradigmáticas, pues en ellas ejercen la violencia los grupos paramilitares, que en su muy certera percepción representan un sistema penal extralegal, fuera y dentro de las prisiones; tolerado e incluso financiado por las clases dominantes, por los narcotraficantes y en muchas ocasiones por las autoridades oficiales. De ahí por qué, para el profesor de Saarbrücken, en la política criminal alternativa que proponía, el restablecimiento de la legalidad y de la paz, obligaciones tan elementales de las autoridades oficiales, asumían plena vigencia. En otras palabras, él hacía ver cómo era progresista exigir a las autoridades del continente que por lo menos cumplieran su propia legalidad. Esta

dimensión, a propósito de nuestra situación, asumía el *uso alternativo del derecho* formulado para Europa, sobre todo en Italia y España, ante el riesgo que advertía el profesor con la manipulación interpretativa de la norma jurídica; él prefería una estrategia que pasara por el derecho, sus principios generales, el derecho internacional, pero sobre todo por las Constituciones, sin que ello implicara la legitimación del Estado. Esto por cuanto en América Latina, la minoría en el poder "(...) trabaja con una doble moral: por un lado, pone fuera de la legalidad el movimiento social; por el otro, manipula por cuanto concierne a si misma, la conformidad con la legalidad, o violando la legalidad según sus intereses estratégicos (...) La esfera de la legalidad interior, la ley y la Constitución sobre todo, se convierten ya no en un elemento de fuerza de la élite en el poder, sino en un elemento de debilidad (...)" (Baratta, 1998, 357).

En 1998 el Prof. Baratta fue invitado a "asesorar" al Ministerio de Justicia de Colombia en un "programa de política criminal"; su posición sobre lo que él entendía por política criminal fue también presentada en público, pero como en los eventos oficiales del continente, las autoridades asisten sólo a la inauguración con sus palabras protocolarias y luego se retiran, la posición del maestro quedó solo como documento académico, pero por su contenido crítico "no podía" ser puesto en práctica. Para nosotros fue la oportunidad de conocer la última versión de lo que el profesor entendía por *Política criminal alternativa* (Baratta, 1998a).

Rechazando la noción de seguridad como *metáfora ideológica* relacionada con el Estado, la comunidad, el barrio o los espacios públicos sólo respecto de los individuos portadores de derechos, abogaba por una interpretación de aquella noción en relación con los sujetos portadores de derechos fundamentales, pero no "seguros" en relación con la amenaza frente a sujetos "peligrosos", sino con el disfrute y la protección de estos frente a agresiones o incumplimiento, omisiones de otras personas físicas en el ámbito de sus competencias o poderes. En dicho concepto incluía situaciones de riesgo sufridas por mujeres y niños en espacios domésticos, así como, la limitación de los derechos económicos y so-

ciales de las que son victimas los sujetos pertenecientes a los grupos marginales, los cuales son tomados como "objetos" de la política social dentro de la política criminal tradicional.

El Prof. Baratta consideraba una falsa alternativa la orientación de la política criminal hacia la política social, pues de esta manera se percibe a los marginales como potenciales y peligrosos delincuentes y por ello objetos de "programas de prevención", de lo que resulta una criminalización de la política social, en vez de asumir el Estado su obligación constitucional de protección y seguridad de los derechos, sobre todo de los sujetos más necesitados y de la infancia abandonada. En el pensamiento de Baratta y en general en el de la criminología crítica, se rechaza la noción del delincuente como "violador del pacto social" que nace en la tradición filosófica liberal; entre muchas razones, porque de allí nace la concepción del infractor como sujeto anormal, primitivo, atávico, violador de condiciones pactadas etc., todo lo cual condiciona al Estado a someterlo por medio del control punitivo, y porque el pacto social en aquella concepción fue un *pactum ad excludendum*, o sea, un contrato entre una minoría de iguales para excluir a los desiguales; un contrato entre propietarios blancos, adultos y de sexo masculino, para dominar y excluir a los "extranjeros", a las mujeres, a los niños y, en general, a los desposeídos.

Baratta defendía una *refundación del Estado y del derecho*, una nueva concepción de democracia basada en el principio de inclusión de las víctimas, concepción que trabajó y maduró en la región centroamericana en su calidad de asesor para la reforma de legislaciones minoriles impulsada por las Naciones Unidas. Por ello en sus últimos años, en nuestro continente, se dedicó al tema de la infancia y a este propósito consideraba que el futuro de la democracia está vinculado al reconocimiento del niño como ciudadano, de su identidad diferente respecto de los adultos, otorgándoles derechos civiles y de libertad, económicos sociales y culturales. De esta manera, la ciudadanía del niño implicaría su participación activa en la democracia social y política, diferente, pero no menor que la de los adultos, con el colateral deber de

estos de escucharlos y de aprender de los niños, modificando sus posiciones. Desde allí impulsó el cambio del antiguo y desigual contrato social, por la noción de *alianza* entre todas las victimas, en lugar de entre actores, entre los antes excluidos; una alianza de los seres humanos con la naturaleza. La refundación del Estado implicaría su enriquecimiento a través de las diferentes ciudadanías, entre las diferentes "patrias", reivindicando así a la "sociedad mestiza" de la contemporaneidad contra la homogenización del proyecto globalizador.

El maestro nos dejó en un momento trágico para Latinoamérica: el proyecto globalizador de la economía y del derecho impuesto por agencias imperiales ha estrangulado las economías regionales, ha aumentado a grados extremos la miseria; la conflictividad ha asumido caracteres muy violentos y en consecuencia los defensores de aquel modelo han reforzado la utilización del sistema penal como *prima ratio*, mientras muchos gobernantes actúan fuera de la legalidad: condenas o procesos por corrupción en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México o Perú, así lo demuestran. La economía del narcotráfico ha creado, como el Prof. Baratta lo profetizaba, poderes criminales que cogobiernan con las castas tradicionales para afrontar el descontento; su criminalización ha desplegado las fronteras a la intervención; la distinción entre guerra y penalidad se desvanece cada vez más, los grupos armados y el crimen organizado asumen funciones de policía; el derecho penal se sigue consolidando como derecho penal de enemigo; las cárceles se han vuelto campos de concentración; los nuevos códigos penales aumentan los delitos; los delitos se cometen como penas; las penas se ejecutan como delitos; la insatisfacción de las necesidades reales y la violación de los derechos fundamentales siguen en la impunidad; las promesas de la Constituciones no se cumplen.

Bibliografía

BARATTA, Alessandro, 1989. "Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal". *Nuevo Foro Penal*, Medellín, n. 46; p. 443-457.

_____. 1998. "El poder y el derecho". In: SÁNCHEZ, Augusto. *Política Criminal y Sociología Jurídica*, Ciudad de México: Unam, p. 353-365.

_____. 1998b, "Infancia y democracia", *Infancia, ley y democracia en América Latina*, a cargo de García Méndez Emilio-Beloff Mary, Bogotá.

_____. 1998. "Política criminal: entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos". *Foro de Política Criminal.* Bogotá: Universidad Javeriana, p. 25-78.

_____. 1995. "Tiene futuro la Criminología Crítica? Reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales y la interdisciplinariedad externa". *Capítulo Criminológico*, Maracaibo, n. 23-22, p. 487- 501.

DEL OLMO, Rosa, 1981, *América Latina y su criminología*, Ciudad de México.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 1984, *Sistemas penales y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984.

MARTÍNEZ, Mauricio, 1991, *La abolición del sistema penal*, Bogotá.

_____. 2002, *La necesidad de pena en el derecho penal alemán.* Los peligros de la imputación objetiva, Bogotá.

_____. 1990, *Qué pasa en la Criminología Moderna?*, Bogotá.

SANDOVAL, Emiro, 1984, *Criminología Crítica y Sistema penal*, Bogotá.

4. O Direito em Ação

4.1 Jurisprudência Comentada

Algunas cuestiones legislativas y jurisprudenciales respecto de la discriminación en derecho penal español

Andrea Acuosto

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra. Doctorando en Derecho Penal por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Investigadora Asociada del Iceps.

1. Notas preliminares

Más allá de los sistemas de protección de los derechos humanos a escala internacional, o incluso a niveles nacionales en el ámbito constitucional, en la discusión penal acerca de la discriminación quedan aún múltiples interrogantes abiertas que no consiguen una solución pacífica y en algunos casos ni siquiera una respuesta jurídica eficaz que se incorpore sin crear fisuras en esos mega sistemas universales o constitucionales a los que hacíamos mención. En efecto, dado que se afirma que todos los seres humanos, por su condición de tales, tienen garantizada una igualdad de trato jurídico, es necesario concretar este enunciado extremadamente amplio, en un nivel de mayor precisión.

