ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

50



setembro-outubro de 2004

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 12 n. 50 setembro–outubro 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

Impresso no Brasil

EDITORA AFILIADA

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

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), Guilherme Costa Câmara (PB), Heloisa Estellita (DF), João Guilherme Lages Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Liliane Cristina de Oliveira (MG), Luiz Antônio Bogo Chies (RS), Marcelo Leonardo (MG), 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).



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, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Luisi,

Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS

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

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 51 –novembro-dezembro – 2004

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

Tendencias actuales de la justicia restauradora
Elena Larrauri

Error de hecho, error de derecho, error de subsuncion
Ingeborg Puppe

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

A identificação humana por DNA pode substituir
a identificação humana por impressão digital?
Luiz Carlos Garcez Novaes
Consideraciones sobre una regulación
común europea de la tentativa
Manuel Cancio Meliá

Sumário

1. Direito Penal

Acerca de la teoría de la imputación objetiva 9
Hans Joachim Hirsch

¿Es la reparación una tercera vía del derecho penal? 38
Julio B. J. Maier

O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais 57
Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Tântalo no Divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro 91
Salo de Carvalho

2. Processo Penal

A execução penal na América Latina e no Caribe: realidade e desafios 119
César Barros Leal

Panorama sobre los sistemas de enjuiciamiento penal 148
Sergio Garcia Ramírez

3. Crime e Sociedade

Notas para una construcción filosófico-política del pensamiento de Alessandro Baratta 193
Alejandro Marambio Avaria

Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal 237
Celso Eduardo Faria Coracini

El primer Luhmann y la imagen de la sociedad de los juristas alemanes – Una contribución a la historia del derecho alemán del siglo XX 280
Knut Amelung

4. O Direito em Ação

4.1 Jurisprudência Comentada

A prestação de Desserviço à comunidade nos delitos ambientais 297

Alexandre Lima Raslan

Legítima defesa da honra: legislação e jurisprudência na América Latina 311

Silvia Pimentel, Juliana Belloque e Valéria Pandjiarjian

5. Índice alfabético-remissivo 355

Normas de publicação 360

Acerca de la teoría de la imputación objetiva*

Hans Joachim Hirsch
Profesor de la Universidad de Colonia.

Resumo: Partindo de uma perspectiva finalista, submete o autor a teoria da imputação objetiva a uma rigorosa análise crítica. Apesar de conceder que a teoria da imputação apontou para problemas que devem ser resolvidos já no âmbito do tipo objetivo, e não do subjetivo, como queria tradicionalmente o finalismo, considera o autor esta teoria incapaz de resolvê-los adequadamente, merecendo ser recusada em favor de outras considerações, referentes ao conceito de ação ou à teoria dos delitos culposos.

Palavras-chaves: Imputação objetiva; finalismo; normativismo; desvios causais.

I

La teoría de la imputación objetiva fundada por Honig[1] fue retomada por Roxin[2] en los comienzos de los años 70 y desde entonces ha sido permanente-

* Traducción de Daniel R. Pastor (Universidad de Buenos Aires) revisada por Eduardo Demetrio Crespo (Universidad de Salamanca).

1. Honig, Frank-Festg, t. 1, 1930, p. 174 y ss.

2. Roxin, Honig-Festschr., p. 133 y ss.; sobre sus otros numerosos comentarios ver sus desarrollos en Roxin, Allg. Teil I, 3. ed., 1997, § 11 previo al n. 1; ver allí, además, la presentación de la teoría, en § 11 n. 39 y ss.

mente profundizada. Hoy en día ella es hoy dominante en las publicaciones alemanas.[3] Se trata, a juicio de Roxin, de que la imputación del tipo *objetivo* presupone la realización de un peligro, comprendido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no cubierto por el riesgo permitido.[4] Y Lenckner habla de una regla de imputación limitadora del tipo objetivo, según la cual un resultado adecuado al tipo penal sólo debería ser imputable si el autor, a través de su acción – causalmente adecuada –, ha generado, en contra de la prohibición, un riesgo de que se produzca el resultado y luego ese peligro jurídicamente prohibido se ha realizado en el resultado concreto acontecido.[5]

A principios de los años 30 Honig pretendió, con la teoría de la imputación objetiva, restringir de modo "objetivo" el concepto ilimitadamente "objetivista" del tipo penal, en aquel momento imperante en la teoría causalista.[6] Más tarde, a Roxin le importó, ante todo, confrontar, a través de una perspectiva objetiva de la imputación, la incorporación del dolo al tipo del ilícito, tal como lo exigía la teoría personal del injusto. Él escribió que la "tarea de la dogmática" consiste en la introducción de criterios de imputación generales y *objetivos* determinados

3. Ver Roxin, Allg. Teil I, § 11, n. 39 y ss.; Jakobs, Allg. Teil, 2. ed., 1991, 7/35 y ss.; Jescheck/Weigend, Allg. Teil, 5. ed., 1996, p. 286 y ss.; Lenckner, Schönke/Schröder, 25. ed., 1997, previo al § 13, n. 91 y ss.; Puppe, NK, 1995, previo al § 13, n. 120 y ss.; Rudolphi, SK, 6. ed., 1997, previo al § 1 n. 57 y ss.; Schmidhäuser, Allg. Teil *StudB*, 2. ed., 1984, 5/57 y ss.; Wessels, Allg. Teil, 27. ed., 1997, n. 176 y ss.; Wolter, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, p. 330 y ss.; así como las demás extensas exposiciones de Roxin, op. cit.

Críticos frente a esa teoría: Arm. Kaufmann, Jescheck-Festschr., 1985, p. 251 y ss.; Struensee, *GA* 1987, p. 97 y ss.; Hirsch, Kölner Festschr., 1988, p. 399, 403 y ss.; Küpper, *Grenzen der normativieren in Strafrechtsdogmatik*, 1990, p. 90 y ss.; Koriath, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, p. 534 y ss.; limitadamente Maiwald, Miyazawa-Festschr., 1995, p. 478 y ss. Moderadamente Lackner, *StGB*, 22. ed., previo al § 13, n. 14; Kühl, Allg. Teil, 2. ed., 1997, § 4, n. 42; Köhler, Allg. Teil, 1997, p. 144, nota 26.

4. Roxin, Allg. Teil I, § 11, n. 44.

5. Lenckner (nota 3), previo al § 13, n. 92. En: Jescheck/Weigend se dice que "la acción debería haber creado un peligro jurídicamente prohibido para el objeto de acción protegido y ese peligro debería haberse concretado en el resultado adecuado al tipo penal" (p. 287).

6. Honig (nota 1), p. 179 y ss., p. 188, 195 y ss.

normativamente.[7] Después de que se impusiera el concepto personal de ilícito, que Lenckner adoptó en el comentario de Schönke/Schröder y que él reflejó también en la nueva regulación legal de la parte general,[8] la teoría de la imputación objetiva fue combinada con dicho concepto. Al mismo tiempo, los representantes actuales de esa teoría parten de que en los delitos dolosos también el dolo típico pertenece al tipo del injusto.

El hecho de que la teoría de la imputación objetiva se haya extendido a pesar de la limitación del tipo ya adoptada por la teoría personal del injusto, guarda relación con que la limitación del concepto de ilícito personal de Welzel se produce, esencialmente, sólo en el nivel del tipo subjetivo, en todo caso en los delitos dolosos.[9] Fue sentido como una carencia el hecho de que el tipo objetivo tuviera que seguir siendo completado, en principio, a través de la teoría de las condiciones con respecto a una determinada causación del resultado, debido a que en el derecho penal de hecho la realización del tipo objetivo constituye regularmente el punto de contacto de las consideraciones jurídico penales.

Por otro lado, se podría considerar que el tipo objetivo no tendría todavía, por sí sólo, valor relevante alguno.[10] Sólo a través de la concurrencia, además, del tipo subjetivo se fundamenta la adecuación típica. Sin embargo, hay que considerar la influencia que tiene para el contenido del ilícito el alcance del tipo objetivo y en que medida se ha extendido en fases previas. Piénsese en la diferencia entre consumación y tentativa, como también entre comienzo de ejecución y mero acto

7. Roxin, Honig-Festschr., p. 147 y ss.

8. Ver Lenckner, en: Schönke/Schröder, 18. ed., 1976, previo al § 13, n. 46 y ss. Sobre las repercusiones en la nueva regulación de 1975, detalladamente Hirsch, *ZStW* 93 (1981), p. 831 y 839.

9. Ver Welzel, *Strafrecht*, 11. ed., 1969, p. 61 y ss. Por cierto, el pretendía separar de la adecuación típica a una parte de los casos, hoy tomados en consideración por la teoría de la imputación objetiva, con el auxilio de la teoría de la adecuación social por el creada (Op. cit., p. 55 y ss.). Sobre esta teoría ver también las consideraciones hechas en la nota 19.

10. Antes también en esa dirección Hirsch (nota 3), p. 407.

preparatorio. Si, en los delitos de resultado, se dependiera solamente de la equivalencia de las condiciones – descartando nada más que los meros reflejos –, entonces también todos los antepasados del autor, desde sus padres y desde allí hacia atrás hasta Adán y Eva, habrían realizado el tipo objetivo del delito cometido hoy por el autor. En este caso, siempre que un orden jurídico no adopte el concepto unitario de autor, sólo la teoría de la participación podría representar una limitación. También Roxin introduce sus construcciones sobre la imputación objetiva con el problema de la delimitación de su campo de actuación. Él señala que el fabricante de una cosa, que más tarde es dañada por otro, no puede haber realizado el tipo objetivo del § 303 del CP sólo porque él, a través de la fabricación, haya creado una condición para el logro del resultado.[11] Por ello es razonable que la teoría de la imputación objetiva intente compensar el déficit dogmático que una aplicación de la pura causalidad al tipo objetivo de los delitos de resultado conlleva consigo. Es sabido que ya desde hace tiempo las teorías de la adecuación y de la relevancia se esforzaron en ello, pero no encontraron demasiados adeptos, la primera porque no logra separar suficientemente los cuestionamientos del problema de la causalidad y la segunda a causa de su vaguedad. Además, llama la atención que en el ámbito de los delitos del derecho civil se adopte una limitación del ilícito a través de la teoría de la adecuación,[12] mientras que el derecho penal se orienta, habitualmente en principio, sólo por la teoría de la equivalencia de las condiciones,[13] así que, aunque la pena represente exclusivamente una agravación de las consecuencias jurídicas frente a las del derecho civil, un mismo y único comportamiento podría no ser suficiente para cumplir con las requisitos de un ilícito del derecho civil pero, no obstante, podría ser un ilícito reforzado penalmente.

11. Roxin, Allg. Teil I, § 10, n. 55.

12. Ver *BGHZ* 79/259 y 262; Kötz, *Deliktsrecht*, 7. ed., 1996, p. 61 y ss.

13. Retrotrayéndose a *v.* Buri, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, 1873, y, del mismo, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885. Sobre la jurisprudencia reciente ver *BGHSt.* 39/195 y 197, con más argumentaciones.

II

Se formula la pregunta acerca de si la teoría actual de la imputación objetiva representa una solución conveniente. Para un análisis detallado y sistemático deben ser considerados los casos prácticos de aplicación principal de esa teoría, llamados así por sus defensores.

1. Como casos más importantes se mencionan, en los delitos dolosos, los supuestos de falta de influencia en el resultado deseado y los de desviación esencial del curso causal representado.[14]

a) Los problemas de la falta de influencia en la realización del resultado deseado por el autor son discutidos con preferencia a través de los aspectos, interesantes desde el punto de vista teórico mas no del práctico, del caso del tío rico.[15] El ejemplo es conocido. Se trata de un sobrino que convence a su tío rico, del cual es heredero, para que haga un viaje en avión, con la esperanza de que se produzca un accidente y el tío muera. El tío sufre realmente un accidente aéreo y muere. Según la interpretación tradicional la solución sería la siguiente: si el sobrino y el tío coinciden en la apreciación del peligro y este último se decidió, bajo su libre responsabilidad, por el viaje, entonces el sobrino, a pesar de esa representación, no actuaría de conformidad al tipo objetivo, dado que sólo existiría una instigación atípica a una autopuesta en peligro consciente, libre y responsable.[16] Pero los hechos no tienen por qué ser así necesariamente. También sería posible que el tío no tuviera ninguna representación del peligro o que no pudiera decidirse absolutamente de

14. Ver Roxin, Allg. Teil I, § 11, n. 39 y ss.; Jescheck, en: *LK*, 11. ed., 1993, previo al § 13, n. 66 y 67; Lenckner (nota 3), previo al § 13, n. 93 y 96.

15. Ver la cita del caso de Welzel – *ZStW* 58 (1939), p. 491 y 517 – en: Jescheck/Weigend, p. 287; Lenckner (nota 3), previo al § 13, n. 93; Roxin, Honig-Festschr., p. 137; Wolter (nota 3), p. 79. El otro ejemplo, también de Welzel (*Strafrecht*, p. 66), en el que alguien, al desatarse una tormenta, envía a otro al bosque con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo, es citado por Roxin en su tratado al comienzo de la introducción en el ámbito de problemas de la teoría de la imputación objetiva (Allg Teil I, § 11, n. 39).

16. Así ya Hirsch (nota 3), p. 405.

forma libre y responsable, por ejemplo, debido a su avanzada edad. En tal caso, para la interpretación tradicional se trataría de la negación del *dolo* de lesión, en tanto el sobrino no tuviera referencias concretas sobre un eventual desperfecto de la máquina en cuestión. Esta posición debería afirmar que la representación del sobrino se refiere exclusivamente al riesgo habitual y general de ser víctima de un accidente y no a un suceso lesivo concreto. Así pues, se trata de una mera esperanza y no de una voluntad dirigida como la que exige el concepto de dolo.[17]

Frente a ello, quienes defienden la teoría de la imputación objetiva alegan que faltaría la realización de un peligro que sobrepasara el riesgo permitido – o, con el mismo significado, la causación prohibida de un peligro – y, por ello, desde un principio no se daría la adecuación al tipo objetivo del homicidio en el caso del ejemplo.[18]

En el hecho aparece aquí negada, algo artificialmente, sólo la parte subjetiva del delito, el dolo, independientemente de la circunstancia de si existen los presupuestos de la autopuesta en peligro consciente. La fundamentación antes mencionada, con la cual la interpretación tradicional excluye el dolo, indica, más bien, que la existencia de defectos en el aspecto objetivo viene entonces ya a reflejar que únicamente en el aspecto subjetivo es posible una esperanza. Los seguidores de la teoría de la causalidad adecuada han intentado, en el caso del tío rico, una restricción del tipo objetivo ya con la ayuda de la perspectiva de la adecuación social. Sin embargo, esa perspectiva es ambigua y sólo ofrece una solución dog-

17. A favor de la negación sólo al llegar al nivel del dolo, en los casos de falta de dominio de un resultado intentado: Frank, *StGB*, 18. ed., 1931, § 59, V; Bockelmann/Volk, Allg. Teil, 4. ed., 1987, p. 65; Arm. Kaufmann (nota 3), p. 66 y ss.; Welzel, *Strafrecht*, p. 66 ("como voluntad de realización, el dolo presupone que el autor se atribuya la posibilidad de actuar sobre el suceso real. Aquello que según el autor está fuera de sus posibilidades de actuación, ya bien puede él esperarlo o desearlo como conexión casual con su acción, pero no puede querer realizarlo"). A favor de la solución del dolo, en otros tiempos, también Hirsch (nota 3), p. 405 y ss.; ya de otra opinión Hirsch, en: *LK*, 11. ed., 1994, previo al § 32, n. 32.

18. Roxin, Honig-Festschr., p. 137; del mismo, Allg. Teil I, § 11, n. 62; Lenckner (nota 3), previo al § 13, n. 93; Ebert, Jura 1979, p. 561 y 569, con más argumentaciones en el n. 31, como también Herzberg, Stree/Wessels-Fest., 1993, p. 215 y ss.

máticamente aceptable para los comportamientos socialmente adecuados de modo absoluto.[19] Por ello, es fundada la crítica formulada por parte de la teoría de la imputación objetiva en este caso.

b) El segundo caso de aplicación importante de la teoría en la imputación objetiva en hechos dolosos es, como ya se advirtió, el supuesto de la desviación esencial del curso causal representado. Como es sabido, con esta figura jurídica se hace mención a los casos en que el resultado ocurre de un manera distinta a la que se representó el autor. Un ejemplo frecuentemente citado de desviación no esencial lo brinda el caso en que la víctima arrojada desde un puente no muere ahogada, en contra de lo esperado por el autor, sino ya antes al golpearse con una de las columnas del puente. Y también hay un caso corriente para la desviación esencial: el autor quiere matar a la víctima de un disparo pero la lesión no resulta mortal; sin embargo, la víctima muere a causa del incendio del hospital en el que había sido ingresada.

Según la opinión tradicional se trata de un problema del dolo, a saber, de la cuestión de si una desviación semejante es adecuada, dentro del cuadro de representación, para ser considerada no esencial y, por ello, abarcada por el dolo.[20] Si ese no fuera el caso, de modo que existiera una desviación esencial, se tiene que examinar si, con prescindencia de una tentativa subyacente, se debe suponer una imprudencia en relación a la causación del resultado.

19. A favor de la solución de ese caso con la ayuda de los puntos de vista de la adecuación social, especialmente Welzel (ver nota 9). En el sentido de que esa teoría, sin embargo, es demasiado imprecisa para reemplazar a las explicaciones y estructuraciones dogmáticas y precisas, ya Hirsch, *ZStW* 74 (1962), p. 78, 93 y ss., así como Roxin, Klug-Festschr., t. 2, 1983, p. 303 y 310, con más argumentaciones. El ámbito de problemas puesto a discusión tampoco se agota con los casos de la adecuación social; ver los ejemplos de Hirsch, op. cit., p. 100. Por lo demás, Welzel pretendía solucionar el caso de la tormenta, mencionado en la nota 15, con la negación del dolo (*Strafrecht*, p. 66).

20. *RGSt.* 70/257, 258 y ss.; *BGHSt.* 7/325 y 329; 9, p. 240 y 242; 23, p. 133 y 135; 38, p. 32 y 34; Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, p. 79; Welzel, *Strafrecht*, p. 66 y 73; Baumann/Weber/Mitsch, Allg. Teil, 10. ed., 1995, § 20, n. 24; Cramer, en: Schönke/Schröder, 25. ed., 1997, § 15, n. 55; Tröndle, *StGB*, 48. ed., 1997, § 16, n. 7. Acerca de una elaboración más precisa de los criterios, veáse Schroeder, en: *LK*, 11. ed., 1994, § 16, n. 23 y ss.