Empezamos el tratamiento de este tema afirmando que no compartimos las teorías que asignan al derecho penal la mera calidad de garante de unos bienes

jurídicos previamente determinados constitucionalmente. Por el contrario, entendemos más acertada la concepción autónoma del derecho penal, que posee una naturaleza no sólo sancionatoria de las violaciones constitucionales, sino también constitutiva y garantizadora de principios, sistemas y valores propios, que no se derivan automáticamente y sin más de la Constitución. Ello obviamente no obsta, al reconocimiento de la relevancia que con frecuencia tienen tales principios y valores en el campo penal, ni de la jerarquía normativa que revisten los objetos de protección constitucionales. Simplemente nos lleva a contrastarlos en el plano legislativo, con valoraciones de política criminal y en el del análisis técnico, con su adecuación dogmática en la estructura de la teoría del delito. Realizar algunas consideraciones sobre estos puntos, es el objeto de este artículo.

2. Bien jurídico protegido y lesividad

En general la doctrina suele vincular al bien jurídico protegido por los delitos que sancionan la discriminación, con una triple protección jurídica: a la libertad, a la igualdad y a la dignidad humana, expresadas en el derecho a la diversidad, o a ser diferente; o como lo entiendo mas apropiado, el derecho a una determinada identidad (entendida en sentido amplio, como posibilidad de desarrollo sin renunciar a las legítimas características esenciales que identifican a cada persona).

Sin embargo, si descendemos un nivel más de precisión, se hace evidente que tampoco la realización de cualquier actividad discriminatoria es susceptible de tutela penal. De modo que se nos presenta el requisito de lesividad penal.

En la práctica, nuestro tema padece los males de la inflación que aquejan actualmente al derecho penal en general. Ello se agrava en nuestro caso a causa de los tintes ideológicos y de principios que adquiere el tratamiento del mismo. Tanto quienes se alinean en una dirección más progresista, como los que lo hacen en la contraria más conservadora, se cruzan acusaciones de intolerancia ideológica y

de discriminación, lo que lleva a pretensiones de aumento y ampliación de protección penal desde ambas márgenes, aunque frecuentemente no con argumentos de necesidad objetiva, sino en virtud de intereses altamente politizados.

Así es que por temas casi sentimentales, como bien afirma Jesús Bernal del Castillo,[1] se sancionan normas penales para proteger intereses que casi nadie ataca actualmente. Un caso que se encuentra muy cerca de tener una relevancia casi nula en la estadística jurisprudencial y que recoge el citado autor, es la condena penal al antisemitismo, que puede producirse como fenómeno muy insignificante en España. Sin embargo, figura como agravante específica en el artículo 22.4 del CP de 1995. Asimismo se menciona al antisemitismo en el artículo 510 del mismo Código, que sanciona a quienes provoquen a la discriminación, el odio o la violencia contra determinados individuos o colectivos.

Por otra parte, como algunos autores ponen de manifiesto quedan fuera del ámbito de protección penal realidades cotidianas mucho más relevantes desde el punto de vista estadístico, como la discriminación lingüística que puede dar lugar en el caso español a no ser admitido en determinados empleos, o en ciertos ambientes.[2]

Ello también es parcialmente trasladable, al territorio latinoamericano, donde existe una variedad de lenguas indígenas que pueden dar ocasión a tratos diferenciales, e incluso eventualmente discriminatorios. Sin embargo, parece en principio que mientras en España la pretendida discriminación a que parece hacer referencia Bernal del Castillo, sería más bien por ausencia de conocimiento de una lengua autonómica (situación mayormente presente en Cataluña, aunque también es posible en el País Vasco y en Galicia), en tanto que América el problema vendría dado por no ser hispano-parlante nativo. De cualquier modo, es necesario aclarar que en España, la profunda política de defensa del catalán, tiene

1. BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. *La discriminación en el derecho penal.* Estudios de derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada: Comares, 1998. p. 34 y ss.

2. Ídem, ibídem, p. 40.

también tintes ideológicos y connotaciones históricas muy importantes, arraigadas en la sociedad catalana, puesto que la lengua se ha convertido en el principal instrumento de reivindicación y de diferenciación de identidad social, respecto del resto de España, fenómeno que ha sido objeto de numerosos estudios en ciencias sociales, y que es ajeno en general, en cuanto fenómeno social general, al objeto de este trabajo y del propio derecho penal.

Precisamente para intentar reflexionar en alguna medida, respecto de algunas de las diversas situaciones derivadas de la actual concepción de la idea de discriminación y sus antecedentes históricos, algunas de ellas paradójicas, o productoras de incoherencias internas, vale la pena destinar algunas líneas al propio concepto de discriminación que se encuentra detrás de los delitos tipificados en el Código Penal español de 1995 y que es compartido por varios Códigos Penales europeos y americanos, con sus respectivos matices y peculiaridades, en tanto responden en general a los postulados de la Convención Internacional sobre la eliminación de toda Forma de Discriminación Racial.

En este sentido, se señala por parte de la doctrina,[3] la expansión que se ha producido en el concepto de discriminación desde el final de la Segunda Guerra Mundial, hasta nuestros días. Así desde una idea de discriminación, fundamentalmente identificada con las nociones de racismo y xenofobia, como segregación por razones fundamentalmente biológicas y antropológicas, que pretendía distinguir genética y fenotípicamente a unos grupos sobre otros; se ha evolucionado hacia una concepción mucho más amplia, que abarca criterios sociales, económicos, culturales, religiosos, morales, políticos, sanitarios, e incluso de seguridad pública.[4]

3. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental:* la respuesta del derecho penal. Estudios de derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada: Comares, 1999. "Los motivos racistas y xenófobos han ido ampliándose a otros tipos de perjuicios que originan desde el punto subjetivo del autor la materialización del acto injusto, más allá del color de la piel, la procedencia o la religión de la víctima, como puede ser su orientación sexual o su incapacidad física", p. 238.

4. Nota del autor: Es interesante respecto de los criterios de selección político-criminales que tiene en cuenta el propio legislador a la hora de establecer distinciones punitivas, algunas razones

Algunas cuestiones legislativas y jurisprudenciales

Resulta conveniente, debido a la tendencia hacia la vaguedad que aqueja a la idea de discriminación, procurar su delimitación desde dos perspectivas. Por una parte, desde la perspectiva de qué conductas se consideran lesivas penalmente, y por otra desde la determinación los motivos que pueden denominarse discriminatorios.

En lo que respecta a las conductas que pueden dar lugar a una sanción penal, es imprescindible exigir una descripción de una acción auténticamente ilegítima, que revista el grado de gravedad que justifique la intervención penal, y que quepa dentro de la noción de injusto. No es por tanto correcta, una tipificación de sentimientos o ideas, que no sean exteriorizados a través de comportamientos materiales que a su vez ataquen (o como mínimo pongan en peligro), la igualdad, la dignidad y/o la libertad de la persona afectada.

Un ejemplo (escogemos uno de varios casos existentes en la legislación de diversos países occidentales, entre los que se podría citar el llamado delito de la mentira de Auschwitz alemán, u otros), de tipificación carente de toda determinación del injusto, puede considerarse el artículo 225 del CP francés de 1994, que expresa en su párrafo primero, que: "Representa una discriminación toda distinción de personas naturales a causa de (...)", enumera a continuación un elenco de motivos lo suficientemente amplio como para incluir nociones tan variadas como son: el origen, sexo, situación familiar, estado de salud, impedimento físico, moral o costumbres, concepción política, actividades sindicales, real o presunta pertenencia o no pertenencia a una determinada etnia, nación,

que pueden ser calificadas como discriminatorias. En particular, son frecuentes los motivos de estadística criminal esgrimidos cuando se aprueban textos legales del tenor de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que entre otras disposiciones penales, introduce en su artículo 3.º, modificaciones al artículo 89 del CP, disponiendo la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión, para los extranjeros no residentes legales en España que cometan actos delictivos. En la práctica, además, los efectos de esta disposición se agravan, dado que es frecuente observar la ejecución de la medida de expulsión, con anterioridad a la sentencia definitiva de condena o absolución, con lo que el juicio continúa en ausencia del imputado, puesto que dicha medida punitiva, ha sido ejecutada en sustitución de la prisión provisional.

raza o religión. En el párrafo segundo este artículo se extienden los mismos términos a las personas jurídicas.

En la disposición francesa que aludimos, no sólo no se dice lo que efectivamente "es" considerado discriminación desde el punto de vista penal, pues el legislador se conforma con la "representación", de modo que no exige a la conducta prohibida, la propiedad de "ser" discriminatoria; sino que además, y fundamentalmente, no se especifica a qué tipo de distinción se hace referencia, si se trata de distinción positiva, negativa, justa, injusta etc.

Asimismo, en el elenco de motivos racistas, en el referido artículo del Código Penal francés, se incluyen una serie de razones demasiado amplias, que combinadas con la indeterminación de la conducta castigada, darían lugar, por exceso, al castigo de una innumerable cantidad de comportamientos que se nos representan *a priori* como completamente legítimos; o por defecto, al castigo de ningún caso.

Efectivamente, junto a la determinación de la conducta punible, es imprescindible particularmente para la definición de una conducta como discriminatoria, tomar en consideración los motivos, o móviles del delito, pues éstos son precisamente lo que distinguen una amenaza o un ejercicio de violencia en general, de una acción de discriminación. Es decir que en nuestro caso, los motivos del delito, son los que precisamente van a determinar su existencia, y lo van a definir, formando parte de modo inseparable del tipo.

Así es que será exigible también respecto de los denominados "motivos" del delito, en tanto parte de la acción típica, poder imputar objetiva y subjetivamente su realización al autor. Por ello, es posible sostener, que la importancia de estas circunstancias, deriva más que de su naturaleza de meros motivos del delito (que también lo son), del hecho que se trata al mismo tiempo de elementos subjetivos asimilables al "ánimo de lucro", o al "ánimo lúbrico" etc. En este sentido, es también exigible respecto de los motivos, que el legislador establezca conceptos que tengan un adecuado nivel de precisión. De modo que resulta necesario que el

legislador, junto a la determinación de la acción prohibida, realice también la determinación de los motivos (y el fin perseguido), que dan lugar a que la conducta pueda ser calificada de discriminatoria.

Esta naturaleza subjetiva de los "motivos" discriminatorios, padece por su parte, de los problemas que en general existen para los elementos subjetivos, que es la dificultad probatoria, pues se afirma que es difícil dilucidar el móvil de un delito, ya que frecuentemente constituye parte del fuero interno del autor. Sin embargo, para evitar caer en casos de derecho penal de autor, y no de hecho, es fundamental como decíamos, que el motivo discriminatorio, se traduzca en actos exteriores. Si el motivo discriminatorio queda dentro de la voluntad y el pensamiento del autor, pero no se puede deducir de ninguna conducta específica, más allá de conjeturas o presentimientos personales del juzgador, no hay posibilidad de una apreciación legítima de la discriminación.[5]

De todas maneras, no resulta adecuado pretender abarcar todas las posibles hipótesis de discriminación, a través de la inclusión en el texto legal de motivos como los que enuncia el Código Penal francés al hacer referencia sin ningún elemento que los acote ni especifique, a ideas tan vagas como son *moral*,

5. Sin embargo en el supuesto contrario, tampoco resulta adecuado rechazar la aplicación de un tipo o de una agravante de carácter discriminatorio, sencillamente porque no se escucharon por ninguna persona, salvo la propia víctima, las expresiones verbales que ponían de manifiesto la pretensión discriminatoria, como ha llegado a afirmar el TS español, reduciendo con un criterio puramente formalista el espacio de vigencia de la agravante del artículo 22.4, siempre que la apreciación del móvil se derive de otros hechos externos que prueben o constituyan indicios ciertos del trato discriminatorio. STS 1.125/2001, de 12 de julio. Ponente Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar. En esta sentencia se niega la apreciación de motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación, en un caso en que cuatro agentes de policía detienen ilegalmente a un inmigrante senegalés de color, vendedor ambulante en una playa, que exhibe su permiso de trabajo y residencia en regla y el comprobante de pago de sus impuestos, y al que igualmente, se lo conduce en un vehículo policial, primero a una playa desierta, durante más de una hora, se le golpea, la víctima afirma que también se le insulta con alusiones a su color de piel y a su procedencia, y finalmente se conduce a la delegación policial, sin existir motivo alguno para la detención del sujeto, fuera del trato policial discriminatorio en base al color de su piel y el hecho de ser extranjero, como único motivo de selección para realizar una detención abusiva. Sin embargo, el tribunal entiende que no corresponde la agravación, puesto que "no consta que los acusados profiriesen insultos o frases ofensivas alusivas a su raza o procedencia nacional".

costumbres, *concepción* (no pertenencia, ni actividad) política. Estos motivos discriminatorios, parecen penalmente intolerables, pues hacen casi imposible poder precisar el límite de la prohibición, y permiten afirmar que por su laxidad, en realidad se está dejando la tipificación en manos del juez, en contra de los postulados básicos de legalidad penal, y de la propia idea de división de poderes sobre la que se asienta nuestra idea de Estado.

Basta con imaginar el uso que un abogado, o un juez malintencionado y parcializado podría hacer de un texto del tenor de la norma francesa, para apreciar las posibles consecuencias arbitrarias que podrían derivarse del eventual castigo a una persona por la realización de cualquier conducta que pueda calificarse de "distinguir a otro en virtud de sus ideas morales o políticas, o de sus costumbres".

Por último, pese a que es imposible desarrollar este tema en este momento, vale la pena hacer como mínimo mención a un nuevo problema que se añade a la lucha contra la discriminación desde el derecho penal, que es el aprovechamiento que se hace por grupos y personas interesados en difundir propuestas y materializar acciones discriminatorias, del desarrollo de las comunicaciones en general, y de Internet en particular. Es un fenómeno obviamente no es propio ni privativo de la discriminación, pero también afecta a este ámbito, por multiplicar infinitamente su poder lesivo, al tiempo que permite obtener más adhesiones, y todo ello de modo prácticamente incontrolado, bajo el amparo de la impunidad casi absoluta que asegura este medio.

3. Algunos aspectos de derecho positivo español

3.1 Breves reflexiones acerca de la agravante genérica del artículo 22.4

El artículo 22 del CP español, que plantea el elenco de agravantes genéricas, prevé en el punto 4.º: "Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la

víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca".

En cuanto a la posibilidad de cometer delitos agravados por el artículo transcrito, más allá de quedar abarcado por los comentarios que hicimos en el párrafo anterior con carácter general para el fenómeno de la discriminación en el derecho penal, tal vez el tema más interesante sea la posibilidad específica de aplicación de esta agravante en delitos imprudentes. Debe reconocerse que la producción en la práctica no es fácilmente imaginable. Sin embargo, en principio no existen obstáculos estructurales, siempre que el autor relaje su deber objetivo de cuidado, movido por motivos racistas; es decir por entender que no se encuentra ante un "igual", merecedor de un "igual" respeto en sus derechos y de una "igual" diligencia por su parte, aún sin entrar en la discusión acerca de la representación o no del resultado que haya tenido el autor.[6]

3.2 Algunos delitos específicos de discriminación

Respecto de los delitos que figuran en los artículos 510 a 512, es interesante su ubicación dentro del Título XXI del Código Penal español de 1995, denominado "Delitos contra la Constitución"; Capítulo IV, "De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas"; Sección 1.ª, "De los delitos cometidos en ocasión de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución".

Antes de cualquier análisis específico del articulado, ya por la posición sistemática dada, se nos advierte por el legislador la necesidad específica de armonizar la comprensión de estos preceptos, con las normas constitucionales referentes a los derechos fundamentales (bienes altamente personales), y con las libertades públicas; poniendo de manifiesto la dualidad de dimensiones (individual y social), contenida de modo más o menos directo en estas normas.

6. PUENTE SEGURA, Leopoldo. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la Responsabilidad criminal.* Madrid: Colex, 1997. p. 97.

Sin perder de vista esta perspectiva, es imprescindible determinar la afectación directa de una u otra dimensión por parte de cada una de las figuras delictivas; ante lo que ya me he decantado por una concepción general individual de los bienes jurídicos (derechos fundamentales) protegidos por estos delitos.[7]

3.2.1 Artículo 510

El artículo 510 CP que consta de dos apartados. El primero se refiere a la provocación a la discriminación, a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, su orientación sexual, enfermedad o minusvalía. En primer término se ha puesto de manifiesto por la doctrina, la indeterminación del tipo y su eventual vulneración del principio de legalidad, en virtud de la vaguedad de los conceptos objeto de provocación. Si bien la provocación a la discriminación puede tener un contenido más abarcable, resulta difícil acotar la idea de provocación a la violencia y muy especialmente difícil, la de provocación al odio.

Por otra parte se afirma que el castigo a la provocación, significa el adelantamiento de la barrera punitiva, ubicando la punición en una etapa preparatoria. Aunque en este caso parezca más adecuada la noción de apología como "incitación directa" (artículo 18), o instigación al delito, que pone de manifiesto el peligro abstracto para los bienes que se incita a vulnerar.[8]

En cuanto a la enumeración de causas de exclusión, el legislador no hace otra cosa que presentar un elenco de razones que pueden agruparse bajo los conceptos que denominamos estructurales, y que desarrollaremos dentro de las propuestas finales.

7. Cf. Patricia Laurenzo Copello, "La discriminación en el Código Penal de 1995", Estudios Penales y Criminológicos, n. XI, p. 263, Santiago de Compostela, 1996.

8. TAMARIT SUMALLA, Josep M.ª. "La libertad ideológica en el derecho penal". *Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona*. Barcelona, 1989. p. 319-321.

Estas razones estructurales pueden tener o no un carácter natural (es decir que hacen a la esencia naturalmente inmodificable de la persona porque le son dados sin que haya intervenido *a priori* en esa elección). Dentro de este grupo encontramos a la situación familiar, la pertenencia a una etnia o raza, el origen nacional, el sexo y padecer una enfermedad o minusvalía.