Frente a esto, la teoría de la imputación objetiva pretende negar ya el tipo objetivo en los casos de desviación esencial del curso causal.[21] En los aspectos precisos se muestra, por cierto, que los límites entre desviación esencial y no esencial se establecen de un modo diferente a lo que habitualmente sucede, pues hasta ahora se ha tratado sólo de la determinación del ámbito de contenido del dolo, es decir, de aquello considerado como cubierto por el dolo.[22] Por ello, el punto de vista de la esencialidad, en la compresión señalada, deja intacta la posible existencia de un hecho imprudente. En cambio, según la teoría de la imputación objetiva, la delimitación debe sujetarse a si el resultado ocasionado ha sido alcanzado por la realización de un peligro creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido. Si ello falta, entonces debe caer el tipo objetivo debido a la desviación esencial y, por ello, tampoco quedaría lugar para la imprudencia. Aquí ya se pone de relieve un punto crítico de la teoría de la imputación objetiva: la consideración en común del tipo objetivo y de los criterios de la imprudencia.

Por otro lado, en una parte de los casos aparece de nuevo el fenómeno, del que ya antes se ha hablado, de la falta de influencia. Difícilmente se puede decir que en un caso, como el ya citado del incendio del hospital, se ha cumplido con el tipo objetivo de un asesinato o de un homicidio. La problemática es todavía más clara si se modifica el ejemplo de modo que ahora alguien causa a otro una lesión, sólo con dolo de lesión corporal, uniendo a ello la esperanza de que el afectado muera en un eventual incendio del hospital y esto casualmente ocurre en realidad. Que el autor puede tener, desde el punto de vista subjetivo, sólo una expectativa y

21. En este sentido Roxin (nota 2), p. 137; del mismo, Allg. Teil I, § 11, n. 63 y ss.; Jescheck (nota 14), previo al § 13, n. 67; Lenckner (nota 3), previo al § 13, n. 96; Rudolphi, en: SK, § 16, n. 31; Wolter, *ZStW* 89 (1977), p. 649, 673 y ss., y 702; Ebert, Jura 1979, p. 561 y 569; Puppe, *GA* 1981, p. 1, 14 y ss.; Prittwitz, *GA* 1983, p. 110, 113 y 129; Driendl, *GA* 1986, p. 253, 271 y ss.; entre otros.

22. Ver las argumentaciones en nota 20. Esto ya fue alegado críticamente por Arm. Kaufmann – (nota 3), p. 262 y ss. – y Hirsch – (nota 3), p. 404 y ss. – frente a la interpretación contenida en la nota 21.

no todavía dolo, atañe aquí también, nuevamente, a las deficiencias que se encuentran ya en lo objetivo.

c) Como otros casos de aplicación en el ámbito de los hechos dolosos son mencionados especialmente los supuestos de disminución del riesgo y la participación en una autopuesta en peligro dolosa bajo propia responsabilidad.[23] En relación con los supuestos de disminución del riesgo, deben ser eliminados del tipo objetivo los hechos en que falte la "creación de un riesgo", hechos en los cuales alguien modifique el curso causal de forma que "disminuya el peligro ya existente para la víctima, mejorando la situación del objeto de la acción".[24] Suele citarse el ejemplo en el que alguien, que ve como una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro, no puede pararla, pero sí desviarla hacia una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa. Aquí hay causalidad de parte de quien presta el auxilio con relación a la lesión concreta, porque, según la opinión tradicional, se afirma la realización del tipo de la lesión corporal y, para casos de esta clase, sólo se acepta la justificación por el consentimiento presunto o el estado de necesidad justificante. Tampoco los defensores de la teoría de la imputación objetiva dejan de lado completamente el nivel de la justificación. En el caso del ejemplo, si quien presta el auxilio desvía la piedra de forma tal que destruye sólo una cosa que estaba cerca del lugar del peligro, entonces también según la teoría de la imputación objetiva existe la realización del tipo objetivo del delito de daños. En consecuencia, dice Roxin que si alguien no reduce un peligro existente, sino que lo reemplaza por otro cuya concreción en el resultado sería menos dañosa para el autor de lo que hubiera sido la concreción del peligro original, entonces la cuestión debería ser solucionada a través de las causas de justificación mencionadas.[25] De momento puede permanecer abierta la cuestión acerca de si estos puntos de vista limita-

23. Roxin, Allg. Teil I, § 11, n. 47 y ss., también n. 43, 90 y ss.; Lenckner (nota 3), previo al § 13, n. 94 y 101b con más argumentaciones.

24. Roxin, Allg. Teil I, § 11, n. 47.

25. Ídem, ibídem, n. 48.

tivos son de solidez. En todo caso, la teoría de la imputación objetiva ha dejado en claro que existen casos de reducción del riesgo en los cuales resulta problemática la afirmación del tipo objetivo.

Los casos de la autopuesta en peligro dolosa bajo propia responsabilidad ya han sido mencionados antes en el contexto del caso del tío rico. En ellos se trata de una problemática específica de la participación. Que el autor inmediato de una autopuesta en peligro no realiza un hecho principal *típico*, permite todavía que la persona que a él le ha ayudado o apoyado asuma objetivamente sólo el papel de un partícipe. Es por todos sabido que esto se destaca desde hace tiempo en la discusión sobre la participación en el suicidio.[26] No obstante, debido a su carácter accesorio a un hecho principal típico, para que una participación sea adecuada al tipo objetivo se requiere la realización de aquel por parte del autor inmediato. Pero esto falta aquí, así que en estos casos no hay problema dogmático alguno.[27]

Así se ve, con relación a los tipos dolosos, que la teoría de la imputación objetiva descubre, aunque no en cada supuesto de aplicación, sí al menos en una serie de casos, defectos en la interpretación tradicional del tipo objetivo, extendida y demasiado unilateralmente alineada con el dogma causal. Sin embargo, para saber si sus criterios son correctos es necesario efectuar un análisis crítico.

2. En primer lugar deben ser considerados los ejemplos principales que han sido tratados por la teoría de la imputación objetiva como delitos imprudentes. Se trata de la relación de contrariedad al deber exigido y que debe existir entre

26. Ver especialmente *RGSt.* 70/313; *BGHSt.* 13/162, 166 y ss.; 19, p. 135, 137 y ss.; Welzel, *Strafrecht*, p. 281; Gallas, *JZ* 1960, p. 686 y ss. Que la diferenciación resulta objetivamente significativa también para la imprudencia del partícipe es acentuado decididamente en *BGHSt.* 24/342. Por otro lado, en otras decisiones se ha omitido frecuentemente aquello que era criticado en la literatura; ver Eser, en: Schönke/Schröder, 25. ed., 1997, previo al § 211, n. 42 y ss.; Hirsch, *JR* 1979, p. 433; entre otros.

27. Se trata de esto mismo en los casos de la "coordinación de un ámbito de responsabilidad ajeno" introducidos por Roxin (Allg. Teil I, § 11, n. 111 y ss.). Los demás grupos de casos tienen interés práctico sólo en el campo de la imprudencia – por ejemplo, la puesta en peligro ajena aceptada – y allí serán tratados (ver nota 33).

la acción descuidada y el resultado[28] y los casos del llamado fin de protección de la norma.[29] En estamos, sin duda, ante puntos de vista objetivos. Además, en los delitos imprudentes, a diferencia de los dolosos, se puede decir que un resultado es imputable aunque no sea la culminación de una acción abarcada por la voluntad sino sólo su repercusión; pues la acción prohibida se agota, en el delito imprudente, en el comportamiento voluntario considerado contrario al cuidado, por ejemplo, en el tomar voluntariamente una curva, sin visibilidad, invadiendo el carril contrario. Esto no ofrece lugar alguno para una teoría *general* y una categoría sistemática de la imputación objetiva, pues el tipo de relación entre el comportamiento contrario al cuidado y el resultado surge ya de la *particularidad* del delito imprudente de resultado, en el cual la contrariedad al cuidado en cuestión debe haberse concretado directamente en el resultado.[30] Si alguien conduce su coche con exceso de velocidad y arrolla fatalmente a un peatón que se cruzaba en forma contraria a las leyes del tráfico y esto de todos modos hubiera ocurrido aún a la velocidad permitida, entonces el resultado no es producto de la contrariedad al cuidado en la forma de conducir y, con ello, falta uno de los presupuestos específicos del delito imprudente de resultado.[31] No es distinta la situación en el caso

28. Roxin, Allg. Teil I, § 11, n. 68, 76 y ss. ("comportamiento alternativo conforme a derecho"); Jescheck/Weigend, p. 288 y ss.; Lenckner (nota 3), previo al § 13, n. 99; Ebert, *Jura* 1979, p. 561 y 571; cada uno de ellos con más argumentaciones. Sobre el requisito general de la relación de contrariedad al deber: *BGHSt.* 11/1; Ulsenheimer, *Das Verhältnis von Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, 1965; Küper, Lackner-Festschr., 1987, p. 247 y ss.; Puppe, *ZStW* 99 (1987), p. 595 y ss.; Toepel, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992.

29. Roxin, Allg. Teil I, § 11, n. 69, 72 y ss.; Jescheck/Weigend, p. 288; Lenckner (nota 3), previo al § 13, n. 96; Ebert, *Jura* 1979, p. 561 y 574; cada uno con más argumentaciones.

30. Welzel, *Strafrecht*, p. 136; Hirsch (nota 3), p. 406.

31. También la teoría, desarrollada por Roxin, de la elevación del riesgo con respecto a la relación de contrariedad al cuidado (ver el estado actual en Roxin, Allg. Teil I, § 11, n. 76 y ss., con más argumentaciones) constituye una solución concebida para una problemática específica de la imprudencia. Sobre las objeciones que se le han formulado, ver Cramer (nota 20), § 15, n. 171 y ss.; Baumann/Weber/Mitsch, § 24, n. 86 y ss.; Arth. Kaufmann, Jescheck-Festschr., p. 273, 277 y ss.; Schlüchter, *JA* 1984, p. 673 y 676; Ulsenheimer, *JZ* 1969, p. 364 y ss.; Hirsch, en: *LK*, 10. ed., 1989, § 230, n. 7, con más argumentaciones.

emblemático para el tratamiento del tema del "fin de protección de la norma", en el que un conductor avanza sobre un cruce de calles a pesar del semáforo rojo y por ello llega antes a un lugar distante a unos cien metros, donde él, conduciendo de forma completamente adecuada a las reglas, atropella a un caminante que repentinamente se cruzó en la calle de forma contraria a las normas de tráfico. También aquí se trata de un problema específico de la imprudencia, a saber, que la contrariedad al cuidado del conductor sólo se refiere al ámbito del cruce de calles y que, por tanto, el resultado posterior no representa una manifestación objetiva de esa contrariedad al cuidado.[32-33]

3. Finalmente se debe mencionar que tampoco es diferente la situación con respecto a la llamada relación de inmediatez en el delito cualificado por el resultado, al que igualmente recurre la teoría de la imputación objetiva como caso de aplicación.[34] También aquí se trata de una exigencia que no proviene de un principio dogmático general sino de la clase particular del delito, a saber, que en las consecuencias más graves se realice de un modo directo el riesgo de conse-

32. Así también Küper (nota 28), p. 247 y 251. Sobre este ámbito de cuestiones, ver –además de la sentencia *BGHSt.* 33/61 y 64– Ebert, *JR* 1985, p. 356; Puppe, *JZ* 1985, p. 295; Streng, *NJW* 1985, p. 2809, cada uno de ellos con más argumentaciones sobre la jurisprudencia y la doctrina como también con sus comentarios a la decisión mencionada.

33. En los otros casos de aplicación citados por Roxin (Allg. Teil I, § 11, n. 119, § 24, n. 42 y ss., § 11, n. 105 y ss.), que podrían ser importantes para el ámbito de la imprudencia, se trata, en el supuesto de daños a un tercero por un choque, de una cuestión propia de la imprudencia que se refiere al deber de cuidado del tipo penal analizado (ver también *BGHZ* 56/163). En los daños consiguientes falta frecuentemente ya la previsibilidad; si ella existe, entonces entran en cuestión el contenido del deber de cuidado y la relación de contrariedad al deber. Y en lo que respecta a la conformidad en la puesta en peligro ajena, se trata exclusivamente de un problema de la teoría del consentimiento, que allí encuentra su solución apropiada; más pormenorizadamente sobre esto, Hirsch, en: *LK*, previo al § 32, n. 94 y ss., 105 y ss. También en la cuestión de la prohibición de regreso se debería ver un caso de aplicación de la teoría de la imputación objetiva; ver Ebert, *Jura* 1979, p. 561 y 569; Jescheck, en: *LK*, previo al § 13, n. 58; Jakobs, *ZStW* 89 (1977), p. 1, 17 y ss. Sin embargo, aquí en todo caso se trata, en tanto en el caso concreto no falte ya la previsibilidad, de cuestiones específicas de la imprudencia, del contenido del deber de cuidado y de la relación de contrariedad al deber de cuidado.

34. Un caso de aplicación presentan Jescheck/Weigend, p. 289; Wolter, *GA* 1984, p. 443 y 445 (5.ª tesis); entre otros.

cuencias típicamente específicas inherentes al tipo básico doloso realizado.[35] Para la afirmación de este elemento no pueden bastar, de ninguna manera, los criterios de cada teoría, dado que entonces no tendría ya, junto a la imprudencia requerida en relación a las consecuencias más graves, un significado propio. A través de la conexión de condiciones especiales debe ser tomada en cuenta la circunstancia de que, en los delitos cualificados por el resultado, con sus elevadas agravaciones de pena, se trata de algo más que una mera superposición, en unidad de hecho, de un delito doloso y otro culposo. Por ello, la interpretación tradicional exige que deba ser el peligro específico contenido en el tipo penal básico, cuyo resultado concreto ha sido realizado dolosamente, el que se concrete en las consecuencias más graves. La tendencia discutible de la jurisprudencia, de relajar las exigencias en los delitos cualificados por el resultado de forma tal que deba bastar ya con el riesgo típicamente específico del actuar doloso – y con ello, como consecuencia, el riesgo contenido en la imprudencia –, se ve todavía favorecida por la aplicación de los criterios de la teoría de la imputación objetiva.[36] Los defensores de esa teoría, al sostener que la llamada relación es uno de los casos de aplicación, desconocen, por tanto, el carácter particular de este requisito del delito cualificado por el resultado y los criterios especiales que resultan de él.

4. La consideración de los casos de aplicación principal de la teoría de la imputación objetiva, así llamados por sus defensores, muestra que bajo la rúbrica

35. BGH NJW 1971, p. 152. *BHGSt.* 31/96 y 98; 32, p. 25 y 28; 38, p. 295 y 298; Stree, en: Schönke/Schröder, § 226, n. 3 y ss.; opinión dominante.

36. A favor de la jurisprudencia que considera como ya suficiente el riesgo proveniente del desarrollo de la actividad, véase *BGHSt.* 7/37; 14, p. 110; 31, p. 96; 41, p. 113; distinto todavía en *RGSt.* 44/59; *RGJW* 1924, p. 1.735, n. 29. Contra esta jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal: Hirsch, GA 1972, p. 65; del mismo, Oehler-Festschr., 1985, p. 111, 129 y ss.; Geilen, Welzel-Festschr., 1974, p. 655 y ss.; Jakobs, Allg. Teil, 9/35; Küpper, *Der unmittelbare Zusammenhang*, 1982, p. 35 y ss., 85 y ss.; Lackner/Kühl, StGB, 22. ed., 1997, § 226, n. 2; Rudolphi, en SK, § 18, n. 3; no obstante a favor de la solución del desarrollo de una actividad, Stree, en: Schönke/Schröder, § 226, n. 4 y ss., con más argumentaciones. Por lo demás, se declara a favor de la solución del resultado (teoría de la letalidad), con relación al § 226 del CP, también Roxin, Allg. Teil I, § 10, n. 115 y ss.

"imputación objetiva" son agrupadas cuestiones dogmáticas completamente distintas. En general se trata, ciertamente, de puntos de vista objetivos. Pero su función y contenido se deriva de figuras jurídicas especiales. De ahí que dicha teoría reclama para sí una parte considerable de los requisitos objetivos que ya habían sido considerados hasta ahora junto a la causalidad. El dogma causal no ha sido aceptado por la dogmática actual. Se ha reconocido mucho más, desde hace tiempo y a pesar de la orientación fundamental a la causación del resultado, que en la afirmación del tipo objetivo juegan su papel, en distintos aspectos, otras exigencias de la tipicidad objetiva, tales como los requisitos de la imprudencia o del delito cualificado por el resultado; y ello, por cierto, debido a cuestiones dogmáticas especiales. Además, a esto corresponde también la delimitación entre autoría y participación. Es sabido que la teoría subjetiva de la participación, que no ha sido todavía superada del todo en la jurisprudencia, se ha originado en los fundamentos de la antigua dogmática orientada unilateralmente al dogma causal. Debido a la igualdad de valor de todas las condiciones, asumida por la teoría de la equivalencia, se creía entonces que la delimitación no podía efectuarse según criterios objetivos sino sólo según criterios subjetivos.[37] Sin embargo, la perspectiva según la cual los puntos de vista objetivos juegan el papel decisivo ha sido, entretanto, abandonada.[38] Pero con ello no se quiere aceptar que en la delimitación entre autoría y participación se trate de una cuestión de imputación objetiva. Es mucho más claro que no se trata de un principio de imputación general, sino de una problemática de graduación.[39] Además, se debe recordar que existen preceptos pe-

37. *V.* Buri, *Die Kausalität* (nota 13), p. 41. Sobre esto ver también: Engisch, *Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 41 y ss.