También encontramos otros móviles de discriminación basados en características que si bien no son inmodificables, pues en principio han sido, o son susceptibles de ser, más o menos libremente escogidas por la persona; aunque su variación es jurídicamente inexigible puesto que se trata de opciones que se pertenecen a un ámbito de intimidad y exclusividad que refieren a la libertad y dignidad individual, tales como la ideología, la religión y la orientación sexual.

El legislador español no ha recogido el que denomino tercer grupo de móviles discriminatorios, que es en realidad un subtipo de los móviles basados en características esenciales no naturales, pero cuyo cambio no es ya jurídicamente inexigible, sino materialmente inaccesible para quien se encuentra afectado por ellas, como puede ser por ejemplo el analfabetismo, la imposibilidad de acceder a los medios de producción, entre otros.

En el segundo apartado de dicho artículo se sanciona con la misma pena de uno a tres años a quienes conociendo la falsedad o con "temerario desprecio hacia la verdad", difundan informaciones injuriosas sobre "grupos o asociaciones" en relación a alguna de las condiciones que se enumeraron anteriormente.

Resulta interesante observar que el artículo 510 CP se dirige en ambos apartados a "grupos o asociaciones". Lo que en una primera lectura podría contradecir nuestra opción por situar al bien jurídico protegido en una dimensión individual. Sin embargo el enfoque grupal que da el legislador, está probablemente más relacionado con la relevancia numérica del ataque, es decir con procurar evitar que el castigo penal sea fruto de excepciones aisladas, que con la supraindividualidad del bien jurídico protegido. Es indudable que el efecto indirecto de la discriminación reiterada, de una cantidad importante de personas,

por razones análogas, tiene su repercusión en el ámbito colectivo. Sin embargo, tal consecuencia indirecta, llega a partir de las afectaciones individuales, y se expande indirectamente el daño, por razones de solidaridad dentro de cada colectividad. Cuando la afectación es exclusiva y directamente respecto de un colectivo, la esfera de protección varía y deja de pertenecer al ámbito exclusivamente discriminatorio, para adquirir una dimensión colectiva, en cuanto promover, por ejemplo, la intolerancia a escala social. Esta clase de comportamientos, están mucho más cercanos a alterar la pacífica convivencia que a afectar a cercenar los derechos fundamentales de cada individuo de manera particular, aunque indirectamente le afecte.

Por otra parte, es necesario no perder de vista, que en este artículo estamos ante un caso de "provocación", de modo que el comportamiento del autor no es directamente un acto de discriminación, sino un acto de "promoción" a la discriminación, que puede tener un destinatario individual o colectivo a quien se pretende adoctrinar, o estimular en este sentido. Por esta característica, en doctrina se ha calificado este tipo precisamente de delito *sui generis*.

3.2.2 Artículo 511

Por su parte el primer apartado del artículo 511 castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años, y multa de 12 a 24 meses más inhabilitación especial para empleo o cargo publico por uno a tres años, a los particulares encargados de un servicio público que denieguen una prestación a una persona que tenga derecho a ella, por las razones discriminatorias previstas en el artículo 510, con la única excepción del antisemitismo, al que no hace mención específica. Y en su apartado segundo prevé las mismas penas para los casos en que se nieguen dichas prestaciones a una asociación, sociedad o corporación o contra sus miembros, por idénticas razones. En tanto que el tercer apartado refiere a los delitos antes descritos cometidos por funcionarios públicos, que da lugar a un aumento punitivo.

Resulta curioso observar que la privación de una prestación a una persona por razones discriminatorias, acarrea una pena inferior que la provocación a la discriminación o la injuria por iguales razones. Aunque también es cierto que si de la privación de la prestación se deriva un daño para el patrimonio, la integridad física, u otro bien jurídico, estaríamos ante un supuesto de concurso de delitos que elevaría la sanción aplicable; de modo que el artículo 511 queda reducido a los casos en que la negación de la prestación no genere la vulneración de otros tipos penales.

3.2.3 Artículo 512

Por último, el artículo 512 hace referencia a la negación de la prestación de un servicio profesional o empresarial al que se tenga derecho, por las razones discriminatorias expuestas en el artículo anterior; siendo la consecuencia la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, industria o comercio, por uno a cuatro años.

Es interesante constatar cómo el legislador aquí limita la esfera de protección no sólo de modo aparente porque lo acota a la persona, sin referencias grupales (pero ello en definitiva no tiene relevancia práctica, ya que la negación de prestar un servicio profesional o empresarial al grupo, deriva en la negación del servicio a sus miembros, con lo que el tipo se perfecciona igualmente cuando se discrimina a un colectivo); sino que también realmente se restringe la aplicación al referirse a prestaciones "a las que se tenga derecho", al igual que se hacía para los servicios públicos en el artículo 511.

Sin embargo, al tratarse del ámbito privado en el que los "derechos" de exigir prestaciones no son inherentes a la condición de ciudadano o de habitante, sino que requieren una relación contractual, tal vez hubiera sido más acertado hablar de "interés legítimo". En efecto, nadie tiene "derecho" por ejemplo, a que le vendan alimentos, si aún no ha pagado por ellos, pero sí puede tener un legítimo interés en realizar esa compra, sin que le nieguen la oportunidad de hacerlo solamente

por razones discriminatorias en atención a su pertenencia a una determinada cultura, etnia, religión etc., en tanto esté dispuesto a pagar la necesaria contraprestación por ese negocio. De manera que es de muy difícil aplicación este tipo. Máxime cuando es del todo legítimo que las empresas restrinjan el derecho de admisión, por razones de política empresarial, lo que fácilmente puede dar lugar a situaciones de discriminación encubierta bajo las más variadas excusas.

Así en la medida en que el ámbito de referencia se vaya reduciendo cada vez más hasta llegar al espacio domestico, o al negocio, oficio o profesión ejercidos en condiciones cuasi-familiares, las posibilidades de seleccionar legítimamente por criterios absolutamente libres a las personas con las que se desee interactuar, se amplía sustancialmente, y el derecho a exigir la admisión o inclusión, disminuye en idéntica proporción.

4. Algunas particularidades dogmáticas de los artículos 511 y 512

En lo que respecta a las formas de comisión de estos delitos, observamos que los artículos 511 y 512 están redactados de modo negativo, es decir, hablan de denegar servicios públicos, o negar prestaciones, respectivamente.

A este respecto la doctrina se ha planteado el tratamiento como delitos de omisión propia. Sin embargo, en ambos se designa a un garante específico, que es quien tiene la obligación de cumplir con tal prestación y que no puede ser cualquier individuo, sino exclusivamente los designados responsables, que revisten unas características especiales, elemento propio de los delitos de comisión por omisión. De allí que se hablara frecuentemente de figuras híbridas, que comparten ciertos caracteres de ambos tipos omisivos, lo que no deja de presentar varias contradicciones y conflictos.

Sin pretender extendernos sobre este punto, es evidente que si convenimos en que los delitos de comisión por omisión requieren un resultado, cuyo deber de

evitación recae sobre el garante, en tanto que en los delitos de omisión pura la simple inacción consuma el tipo, aún sin resultado dañoso, deberíamos determinar qué tipo de daño corresponde exigir que el garante evite en estos casos.

Tampoco se resuelven las contradicciones si se afirma que estamos ante delitos de consumación automática, en los que el resultado de vulneración a la dignidad, libertad e igualdad de la persona (su identidad como ser humano), se ven automáticamente afectados por la negación de prestación motivada por las razones discriminatorias tipificadas, puesto que frecuentemente se produce la denegación de forma progresiva. Pero aún en casos de efectiva consumación automática, no hemos salido del supuesto de creación de un deber especial a un garante determinado, de evitar un daño no especificado. De allí que se haya concluido por algunos autores que se trata de un "delito propio de omisión especial".[9]

Sin embargo, pese a la confusa redacción, creo que se trata de delitos de comisión activa, en los que la acción castigada es precisamente la exclusión o denegación, que se puede concretar en una resolución escrita, en una comunicación verbal, en una actitud de ignorar a la victima (este punto ha llevado a la doctrina a plantearse las consecuencias en este caso del silencio administrativo) etc.[10] Se trata en definitiva de delitos especiales de mera actividad que pueden realizarse tanto por acción, como por comisión por omisión. Pero no son delitos de omisión pura, pese a tener una redacción en términos de negación, que produce confusiones a la hora de su clasificación.

Asimismo, los delitos de los artículos 511 y 512 son tipos que en general deben ser completados por las normas que regulan las prestaciones denegadas, de modo que estamos ante normas en blanco que requieren de un complemento.

9. MACHADO RUIZ, M.ª Dolores. *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos:* análisis del artículo 511 CP. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002. p. 160. Serie Monografías, 232.

10. Cf. Jesús Bernal del Castillo, op. cit., p. 108.

5. Un caso actual en la jurisprudencia española

En relación a los delitos que específicamente castigan la discriminación, es de destacar la sentencia de 3/04 de 12 de enero de 2004, del Juzgado Penal 3 de Barcelona, que condena por el artículo 510.1 CP, a Mohamed Kamal Mostafa, imám de la mezquita de Fuengirola, desde 1992, y director un centro cultural islámico; asesor religioso de la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas desde 1997, como experto en teología islámica.