38. Ver las argumentaciones de Roxin, en *LK*, 11. ed., 1993, § 25, n. 10, como también Küpper, *GA* 1986, p. 437 y ss.

39. Por cierto, por parte de la teoría de la elevación del riesgo, considerada como subcaso de la teoría de la imputación objetiva (ver nota 31), fue dada la idea de reflejar en la complicidad la elevación del riesgo en relación con la cuestión de la causalidad. Sobre esto ya crítico Küpper (nota 3), p. 112 y ss., con más argumentos. La decisión del Tribunal Supremo Federal (*NStZ* 1997, p.

nales en los cuales el comienzo de la acción llega a expresarse ya objetivamente a través de la exacta tipificación de la acción, como por ejemplo en los elementos "jurar" o "conducir vehículos de carga".[40]

Por consiguiente, los supuestos que verdaderamente requieren ser explicados son los de la interesante problemática, de carácter eminentemente teórico, de la causalidad abierta hacia el pasado y los casos mencionados de falta de influencia en el hecho en los delitos dolosos. El marco de situaciones en las cuales la teoría de la imputación objetiva podría conducir a nuevos resultados prácticos es verdaderamente muy pequeño. No obstante, como ya Lenckner ha puesto de relieve,[41] a esa afirmación se opone el hecho de que esta teoría se ha convertido en "tema central" de la discusión dogmática.

III

1. En lo que ahora concierne al análisis teórico, la primera cuestión se refiere al propio punto de partida sistemático. La palabra "imputación" evita el peligro de que, en la discusión de esta problemática, la imputación del resultado se entienda en el sentido de *responsabilidad*.[42] Pertenece al acervo de la teoría jurídica general el que se deba distinguir claramente entre culpabilidad – es decir, comportamiento culpable – y responsabilidad, esto es, responder por la realización de un resulta-

272, n. 2) no se puede presentar a favor de la teoría, a pesar de la utilización de las palabras "elevación del riesgo", dado que allí se trató de una contribución causal a una acción de engañar.

40. No obstante, sobre las particularidades del comienzo de acción en la *actio liberae in causa*, ver Hirsch, *NStZ* 1997, p. 230 y 231.

41. Lenckner (nota 3), previo al § 13, n. 91.

42. La referencia a aspectos de la responsabilidad se puede ver hoy claramente ya en otro círculo de problemas actuales: la punibilidad de las empresas. Allí se habla frecuentemente de la cuestión de la "responsabilidad penal" (en contra ya Hirsch, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, 1993, p. 13, con comentarios en p. 24 y 41). Más allá de ello, llama la atención que recientemente se ha hablado con naturalidad de "responsabilidad penal" incluso en una decisión del Tribunal Supremo Federal (*NStZ* 1997, p. 272, n. 1).

do.[43] En la responsabilidad el hecho se considera desde el punto de vista del resultado acaecido, dado que ella no presupone necesariamente inculpación, sino que la responsabilidad puede provenir de su atribución a un tercero debido a esferas de riesgos o relaciones personales. En cambio, en la culpabilidad, el punto central es el comportamiento contrario a la norma. Al derecho penal le corresponde, debido a su función disciplinaria, la lesión culpable de normas de comportamiento, es decir, de prohibiciones o mandatos y sus correspondientes contenidos referidos a resultados. Pero, dado que las prohibiciones y mandatos tienen como objeto acciones – las prohibiciones violadas y los mandatos omitidos – sobre las que se estructura todo el sistema dogmático, cuestión que también subrayó ya la teoría histórica de la imputación en el derecho penal,[44] la pregunta primordial reza si detrás de las deficiencias, que la dogmática tradicional ha permitido reconocer en los presupuestos del tipo objetivo, no se ocultan ya las deficiencias de la teoría de la acción vigente hasta hoy. Roxin, al comienzo de su exposición sobre imputación objetiva, escribió que debe "aclararse cómo tiene que obtenerse la relación entre el sujeto del delito y el resultado para que el resultado pueda imputarse a un sujeto del delito determinado como su *acción*".[45] Él también señala que hay que "comprobar que el resultado es la obra del autor" y, para su ejemplo, ya mencionado, de los daños, ha dicho que entre las formas de comportamiento causantes del resultado tendrían que ser seleccionadas "aquéllas que pueden ser consideradas como acciones lesivas para la cosa". Dado que él y la mayoría de los otros representantes de la teoría de la imputación objetiva son de la opinión de

43. Esta diferenciación se ve de modo especialmente evidente en el derecho civil, donde, bajo determinados presupuestos, un tercero puede ser responsabilizado por los daños causados a otro, aunque no medie su culpa, es decir, que se lo obliga a reparar. Ver sobre esto, de la literatura de derecho civil más reciente, Laufs, Gernhuber-Festschr., 1993, p. 245 y ss.

44. Acerca de que en la historia de la teoría de la imputación penal siempre se trató de la acción, detalladamente Küpper (nota 3), p. 83 y ss., así como Koriath (nota 3), p. 102 y ss., y 330 y ss.

45. Roxin, Allg. Teil I, § 10, n. 55, donde se dice nuevamente que se trataría del establecimiento del presupuesto "imputación al tipo objetivo".

que, en todo caso, el significado del concepto de acción consistiría en excluir las causaciones en las cuales el hombre actúa sólo como una fuerza mecánica o por ejecución de meros actos reflejos,[46] de inmediato se pierde nuevamente de vista el principio de acción y los aspectos normativos pasan a dominar el terreno. Desde un comienzo, la atención es desviada de la cuestión de la acción, si sólo se habla, fundamentalmente, de atribuciones, como puede observarse de forma especialmente marcada en Jakobs con sus frecuentes derivaciones de competencias fundamentadas personalmente,[47] a través de las cuales la dogmática se reduciría a meros valores, a explicaciones gráficas y a la diferenciación entre acciones culpables y responsabilidad en diversos estamentos.

Antes de la discusión acerca de la cuestión central, a saber, las eventuales deficiencias de la teoría de la acción vigente, es preciso efectuar una segunda comprobación fundamental: ¿por qué los defensores de la imputación objetiva hablan propiamente de imputación jurídico *penal*? Para el injusto delictivo, como ya fue destacado, el derecho penal no es el único instrumento competente, sino que a él, regularmente, sólo le incumbe la función de reforzamiento, a saber, la de prever una consecuencia jurídica más grave, la pena, para un comportamiento que ya es contrario a un mandato o a una prohibición en otros ámbitos del orden jurídico. Por ello la opinión dominante parte de la idea de la unidad del orden jurídico.[48] Por esta razón, sólo podría tratarse de puntos de vista específicamente jurídico *penales* que estén en relación con el reforzamiento penal de un ilícito dado. Pero, prescindiendo completamente de que no se dispone de escalas penales es-

46. Ver Roxin, Allg. Teil I, § 8, n. 44, 46 y ss.; Jescheck/Weigend, p. 224 y ss.; Lenckner (nota 3), previo al § 13, n. 37 y ss. Algunos autores opinan inclusive que se puede renunciar totalmente al requisito de la acción, con lo cual, sin embargo, serían sustraídos los objetos de la prohibición que se encuentran detrás del injusto típico. Sobre la irrenunciabilidad, pormenorizadamente Hirsch, *ZStW* 93 (1981), p. 831, 844 y ss. y ahora también Roxin, op. cit.

47. Jakobs, Allg. Teil, 7/47 y ss., 7/56 y ss.; del mismo, Arm. Kaufmann-Gedächtnisschr., 1989, p. 271, 283 y ss.; del mismo, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 31 y ss.

48. Ver sobre esto Hirsch, en: *LK*, previo al § 32, n. 10 con más argumentos (también sobre la opinión contraria).

pecíficas y generales de las cuales se puedan inferir con exactitud científica limitaciones del tipo penal objetivo, los casos en cuestión muestran que falta en ellos ya desde el comienzo la lesión a la norma. Por ejemplo, en el caso del tío rico no falta únicamente el merecimiento o la necesidad de pena, sino ya todo ilícito delictivo. De allí que, en la problemática en discusión, se trate de aspectos que interesan principalmente al ilícito correspondiente a esos casos. Todo esto habla a favor de considerar las cuestiones planteadas en el contexto de la teoría general del injusto, lo que nos conduce nuevamente al actuar contrario a la norma, punto de partida de dicha teoría.

2. Entonces, debemos interesarnos por la parte objetiva de la acción misma contraria a la norma. ¿Aparece ya esta última cuando alguien ocasiona con equivalencia causal el resultado respectivo? Por ejemplo, en el caso de Roxin ya citado, el fabricante de una cosa que después es dañada por otro ¿ha cometido una acción de daños en las cosas? Es evidente que no, y la fundamentación para ello se impone sin inconvenientes, dado que en la producción de la cosa no se da aún el comienzo de acción de daño alguno. Más bien, ésta comenzaría solamente cuando el afectado, directamente o, dado el caso, a través de un intermediario en el hecho (instrumento), se disponga a la ejecución del daño según su propio plan. Esta afirmación no se basa exclusivamente en un argumento del derecho positivo (§ 22 del CP). Este precepto brinda mucho más que un mero punto de vista dogmático expreso, pues, para que haya comienzo de la acción respectiva, se requiere ponerse a realizarla directamente. Además, se ve que se trata ya de un punto de vista prejurídico, pues el problema del comienzo de la acción se presenta normalmente en todo actuar. Así, ni el fabricante de un techo que después es reparado por otro, ni el fabricante de los ladrillos con los que se efectuó la reparación, han realizado una acción de reparar. Un actuar semejante no es, todavía, el comienzo de una acción tal, sino, en todo caso y con relación a los ladrillos utilizados en la reparación, una parte de la preparación de ella.

Que se trata de un comienzo objetivo de la acción se confirma a través del supuesto en el cual el mismo autor posterior ha desarrollado precedentemente actividades causales. Aquél que primero ha fabricado una sustancia explosiva y después mata a otro con ella según lo planeado, ha comenzado la acción de matar indiscutiblemente ya al ponerse a realizarla directamente. Lo que antes ha sucedido fue sólo un acto preparatorio. La separación del comienzo de la acción del hecho de lo sucedido con anterioridad es independiente de si se trata de una tentativa o de un hecho consumado. Si, en caso de un resultado intentado pero no conseguido, el comienzo de la acción típica sólo reside en la puesta en marcha inmediata, entonces no es distinta la situación cuando el resultado ha sido obtenido. Pues el causación del resultado es solamente la realización completa de la acción iniciada con al tiempo de la tentativa. De ello se desprende, para la problemática aquí discutida, que debe existir el comienzo de ejecución correspondiente a la acción típica para que se dé la causalidad relevante en la acción en cuestión.

En lo que respecta a los criterios sobre el comienzo de la tentativa, el criterio propio de la teoría de la imputación relativo a la creación de un "peligro", muestra, ciertamente, una dirección aproximada, pero no brinda con claridad el punto decisivo. En este aspecto dicha teoría es de considerable imprecisión. Pues, si con el criterio del "peligro" se refiere a la creación de una situación de peligro, esto significaría ya la existencia de un delito de peligro concreto. Esto, sin embargo, conduciría a fricciones en el ámbito del delito de peligro abstracto, ante todo, porque no brindaría la delimitación buscada, dado que en lo que se refiere a la situación de peligro toda causa sería igualmente suficiente, como resulta del dogma causal en relación con el resultado de lesión típico. La teoría de la imputación objetiva se comprende con más precisión si ella es aplicada a una característica de la acción, a saber, el ser peligrosa con relación al resultado.[49] Sobre esto es también correcto

49. Más precisamente habla Lenckner (nota 3, previo al § 13, n. 92) en su definición de "riesgo-resultado". Pero él habla también de "creación" (¿causación?) de un riesgo tal y del "peligro" que yace en ello. Sin embargo, no se trata de ocasionar un resultado intermedio (situación de peligro

que un comportamiento, para cumplir con los requisitos de acción realizadora del resultado, debe ser adecuado para producir el resultado en cuestión. Por otro lado, la teoría de la tentativa muestra que la peligrosidad no basta todavía para que haya comienzo de acción.[50] También en los actos preparatorios existe ya el riesgo de que un acción acarree un resultado típico. Quien, con un plan homicida, compra un arma o se dirige al lugar del hecho, ya se comporta de manera peligrosa para la vida de la víctima escogida. Sin embargo, él no ha comenzado todavía con la acción de matar y ello es lo que importa. Por consiguiente, el punto de vista del "peligro" o del "riesgo" no logra aquello que los defensores de la teoría de la imputación objetiva querían alcanzar con él.

Si se verifica que con los criterios de la tentativa pueden ser abarcados también los casos, mencionados más arriba, de la falta de influencia en el hecho (ejemplo del tío rico) y de la desviación absoluta del curso causal (ejemplo del incendio del hospital),[51] entonces se puede comprobar que en ambos grupos de

para el objeto del hecho) –con lo cual la causalidad por cierto no sería limitada –, sino de una característica del comportamiento mismo. Sobre la diferenciación entre el riesgo (peligrosidad) de un comportamiento y el peligro para un objeto determinado, ver Hirsch, Arth. Kaufmann-Festschr., 1993, p. 545 y ss. Los conceptos, en general, no se distinguen claramente en la exposición de la teoría de la imputación objetiva.

50. Sobre los requisitos del comienzo de ejecución de la tentativa, detalladamente Maurach/Gössel, Allg. Teil II, 7. ed., 1989, § 40, n. 45 y ss.; Rudolphi, en: *SK*, § 22, n. 7a y ss. En ello, la peligrosidad del comportamiento sólo entra en consideración con relación a otros criterios limitativos. Por otro lado, la producción de una situación de peligro constituye ya un resultado para el objeto de la acción y, por ello, un momento demasiado posterior, como también lo confirma la existencia de delitos de peligro concreto. En la tentativa inidónea su comienzo se determina, de acuerdo al § 22 del CP, según la misma medida objetiva – en relación a la representación del autor – que en la idónea. Sin embargo, esto deja intacto que la teoría subjetiva de la tentativa dominante, incluyendo su modificación por la teoría de la impresión, no es dogmáticamente sostenible y que un regreso de la ciencia hacia una nueva teoría objetiva aparece como mucho más indicado. Precisamente a través de la discusión sobre la teoría de la imputación objetiva resulta evidente que sin un riesgo de consumación del hecho, determinado *ex ante*, no puede existir todavía ningún comienzo real de una acción realizadora de un resultado.

51. Sobre la distinción entre los casos de desviación esencial relativa (en los cuales se trata únicamente de una cuestión atinente al dolo) y absoluta (en los cuales, a causa de una falta de dominio objetivo, entra ya en consideración el excluir el tipo objetivo), ver *supra*, II, 1, b.

casos falta, ya en su parte objetiva, una *acción* de matar. Por cierto que el "autor" ha deseado la muerte de la víctima, pero su contribución causal no ha sido todavía el ponerse a realizar una acción de homicidio en relación al resultado de muerte concreto. El motivo para ello consiste en que una acción exige el dominio del suceso causal abarcado por ella. Si la causación del resultado concreto está puesta a cargo del azar fuera del dominio del autor, entonces no existirá, desde un principio, una acción dirigida a causar el resultado.[52] Por lo demás, el punto de vista del dominio del suceso causal no es extraño a la dogmática jurídico penal. Éste fue introducido por Welzel en la teoría de la participación y desde allí siguió siendo desarrollado posteriormente por Roxin.[53] Además, en la discusión desarrollada en torno a la imputación objetiva se señala que dicho punto de vista ha surgido repetidamente en el desarrollo histórico de la teoría de la acción.[54] El autor de estas líneas ha llamado la atención, hace ya tres décadas,[55] sobre el significado general de este punto de vista para el tipo objetivo de la acción.

En cambio, que la orientación unilateral reduzca la problemática a los conceptos de "peligro" y "riesgo" no se compensa con que la teoría de la imputación objetiva exija, como criterio adicional, la dependencia del "peligro" (del "riesgo") a un comportamiento que infrinja el "riesgo permitido", es decir, a un comportamiento prohibido, como *Jescheck* y Lenckner consecuentemente formulan.[56] La pregunta, cuya respuesta se busca, surge en torno a si el comportamiento del autor realiza la prohibición, determinante en relación con el resultado típico. El estar prohibido no puede ser su presupuesto mismo. Que exista una acción de matar

52. Küpper (nota 3), p. 92 y ss.

53. Ver Welzel, *ZStW* 58 (1939), p. 491, 543 y ss.; del mismo, *Strafrecht*, p. 100 y ss.; como también Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, 6. ed., 1963, p. 107 y ss. Por lo demás, Roxin, en su exposición del concepto de acción, habla de "exteriorizaciones de la personalidad dominadas o dominables": ver Allg. Teil I, § 8, n. 44.

54. Ver las referencias en Küpper (nota 3), p. 85 y ss.

55. Ver Hirsch, *ZStW* 74 (1962), p. 78 y 98.

56. Sobre este requisito de la teoría de la imputación objetiva, ver las referencias de las notas 4 y 5.

no es independiente de que esté prohibida. Pero si ésta se da, entonces cumple con los presupuestos del tipo objetivo del § 212 del CP sin que sea necesario un control especial de la prohibición. Por lo demás, la incorporación de ese punto de vista normativo acabaría en que, consecuentemente, el error de prohibición sería un error de tipo. Pero esto estaría en contradicción con la teoría de la culpabilidad que, por buenas razones científicas, separa el dolo de la conciencia de la ilicitud, y con su consagración en el § 17 del CP.[57]

Detrás de la aceptación de esos elementos normativos por parte de la teoría de la imputación objetiva está, ante todo, el caso en que alguien desea lograr un resultado típico a través de un comportamiento jurídicamente valorado como adecuado al deber de cuidado, por ejemplo, a través de conducir un coche de acuerdo a las reglas del tráfico, y el resultado realmente ocurre, por ejemplo por un accidente fatal del que es responsable exclusivo otro conductor. En este caso no resulta satisfactorio negar sino el dolo. Por el contrario, también en este grupo de casos se puede explicar que ya falta el tipo objetivo a través de los criterios arriba desarrollados: falta una acción realizadora del resultado. Si en una sociedad los comportamientos se desarrollan conforme al cuidado y así se mantienen completamente en el marco de la normalidad social, entonces no son un medio con el que se pueda poner en marcha un dominio dirigido del curso causal. En el caso del "riesgo permitido" se trata, por cierto, de una figura jurídica. Pero el establecimiento de los límites del ámbito de lo socialmente adecuado, resultante de esa figura, hace que la generalidad se oriente a las reglas en cuestión y, por ello, tales formas de comportamiento socialmente adecuadas no pueden ser consideradas como el ponerse a realizar una acción de matar, de lesionar o de dañar. La deficiencia en la parte objetiva de la acción se refleja, en lo subjetivo, en que un dolo que está dirigido al dominio del curso del hecho no

57. En esta dirección apunta la crítica de Arm. Kaufmann (nota 3), p. 261. También si se hablara de "sobrepasar el riesgo permitido" en lugar de hablar de riesgo "prohibido", habría allí un error, a saber, un error de prohibición, el error sobre el no estar permitido.

puede ser ya posible, dado que sólo se trata de la representación de la intención del autor todavía como expectativa. Ya todo lego rechaza la idea de que haya cometido un asesinato o un homicidio quien conduce su coche según las reglas del tráfico y que de esa manera espera que ocurra un accidente.