Este sacerdote publicó un libro de 120 páginas con una tirada de 1.668 ejemplares, titulado "La mujer en el Islam", que consta de una breve introducción y siete partes con una consideración final referente a la poligamia del profeta Muhammad y su trato con las mujeres. En el resto de las partes, el libro aborda los roles de la mujer como madre, hermana, esposa e hija, y su papel en la civilización, donde se tratan temas como la menstruación, el parto, la limpieza ritual, la oración, el ayuno, o la peregrinación. En la cuarta parte, bajo el titulo de "Cuestiones dudosas" se tratan la poligamia, la herencia, el testimonio, el velo, la ropa de la mujer, el trabajo, y los malos tratos (p. 85-86). Allí, al referirse a la pregunta de si el marido tiene derecho a pegar a su mujer, afirma que luego de intentar la conciliación previa, resulta aceptable la corrección física. Niega que este comportamiento se trate de malos tratos, y condena los excesos en este sentido. Sugiere la corrección física simplemente como medida que forma parte de una serie de restricciones con dimensión simbólica. Afirma que nunca se debe pegar en una situación exacerbada o de furia, ni en partes sensibles (pecho, cabeza, vientre, cara etc.). Dice que los golpes deben propinarse en partes concretas como pies y manos y con una vara no demasiado gruesa para no dejar cicatrices ni hematomas. Asimismo los golpes no deben ser fuertes ni duros, pues la finalidad es el sufrimiento psicológico y no la humillación o el maltrato físico. Gracias a estas restricciones, afirma que el Islam ha vaciado de contenido represivo al castigo físico, y lo convirtió en puro maltrato psicológico-moral.

A partir del mencionado texto, la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas, el Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid y la Asociación de Asistencia a Mujeres Agredidas Sexualmente, se constituyeron como acusación popular, e interpusieron querella contra el referido imam, quien resultó condenado por el artículo 510.1, que como analizamos, prevé la provocación al odio, discriminación o violencia, contra grupos o asociaciones por motivos, entre otros, de su sexo.

En el fundamento de derecho cuarto, la sentencia afirma que las reflexiones del imam de Fuengirola atentan contra el artículo 15 de la CE que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes, reflejados en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En tanto que el artículo 10 de la CE es el fundamento político y de paz social del que el tribunal deriva la prohibición del castigo como menoscabo a la integridad de la dignidad de la victima.

Se afirma en la sentencia, que la provocación a la violencia y discriminación que se proponen en el mencionado libro, vulneran el artículo 510.1. Sin embargo, más allá de la efectiva e indudable apología o de la provocación al delito, regulada en el artículo 18 del CP español, que puede reprocharse al libro, pues tanto las lesiones como la violencia doméstica son conductas tipificadas penalmente; es discutible desde el punto de vista de quien escribe estas líneas, que este caso quepa dentro del tipo del artículo 510.1. En efecto, puede sostenerse que las afirmaciones del imam, no son específicamente una incitación a la discriminación femenina, sino justificaciones, y en cierta forma criterios orientadores dentro de un modelo social y cultural diferente al mayoritariamente imperante en la sociedad española y que por ese motivo es imposible valorar con pretensiones de legitimidad, desde parámetros y criterios culturales tan distantes como el nuestro. La noción de discriminación, es un baremo útil y apreciable dentro de un contexto relativamente homogéneo de pertenencia cultural y social. Pero no es automáticamente extrapolable a culturas ajenas.

Aunque sí sea universalmente exigible el respeto de los derechos humanos, no lo es la regulación y ponderación de unos valores que son aceptados y compartidos pacíficamente por sus miembros, en tanto ello no vulnere los derechos de quienes no participan de esas creencias.

El punto determinante, en lo jurídico, es el límite a esa libertad religiosa. Resulta fundamental tomar en cuenta en este caso, que el objetivo del libro del imam de Fuengirola no es discriminar a la mujer, sino describir la conducta esperada en ese modelo social, en el que las mujeres que lo conforman, en general lo comparten, de modo que consienten sus fundamentos y sus procedimientos. No debemos olvidar, que el libro no va dirigido a la sociedad española en general, sino a un grupo religioso determinado, dentro de cuyas creencias y prácticas debe contextualizarse el análisis.

Lo anterior, obviamente no significa una apertura a la admisión de cualquier conducta que se vista con el manto de ideología o creencia religiosa, sino señalar muy esquemáticamente, la necesidad fundamental de conservar en sociedades occidentales, como es el caso de la España, unas garantías jurídicas acompañadas de una política social que aseguren la libertad de entrada y salida de ese o de cualquier otro entorno religioso y social, y que sea capaz de ofrecer un salvoconducto seguro, por ejemplo a las mujeres que quieran abandonar el modelo islámico y cuyo deseo de alejamiento no sea respetado en su ambiente de pertenencia, tanto como a las mujeres que quieran huir de cualquier situación en la que no se sean respetadas en sus derechos fundamentales. Pero son las propias víctimas, concretas o potenciales, quienes deben tener esa iniciativa, o al menos mostrar su indefensión para que otras organizaciones vengan en su auxilio.

Lo contrario constituye una invasión cultural intolerable, al menos desde el baremo de la discriminación. Sólo está justificada la intervención, como decíamos si se puede identificar que el discurso religioso de un determinado grupo, trata de la apología de algún delito concreto (apología a las lesiones, apología a la violencia doméstica, apología a las amenazas etc.). Garantía que

el sistema jurídico español contiene, al menos formalmente. Pensemos ¿qué sucedería si una asociación representativa de los intereses de las mujeres islámicas en España saliera en la defensa del libro escrito por el Imam? ¿Qué legitimidad tendrían frente a las mujeres musulmanas las federaciones de mujeres divorciadas y separadas y las demás entidades que se constituyeron en acusación popular?

No afirmamos ni remotamente con este planteamiento, que las propuestas del imam de Fuengirola sean aceptables, y menos aún compartidas por nuestra parte, solamente decimos, que aún cuando sean eventualmente delictivas, difícilmente podamos desde nuestra visión occidental, calificarlas de discriminatorias. Máxime cuando las mujeres probablemente discriminadas en el libro, que son las mujeres islámicas, posiblemente no se sientan en lo más mínimo afectadas, sino incluso puede ser que se sientan aún protegidas por el tratamiento que el imam da al tema. Nuestra crítica se basa en que si bien se procura legitimar la decisión judicial en la condena a la violencia doméstica que se refleja en el 3.º Congreso de la Mujer Musulmana, de 1 de marzo, 2002, lo cierto es que pese a argumentar respecto de la protección de la integridad física, luego se condena por un artículo no directamente orientado a la protección de la mencionada integridad física (bien parcialmente disponible), sino a la protección de bienes más abstractos, como la dignidad, la libertad, la igualdad, y en definitiva la identidad.

Nos enfrentamos una vez más, ante un debate no suficientemente tratado por la sentencia 3/04, que tiene relación con la libertad religiosa y sus límites, el tratamiento del autor de conciencia, el valor del consentimiento las posibles atenuantes aplicables, de manera análoga a lo que ha sido y es aún la discusión sobre las transfusiones en los testigos de Jehová. Aún cuando luego podamos llegar a soluciones dispares en ambos supuestos, no podemos olvidar, que el abordaje, no puede hacerse desde postulados culturalmente predeterminados, sino desde la ponderación de los bienes en colisión.

6. Conclusiones

Hemos analizado tan sólo algunos puntos dentro de la legislación y la jurisprudencia españolas. En efecto la discriminación se castiga también de manera más o menos directa en otras normas. Entre ellas el artículo 314 que castiga la discriminación en el ámbito laboral, el artículo 515 que sanciona a las asociaciones ilícitas que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas o grupos por razones análogas a las descritas en el artículo 510; y los artículos 516 a 521, que si bien están orientados más bien al castigo de bandas armadas y del terrorismo, hacen referencia a algunos supuestos en los que el móvil posible puede ser la discriminación, y en general todos los textos de este último grupo de artículos, se remiten en parte al artículo 515 del CP español.

También se castigan actos discriminatorios a través de los artículos de la Sección segunda del mismo Capítulo IV del Titulo XXI, del Código Penal español, que trata: "De los delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos". Bajo este título se protege el derecho a la libertad religiosa y de culto en los artículos 522 a 525.

Sin embargo, sin extendernos sobre el elenco completo de normas penales que protegen en España contra la discriminación, al final de este breve comentario, se nos presentan perfilados un elenco de límites, cuya combinación nos puede resultar de alguna ayuda para restringir el recurso a argumentos discriminatorios, como fundamentos para castigar, a través de un juicio realizado desde ideas propias que no tienen que ver realmente con esta realidad.