Además, de los fundamentos mencionados surge la duda de si al elemento, contenido en la definición de la imputación objetiva, de estar prohibido el comportamiento, le corresponde un significado autónomo dentro de la teoría de la imputación objetiva.[58] Si en una sociedad los comportamientos son adecuados al cuidado y, por consiguiente, se desarrollan en el marco de la normalidad social, entonces, según la interpretación social, aquel que actúa dentro de esos límites no se comporta peligrosamente. Si un conductor conduce de modo completamente correcto, nadie podría decir de él que actúa de forma peligrosa. Esto sería distinto si sobrepasara los límites de la forma de conducir ajustada a las reglas del tráfico. Por ello, en los casos de comportamientos adecuados al cuidado ya debería negarse propiamente la peligrosidad de la acción de conducir y de otras similares. Sin embargo, dado que ahora la peligrosidad se determina según la previsibilidad objetiva de un posible resultado, la definición de la imputación objetiva, reducida a la peligrosidad del comportamiento, no estaría muy lejos de la teoría de la de la adecuación conocida desde hace mucho tiempo.

Por ende, se ve que aquel elemento normativo tampoco puede ser alegado como argumento a favor de la teoría de la imputación objetiva.

Por otro lado, en el grupo de ejemplos, ya mencionado, de la disminución del riesgo se confirma que la teoría de la imputación objetiva no ofrece una solución provechosa. También aquí la solución proviene ya de los presupuestos mismos de la acción. Sobre ello debe ser considerado, en primer lugar, el caso en que alguien interviene sobre otro que quiere ocasionar a la víctima un corte de gravedad con un cuchillo, de modo tal que el atacante sólo provoca un corte leve en el lugar

58. Sobre esto ver también Arm. Kaufmann (nota 3), p. 260 y 266.

previsto del cuerpo de la víctima. Aquí ya falta objetivamente la realización de un resultado por parte de quien presta el auxilio, dado que su enérgica intervención ha reducido la del autor y el resultado concreto producido hubiera estado contenido, de todos modos, en el resultado más grave previsto por el autor. La cuestión planteada por la teoría de la imputación objetiva consiste en saber si el tipo objetivo de lesiones también puede ser negado en el caso de que quien presta el auxilio logra que la misma persona sufra *otra* lesión más leve. Si se piensa en la herida concreta ocasionada, entonces, como ya ha sido indicado en la doctrina, quien presta el auxilio ha generado con ello – o, en todo caso, cogenerado – un peligro, de modo tal que esa herida le sería imputada también objetivamente[59] (a no ser que se quiera considerar el consentimiento presunto ya en el nivel del tipo objetivo, algo que agudizaría todavía más las fricciones dogmáticas). Esto sería de otra forma sólo si el estado corporal de la víctima fuera visto como una unidad y, por ello, también al daño en el cuerpo le correspondería una apreciación global. Entonces, quien presta el auxilio no habría ocasionado, ni a través de la desviación del ataque hacia una herida más leve ni tampoco en el caso original, un resultado de lesión corporal. Sin embargo, todo esto es una cuestión de la determinación del objeto de la acción – habitual en las intervenciones médicas curativas[60] – y no tiene nada que ver con los elementos ofrecidos generalmente por la teoría de la imputación objetiva.

En suma, en relación a los tipos dolosos se puede constatar que la teoría de la imputación objetiva descubre problemas y que su relevancia para el tipo objetivo

59. Ver Maiwald, Miyazawa-Festschr., p. 478. Si como fundamento a favor de ello fuera presentado un argumento dogmático, según el cual aquí el tipo objetivo debería ser negado por faltar la imputabilidad objetiva y, por tanto, la disminución del daño no podría constituir una puesta en peligro prohibida del objeto protegido por la acción (Jescheck/Weigend, p. 287), surgiría la pregunta acerca de cómo se entiende, valorativamente, que en el caso mencionado *supra* (II, 1, c), en el cual quien presta el auxilio consigue que el hecho se reduzca hasta una lesión de la propiedad, no deba pasarse por la afirmación de la tipicidad (y sólo entonces hablar de justificación).

60. Detalladamente Hirsch (nota 31), previo al § 223, n. 3.

muestra que ella, sin embargo, no ha encontrado criterios de solución propios. Para esos delitos ella no solamente es prescindible sino también contraria a la realidad.

3. Surge la pregunta acerca de cómo repercuten en el delito imprudente las consideraciones efectuadas sobre el delito doloso. La teoría de la imputación objetiva hace alarde de que ella logra un tipo objetivo unitario para los delitos dolosos de resultado y los delitos culposos.[61] Si se añade que según la opinión dominante la previsibilidad individual no representa sino una cuestión de la culpabilidad del delito imprudente, resulta entonces nuevamente que, según la teoría de la imputación objetiva, el tipo del delito culposo es, en su totalidad, idéntico al tipo objetivo del delito doloso de resultado.[62] Así, el delito doloso sería, frente al delito imprudente correspondiente, sólo la figura penal cualificada por el dolo. Pero una construcción tal ¿corresponde realmente a los hechos objetivos? Esto recuerda la nivelación típica entre delitos dolosos y culposos en la teoría causalista con la cual habían sido suprimidas muchas diferencias reales.

La diferencia real, que, de todos modos, queda desatendida por la teoría de la imputación objetiva, ha sido ya inducida en las consideraciones precedentes: en los delitos dolosos la acción típica sólo puede comenzar en el estadio de la tentativa. Frente a ello, la acción contraria al cuidado, decisiva para el delito imprudente, puede *existir temporalmente ya desde antes*. Esto ha sido acentuado recientemente también por el Tribunal Supremo Federal.[63] Ejemplificativamente: si un arquitecto construye un edificio, violando el deber de cuidado, de forma tal que en caso de incendio quien viva en el piso más alto no tendrá ninguna oportunidad de escapar con vida y después de algunos años se produce realmente tal catástrofe, la acción anterior contraria al cuidado configura el fundamento de la punición por homicidio imprudente. Por el contrario, el modo inapropiado de construcción del edificio, que llevó a la muerte a

61. Roxin, Allg. Teil I, § 11, n. 44, § 24, n. 10 y ss.

62. Así, expresamente Roxin (nota 61); Yamanaka, *ZStW* 102 (1990), p. 928 y 944.

63. *BGHSt.* 42/235, 236 y ss.

uno de los moradores, no sería suficiente para fundamentar un homicidio doloso, aun cuando el arquitecto hubiera unido su acción a la esperanza de que en el futuro sucediera tal incendio. Pues en la construcción contraria al cuidado falta todavía el ponerse a realizar una acción de matar que debe estar dirigida invariablemente a un suceso concreto. Todavía un ejemplo más para ilustrar la diferencia: un enfermero abre una consulta médica con la ayuda de un certificado falso. Después de algún tiempo sucede que él, a causa de su falta de conocimientos, omite dar a un paciente un medicamento indicado por la *lex artis*, de modo tal que el paciente muere. Aquí existe un hacer contrario al cuidado que consiste ya en el asumir la actividad (la llamada inculpación por asunción). Naturalmente, en la apertura de la consulta médica no se debería ver todavía el comienzo de una acción de matar concreta requerido para la configuración de un hecho doloso, aunque el enfermero hubiera tomado en consideración la posibilidad de causar muertes.

La distinción se explica dogmáticamente con el argumento de que en el delito imprudente se trata de una acción de riesgo que tiene a la producción del resultado como consecuencia. En cambio, en el delito doloso de resultado, se trata de una acción que realiza un resultado concreto.

Mientras que en el delito doloso los límites generales del tipo objetivo se derivan del concepto de acción, en el delito culposo, debido a que la acción peligrosa, que constituye el objeto de la valoración contraria al deber de cuidado (por ejemplo el conducir muy de prisa), todavía no está dirigida al resultado concreto, se exigen otros criterios, junto a la causalidad, para fundamentar la vinculación de la contrariedad al cuidado con el resultado sucedido. De esta forma, se trata aquí de necesidades que surgen de la estructura del delito imprudente. Por eso, ellas son reconocidas ya independientemente de la teoría de la imputación objetiva, en tanto no se trate de aspectos impugnables (como, por ejemplo, la teoría de la elevación del riesgo[64]), de modo tal que, en la imprudencia,

64. Críticamente sobre esa teoría, *supra* nota 31, con más argumentaciones.

la teoría de la imputación objetiva no brinda nada que no pueda ser deducido ya de las particularidades del delito culposo.

Por lo demás, la problemática, discutida en torno al delito doloso y originada en que la causalidad puede resultar ilimitada hacia el pasado, no tiene correspondencia alguna en la imprudencia. Pues, a través del requisito típico de que deba existir una acción a valorar como objetivamente contraria al cuidado, tiene lugar una limitación de la acción peligrosa típicamente relevante.

Con ello se puede ver que la teoría de la imputación objetiva no representa utilidad alguna tampoco para el ámbito del delito imprudente. Ella constituye únicamente una recopilación, inspirada en cláusulas generales, de puntos particulares que están condicionados por la estructura específica del delito culposo.

Pero ante todo queda claro que la crítica a la teoría de la imputación objetiva – sostenida como punto central de la discusión y que tuvo que ser formulada en relación a los tipos dolosos – encuentra su confirmación en la diferenciación típica entre delitos dolosos y culposos.

IV

La teoría de la imputación objetiva tiene el mérito de haber llamado la atención acerca de que la limitación subjetiva practicada por la teoría del injusto personal al concepto de tipo penal tan abierto del causalismo era insuficiente y que se requerían también restricciones en el aspecto objetivo. Ella podrá contar hoy con la aprobación en la mayoría de los casos tratados en relación al resultado según el cual en ellos ya falta el tipo objetivo. No obstante, lo que debe serle criticado son ciertos aspectos de su fundamentación metodológica y las fricciones dogmáticas que ellos generan.

Metodológicamente, los defensores de la teoría de la imputación objetiva proceden de modo tal que ellos, partiendo de la causación del resultado, buscan valorativamente criterios limitadores y después los enlazan entre sí. Así, todo

aquello que deba llegar a alguna parte del nivel del tipo objetivo, a través de los elementos especiales del precepto penal individual referidos a la causalidad, se convierte en un caso de aplicación de la imputación objetiva. Esta atribución normativa se ve favorecida por el acentuado normativismo de la corriente dogmática hoy predominante en Alemania.[65] Como fue mostrado precedentemente, las consecuencias de ello son las reprobaciones dogmáticas efectuadas. Además, en los tipos penales dolosos – en contraposición a los tipos penales de la imprudencia, concebidos según una cláusula de responsabilidad general y, por ello, necesitados de criterios adicionales – la asunción de puntos de vista normativos generales conduce (y todavía más cuando ellos son imprecisos) a una cuestionable relativización de la determinación típica. Los criterios mencionados por la teoría de la imputación objetiva no se corresponden con la realidad de las cosas.

Si, por el contrario, se abordan antes las cosas a partir de la existencia de los valores de los objetos de las normas que están detrás de los tipos penales, esto es, la acción prohibida y sus límites estructurales objetivos, de ahí se infiere el ámbito propio de esta problemática. La verificación de la acción es suficiente y la teoría de la imputación objetiva no es en absoluto necesaria, porque ya el análisis exacto de los criterios generales del comienzo de la acción y de la presencia de sus presupuestos esenciales conduce a soluciones que se corresponden con la realidad de las cosas.[66]

65. Crítico sobre ello Hirsch (nota 3), p. 403 y ss., 414 y ss.; del mismo, Spendel-Festschr., 1992, p. 43, 44 y ss.; Küpper (nota 3), p. 196 y ss.; Gössel, Miyazawa-Festschr., 1995, p. 317 y ss.

66. La objeción formulada por Roxin (Allg. Teil I, § 11, n. 41, nota 85), según la cual mi crítica a la teoría de la imputación objetiva se basa en una "perspectiva finalista", no es aplicable, en todo caso, a las reflexiones precedentes. La referencia a la parte de la acción – que, por lo demás, también en Roxin es siempre separada (ver op. cit., § 11, n. 41, 46 y 56) – surge de los requisitos fundamentales del derecho delictivo y es completamente independiente de la disputa finalista. Es sabido desde antiguo que lo que interesa al derecho penal es la acción cometida (u omitida) y este reconocimiento se refleja en innumerables cuestiones jurídico penales. Por lo demás, no soy, de ninguna manera, de la opinión de que las consecuencias jurídicas se puedan derivar directamente de resultados ontológicos. Sin embargo, opino que es necesario que haya interés por la estructura de los objetos regulados (aquí los objetos de las normas) antes de comenzar con las valoraciones y también soy de la opinión de que se deje en claro qué clase de escalas de valores se defienden.

Por lo demás, no se podrá perder de vista que se trata, por cierto, de una concepción interesante desde el punto de vista teórico y que además ha sido presentada por Roxin, como también por Lenckner, de un modo científicamente extraordinario e impresionantemente cautivante. Pero su significado práctico es mínimo, toda vez que los aspectos esenciales de la dogmática de la imprudencia encontraron hace ya bastante tiempo soluciones adecuadas a la realidad de las cosas fuera de esa concepción. Los casos ejemplificativos, en parte muy abstractos, confirman su distanciamiento de la práctica. La ola de publicaciones generada por los representantes de la teoría de la imputación objetiva, con sus diversas sutilezas, no está en absoluto en consonancia con la relevancia real de esta teoría. Invita a la reflexión que Lenckner y los demás autores del Schönke/Schröder hablen, en el prólogo de la 25.ª edición recientemente aparecida, de "una época de una distancia cada vez mayor entre teoría y praxis".

Por otro lado, en: Roxin (Allg. Teil I, § 11, n. 46) se dice – como crítica convincente a la separación, defendida por Frisch (*Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 67), entre "comportamiento adecuado al tipo" e "imputación del resultado" – que "sin un resultado de muerte y su imputación (...) no hay acción de matar ni 'comportamiento adecuado al tipo' (sino, a lo sumo, una acción de tentativa de homicidio)". Además, él señala que "disvalor de acción y disvalor de resultado están unidos indisolublemente entre sí". Esto corresponde a la interpretación defendida por Welzel – *Strafrecht*, p. 62 – y por mí – *ZStW* 94 (1982), p. 239, 240 y ss. – en relación al delito doloso consumado. Acción consumada es la *realización del resultado* (dominado y abarcado por la voluntad) y, por consiguiente, el disvalor de acción del delito de resultado consumado es la *causación del resultado típico* (dominable, doloso), esto es, la causación del disvalor de resultado aquí abarcado por el disvalor de acción.

¿Es la reparación una tercera vía del derecho penal?

Julio B. J. Maier
Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

Sumário: 1. Privatización del derecho penal – 2. Oficialización del derecho reparatorio – 3. Reparación y funciones del derecho penal – 4. Decantación de la discusión y propuestas concretas.

1. Privatización del derecho penal

Algunos vaticinan para un futuro algo lejano una *privatización* del derecho penal, que ya ha comenzado;[1] la *reparación* toma allí el lugar de la pena y desplaza no sólo a esa reacción sino, en general, a la aplicación del derecho penal; la *composición* privada del conflicto, en cambio, toma el lugar del procedimiento penal. Impresionan vigorosamente las ideas del Prof. Maihofer. Según el informe proporcionado por el Prof. Weigend, aquél se preguntaba: "(...) cómo se llega a vivir hoy un renacimiento de algunos elementos del procedimiento de partes y, también, de la idea de reparación. Él señala el hecho de que ya en el sistema composicional antiguo se había desarrollado una forma mixta entre pena y resarcimiento jurídico-civil del daño, que es designada hoy, a menudo, como previa

1. Cf.: ESER, Albin. "Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren". *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymann, 1989. p. 747. Yo también soy de la idea de que, dentro de ciertos límites – sobre todo si el tiempo no se cuenta en parámetros relativos a nuestra existencia personal, si no, antes bien, por épocas históricas – ello ocurrirá en algún momento con el cambio de las formas de asociación del ser humano. En contra: RIEß, Peter. "Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren". Gutachten C. zum 55. *Deutschen Juristentag*. München: C.H. Beck, 1989. p. 46 (número marginal 60), entre otros.

al derecho penal. En verdad, empero, se había llevado a cabo en ese sistema originario de derecho penal libre, hoy redescubierto, una reintegración del autor, mientras que la mediatización del conflicto individual y grupal por intermedio de la paz de Dios o estatal condujo, como se conoce, a la formación de un derecho penal servil a la autoridad, contra los súbditos. En un derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria, y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente. El movimiento de espiral del desarrollo histórico remite así hoy a la situación que dominaba antes de la mediatización de los conflictos sociales: donde viven sujetos de derecho en una forma asociativa democrática, donde el sentido de la pena es la reinserción en la sociedad, allí el ofendido, como afectado en sentido propio, será promovido a una figura central del procedimiento penal".[2]

Por supuesto, las propuestas reales en este sentido, de un derecho penal "privatizado", son escasas, en primer lugar, y además, en segundo lugar, de extensión muy diferente. Sólo unos pocos se refieren a la privatización del conflicto social base del caso penal como una solución integral, precisamente los *abolicionistas*, que pretenden desplazar totalmente al derecho penal como forma de solución de los conflictos sociales y, por lo tanto, no confunden reparación con reacción penal,

2. Cf.: WEIGEND, Thomas. "Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1981 in Bielefeld)". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1981. n. 93, p. 1.283 y ss., quien da a conocer la opinión general del Prof. Maihofer. Acerca del sistema de la *composición*: SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (reimpresión de la 3. edición). Göttingen (R.F.A.): Vandenhoeck & Ruprecht, 1983. p. 21 y ss., §§ 3-32; HENKEL, Heinrich. *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart-Köln: W. Kohlhammer, 1953. p. 10 y ss., § 3; síntesis en: MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 1999. p. 264 y ss., I, § 5, B.

La idea desarrollada en el texto no es hoy una originalidad del autor sobre el cual se informa o de cierta parte de la doctrina alemana: recuérdese la fuerza extraordinaria del movimiento hacia la víctima del sistema penal en el derecho americano del norte (parcialmente: en el derecho anglosajón), con todas sus derivaciones e implicaciones, hasta el punto de exigir enmiendas constitucionales para consagrar los denominados derechos de las víctimas de delitos, en: STARK, James; GOLDSTEIN, Howard W. *The rights of crime victims*. Toronto-New York-London-Sydney-Auckland: Bentam Books, 1985. En especial sobre el derecho a ser protagonista principal del procedimiento penal, a *participar en el sistema judicial en materia penal*, Cap. II, p. 19 y ss.

sino que, antes bien, cuidan de expresar con aquélla algo materialmente distinto a la pena como sanción estatal.[3] Otros, menos radicales en sus soluciones, más pendientes de nuestro tiempo y de lo posible culturalmente (o políticamente), colocan cierta clase de delitos o ciertas penas fuera de acción cuando se logra la composición entre autor y víctima y sobreviene la reparación. La propuesta, desde el punto de vista teorético, es idéntica a la anterior, aunque reducida en su ámbito de aplicación: la *despenalización* de ciertos comportamientos.[4] Esta última propuesta también se desarrolla para evitar el ingreso en funciones, la aplicación, del derecho penal. Ambas propuestas tienen en común que logran invertir el modelo: en lugar de que la pena, preferida a la reparación, torne a esta última imposible por su ejecución, colocan a la reparación *delante* de la pena, precisamente para evitarla.

Las protestas contra ese modo de proceder no son difíciles de imaginar. Todas tocan puntos neurálgicos del origen de la pena y del derecho penal (estatal). La primera advierte que la solución privada de los conflictos sociales, que son llamados delitos del derecho penal, deja un *plus* de injusto sin remediar, precisamente, aquel

3. Cf.: ROXIN, "Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke", *Wiedergutmachung und Strafrecht*, al cuidado de Heinz Schöch, München: W. Fink, 1987, p. 41, quien observa, con razón, "que la teoría de la reparación abolicionista parte del hecho de que la reparación es distinta esencialmente de la pena y no puede hallar lugar alguno en el derecho penal". Cf.: HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, J. *Sistema penal y seguridad ciudadana:* hacia una alternativa [Sistema penal]. (Trad. de *Peines perdues. Le système pénal en question*, por Sergio Politoff). Barcelona: Ariel, 1984, en especial ns. 29 y 30, p. 76 y ss., ns. 51 y ss., p. 116 y ss.; CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. 1. ed. en castellano, 1. reimpresión. (Trad. *Limits to pain*, por Mariluz de Caso. Oslo: Universitetsforlaget, 1981). vol. XI, específicamente p. 128 y ss.; ídem, "Los conflictos como pertenencia", ("Conflicts as property". Trad. al castellano de Alberto Bovino y Fabricio Guariglia. *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n. 1, Enero 1997), *De los derechos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 157 y ss., para quienes esa sentencia es autoevidente.

4. Roxin, op. cit., p. 43 y ss., menciona aquí dos ejemplos: el § 167 del nuevo Código Penal austriaco, en tanto, ampliando el ámbito del desistimiento de la tentativa, como causa de exclusión de la punibilidad, permite prescindir de la pena en un gran número de delitos contra la propiedad y el patrimonio, siempre que la reparación o, por lo menos, el compromiso compensatorio, se lleve a cabo antes de que la autoridad conozca el delito; la propuesta alternativa sobre una ley sobre el hurto en tiendas, en la República Federal de Alemania, permitía, bajo ciertas condiciones, prescindir de la pena y de la persecución por el pago de una reparación (enmienda a la víctima) elevada (el doble del precio comercial de la cosa).

que determinó su ingreso específico al campo del derecho penal y de la persecución pública, aquel *plus*, por cierto, que intentó responder no sólo al interés privado. De esta crítica se desprende, también, el escaso valor de prevención general de la solución, en tanto el autor sepa que devolviendo la cosa intacta o reparando el daño conseguirá impunidad, que no deberá pagar "sobreprecio" por el delito cometido.[5] La segunda objeción reside en el peligro de regresar al imperio de los poderosos, una de las causas justas de la irrupción del derecho penal autoritario, y disolver el derecho penal en una suerte de juego de presiones privadas, de las cuales saldrán victoriosos los más fuertes, y que "quizás pongan más en peligro la paz jurídica que el hecho mismo".[6]

2. Oficialización del derecho reparatorio

Frecuentemente, se piensa también al revés, en una "publicización" de la reparación civil, esto es, en constituir a la reparación en una pena o sanción del derecho penal, al lado de las penas ya existentes, integrando el catálogo sancionatorio del derecho penal.[7] Este camino fue el que recorrió el impulso del positivismo criminológico,[8] impulso que, en nuestro País, sólo fue frenado

5. Escuché de Sebastián Soler la anécdota – a propósito de la inflación del valor de nuestra moneda – de que un ciudadano romano, que vivió en época de inflación de su moneda, se paseaba por la Via Appia Antica insultando a las personas y entregándoles de inmediato 21 ases, la pena del delito contra el honor. Cf. la objeción en: HIRSCH. "Zur Stellung des Verletzten im Straf-und Strafverfahrensrecht". *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1989. p. 710 y ss.

6. ROXIN. Op. cit., p. 44.

7. Los autores de derecho civil han pensado así de la reparación del daño moral, a la que han considerado directamente una pena pecuniaria a favor del lesionado por el hecho (enmienda) o, cuando menos, han descubierto en ella ingredientes sancionatorios: cf., con abundante bibliografía extranjera: LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil – Obligaciones [Tratado]*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978. ns. 255 y ss., p. 329 y ss., t. I, Cap. X. También los procesalistas civiles postulan, casi al unísono, una recreación autoritaria del derecho procesal civil, en desmedro del principio dispositivo (autonomía de la voluntad), movimiento con algunas características similares; cf. en la literatura argentina: PALACIO, Lino E. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 115 y ss., t. I.

8. La obra clásica sobre esta tendencia particular pertenece a: GARÓFALO, R. *Indemnización a las víctimas de delito*. Madrid: La España Moderna, 1929. p. 60 y ss.; pero también: FERRI, Enrico.

por quienes pusieron de relieve la independencia básica de las acciones penal y civil, conforme al CC, art. 1.096 y concordantes.[9]

Precisamente, contra esta independencia chocan quienes se proponen una reforma de tal magnitud como la expresada. Y la oposición es grande, conceptual, pues proviene de uno de los fundamentos del orden jurídico actual, en nuestra organización social, base para la existencia del derecho privado patrimonial: el derecho de propiedad (privada) y sus reflejos, el reino de la autonomía de la voluntad y del principio dispositivo. En la práctica, esta razón es la que hizo fracasar los impulsos positivistas en nuestro País: la imposibilidad de obligar a la víctima a aceptar las acciones reparatorias del autor, más simplemente, a tomar dinero del autor, y, más allá de ello, la necesidad de que la víctima exprese su voluntad en el sentido de pretender la reparación. Según se observa, una solución como la propuesta acerca de otra manera los extremos, derecho penal y derecho privado. Ella representa, al menos para el ámbito del derecho reparatorio proveniente de un delito penal, justamente el punto extremo inverso al examinado anteriormente. Los penalistas no deberían insistir, a mi juicio, en estos caminos, conociendo, como conocen, los peligros del derecho autoritario.

Se ha observado que para convertir a la reparación en una pena sería preciso concederle el carácter de una intervención coactiva estatal y ello privaría a la reparación, en el ámbito del derecho penal, de su característica principal y de su ventaja fundamental frente a la pena: la composición entre autor y víctima, voluntaria en principio.[10] Éste es, sin embargo, un argumento político de efecto,

Sociología criminal. Madrid: Centro Editor de Góngora, s.f., p. 199, t. 2, y n. 88, vol. II, p. 275 y ss., pensó que la pena integral comprendía la reparación de los daños y, por ende, debía ser perseguida oficialmente, sin considerar la voluntad de la víctima real.

9. Cf.: NÚÑEZ, Ricardo C. *La acción civil en el proceso penal*. Córdoba: Córdoba, 1982. p. 25 y ss., primera parte, Tít. I, 3; p. 23 y ss., Tít. II, Cap. I, y p. 34 y ss., Cap. II; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Acción resarcitoria*. Córdoba: Edición del autor, 1965. p. 7 y ss., Cap. I; CREUS, Carlos. *La acción resarcitoria en el proceso penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1985. Introducción, ns. 6 y 7, p. 29 y ss., Cap. 7 y ns. 9 y 10, p. 211 y ss.

10. ROXIN. Op. cit., p. 45.

pues la reparación, supuesto el reclamo de la víctima o del portador del derecho reparatorio, se convierte en coacción estatal cuando se agotan los caminos del acuerdo. El problema, a mi juicio, sigue consistiendo en aumentar el poder del Estado mediante la supresión de la condición para la actuación de la coerción estatal, que representa la voluntad de la víctima. Con ello, con la "publicización" de la pretensión resarcitoria – si aún le conviene ese nombre (mejor: estatalización) –, se trae a juego otro mecanismo de control social directo del que antes el Estado no disponía.[11] El derecho autoritario crece. Sin embargo, el problema es siempre el mismo: consiste en la pregunta acerca de si estamos dispuestos a superar la división trazada entre el derecho privado y el derecho penal, una vez que este último apareció en escena como reglamentación pura del poder estatal.

Se trata, en cambio, de un aumento aparente, opositor a la "publicización" de la reparación, aquel que hace hincapié en la necesidad de aplicación de principios penales al resarcimiento del daño, tales como el *nulla poena sine lege praevia*, el *ne bis in idem* y el *in dubio pro reo*, si se la incluye en el catálogo de penas; con ello no se auxiliaría a la víctima, sino que, antes bien, se la perjudicaría, consecuencia directa de la dificultad para la aplicación de ciertas reglas que suponen tales principios de garantía.[12] En verdad, con prescindencia del resultado del procedimiento penal, el derecho civil conoce reglas reparatorias del daño que funcionan "objetivamente", en el sentido de que su principio fundante no es el reproche del comportamiento injusto, sino, antes bien, el enriquecimiento de un patrimonio a costa de otro, sin

11. En España, por ejemplo: la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEC), art. 108, establece para el ministerio público la obligación de entablar contra el imputado la acción civil conjuntamente con la penal, aun con prescindencia de la voluntad del ofendido, y se estima que, con ello, se brinda satisfacción procesal a la condición que impone, correctamente, la ley penal material (CP, art. 20, último párrafo). Ver también LEC, art. 110, II, que insiste en la decisión de oficio sobre la reparación, esto es, sin considerar el interés *expresado* del ofendido. No parece que esta solución conjunta del sistema represente "un gran avance" (AA.VV. *Código penal, comentarios y jurisprudencia*, n. 20, p. 61), sobre todo porque "Ejercitada la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal (...)" (LEC, art. 112).

12. Cf.: ROXIN. Op. cit., p. 44; reproche de Hirsch, op. cit., p. 721.

causa legítima que lo autorice. Así se funda, por ejemplo, la necesidad de reparar de quien, en un estado de necesidad justificante (CP argentino, artículo 34, inc. 3), daña la cosa de otro para evitar una lesión mayor, referente a un bien jurídico del que es portador.[13] Las reglas del derecho privado permitirían, como lo permiten hoy, reparar sin ilícito y sin culpabilidad.[14] Si ellas no son derogadas, el ofendido podrá acudir a ellas para lograr aquello que la enmienda, esto es, la pena de reparación a su favor, no logró. Y no se diga que existe *bis in idem*, porque el ofendido no puso de manifiesto su pretensión resarcitoria, fundada en el daño sufrido, no demandó, según las reglas del derecho privado lo autorizan, y, por ello, nadie decidió sobre esa pretensión legítima; y si lo hizo, esto es, si demandó, por ejemplo, en el procedimiento penal, según lo permiten las reglas del proceso penal argentino (acción civil de procedencia francesa), entonces es correcta la aplicación de la fuerza de clausura de la *cosa juzgada*.

El problema es siempre el mismo, aunque la solución sea inversa: en el derecho actual son perfectamente diferenciables pena estatal, como herramienta de control social directo del ciudadano por parte del Estado, y reparación, como respuesta a un conflicto privado de intereses que el Estado sólo asume para solucionarlo, en la medida en la cual los particulares requieren su intervención. En qué medida es posible acercar pena y reparación, mediante el ingreso de ingredientes privados en la pena o de elementos públicos en la reparación, y si

13. Quien con mi abrigo apaga el incendio de su casa, o aquel "a cuyo favor" se apaga el incendio, a pesar de no haber intervenido en la acción de salvamento, responde por la restitución del abrigo dañado o por la reparación del abrigo.

14. Siempre tuve la sospecha de que la compensación de daños, incluso la proveniente de un delito, penal o meramente civil, se vinculaba con una *regla distributiva*, tal como la teoría del enriquecimiento sin causa legítima, y no con el reproche al autor de un comportamiento antijurídico sobre la lesión de un bien jurídico. Otro ejemplo se puede hallar en el derecho público: el Estado responde por los daños que ocasione en el ejercicio de su actividad legítima (cf., esquemáticamente: CASSAGNE, Juan Carlos. *En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: El Derecho, 1982. p. 937 y ss., t. 99, en especial, p. 940 y ss.; ídem, *Derecho administrativo*, (2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 269 y ss., t. I, Tít. 2.º, Cap. III); si sólo esbozo el problema es por mi escasez de conocimientos sobre él.

alguno de estos caminos es deseable desde el punto de vista político-criminal, constituye la verdadera pregunta a responder.

3. Reparación y funciones del derecho penal

A esta última pregunta intentan responder, positivamente, quienes integran la reparación del daño a algún fin mentado por la pena estatal;[15] y también, negativamente, quienes critican esa posición.

La concepción moderada de integración de la reparación al cumplimiento de las funciones del derecho penal deja intactos los fines propuestos, en general, para la pena. No se trata, en principio, de que la reparación describa otra función o tarea propuesta para el derecho penal, sino de que ella sirva como instrumento aprovechable para cumplir los fines preventivos que se adjudica al derecho penal. Desde el punto de vista *preventivo-general*, el acento no está puesto sobre el efecto disuasorio (intimidatorio) de la pena, sino sobre la posibilidad de que la reparación libere, total o parcialmente, la necesidad de la pena, en aquellos casos en los cuales la conducta posterior del autor, dirigida a reparar el daño producido, satisface aquel *plus* de afectación de la generalidad, que todo delito contiene, según su concepción cultural actual. La solución reparatoria anida, precisamente, en el concepto de *integración-prevención*, como fin de satisfacción de la conciencia jurídica general, ante la quiebra del orden jurídico, que cumple la sanción – y que, en esos casos, debe cumplir la reparación –, concepto que viene así a completar los demás efectos que se espera de la *prevención general positiva*, como fin de la pena y función del

15. Para un estudio exhaustivo, cf. la investigación del Max Planck, Institut für internationales und ausländisches Strafrecht, Eser/Kaiser/Madlener, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i. Br. (R.F.A.), 1990; en comparación con el derecho sudamericano: CARRANZA, Elena del Valle. *Alternativen zur Freiheits-und Geldstrafe unter besonderer Berücksichtigung der Wiedergutmachung – ein Rechtsvergleich mit Südamerika und Vorschläge zum Ausbau des südamerikanischen Sanktionensystems*. Aachen (R.F.A.): Schaker, 1996; sintéticamente: ROXIN, Claus, op. cit., p. 45 y ss., vol. XIII y ss., cuya idea será tratada en el texto; más detalles bibliográficos en la República Federal de Alemania, en ese artículo y en el libro donde aparece la publicación inmediatamente antes citada.

derecho penal: estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de los valores establecidos por él y la ratificación de la confianza en su vigencia práctica.

No es posible aquí extender la explicación sobre los fines de la pena. En concreto, la reparación – antes bien, la voluntad del autor de reparar y su cumplimiento, en la medida de lo posible – reemplazaría a la pena o la aminoraría, cuando fuera suficiente para satisfacer la reacción del sentimiento jurídico general frente al delito y para dar por terminado el conflicto entre el autor y la generalidad, por la quiebra del orden jurídico.

Empero, quienes piensan así presuponen que la punibilidad abstracta del caso general no significa, directamente, obligación de castigar en el caso particular y, además, como producto de ello, que allí donde se pueda reemplazar en concreto a la pena, total o parcialmente, por una solución más benigna para el autor, sin significado penal, culturalmente, el carácter subsidiario del derecho penal exige esta última solución.[16]

No es de extrañar que bajo este punto de vista se pueda incluir el trabajo de provecho para la comunidad como una prestación del mismo tipo (reparatoria) para la solución de delitos que, sobre todo, afectan bienes jurídicos colectivos.

Desde el punto de vista *preventivo especial*, la reparación se valora positivamente como el mejor esfuerzo del autor por reconocer su injusto y reinsertarse en la comunidad jurídica, a más de superar los peligros del tratamiento, pues es limitada por definición, no consiste en la internalización de un modelo y en su sumisión a él, ni presenta las desventajas de toda privación de libertad (etiquetamiento y deterioro social). Se destaca en especial que, para que juegue ese papel, la reparación se debe alejar de su realización coactiva, en la mayor medida posible, pues a mayor espontaneidad, mayor valor preventivo especial.

16. ROXIN. Op. cit., p. 50.

La comprensión teórica del ingreso de la reparación a los fines tradicionales de la pena no es fácilmente criticable, por la misma razón por la cual esa comprensión teórica aparece, por momentos, como pura especulación, a pesar de que, en el caso, parece estar avalada por ciertos estudios empíricos.[17] Es fácil deducir que la crítica sólo puede tener carácter especulativo. Aquella que cree hallar oculto un regreso a la idea retributiva de la pena[18] es tan injusta o tan justa, tan correcta o tan incorrecta, como la afirmación de que, tras los fines utilitarios atribuidos a la pena, se esconde la retribución o, peor aún, la mera justificación de la utilización coactiva del poder político.[19] De la misma manera, la crítica principal, que rechaza también la idea de que la retribución pueda integrar los fines de la pena, me parece a mí fundada en una afirmación absolutamente dogmática,[20] tan cierta, o incierta, tan justa o injusta, como la opinión criticada: a propósito de que "el derecho penal, como ámbito parcial del orden jurídico, se ocupa de las pretensiones penales del Estado y de las penas y medidas vinculadas a ellas",[21] satisfacer a la víctima no es función del derecho penal, sino del derecho privado. Si de programas políticos se trata, la reparación no puede integrar los fines de la reacción estatal directa con motivo de un delito... hasta que se integre a ellos, no puede ser función del derecho penal... hasta que lo sea, hasta que una de sus tareas, y no la menos importante, sea auxiliar a la víctima: procurar que el mundo alcance aquel Estado que debió tener sin la infracción, esto es, regresarlo, en lo posible, al Estado que tenía antes de cometido el delito o procurar que arribe a otro Estado, según los deseos del orden jurídico. Si esta proposición política es racional, la pregunta sigue siendo la misma: ¿en qué medida y cómo puede el derecho penal, con sus medios y formas de proceder, cumplir esa función, arribar a esta meta?