Estos límites están vinculados (con matices), con el móvil del delito, que como adelantamos al comentar el artículo 510, debe recaer sobre una característica *estructural* del sujeto discriminado. Esa característica estructural puede a su vez ser de dos naturalezas diversas. Es decir puede tratarse de un *obstáculo natural o de una situación adquirida, tanto sea de imposibilidad o de inexigibilidad jurídica* que impidan pretender legítimamente un cambio en ese sentido.

Una *característica estructural natural*, decíamos que puede ser el color de piel, lugar de nacimiento, dificultades físicas que no interfieran con las capacidades exigidas para una cierta actividad, sexo, condición sexual etc.

Una *característica estructural de imposibilidad o inaccesibilidad material*, es aquella que se manipula intencionadamente por quien ejerce el control o el poder, para hacer que los límites se conviertan en insalvables o muy difícilmente modificables (como pueden ser en general negar la educación a determinadas personas, negar el acceso a los medios de comunicación, impedir la actividad económica o la participación cultural de un sector determinado etc.), sin embargo en este caso, debe exigirse la deliberada intención de crear esas condiciones desfavorables respecto de determinados individuos previamente seleccionados. Es decir, no es un argumento de justicia política, sino un requisito de determinación del tipo penal, en el que debe contemplar el aspecto de tipicidad objetiva y subjetiva, que en este caso sólo puede ser dolosa. Este tipo de móviles discriminatorios, no han sido contemplados por el legislador español, que prevé un elenco tasado de razones.

Finalmente, decíamos que una *característica estructural de inexigibilidad* es aquella escogida más o menos libremente, y cuyo cambio es posible, pero *jurídicamente inexigible*, como serían la religión, la cultura, las tradiciones etc.

Por el contrario, en aquellos supuestos en los que se rechaza a una persona por características que no son estructurales, sino que se trata de caracteres circunstanciales, propios de la diversidad sociocultural, pero que no atacan en su esencia el derecho a los bienes jurídicos protegidos, nos encontraremos ante casos que al menos desde un punto de vista jurídico-penal no ponen en peligro la libertad, la dignidad, ni la igualdad; o no lo hacen de modo suficiente como para dar lugar a la intervención penal en defensa de la identidad de la persona afectada. Algunos ejemplos de estas restricciones no punibles como discriminación serían la exclusión de un ámbito público a una persona por estar bajo los efectos de drogas o alcohol, no vestir con un mínimo decoro, comportarse de

manera inapropiada para el lugar en que se encuentra y una larga lista de circunstancias de esta naturaleza.

7. Propuestas finales

De las anteriores reflexiones podemos proponer una serie de límites que de alguna manera acotan, aunque no de forma absoluta, si de manera importante, el concepto de discriminación desde una perspectiva jurídico penal, con la pretensión de hacer un aporte de seguridad jurídica. Así sería posible exigir para dar lugar a una legítima calificación penal de discriminación, la realización una conducta que revista los siguientes elementos:

a) La vulneración del triple bien jurídico libertad, igualdad y dignidad humana, que se reflejan en el derecho a una determinada identidad. Sin embargo, el concepto de libertad en este caso, puede formularse como "derecho a ser diferente", que en todo caso, se trata de un bien jurídico individual, independientemente de que ataque se pueda materializar en un individuo único o en un grupo.[11] Ello es así, además porque la dimensión colectiva de este bien, da lugar a la posible afectación de otros bienes jurídicos como pueden ser la paz social o el orden público, más relacionados con la garantía de una convivencia social respetuosa, que con la protección de la diversidad.

b) El respeto al principio de lesividad penal junto con el de insignificancia, impiden acudir al derecho penal en supuestos de violaciones irrelevantes, como se ha intentado poner de relieve en el Capítulo II.

c) Se debe exigir que quien discrimina, proceda con falta de objetividad en la determinación de los requisitos excluyentes o limitadores. Es decir que la selección se realice sobre la base de criterios puramente subjetivos e irracionales, aunque ello se debe relativizar de acuerdo con el siguiente punto.

11. MACHADO RUIZ, M.ª Dolores. Op. cit.

d) Se debe considerar el ámbito en el que se establecen los anteriores límites o requisitos. Es decir la importancia objetiva de la actividad o espacio excluidos. (no es igual ser inadmitido en una escuela primaria que en una discoteca). Es necesario atender entonces al carácter privado, semiprivado; público, semipúblico del ámbito seleccionador, y a la función social que éste desempeña.

e) Resulta asimismo inadmisible la discriminación en virtud de obstáculos estructurales, ya sean estos naturales o aquellos cuyo cambio sea inexigible jurídicamente, excepto por lo que respecta a la exigencia de requisitos imprescindibles por cuestiones de racionalidad funcional. Es decir que no resulta legítimo excluir a una persona por razones raciales, o religiosas, o por padecer de alguna discapacidad, o por su orientación sexual etc. Excepto en aquellos casos comprendidos en el siguiente punto.

f) Utilidad de las limitaciones que se establecen. Excepción hecha del ámbito exclusivamente privado, en el que la selección de quienes tienen acceso a la esfera de intimidad de cada persona es absolutamente libre, en los espacios socialmente abiertos, o semiabiertos, debe justificarse la exclusión de una determinada persona por razones de utilidad. Por ejemplo, necesidad funcional de conocimientos o capacidades determinados, o de una determinada presencia física necesaria para un cierto tipo de tareas etc. Es imposible por ejemplo, por razones funcionales, proceder a la contratación de una persona ciega que pretenda trabajar como chofer, bajo el argumento de evitar que se sienta discriminado por su limitación física; ya que la vista es un sentido fundamental para conducir. Es decir que el límite de la objetividad racional en el concepto de discriminación, se impone tanto para quien selecciona, como para quien es seleccionado.

Es cierto que se trata sólo de aproximaciones a criterios limitadores abiertos y permeables que se derivan de la aplicación de principios generales, pero también lo es que constituyen un esfuerzo, seguramente no suficiente de racionalizar el recurso al derecho penal, que pretende otorgar seguridad jurídica tanto para quien debe restringir el ámbito de inclusión, como para quien resulte excluido.

O direito à vida e os casos de anencefalia

Claudio Lemos Fonteles
Procurador-Geral da República.

Argüição de descumprimento de Preceito Fundamental 54-DF
Relator: O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio
Agravante: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS

Ementa: 1. O pleito, como apresentado, não autoriza o recurso à interpretação conforme a Constituição: considerações. 2. Anencefalia. Primazia jurídica do direito à vida: considerações. 3. Indeferimento do pleito.

1. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ajuíza argüição de descumprimento de preceito fundamental.

2. Considera "como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do CP" (petição inicial – f. – *in fine*).

3. Fundamenta-se em que tal "conjunto normativo" vulnera a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, IV), o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (art. 5.º, II) e o direito à saúde (art. 6.º, *caput*, e 196) "todos da Constituição da República" (ainda: pórtico da petição inicial a f.).

4. Desenvolve sua pretensão asseverando:

"a) que a patologia da anencefalia 'torna absolutamente *inviável a vida extra-uterina*' (f.), daí por que não se está a falar do 'aborto eugênico, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade *da vida extra-uterina do ser nascido*, o que não é o caso em relação à anencefalia' (nota de pé de páginas a f., da petição inicial).

b) 'O que se visa, *em última análise*, é a *interpretação conforme a Constituição* da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado' (petição inicial: item 19 a f.).

c) acentuando que 'não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro' (petição inicial: item 26 a f.) 'o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante', para extrair que a permanência do feto no útero materno:

– fere a dignidade da pessoa humana na medida em que 'a convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica' (petição inicial: item 30 a f.).

– fere o princípio da legalidade, porque 'antecipação terapêutica da parte em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico' (petição inicial: item 33 a f.).

– fere o direito à saúde porque 'a antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencefálico é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante'" (petição inicial: item 35 a f.).

5. Cuidemos do alegado.

6. Estabeleço que o recurso *à interpretação conforme à Constituição, pedra de toque do pleito em exame*, conduz-nos à reflexão sobre *os limites* do uso deste instrumento na avaliação dos preceitos normativos.