17. ROXIN. Op. cit., p. 49, vol. XII.

18. HIRSCH. Op. cit., p. 709 y ss.

19. Cf.: BARATTA, Alessandro. "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal". *Poder y control*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1986. p. 77 y ss.

20. Weigend, op. cit., p. 1283, informa acerca de la misma opinión de Albin Eser.

21. HIRSCH. Op. cit., p. 709 y ss.

4. Decantación de la discusión y propuestas concretas

I – Me parece evidente que no hemos llegado tan lejos en nuestra forma de asociación política actual como para aspirar a una disolución del derecho penal en modos de administración de justicia privados, que dependan, fundamentalmente, de la autonomía de la voluntad de las personas asociadas y que no dependan del poder político central que gobierna la asociación. Al menos por un tiempo, que supera nuestro tiempo existencial y que alcanzará dimensiones históricas imprevisibles para un ser humano, conviviremos con el derecho penal y con sus formas de expresión. El presupuesto para que existan cambios visibles históricamente consiste en una nueva forma de organización social, posiblemente una forma que coloque el ejercicio del poder político próximo a los ciudadanos que lo crean y conforman, participativa y más igualitaria en la distribución del poder que la actual.

Es probable que, hasta que ello suceda, tengan cierta razón quienes, para oponerse a la reparación o a la composición privada, como forma de encarar el conflicto, observan que ella conducirá al triunfo de los poderosos, de los más fuertes. En efecto, la disolución del conflicto social en uno que sólo pone en juego intereses privados, contrapuestos directamente, terminará por arrojar su solución al juego de las presiones y sutiles coacciones sociales, de manera que los fuertes y más poderosos triunfarán sobre los débiles, o aquellos que, sencillamente, tienen menos poder. Ello no debería asombrar, pues así funciona, en general, nuestra administración de justicia en derecho privado actualmente, a la cual no acceden los más débiles y en la cual, probablemente, tampoco triunfan ellos en gran medida.[22]

Empero, a decir verdad, el derecho penal (estatal), cualquiera que hayan sido o que sean sus motivos legitimantes, ha mostrado la misma tendencia,

22. Cf.: BERIZONCE, Roberto O. *Efectivo acceso a la justicia*. La Plata: Platense, 1987. p. 5 y ss., Cap. I, en especial n. 5; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. *El acceso a la justicia*. La Plata: Colegio de Abogados de La Plata, 1983. p. 39 y ss.

precisamente por su aplicación, con preferencia, a los más débiles,[23] y hasta se ha caracterizado, en gran medida, por marginar a los ya marginados; se trata, y no casualmente, de la contrapartida de aquello que sucede en el derecho privado: quienes en él no acceden a la administración de justicia, son "accedidos" a la justicia criminal coactivamente, por voluntad del mismo Estado que imparte justicia.

Ahora se puede observar cómo el movimiento a favor de la víctima no representa siempre aquello que, quienes se oponen a su ingreso en el derecho penal, predican de él: una reacción contra una década de política criminal dirigida unilateralmente hacia el autor, mejor dicho, a favorecer al autor.[24] Ese movimiento y las reformas que pretende pueden enmarcarse también, precisamente, dentro del mismo ritmo político-criminal que procura humanizar el derecho penal para el autor y transformarlo en un instrumento humano de solución de conflictos sociales, evitando su comparación absoluta con el ejercicio liso y llano del poder estatal y, menos aún, con quienes, en definitiva, detentan el poder político.[25] Basta observar

23. Cf.: SACK, Fritz. "Selektion und Kriminalität". *Kriminologisches Journal*, 1971, p. 397; detalles, con bibliografía, en: KAISER, Günther. *Kriminologie* (2. ed.). Heidelberg: C. F. Müller, 1988. p. 341 y ss., § 41, 5.

24. HIRSCH. Op. cit., p. 699 y ss. En contra, en el sentido de este texto: JUNG. "Die Stellung des Verletzten im Strafprozess". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin-New York: W. de Gruyter, 1981. p. 1.176, n. 93. En el mismo sentido, el resumen de las palabras de: WEIGEND. "Viktimologische und kriminalpolitische Überlegung zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin-New York: W. de Gruyter, 1984. p. 768: "La víctima debe agradecer, y no en último término, su (re)descubrimiento al esfuerzo por la exorcización del criminal".

25. Me parecen casi onomatopéyicas las palabras de: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung* (reimpresión de la 4. ed., Leipzig, 1922). Aalen: Ed. Scientia, 1965. p. 288, t. I, § 41. Para defender la separación estricta entre pena y resarcimiento del daño: "la pena provoca una herida, el resarcimiento del daño cura otra, en lo posible, sin causar una segunda" (traducción propia). Conviene la lectura de todo el parágrafo para advertir las diferencias entre pena y reparación, utilizada esta última como sinónimo de consecuencia civil del injusto en el sistema jurídico actual.

Existen contramovimientos y ellos tampoco se dirigen exactamente al núcleo de la cuestión ni cristalizan en él, sino en instrumentos auxiliares: me refiero, por ejemplo, al reclamo de seguridad para los bienes jurídicos, fundamentalmente referido a ciertos delitos contra la propiedad, que cristaliza de una manera absurda, paranoica y apocalíptica, en el aumento casi sin límites de la reacción estatal, y de una manera más inteligente para alcanzar el fin propuesto, en la creación de

las soluciones propuestas que siempre colocan a la reparación en lugar de la pena o como determinante de su abreviación (*diversión*), para arribar a esa conclusión.

Por el momento, si se mantiene la concepción de la pena estatal y del derecho penal como forma de control social directo, la reparación sólo puede aspirar a un lugar secundario dentro del sistema.[26] Secundario, pero no por ello menos necesario y cada vez más importante.

II – No hay espacio, en cambio, para agregar fuerza al poder penal estatal. Instituir la reparación como nueva posibilidad coactiva del Estado, sumada a la pena, por expropiación renovada de los derechos de la víctima y transformación de un interés privado en público, es inconveniente políticamente y, como ya se mostró, tiene escasas posibilidades de significado práctico.

Esto demuestra la necesidad de conservar dentro del derecho privado la respuesta coactiva a la pretensión reparatoria, expresada formalmente por la víctima o por su sustituto. Y también la de dejar para el derecho penal modos más informales de composición del conflicto, que demuestren el esfuerzo del agente, espontáneo o sugerido, pero voluntario, por reparar las consecuencias prácticas de su acción.

III – No puede parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, la restitución al *statu quo ante*. En verdad, ésta es, teóricamente, la respuesta ideal.[27] Si el derecho quiere conservar el estado del

policías particulares, que procuran seguridad para los más fuertes, quienes terminarán utilizando el derecho penal en su provecho.

Creo ver en el derecho privado, como espectador, movimientos similares: por un lado, la pretensión de que los menos favorecidos accedan al servicio de justicia estatal; por el otro, la creación de servicios de justicia privados por parte del poder económico, para resolver los conflictos de intereses de los portadores de ese poder, especialmente de las compañías multinacionales, que por distintas razones, algunas de ellas prácticas, muy concretas y reales (falta de eficiencia, de predictibilidad, demora insoportable, carestía), no se someten a la justicia estatal, ni a sus reglas, procurándose un mejor servicio, según sus posibilidades económicas.

26. Por ello son coherentes los *abolicionistas*, que quieren destruir esa concepción, antes de imponer otras soluciones al conflicto, como la reparación (ver nota al pie n. 3).

27. Cf.: SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino* (4. ed., 8. reimpresión total). Buenos Aires: Tea, 1978. p. 2 y ss.; Ídem, "La reparación de perjuicios en el proyecto de Código Penal". *Aspectos civiles de la reforma penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963. p. 53 y ss.

mundo hoy existente y, para ello, prohíbe ciertas acciones que lo transforman y manda otras acciones para conservarlo, lo más adecuado es dejar que el agente o el omitente repare la consecuencia de su obra o de su falta de acción, colocando al mundo, nuevamente, en la posición que tendría sin su injerencia activa u omisiva ilegítima. El mismo proceso, aunque al revés, se repite cuando el derecho desea que el mundo cambie y, para ello, prohíbe una acción que evitaría ese resultado natural o manda obrar, precisamente para operar el cambio: el agente o el omitente procurará entonces, como solución ideal, colocar el mundo en la posición deseada, impedida por su acción o no lograda por su omisión, ambas antijurídicas. No todo quedará igual, porque se habrá perdido, seguramente, el tiempo, y esta variable significa demasiado para nosotros, personas existentes durante un lapso muy limitado.

Reponer las cosas al estado ideal que tenían antes del delito o colocarlas en el estado deseado que deberían tener sin el delito son, entonces, proposiciones políticas racionales, si se parte de la afirmación, por lo demás común, de que esas eran las posiciones establecidas por la legislación como valiosas, razón de ser de las normas de conducta creadas.

La *reparación*, en sentido amplio, es, así, una meta racional propuesta como tarea del derecho, incluso del derecho penal, bajo dos condiciones: que ella no perjudique, sino que coopere, con los fines propuestos para la pena estatal; y que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto. La primera es una condición puesta por el sistema penal vigente; la segunda se remonta, también, a un sistema vigente, incluso, con mayor antigüedad, pero resulta, de nuevo, políticamente racional, para no aumentar el poder del Estado. Por esa razón, las vías de ingreso de la reparación al sistema del derecho penal deben ser pensadas cuidadosamente, para que no se frustren sus objetivos principales: auxiliar realmente a la víctima o, mejor dicho, colaborar en la tarea de restitución, que se corresponde con su naturaleza, y reducir la violencia de la reacción estatal frente al delito.

IV – El ámbito natural dentro del cual la reparación puede jugar hoy un papel destacado, según el sentimiento jurídico-penal generalizado, se aparta de aquellos delitos graves que, además, ponen de relieve el ejercicio de una violencia física extrema o la amenaza de ella (homicidio, privaciones de libertad graves, violación, con ciertos escrúpulos, robos que se conectan con el ejercicio grave de la violencia física o la amenaza de ella). Son estos delitos, sin pretender mencionarlos a todos, los que, a mi juicio, conservan viva la idea retributiva del castigo, aun con integración de criterios preventivo-generales o especiales, y, por ende, mantienen también ese *plus* lesivo para la generalidad que impide considerar al esfuerzo reparatorio integral del autor como suficiente para restablecer el equilibrio jurídico que reclama un hecho punible. También el agente juega un papel negativo en la determinación del campo de acción de la reparación, pues su insistencia en la comisión de hechos punibles eleva considerablemente el sentimiento de necesidad de seguridad por parte de la comunidad jurídica y, como consecuencia, la insatisfacción de la generalidad con el esfuerzo reparatorio del agente como mejor modo de solución del conflicto. Por esta razón, el ámbito de los delitos de mediana gravedad y el de los delitos leves, y el de los autores que, al menos, no pueden ser considerados como ejerciendo una profesión delictiva (carrera criminal), es, hoy en día, el área natural de influencia de la reparación en el derecho penal. Estos marcos, y la argumentación que los sostiene, sólo pretenden fijar ciertos límites racionales a la discusión actual sobre el ingreso de la reparación al sistema penal, pues aquí sólo se trata de eso, del *ingreso de la reparación al sistema* y no de la abolición del sistema mismo. Por supuesto, esos marcos son discutibles, sobre todo particularizadamente, como ocurre, por ejemplo – hoy entre nosotros –, con los delitos contra la libertad sexual. Se trata, en fin, de no dificultar las cosas para la meta propuesta, mediante el mecanismo de establecer ciertos límites racionales para la discusión.

Si tenemos en cuenta estas limitaciones, lo primero que cabe exigir es que la pena no dificulte más de lo indispensable la compensación del daño causado, los acuerdos reparatorios y su cumplimiento. Para ello es preciso colocar a la

reparación delante de la pena, sobre todo, antes de la pena de multa, cuando, como en el derecho penal moderno, ella está extendida como posibilidad punitiva de numerosos hechos punibles.[28] La *colisión* entre pena y reparación debe ser resuelta, por regla, a favor de la reparación. Son ofrecidos, para ello, dos caminos principales, uno más moderado, el otro más agresivo para la reforma del derecho material. El primer camino consiste en facilitar la reparación en vías de cumplimiento, postergando o concediendo facilidades, en principio, para el pago de la multa, pero también para el cumplimiento de la privación de libertad o, entre nosotros, para el comienzo de la inhabilitación profesional. El segundo camino es, principalmente, un incentivo para la reparación, en tanto ella, llevada a cabo total o parcialmente, se computa para el cumplimiento de la pena. La mayor o menor incidencia de la reparación en la pena y la forma según la cual se realiza la compensación son tareas de terminación en detalle, que debe cumplir el derecho positivo, imposibles de abarcar aquí.

Este – llamado por nosotros – segundo camino para colocar la reparación antes que la pena, presupone, en verdad, una decisión política para colocar a la *reparación en lugar de la pena*, total o parcialmente. Existen varias vías para ello, que aquí sólo enunciaremos: a) reparación como instrucción de la condenación condicional, o de la remisión de la pena (suspensión condicional de la pena), incluso de las penas no privativas de libertad, que condiciona la extinción definitiva de la condena o de la pena; b) reparación como causa de exclusión de la pena (facultativa = prescindencia de pena) o de extinción de la persecución penal (facultativa = criterio de oportunidad); c) reparación como criterio favorable para la determinación de la pena o como criterio abstracto de reducción de la escala penal amenazada; d) reparación que se computa para el cumplimiento de la pena (criterio arriba anticipado); e) reparación como criterio para conceder beneficios durante la ejecución de la pena (libertad condicional); f) reparación como instrucción a cumplir durante el período de prueba de la suspensión del procedimiento, para acceder a la extinción

28. RIEß, Peter. Op. cit., p. 39 (número marginal 46).

definitiva de la persecución penal. Todas las vías de acceso al propósito político-criminal de auxiliar a la víctima y al agente, concomitantemente, a conducir ellos la composición del conflicto, son expresión del deseo de privilegiar la reparación, para que ella reemplace o reduzca la pena. También aquí la elaboración legislativa determina en detalle el alcance del propósito.[29]

Se puede observar con facilidad, que no todos los criterios expresados son manifestación de la coacción jurídica, en sentido propio, esto es, dependen, en principio, de la voluntad del agente y, en menor medida, de la voluntad de la víctima. Ellos dejan márgenes para la espontaneidad de la reparación, pero se puede aceptar que ella es sugerida, a menudo, bajo formas de coacción real (no jurídica), que colocan al agente ante el dilema de reparar, cumplir la pena o soportar la persecución penal. Tal manera de introducir la reparación al sistema penal cumple con el postulado político de respetar la autonomía de la voluntad tanto del agente, como de la víctima, para que ellos, en lo posible, compongan el conflicto y, además, privilegia cierto criterio preventivo especial, derivado de la voluntariedad de la reparación como muestra de corrección del agente sobre el acatamiento de las reglas jurídicas. Para el autor ha variado el punto de vista

29. Se cita como ejemplo de solución privada y autónoma para el conflicto social en el que reside un caso penal y, por ello, también como ejemplo de reemplazo de pena por reparación, el § 167 del CP Austria, que prevé como causa de exclusión de la pena la reparación de los daños por el agente o, cuando menos, la asunción contractual de la obligación de reparar, antes de que las autoridades de la persecución penal hayan tomado conocimiento del hecho, en numerosos casos de delitos contra la propiedad. He aquí un criterio legislativo concreto que, a pesar de realizar el propósito de privilegiar la reparación, mezcla criterios valorativos diversos (la clase de delito y cierto respeto del criterio de legalidad en la persecución penal, convertido aquí en criterio temporal para la aplicación del beneficio). A favor y en contra de la regla austríaca: ROXIN. Op. cit., vol. VI, p. 43; HIRSCH. Op. cit., p. 710.

Puede verse, como ejemplo, las soluciones legislativas propuestas en el Pr. CPP Guatemala, art. 11 y ss. y Pr. Ley de Reformas Mínimas CP Guatemala, para la suspensión del procedimiento a prueba y la condena condicional: característico de esas propuestas es el impulsar la conciliación con la víctima o la reparación del daño causado, en el modo o en la medida posible para el autor, como condición para que proceda la alternativa para la persecución penal y la pena. Cf. también el CP argentino, art. 76, *bis*, y ss., y su institución de la *suspensión dej juicio a prueba*, según creo de características similares, en la práctica judicial, al § 153a de la OPP de la República Federal de Alemania, aunque de superior definición linguística.

del derecho penal sobre la pena, indisponible por naturaleza y aquí disponible para él en su cumplimiento, en un margen pequeño pero apreciable para el juego de su voluntad; la víctima conserva su derecho de perseguir privadamente, si no acepta la composición privada.

V – Es importante, también, el concepto de reparación. Él demanda debates monográficos.[30] Empero, en lo que aquí nos interesa, basta indicar el concepto básico y sus derivados. Reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, y colocar para ello al mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o al prohibir la realización de otra. Esta reparación *ideal* (restitución al *status quo ante*; reparación *in natura*) es, en ocasiones, imposible (por ejemplo: la vida no se puede reponer). Por ello, en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por *resarcimiento económico del daño (indemnización)*. Existen, sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto originario. A la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original,[31] tal como pueden hallar solución conflictos del derecho privado respecto de los deberes impuestos por la relación jurídica. Importante es el acuerdo compensatorio y la inteligencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés dañado.

Pero aún es posible pensar en el interés social dañado por ciertos delitos, aquellos que lesionan bienes jurídicos colectivos o universales, y en su reparación

30. Cf. como ejemplo, entre nosotros, en la literatura jurídica argentina: ORGAZ, Alfredo; SOLER, Sebastián. *Aspectos civiles de la reforma penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 19 y ss., p. 47 y ss., y p. 103 y ss.