7. Valho-me, aqui, dos precisos ensinamentos de Rui Medeiros – A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei –, postos no específico Capítulo II, desta obra, a versar sobre *O conteúdo da decisão de inconstitucionalidade*, e principio por reproduzir seu alerta, *verbis*:

"Por outro lado, e agora quanto a relações entre os órgãos de fiscalização da constitucionalidade em geral e o legislador, *ninguém ignora que a interpretação conforme à Constituição se pode converter num meio de os órgãos de controle se substituírem ao legislador. 'Perante os perigos da usurpação do conteúdo normativo-constitucional por um conteúdo legislativo apócrifo' salta à vista a importância da determinação dos limites da interpretação conforme à Constituição*. Este é, justamente, um dos domínios em que se joga a problemática do

'activismo' ou da 'criatividade' dos juízes constitucionais. *Há que impedir a transformação, ainda que com efeitos limitados ao caso concreto da pretensa interpretação adequadora em verdadeira e própria modificação da disposição fiscalizada.* A relevância da questão não pode ser subestimada com base na idéia de que quem tem competência para proferir uma decisão de inconstitucionalidade de um preceito legal pode, por maioria de razão, optar por uma decisão interpretativa. Com efeito, 'quando o conteúdo atribuído à lei pelo órgão fiscalizador através do apelo à interpretação conforme à Constituição contém *já não um* minus, *mas antes um* aliud *em face do conteúdo originário da lei', o órgão fiscalizador 'intervém mais fortemente nas competências do legislador* do que nas hipóteses em que profere uma decisão de invalidade': enquanto após a decisão de invalidade da lei a nova conformação material positiva é realizada diretamente pelo legislador, no caso de decisão interpretativa tal tarefa é levada a cabo pelo próprio órgão fiscalizador. Este, mais do que interpretar a lei, corrige-a ou converte-a e, obviamente, a correcção e a conversão da lei atingem mais intensamente as competências do legislador do que a mera invalidação ou não aplicação da lei. 'A admissibilidade de uma correcção intrínseca da lei' é, portanto, muito mais atentatória 'da preferência legislativa constitucionalmente concretizadora do que a declaração ou reconhecimento de inconstitucionalidade'" (op. cit., p. 300-301, grifei).

8. Embora *não* expresse adesão aos que consideram os sentidos literais possíveis da lei como o limite da interpretação conforme à Constituição – "Os sentidos literais possíveis não constituem, de per si, limites à interpretação *lato sensu corretiva da lei*, porque, nesta sede, *à letra* se pode *preferir o sentido* que a letra traiu" (op. cit., p. 305, grifamos), Rui Medeiros adverte, *verbis*:

"Sobretudo, e este é o aspecto que importa aqui realçar, a relevância do cânone da interpretação conforme à Constituição não exclui, antes tem como pressuposto de sua correta consideração, *uma bem consciente demarcação dos níveis jurídico-constitucional* e *jurídico-legislativo ordinário*, não pretendendo anular *numa confusão de planos* a relativa autonomia hermenêutico-jurídico de ambos" (op. cit., p. 308, grifei).

9. E bem prosseguiu, *verbis*:

"Por outro lado, como referiu Volker Haak em 1963, *o sentido inequívoco que a lei enquanto tal apresenta*, abstraindo da conexão sistemática com a Constituição, *não pode ser posto em causa pela interpretação conforme à Constituição*, visto que o elemento sistemático-teleológico transcendente à lei permite sempre, de per si, o resultado conforme à Consti-

tuição e, por isso, para excluir o resultado conforme com o sistema é necessário buscar um limite fora do sistema. Se não fosse assim, nunca haveria leis inconstitucionais: a conversão da *ratio legis* ou do elemento teleológico (...) aos compromissos e ao espírito do sistema político-normativo constitucional, aliada à possibilidade de ultrapassar os sentidos literais possíveis, afastaria em sede interpretativa o problema das leis inconstitucionais. Uma tal conclusão seria, manifestamente, incompatível com a previsão pelo legislador constitucional do fenômeno da inconstitucionalidade da lei. *Os limites à interpretação em conformidade com a Constituição têm, portanto, de decorrer da interpretação da lei enquanto tal*" (op. cit., p. 309-310, grifei).

10. Mesmo no campo das concepções subjetivistas, ou objetivistas, da interpretação, corretamente anotou Rui Medeiros, *verbis*:

"Mas, tanto numa linha subjectivista, como numa perspectiva eclética ou até, como demonstra a posição de Oliveira Ascensão ou de Volker Haak, objectivista moderada, aquilo que o legislador quis claramente e como querido, o declarou deve ser tomado como conteúdo da sua regulamentação. Por isso, pelo menos em princípio – ou, caso se perfilhe a posição de Robert Alexy, desde que não se apresentem motivos racionais capazes de anular as razões que determinam esses limites –, só quando a vontade do legislador não pode ser reconhecida em tais termos, está indicada uma interpretação conforme à Constituição. O apelo à Constituição em sede de interpretação em sentido estrito não pode, nesse sentido, contrariar a letra e a *intenção claramente reconhecida do legislador* ou, numa versão mais restritiva, a intenção que está subjacente à tendência geral da lei ou às opções fundamentais nela consagradas" (op. cit., p. 312).

11. E contemplando o tema à luz das leis pré-constitucionais, tal aqui acontece, enfatiza Rui Medeiros, *verbis*:

"Em contrapartida, a reivindicação de um *objectivismo actualista* abre espaço para certas teorias que flexibilizam os limites da interpretação conforme à nova Constituição das leis pré-constitucionais. Não é por acaso que se fala neste tipo de leis. De facto, embora as leis pós-constitucionais com o decurso do tempo também se tornem leis antigas, as referidas teorias preocupam-se, sobretudo, em acentuar a possibilidade de a interpretação conforme à Constituição contrariar a intenção do legislador (histórico) nos casos em que a lei em causa haja sido editada sob um outro regime, tanto mais que o princípio da separação de poderes tem, aqui, um peso bastante menor. *Mas subsistem sempre limites.*

Não é possível, por exemplo, uma interpretação conforme à Constituição de um regulamento proveniente do tempo do nacional-socialismo, portanto imbuído do pensamento próprio da Administração do Estado Totalitário, que em nenhum aspecto satisfazia as exigências de determinabilidade do Estado de Direito. Ou seja, e este é o aspecto que nos interessa sublinhar, mesmo que se perfilhe esta concepção, *deve ficar claro que está vedada aos juízes a 'feitura' de uma nova lei com conteúdo diferente da anterior: a interpretação conforme à Constituição não pode, em caso algum, converter-se em instrumento de revisão do direito anterior à Constituição.* Só que, na perspectiva do *objectivismo actualista* agora referida, enquanto a vontade do legislador documentada através da história do preceito, pode eventualmente limitar a interpretação conforme à Constituição de leis pós-constitucionais (não podendo ser falsificada através da interpretação em conformidade com a Constituição), basta, em relação a leis anteriores à Constituição, que o novo entendimento seja admitido pela letra do preceito e não contrarie o sentido objectivo da lei" (op. cit., p. 314, grifei).

12. Em síntese, releva Rui Medeiros, *verbis*:

"*A correlação da lei significa apenas correcção da letra da lei, não podendo ser realizada quando os sentidos literais correspondem à intenção do legislador ou quando o resultado que se pretende alcançar não se harmonize com a teleologia imanente à lei.* Para além disso, por mais desejável que se apresente uma alteração do sistema normativo, essa alteração pertence às fontes de direito, não ao intérprete (...). Razões extremamente ponderosas de segurança e de defesa contra o arbítrio alicerçam esta conclusão. Isto já para não falar do princípio da separação de poderes. A interpretação correctiva da lei em conformidade com a Constituição não se traduz, portanto, numa revisão da lei em conformidade com a Lei Fundamental" (op. cit., p. 316-317).

13. Para concluir – e agora já no campo que Rui Medeiros dedicou às decisões modificativas e à reflexão sobre a jurisdição constitucional em sua função negativa, ou positiva, – é de se ler, *verbis*:

"III – Pelo contrário, à semelhança de Gomes Canotilho, o nosso ponto de partida – que, como se verá, é confirmado por uma leitura global do sistema português de fiscalização da constitucionalidade – é o de que o *Tribunal Constitucional, entre nós, desempenha e não pode deixar de desempenhar fundamentalmente a função de* jurisdictio*: não é um legislador, ou, mesmo, superlegislador apócrifo.* Sem dúvida que a função jurisdicional não é já hoje, nem se poderá mais compreender como a actividade de mera aplicação formal de um direito intei-

ramente dado. Mas à concreta realização do direito não compete a intencionalidade estratégica, reformadora e programática que corresponde aos poderes de direcção política e que no universo jurídico (melhor, político-jurídico) será própria do legislador.

De facto, independentemente do significado que a tese do legislador negativo assume no modelo de justiça constitucional do Mestre de Viena e das objecções que podem ser dirigidas à visão Kelseniana da Constituição e do controlo da constitucionalidade, *a contenção* do controlo da constitucionalidade dentro dos limites do controlo negativo é justificada pelo princípio democrático e pelo princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania. O princípio da separação de poderes, embora não seja um princípio rígido, implica, no seu conteúdo essencial, a distinção entre legislação e jurisdição. O princípio democrático postula, por seu lado, que a decisão política seja tomada, directamente ou através de órgãos representativos politicamente responsáveis, pelo povo. A negação ou atenuação da separação entre legislação e jurisdição põe, inevitavelmente, em causa o próprio modelo democrático-representativo vigente. Como sublinha Vital Moreira, a jurisdição constitucional não está constitucionalmente habilitada para usurpar o papel do legislador ordinário, expressão da maioria de governo, substituindo-se àquele nas escolhas constitucionalmente admissíveis (...). A idéia fundamental é a de que ao juiz constitucional só compete averiguar se a lei é ou não contrária à Constituição, mas não lhe compete substituir-se ao legislador na formulação das soluções conformes à Constituição. Aqui continuam a ter plena validade as limitações decorrentes do princípio da maioria e da separação de poderes. É à maioria democraticamente legitimada para governar que compete fazer as leis e não aos juízes, mesmo ao juiz constitucional. A este só compete verificar se aquele legislou contra a Constituição. A introdução de um sistema de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis não retira, portanto, à lei a sua posição de centralidade no ordenamento jurídico-constitucional" (op. cit., p. 494-495, grifei).