31. El jardinero que, para compensar el daño sufrido por la víctima en su integridad física, cuida su jardín durante un tiempo. De la misma manera, deudor y acreedor de un mutuo pueden convenir en que el primero, que no puede devolver la cosa objeto del contrato, lleve a cabo un servicio temporal para el acreedor, para solucionar el conflicto emanado del incumplimiento del mutuo.

por medio de una acción que procure la restitución al estado deseado,[32] de una suma de dinero con el mismo destino o de otra acción que mejore otros establecimientos de bien común, como el trabajo en interés de la comunidad.

VI – A modo de conclusión final:

No es tan interesante afirmar o conocer si la reparación se puede constituir en una tercera vía del derecho penal. Basta sostener que ella resulta una alternativa racional para la solución de conflictos sociales y que puede rendir frutos tanto en el derecho penal como en el derecho procesal penal. Entre esos frutos, ella se cuenta como alternativa de reemplazo de la reacción penal estatal, esto es, ya no como tercera vía, sino, antes bien, como "cambio de vía", para sustituir la pena o resolver el conflicto con ahorro de esfuerzo estatal en la persecución penal. Si así no funciona en el caso concreto, la reparación puede, todavía, rendir frutos al medir la pena, puesto que, dentro de la pena merecida según la medida de la culpabilidad del autor, su acción voluntaria en favor de la víctima verifica una menor necesidad preventiva de la pena. Por último, también durante la ejecución de la pena resulta importante la reparación, no sólo para no dificultarla, cuando ése es el caso, sino, además, para abonarla al proceso final de individualización de la pena que se cumple durante la ejecución penal, conforme a los criterios preventivos que operan en él.

32. Piénsese en los delitos contra el medio ambiente, la "reparación" del ambiente dañado y la construcción de establecimientos especiales para su purificación y carencia de polución en el futuro.

O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais

Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Doutor em Direito
(Universidade de Coimbra-Portugal).
Professor de Direito Penal da
PUC-RS.

Sumário: 1. Considerações iniciais – 2. Meio ambiente – 3. Meio ambiente natural – 4. Bem jurídico, sujeito passivo e objeto material (ou objeto da ação) – 5. Sujeitos passivos do crime: 5.1 Teorias monistas: 5.1.1 Teoria monista-pessoal; 5.1.2 Teoria monista-não pessoal; 5.2 Teoria dualista – 6. Teorias sobre os bens jurídicos ambientais – 7. Considerações conclusivas – Bibliografia.

Resumo: Trata-se de uma análise que envolve a problemática questão dos bens jurídicos relacionados com a criminalidade ambiental, sugerindo-se uma compreensão dogmática do meio ambiente como sujeito passivo e, portanto, como titular (junto à coletividade e à humanidade) de bens jurídicos supra-individuais difusos numa perspectiva antropocêntrica-ecocêntrica ou antropocêntrica-relacional.

Palavras-chave: meio ambiente; sujeito passivo; crimes ambientais; bem jurídico.

1. Considerações iniciais

Desde a sua aparição o homem – como qualquer outro ser vivo –, por necessitar utilizar determinados recursos naturais para a sua sobrevivência, transforma a natureza influenciando e causando algum impacto nos diversos ecossistemas existentes. No entanto, a situação do meio ambiente[1] vem agravando-se progressivamente, principalmente a partir da modernidade, em que, segundo Descartes e Bacon, o homem-centro-do-universo é concebido como o "senhor e dominador da natureza". Assim, sob este programa conquistador, que impôs o progresso e domínio técnico-científico como lema nas sociedades industriais, potencializou-se enormemente a capacidade humana de degradação da natureza conduzindo aos resultados alarmantes que hoje são conhecidos e que colocam a questão ambiental em primeiro plano na pauta mundial. Desta preocupação global surge a necessidade de estabelecer uma política ambiental "responsável" e calcada no "desenvolvimento sustentável" a fim de ser criada uma consciência ecológica de preservação da natureza (e de seu aproveitamento dentro de limites toleráveis) no intuito de prevenir os riscos catastróficos que podem se converter em conseqüências nefastas para a humanidade atual e futura.

Tal política ambiental vem repercutindo no direito e mais especificamente no direito penal traduzindo-se em leis que visam punir os abusos cometidos contra o ambiente. Diante desta realidade, várias questões político-criminais e dogmáticas exsurgem do chamado *direito penal ambiental ou direito penal do meio ambiente*. Todavia, a nossa contribuição científica ocupar-se-á de um tema que consideramos de primordial importância para a adequada compreensão da denominada criminalidade ambiental. Diz respeito precisamente ao enquadramento do meio ambiente numa categoria dogmática diversa da qual em que ele vem sendo

1. Sendo considerados sinônimos, preferimos, contudo, utilizar a expressão *meio ambiente* em vez de *ambiente*, pois aquela já está consolidada na nossa língua, doutrina, jurisprudência, lei e Constituição Federal (art. 225), embora a palavra *ambiente* seja por nós entendida como a tecnicamente mais adequada.

comumente inserido. É nosso objetivo, portanto, demonstrar que o meio ambiente, ao lado da coletividade e da humanidade, merece ser considerado *sujeito passivo* dos crimes ambientais e, conseqüentemente, *portador* ou *titular* (e coincidentemente objeto material) de determinados bens jurídicos ambientais ou ecológicos, mas não exatamente como bem jurídico como supõe grande parte da doutrina.

Como início da nossa argumentação torna-se necessário inicialmente definirmos o que se entende por sujeito passivo do crime no intuito de esclarecer as particularidades desta categoria e assim diferenciá-la das de bem jurídico e objeto material. Mas, antes de tudo, precisamos conceituar o principal objeto deste estudo, ou seja, o meio ambiente.

2. Meio ambiente

A doutrina tem apontado três classes ou espécies de meio ambiente: o meio ambiente *artificial*, o meio ambiente *cultural* e o meio ambiente *natural*.[2] No entanto, podemos dividir o meio ambiente mais didaticamente em apenas duas modalidades: o meio ambiente natural e o meio ambiente artificial, pois este conforma tanto o meio ambiente artificial *stricto sensu* como o meio ambiente cultural, abrangendo, portanto, aspectos materiais e imateriais que não são propriamente naturais. Não vamos nos deter contudo no meio ambiente artificial[3] porque o que nos interessa aqui é somente delinear uma nova característica que é ínsita ao meio ambiente natural, embora tenhamos consciência de que ambas as noções de meio ambiente (natural e artificial) são recíprocas e se entrecruzam.

2. COSTA JR.; MILARÉ. *Direito penal ambiental*, p. 3.

3. O meio ambiente artificial, ao incluir aspectos culturais, históricos, artísticos, urbanísticos e territoriais, engloba o espaço urbano construído (edificações, ruas, praças e áreas verdes), assim como tudo aquilo referente "à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico" (CF/1988, art. 216, I, II, III, IV e V).

3. Meio ambiente natural

Num sentido amplo, o meio ambiente natural pode ser compreendido como as "bases ou fundamentos naturais da vida humana".[4] No entanto, esta definição ainda é vaga e insatisfatória, já que não sabemos quais são estas bases ou fundamentos naturais que compõem aquele conceito. Assim, podemos mais especificá-lo tendo em vista que estas bases ou fundamentos naturais constituem-se numa entidade complexa que é formada de componentes bióticos e abióticos. Componentes bióticos são: a flora e a fauna; e componentes abióticos são: a água, o ar e a terra. Além destes componentes aludidos, integram ainda a noção "bases ou fundamentos naturais", as interações entre os componentes bióticos e abióticos, ou seja, os ecossistemas. Nesse sentido, a Associação Internacional de Direito Penal em seu XV Congresso define que o "termo ambiente engloba todos os componentes do planeta, bióticos e abióticos, e inclui o ar e todas as camadas da atmosfera, a água, a terra, incluído o solo e os recursos minerais, a flora e a fauna e todas as inter-relações ecológicas entre estes componentes".[5]

Com esta acepção de meio ambiente mencionada, a doutrina opina no sentido de que há bens jurídicos ecológicos ou ambientais, e estes podem ser representados na realidade pela proteção individualizada dos componentes ambientais (água, terra, ar, flora e fauna)[6] ou mesmo pela tutela do meio ambiente considerado como um todo.[7] Todavia, a nosso sentir, esta compreensão dogmática peca por confundir os conceitos de bem jurídico, sujeito passivo e objeto material. Senão vejamos.

4. V. KUHLEN, *ZStW* (1993), p. 697; KAREKLAS, *Die Lehre vom Rechtsgut*, p. 35; RUDOLPHI, *NStZ* (1987), p. 193; BLOY, *ZStW* (1988), p. 486.

5. *Revue Internationale de Droit Penal* 66/75, (1995). Com outras palavras, mas no fundo querendo dizer o mesmo, a Lei 6.938/1981 (art. 3.º, I) define meio ambiente como: "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

6. Sobre isso, KUHLEN, op. cit., p. 697 e nota 2; RODRIGUES, *Direito e Justiça* (1998), p. 115.

7. Assim, entre outros, A. PRADO, *Proteção penal do meio ambiente*, especialmente p. 60 et seq.

4. Bem jurídico, sujeito passivo e objeto material (ou objeto da ação)

Apesar da concordância quase total e pacífica da doutrina com o postulado de que a função do direito penal é proteger bens jurídicos (como missão legitimadora e limitadora do poder punitivo),[8] o mesmo não se pode dizer a respeito do conceito de bem jurídico em que reina grande controvérsia.[9] Sem querermos discutir e analisar os mais diversos conceitos[10] sobre esta importante categoria político-criminal e dogmática introduzida no panorama jurídico-penal por Birnbaum em 1834,[11] basta referirmos que compreendemos bem jurídico como *todo valor*[12] *considerado digno de tutela penal.*[13] Bem jurídico ou objeto jurídico do crime, portanto, é o objeto ideal que se incorpora no concreto objeto

8. Todavia, contrapondo este entendimento, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 55 et seq.; AMELUNG *Rechtsgüterschutz*, passim. Relativizando tal posição, WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 3-5.

9. PRADO, L. R. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 35-36.

10. De qualquer forma, alude-se a "interesses" (entre outros: LISZT. *ZStW* (1888). p. 134 et seq.; HASSEMER. *Kaufmann-FS*, p. 91; MAURACH; ZIPF. *Derecho penal*, p. 333; STELLA. *RIDPP* (1973). p. 14 e 36); a "interesses e bens" (entre outros: ROCCO. *L'oggetto del reato*, passim); a "situações ou estados" (entre outros: OETKER. *ZStW* (1897). p. 508; SCHÜTZE. *Die nothwendige Theilnahme*, p. 64; JÄGER. *Stragesetzgebung*, p. 13; HIRSCHBERG. *Die Schutzobjekte der Verbrechen*, p. 68 et seq., especialmente p. 72; GERLAND. *GS* (1901). p. 98; WELZEL. Op. cit., p. 5); a "fins normativos" (HONIG. *Die Einwilligung*, p. 30, 98; SCHWINGE; ZIMMERL. *Wesensschau*, p. 76; GRÜNHUT. *Frank-FG*, p. 8; SCHWINGE. *Teleologische Begriffsbildund*, p. 25); a "circunstâncias fáticas ou finalidades" (ROXIN. *Strafrecht*, p. 15); a "unidades funcionais sociais" (RUDOLPHI. *Honig-FS*, p. 163; OTTO. *Grundkurs*, p. 7); a "valores" (JESCHECK; WEIGEND. *Lehrbuch*, p. 257; WESSELS; BEULKE. *Strafrecht*, p. 2); a "objetos" (MARX. *Zur Definition*, p. 62); a "exigências de respeito" (SCHMIDHÄUSER. *Strafrecht*, p. 37).

11. *Archiv des Criminalrechts*, p. 149 et seq.

12. Também adotando esta terminologia (alguns com variações complementares não substanciais), entre outros: JESCHECK; WEIGEND. Op. cit., p. 257; WESSELS; BEULKE. Op. cit., p. 2; BLOY. Op. cit., p. 490; BRUNO. *Direito penal*, p. 31; TOLEDO. *Princípios básicos de direito penal*, p. 16; BITENCOURT. *Teoria geral do delito*, p. 87.

13. Podemos considerar ampla esta definição de bem jurídico-penal. Num sentido mais estrito, bem jurídico-penal consiste em *todo valor digno e necessitado de tutela penal.* Estabelecemos esta diferenciação porque entendemos que o critério da necessidade de tutela penal significa uma técnica legislativa que se incorpora ao conceito *stricto sensu.*

material do crime (ou objeto da ação – *Handlungsobjekte*). É a vida, no crime de homicídio; o patrimônio, no crime de furto; a integridade física, no crime de lesões corporais etc.

O bem jurídico não se confunde, pois, com o objeto material. Por conseguinte, objeto material é a coisa ou pessoa (indivíduo) sobre os quais, no plano real e causal, recai a conduta (ação ou omissão) delituosa do agente (por exemplo, o automóvel – coisa móvel – a ser subtraído, no crime de furto; o indivíduo a ser morto ou ferido, no crime de homicídio e lesões corporais, respectivamente etc.).[14] Já sujeito passivo é o titular do bem jurídico ofendido (lesado ou posto em perigo de lesão) pelo crime ou, como prefere Fragoso, "é o titular do bem jurídico tutelado com a incriminação de determinado fato".[15] Em alguns casos, porém, o objeto material e o sujeito passivo podem coincidir, embora as suas noções conceituais continuem distintas. No caso do crime de homicídio, por exemplo, o bem jurídico tutelado é a vida humana; o seu objeto material é o indivíduo que vem a falecer, e o seu sujeito passivo também é o indivíduo. O mesmo ocorre no crime de lesões corporais; o indivíduo que sofre ofensa à sua integridade física ou psíquica é, ao mesmo tempo, sujeito passivo e objeto material do crime. Por outro lado, há crimes sem objeto material como os crimes contra a honra (Código Penal, Capítulo V), em que a ofensa ao bem jurídico *honra* não pode ser percebida no mundo exterior, isto é, no mundo do *ser*, devido ao fato de inexistir o objeto material.

14. É relevante ainda distinguir objeto material de corpo de delito. Segundo Fragoso, "o conceito de objeto material é distinto do de corpo de delito, embora possam parcialmente coincidir". Para este autor, "a conceituação do corpo de delito pertence ao direito processual, significando 'o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso'". Aduz ainda Fragoso que "o corpo de delito é constituído por todos os elementos materiais da conduta incriminada, inclusive meios ou instrumentos de que se sirva o criminoso". Exemplifica o autor que "uma peça do vestuário da vítima de um homicídio, contendo vestígio da agressão, integra o corpo de delito, mas não é objeto material deste crime". (FRAGOSO. *Lições de direito penal*, p. 268).

15. Idem, ibidem, p. 271.

5. Sujeitos passivos do crime

Devidamente definido o conceito de meio ambiente, assim como diferenciadas as compreensões de sujeito passivo, bem jurídico e objeto material, vamos agora analisar quem efetivamente pode ser qualificado como sujeito passivo[16] do crime, ou seja, quais são os sujeitos que conseqüentemente podem apre-

16. A sistematização do titular ou portador do bem jurídico (sujeito passivo do delito) tem sua consagração teórica com Ihering, embora este não se reportasse propriamente a "bens jurídicos" na sua contribuição. Partindo de um positivismo sociológico-naturalista, entende Ihering que, sendo um fenômeno histórico e resultado de uma luta (derivado da idéia da seleção natural de Darwin – luta pela existência), o direito adquire uma função instrumental a serviço de fins que têm a possibilidade de ser executados por meio de um poder coativo organizado (Estado de Direito). Para Ihering, a ciência jurídica é um saber de tipo prático encaminhado a conseguir certos fins sociais apreciados segundo o sistema de necessidades sociais vitais historicamente predominantes. O direito então tem elementos formais (norma e coação) e materiais (fim). Assim – aduz o autor – o direito, motivado pelo fim de cada indivíduo (individual) ou pelo fim da sociedade como um todo (social), constitui-se no "conjunto das condições de vida da sociedade (...) assegurado mediante coação externa" e ao mesmo tempo a "forma de assegurar as condições de vida da sociedade [*Lebensbedingungen der Gesellschaft*]" (IHERING. *El fin en el derecho*, p. 304 e 350). Desse modo, depreende-se que, para Ihering, o sujeito do fim por excelência é a sociedade. Todavia, e dentro deste conceito geral de sociedade, Ihering ainda distingue três sujeitos particulares do fim: o indivíduo (*persona certa*), o Estado e a sociedade em sentido estrito (*persona incerta*). Sistematização que se presta por sua vez, segundo o autor, para a classificação dos delitos e conseqüentemente dos respectivos sujeitos passivos. Assim, segundo Ihering, os delitos privados são os delitos dirigidos contra os indivíduos; os delitos políticos são os delitos cometidos contra o Estado; e os delitos sociais são aqueles cometidos contra a sociedade em sentido estrito. Ademais, os delitos privados, políticos e sociais podem ser distinguidos em três classes, conforme eles ameacem as "condições de vida" *físicas*, *econômicas* ou *ideais* dos sujeitos do fim [sujeitos passivos do delito]. Cf. Ihering, op. cit., p. 319 e 339 et seq. Esta divisão tripartida do sujeito passivo de Ihering continua muito válida até hoje tendo como única modificação apenas a substituição da categoria "sociedade" (*Gesellschaft*) em sentido estrito pelas expressões *Gemeinschaft* (utilizando esta terminologia, entre outros: WOHLERS. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 222; HASSEMER. *Theorie und Soziologie*, p. 70; HONIG. Op. cit., p. 74-75), *Gesamtheit* (utilizando esta terminologia, entre outros: BINDING. *Die Normen*, p. 358; HONIG. Op. cit., p. 115; HASSEMER. *Theorie und Soziologie*, cit., p. 70; JESCHECK; WEIGEND. Op. cit., p. 258-259) e *Allgemeinheit* (utilizando esta terminologia, entre outros: HEFENDEHL. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, p. 19; KAREKLAS. Op. cit., p. 96; BLOY. Op. cit., p. 488; KÜHLEN. Op. cit., p. 704); categorias dogmáticas que, embora apresentando alguns significados semânticos diferenciados na sua tradução estrita e literal, são compreendidas genérica e indistintamente como "coletividade" ou "comunidade" pela doutrina jurídico-penal de língua portuguesa.