14. Tudo assim posto, os textos normativos, apresentados pela autora, ensejam a interpretação conforme?

15. Por certo que não!

16. Os arts. 124 e 126 tipificam, criminalmente, o aborto provocado pela gestante, ou com seu consentimento (124) e o aborto provocado por terceiro (126).

17. Bastam-se no que enunciam, e como estritamente enunciam.

18. Aliás, injurídico, *data venia*, manusear-se com a interpretação conforme a dizer-se que na definição dos tipos penais incriminadores, não seja criminalizada tal situação.

19. No caso em estudo, há norma específica, a propósito, a do art. 128 e é para ela que há de se voltar o tema da interpretação conforme. Reconheceu-o, aliás, a própria petição inicial, em seu item 9, a f., *verbis*:

"Note-se, a propósito, que a hipótese em *exame só não foi expressamente abrigada no art. 128* do CP como excludente de punibilidade (ao lado das hipóteses de gestação que ofereça risco de vida à gestante ou resultante de estupro) porque em 1940, quando editada a Parte Especial daquele diploma a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompativa, com a vida. Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma" (grifei).

20. Portanto, os arts. 124 e 126 passam muito ao largo da interpretação conforme.

21. O art. 128 não a alberga, outrossim.

22. As situações extintivas da antijuridicidade, que enuncia, apresentam "o sentido inequívoco que a lei enquanto tal apresenta", para que sejam rememoradas as palavras de Rui Medeiros (item 9, deste parecer), sentido inequívoco e preciso, que se completa, e legaliza o aborto:

a) para que a mãe não morra (aborto terapêutico);

b) se a mãe, vítima de estupro, consente no aborto (aborto sentimental).

23. A situação de anencefalia não se coaduna, por óbvio, nessas situações.

24. O feto anencéfalo não causa a morte da mãe. Afasta-o a própria petição inicial.

25. Se causasse tal situação, ter-se-ia diante o aborto terapêutico.

26. Quanto ao aborto sentimental não há discrepância na abalizada doutrina penal de que sua compreensão é limitadíssima à hipótese que enuncia: gravidez resultante de estupro. De se ler, Heleno Claudio Fragoso, *verbis*:

"O aborto sentimental (que se realiza em conseqüência de um crime) todavia não se confunde com o aborto eugênico (conveniência de evitar procriação indesejável) ou com o aborto por indicação social (miséria ou dificuldades econômicas dos pais), que são sempre criminosos perante nossa lei.

A exclusão do crime depende aqui do *prévio consentimento* da ofendida ou de seu representante legal (se for incapaz), devendo o médico certificar-se da existência de estupro (e não de outro crime sexual). *Trata-se de norma excepcional, que não admite interpretação analógica. Não pode ser ampliada para legitimar o aborto* quando a mulher foi vítima de outro crime, como, por exemplo, o de sedução" (*Lições de direito penal*, 7. ed., p. 123 – grifos do original e meu).

27. Por tais considerações, lugar não há a que se cogite de interpretação conforme a Constituição nos textos apresentados.

28. Para encerrar este tópico, ainda uma vez com Rui Medeiros, *verbis*:

"Daí a importância da afirmação da regra de que o Tribunal Constitucional só pode declarar (ou não declarar) a inconstitucionalidade (ou ilegalidade) da norma em causa, mas não pode substituí-la por outra norma por ele criada (...). A função do Tribunal Constitucional é uma função de controle, de carácter essencialmente negativo (...). *Ele é um contralegislador e não outro legislador*" (op. cit., p. 496, grifei).

29. Passo a outra linha de argumentação, e sustento que a vingar a tese do autor, sacrificado está o direito à vida.

30. Com efeito, está no *caput* do art. 5.º da CF, que abre o Título alusivo aos "Direitos e garantias fundamentais", *verbis*:

"Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, *garantindo-se* aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País *a inviolabilidade do direito à vida* (...)" (grifei).

31. Portanto o direito à vida é posto como marco primeiro, no espaço dos direitos fundamentais.

32. O autor desta ação tem por tema central do pleito o fato de que nos casos de anencefalia não há possibilidade de vida extra-uterina, então razão não há a que permaneça a gestação.

33. Mas se há normal processo de gestação vida intra-uterina existe.

34. E nos casos de anencefalia há o normal desenvolvimento físico do feto: formam-se seus olhos; nariz; ouvidos; boca; mãos, enfim o que lhe permite sentir, e também braços; pernas; pés; pulmões; veias; sangue que corre, o coração.

35. Ora, o art. 2.º de nosso CC, justo por não obscurecer esta realidade da vida que se forma no ventre materno, é textual, *verbis*:

"Art. 2.º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a *lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*" (grifei).

36. O art. 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é igualmente textual, *verbis*:

"Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, no geral, *a partir do momento da concepção*" (grifei).

37. A Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu art. 1.º, reconhece o direito intrínseco à vida que tem todo ser humano concebido. O Preâmbulo desta Convenção é claro, *verbis*:

"A criança por falta da maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidado especiais, aí incluída a proteção legal, tanto antes, como depois do nascimento".

38. Portanto, os diplomas legais, tanto do direito interno, quanto internacional, estabelecem que vida há, desde a concepção.

39. Eis porque não se revela correta a afirmação do ilustre advogado da autora quando, a buscar fazer prevalecer o direito da gestante, registrou que:

"(...) por fatalidade, não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro, cujo interesse se possa eficazmente proteger" (item 26, da petição inicial a f.)

40. Ora, o próprio dicionarista Aurélio Buarque de Holanda, trazido à colação pelo ilustre advogado em nota de pé de página sobre a transcrição retro é textual em definir o nascituro como o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo.

41. O bebê anencéfalo, por certo nascerá.

42. Pode viver segundos, minutos, horas, dias, e até meses. Isto é inquestionável!

43. E aqui o ponto nodal da controvérsia: a compreensão jurídica do direito à vida legitima a morte, dado o curto espaço de tempo da existência humana?

44. Por certo que não!

45. Se o tratamento normativo do tema, como vimos (itens 34/37, deste parecer), marcadamente protege a vida, desde a concepção, por certo é inferência lógica, inafastável, que o direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevida visível.

46. Estabeleço, portanto, e em construção estritamente jurídica, que o direito à vida é atemporal, vale dizer, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana.

47. E se assim o é, e o é afetivamente, dada a clareza dos textos normativos importa prosseguir, e indagar, então: a dor temporal da gestante é causa bastante a

obscurecer, e então relativizar, a compreensão jurídica do direito à vida, como venho de assentar?

49. Estou em que não!

50. De pronto, não são todas as gestante que, por sua dor, almejam livrar-se do ser humano, que existe em seus ventres maternos.

51. Há outras também gestantes que, se experimentam a dor, superam-na e, acolhendo a vida presente em seu ser, deixam-na viver, pelo tempo possível.

52. Digo isso para assentar que a dor da gestante não é comum a todas as gestantes, de sorte que, e atento ao princípio jurídico da proporcionalidade, a temporalidade do direito à vida, como desenvolvi nos itens 42/45, retro, sobrepuja, por essa perspectiva, o direito da gestante não sentir a dor, posto que a dor não será partilhada por todas as gestantes, ao passo que todos os fetos anencefálos terão suprimidas suas vidas.

53. É de se reconhecer, outrossim, e mantido o raciocínio na ponderação de bens, que por certo o sofrer uma dor, mesmo que intensa, não ultrapassa o pôr cobro a uma vida, que existe, intra-ulterina, e que, seja sempre reiterado, goza de toda a proteção normativa, tanto sob a ótica do direito interno, quanto internacional.

54. O feto no estado intra-uterino é ser humano, não é coisa!

55. Noutro giro de argumentação, é de se ter presente que o art. 3.º, I, da Constituição de nossa República expressa como objetivo seu, perene, *verbis*:

"I – construir uma sociedade livre, justa e *solidária*" (grifei).

56. Ora, o pleito da autora, titulado por órgão que representa profissionais da área da saúde, impede possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros bebês que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm grave deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração, órgãos estes plenamente saudáveis no bebê anencéfalo, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não ver.

57. O pleito da autora, por certo, vai na contramão da construção da sociedade solidária a que tantos de nós, brasileiras e brasileiros, aspiramos, e o ser solidário é modo eficaz de instituir a cultura da vida.

58. Quer por ser injurídico, no caso apresentado, o recurso à interpretação conforme a Constituição, quer pela primazia jurídica do direito à vida, como aqui desenvolvida, o pleito é de ser indeferido.

Brasília, 18 de agosto de 2004.