Feitas estas considerações, resta agora traçarmos uma diferenciação dogmática entre os sujeitos passivos aludidos, ou seja, entre indivíduo, coletividade e Estado. Quanto ao primeiro, para Rocco,

sentar-se como portadores ou titulares de determinados bens jurídicos. No entanto, para que possamos melhor identificá-los, devemos perquirir sobre a *na-*

indivíduo é o homem considerado na sua existência individual e esta pode ser material (corpórea ou física) e imaterial (ou moral) (ROCCO. Op. cit., p. 584). Indivíduo, portanto, é o ser humano nascido com vida, juridicamente capaz ou não (incapaz). As dificuldades, todavia, se colocam com mais ênfase na distinção entre coletividade/comunidade e Estado. Neste ponto, Ihering procura diferenciar dogmaticamente os sujeitos passivos não individuais, notadamente o Estado e a sociedade em sentido estrito [coletividade], entendendo por Estado "a organização social da coação", ou seja, a "sociedade que obriga", "a sociedade como detentora da violência da coação regulada e disciplinada"; e por sociedade em sentido estrito [coletividade], uma noção que tem origem no direito romano (segundo o autor, estava relacionada com as tarefas dos censores e dos edis) e está associada à "totalidade", ao "povo", à "massa", à "soma dos indivíduos" (IHERING. Op. cit., respectivamente, p. 330, 347 e 351). Procurando avançar um pouco mais no que toca à distinção entre Estado e coletividade, mas não desprezando a contribuição de Ihering, pode-se dizer ainda que Estado é uma entidade sociopolítico-jurídica organizada para servir a sociedade humana e "uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades", quais sejam: soberania (poder soberano), povo e território (CANOTILHO. *Direito constitucional*, p. 85-86). Além disso, também integram a concepção do sujeito passivo Estado as entidades de direito público (ou pessoas jurídicas públicas), tais como os municípios, a União, as autarquias, as empresas públicas, os Estados e o Distrito Federal, pois estas nada mais são do que instituições representativas da figura do Estado e inerentes à sua estrutura, organização e funcionamento. De outra banda, coletividade significa a "identidade humana" do Estado, isto é, a pluralidade indeterminada de indivíduos (aglomeração humana) que vive e está reunida sob um mesmo governo e organização administrativa num certo território nacional e comum. Noutras palavras, coletividade é a "sociedade humana nacionalizada" (ou "sociedade humana localizada"), que por diversos fatores (étnicos, históricos, geográficos, políticos, econômicos etc.) está agrupada de forma organizada em determinada região do globo terrestre. Por fim, cabe fazer uma última ressalva quanto ao conceito de "comunidade", que é por nós e pela doutrina equiparado ao conceito de "coletividade". Ocorre que comunidade, em nossa opinião, abrange dois significados distintos: um, local (nacional); e outro, global (internacional). Daí que, para ser equivalente à coletividade, o conceito de comunidade deve estar sempre compreendido no sentido de "comunidade local" ("nacional" ou "regional") e não no de "comunidade internacional", já que este último sentido está relacionado (ou melhor, integrado) ao conceito de outro sujeito passivo, a humanidade, que veremos a seguir (cf. *infra*, nota 30).

Afora isto, cabe salientar que, posteriormente à contribuição de Ihering, foi sugerida por alguns autores a ampliação do rol de sujeitos passivos do delito (ou titulares/portadores do bem jurídico), com a inclusão da pessoa jurídica e do nascituro (assim, por todos, Visco, *Il soggetto passivo del reato*, p. 30-33). Entretanto, tal posicionamento merece uma melhor apreciação. Quanto à primeira questão (pessoa jurídica), devemos esclarecer inicialmente que a pessoa jurídica – assim como a pessoa física (indivíduo) – pode em princípio também ser considerada sujeito passivo do delito. No entanto, importa ressalvar que isso vai depender fundamentalmente da natureza da pessoa jurídica, que, como sabemos, pode ser privada ou pública. Assim, enquanto a pessoa jurídica privada (sociedades civis ou comerciais) efetivamente se qualifica como sujeito passivo de determinados crimes (exemplo, crimes patrimoniais), é o Estado, por outro lado, o sujeito passivo dos crimes cometidos contra a pessoa jurídica pública (municípios, autarquias, empresas públicas etc.),

tureza do bem jurídico. Como é sabido, o objeto jurídico pode assumir uma natureza individual ou supra-individual, dependendo de quem seja qualificado como o titular ou sujeito passivo de determinado crime. As teorias sobre a natureza dos bens jurídico-penais podem ser divididas em dois grupos: as teorias monistas e as teorias dualistas.

5.1 Teorias monistas

5.1.1 Teoria monista-pessoal

Derivam da teoria monista do bem jurídico-penal duas concepções: a monista-pessoal e a monista-não pessoal. Como pondera Hassemer, as teorias monistas, tanto as que concebem o direito penal do ponto de vista do indivíduo como as que o concebem do ponto de vista da sociedade, "determinam os titulares dos bens jurídicos através de um único princípio. Este princípio é o fim do direito, o qual é centrado na proteção do Estado ou da coletividade, bem como na proteção da pessoa individualmente considerada".[17] Vamos iniciar com a teoria monista-pessoal.

pois as instituições de direito público estão inseridas na própria noção do sujeito passivo Estado como já vimos. De outra banda, e agora analisando a situação relativa ao nascituro, divergimos quanto ao *status* classificatório que lhe é atribuído pela doutrina por entendermos que, por ainda não existir como *pessoa*, não pode o nascituro ser considerado sujeito passivo do delito como acontece com o indivíduo já nascido, que, ao contrário do nascituro e como vimos, constitui-se sujeito passivo sem maiores problemas. Ademais, muito menos será o indivíduo o sujeito passivo dos crimes cometidos contra o nascituro, ainda que se tenha em mente a idéia romana de que o mesmo é parte integrante da mãe (*portio mulieris vel viscerum*), pois o sujeito passivo nestas hipóteses, na verdade, é a coletividade, embora em algumas situações a própria humanidade possa vir a se configurar como tal. Desta forma, percebe-se que o nascituro, em vez de sujeito passivo, melhor se qualifica como objeto material do crime.

17. HASSEMER. *Theorie und Soziologie*, cit., p. 70. Para Hassemer, a diferença entre bem jurídico individual e supra-individual trata-se de uma alternativa ilusória. Além de não antitética, é complementária. Para o autor, estes dois entendimentos fundamentadores do direito não se diferenciam diametralmente. "Uma concepção supra-individual não nega que o Estado tem a seu cargo bens jurídicos no interesse de seus cidadãos ou que a coletividade se legitima apenas como procuradora de bens individuais. Assim, quando não se verifica uma concreta disposição indivi-

Assim, segundo a concepção monista-personalista, o objeto de tutela penal tem sempre como único e/ou primeiro e imediato referencial a pessoa individual (isolada e socialmente considerada[18]) e o seu livre desenvolvimento. Para a teoria monista-pessoal, teoria esta calcada no paradigma antropocêntrico e originada com o surgimento do Estado liberal clássico, os tradicionais bens jurídico-penais individuais (vida, saúde, liberdade, patrimônio etc.), supra-individuais institucionais (por exemplo, fé pública, administração da Justiça, segurança do Estado etc.)[19] e supra-individuais coletivos (por exemplo, incolumidade pública, saúde pública etc.); assim como os novos e modernos bens jurídicos supra-individuais relativos ao meio ambiente, à economia etc. – estes surgidos principalmente a partir do Estado social e democrático de direito (Estado de direito material) – têm como sujeito passivo predominante o indivíduo.[20] Esta idéia, filha

dual de bens jurídicos, como, por exemplo, nos casos de ofensa à segurança da administração da justiça, ou à ordem econômica, estes somente se justificam quando protegem interesses individuais" (HASSEMER. *Theorie und Soziologie*, cit., p. 70-71).

18. Seguindo a construção de Maihofer – que como vimos separa a pessoa em dois conceitos: o *Selbstsein* e o *Alssein* – e a teoria da "individualidade social" (*soziale Individualität*) de Kaufmann, Marx concebe a "socialidade-individualidade" como dois aspectos inseparáveis que sustentam uma concepção unitária de ser humano. Assim, toda existência humana é coexistência, pois o homem não pode existir sem sociedade, sendo a existência individual necessariamente existência social. "A auto-realização do ser humano não está em função do indivíduo isolado, mas na socialidade da pessoa. Desta concepção só pode resultar um conceito unitário do produto jurídico, isto é, ao mesmo tempo individual e social" (MARX. Op. cit., p. 80).

19. Embora o Estado liberal tenha posto acento nos bens jurídicos que giram em torno da pessoa (bens individuais), isso, de modo algum, significou o desconhecimento de bens jurídicos de diferente natureza, principalmente dos denominados bens jurídicos institucionais, públicos ou estatais, isto é, valores consubstanciados em torno do Estado como tal.

20. Com a ultrapassagem do modelo rigidamente individualista do Estado liberal dá-se passo para a concepção social e democrática do Estado de Direito, e, conseqüentemente, a uma nova concepção do direito penal. Atualiza-se, por conseguinte, a noção monista-personalista do bem jurídico. Neste contexto – afirma Figueiredo Dias – "se compreende bem a existência de duas zonas relativamente autônomas na atividade do Estado: uma que visa proteger a esfera de atuação especificamente pessoal (embora não necessariamente 'individual') do homem e que em primeira linha se conforma através dos seus direitos fundamentais; outra que visa proteger a sua esfera de atuação social e que se conforma em princípio através dos seus direitos e deveres econômicos, sociais e culturais". Para o referido autor, isto aponta no sentido de uma dupla maneira de realização do homem na comunidade; uma "*realização pessoal*" – 'como este homem' –, que acarreta para o Estado a obrigação de proteger direta-

da filosofia das luzes, está intimamente vinculada à proteção do indivíduo nas suas relações dinâmicas com o Estado. Além de querer representar a manutenção de um "*status* negativo" da pessoa (direitos de defesa) perante a tutela estatal, esta concepção monista também considera imprescindível a promoção ativa por parte do Estado destes direitos, pois a única função e justificação do Estado e do direito é servir a pessoa.[21]

Entre os autores que desenvolvem uma teoria monista-pessoal podemos destacar o próprio Hassemer.[22] Colocando os bens jurídicos supra-individuais

mente a esfera de atuação própria da pessoa, se autolimitando perante ela; por outro lado, a via da sua *realização social* – 'como membro da comunidade' –, que vincula o Estado à tarefa positiva de promover a satisfação dos interesses decorrentes dos princípios e objetivos de conformação comunitária (FIGUEIREDO DIAS. *Separata da RLJ* (1984), p. 23-28).

21. Nesse sentido, HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 68-69. Também Marx: "a função e justificação do Estado é servir a pessoa individual" (Op. cit., p. 79). Aliás, destaca Marx que isso possui importância na medida em que em todas as concepções sociais de bem jurídico há o perigo de o Estado, o ordenamento jurídico, o povo, a coletividade etc. converterem-se em algo absoluto, isto é, fins em si mesmo (Idem, p. 81-82).

22. Também adeptos desta teoria MARX, op. cit., especialmente p. 60-61; HOHMANN, *Das Rechtsgut*, passim; FIANDACA, *RIDPP* (1982), p. 72 et seq. No período pré-histórico da teoria do bem jurídico-penal podemos referir Beccaria e Feuerbach. "As leis – proclamava Beccaria – são condições sob as quais homens independentes e isolados se reúnem em sociedade. Daí que, por princípio, só o indivíduo aparecesse como destinatário e beneficiário legítimo da tutela penal" (ANDRADE. *Consentimento e acordo*, p. 38). Da mesma forma, a obra de Feuerbach que, para Cattaneo, "representa o ponto terminal da elaboração jusracionalista, aparecendo ao mesmo tempo como uma expressão paradigmática do individualismo liberal" (CATTANEO. *Illuminismo e legislazione*, p. 82. Apud ANDRADE. Op. cit., p. 44). Neste contexto, inclusive, deve compreender-se a sua definição de crime como violação de um direito subjetivo do Estado ou do cidadão. Como afirma Sina: "Para além do seu decisivo conteúdo *sistemático-funcional* de sentido liberal (...), a elevação do direito subjetivo à categoria de objeto do crime (em nome da teoria do contrato social, orientada contra a filosofia do Estado totalitário) não era, de forma alguma, privada de significado. *Nos direitos subjetivos protegiam-se esferas concretizadas de liberdade pessoal.* Definir o direito subjetivo como objeto essencial do crime era já uma expressão do pensamento liberal. O conceito de direito subjetivo tinha também, de forma *imanente-objetiva*, um conteúdo liberal" (SINA. *Die Dogmengeschichte*, p. 12. Apud ANDRADE. Op. cit., p. 49). Para Sgubbi, "a *Rechtsverletzungstheorie* garante a concretização de um princípio muito caro à burguesia: o princípio da não-ingerência do Estado na esfera privada. Concebendo o crime como violação do direito subjetivo de outrem, tal doutrina assegura a dependência da antijuridicidade penal da antijuridicidade extrapenal. O que corresponde admitir a intervenção punitiva do Estado apenas quando se verifique uma violação das regras do jogo de que os cidadãos privados se dotam" (SGUBBI. *Responsabilitá*, p. 17. Apud ANDRADE. Op. cit., p. 50).

num plano totalmente inferior aos bens jurídicos individuais, entende o autor que aqueles não possuem autonomia e menos ainda supremacia, sendo conseqüentemente sempre hierarquicamente inferiores diante dos bens jurídicos individuais. Embora reconheça a presença de bens jurídicos universais nos ordenamentos jurídicos penais atuais, para Hassemer, eles apenas legitimam-se enquanto servem aos interesses humanos necessitados de proteção penal. Hassemer funcionaliza os bens jurídicos universais em prol dos bens jurídicos individuais e se não houver um interesse da pessoa juridicamente protegido por detrás daqueles (exemplo, bens relativos ao meio ambiente, drogas, economia etc.), estes são fictícios e devem ser expurgados do sistema penal.[23] Como precisamente referem Hassemer/Muñoz Conde: "a meta de uma teoria monista-personalista é funcionalizar os interesses gerais sob o ponto de vista dos [interesses] da pessoa, deduzindo os bens sociais e estatais dos [bens] do indivíduo".[24] Portanto, o Estado e a coletividade[25] (assim como o meio ambiente) são meros titulares mediatos de bens jurídicos eminentemente "pessoais", nos quais a pessoa é sempre considerada seu titular imediato.

5.1.2 Teoria monista-não pessoal

Noutro sentido aponta a teoria monista-não pessoal, que tem sua origem com a obra de Binding. Para esta concepção os objetos de tutela têm em vista como

23. Vide HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 76-86 e 221-222; idem, *Kaufmann-FS*, cit., p. 37 et seq.; idem, *ZRP* (1992), p. 378 e 383. Aliás, neste ponto Hassemer segue a orientação de Marx (MARX. Op. cit., p. 79 et seq.). Também Nesse sentido HOHMANN, op. cit., p. 64. Hefendehl sistematiza o pensamento defendido pela concepção pessoal do bem jurídico em duas variantes: a) que os bens jurídicos supra-individuais derivam diretamente de bens jurídicos individuais, e b) que há uma "relação de hierarquia" (*Hierarchieverhältnis*) dos bens jurídicos individuais sobre os bens jurídicos supra-individuais, estando estes funcionalizados em relação àqueles (HEFENDEHL. Op. cit., p. 62-67).

24. HASSEMER; MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología*, p. 109.

25. A "titularidade" da coletividade no que é atinente ao bem jurídico, para esta teoria, pode ser entendida como pertencente aos indivíduos, embora considerados em conjunto. Um todo que todavia é divisível e concretizável em vários interesses individuais. Vide HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 70 e 72.

titulares o Estado e a coletividade como um todo indivisível.[26] Segundo Binding, "todos os bens assumem um valor social (*Sozial-Wert*). A sua lesão terá de obedecer a uma ponderação, não apenas deste ou daquele, mas de toda comunidade viva. É só por isso que eles gozam de uma tutela social (*Sozial-Schutz*). Nada, pois, mais errado do que introduzir aqui uma perspectiva individualista e pretender traçar uma linha divisória rígida entre os bens do indivíduo, por um lado, e os da sociedade e do Estado, por outro (...). O direito só considera as pessoas, coisas e objetos enquanto partes da vida da comunidade jurídica. Tudo aquilo a que adscreve um valor jurídico só o tem para o todo. O bem jurídico é sempre bem jurídico da totalidade [*Gesamtheit*], por mais individual que ele possa aparentemente ser".[27] Nesta linha também Honig: "Como resulta da estrutura do atual direito penal material e formal, o Estado só eleva à categoria de objeto da respectiva tutela as condições indispensáveis à preservação e funcionamento da vida comunitária. Ou, noutros termos, que contribuam para a manutenção e desenvolvimento da comunidade. Mesmo nas hipóteses em que a tutela jurídica aproveita, em primeira linha, ao indivíduo, não é a sua vontade que é determinante para a afirmação da carência de tutela jurídica, mas tão-só e fundamentalmente a vontade da comunidade expressa na lei penal".[28] Adotando também um posicionamento monista-não pessoal, mas todavia enfocando-o no Estado, autores como Krautwig entendem que "o legislador não quer proteger valores individuais, nem valores da cultura, senão valores do Estado". A partir deste entendimento, Krautwig define objeto de tutela como "algo passível de ofensa que o legislador elenca como um bem do

26. Incluam-se aqui também os denominados "novos" bens jurídicos universais ligados, por exemplo, ao meio ambiente, à economia etc. Acrescenta Hassemer que para esta teoria, na realidade, os titulares dos bens jurídicos historicamente são "individuais, mas considerados na sua coletividade" (HASSEMER. *Theorie und Soziologie*, cit., p. 70).

27. BINDING. Op. cit., p. 340-341, 358. Apud ANDRADE. Op. cit., p. 67-68. A perspectiva de Binding quanto a esta questão terá seguidores como Schwinge e Zimmerl (vide SCHWINGE; ZIMMERL, op. cit., p. 64).

28. HONIG. Op. cit., p. 74-75. Apud ANDRADE. Op. cit., p. 42.

Estado".[29] Assinalam estes autores, portanto, uma natureza supra-individual a todos os bens jurídico-penais.

5.2 *Teoria dualista*

Por outro lado, a teoria dualista afirma que os bens jurídico-penais possuem natureza tanto individual como supra-individual, ou seja, os objetos jurídicos de tutela penal podem ter como titulares, respectivamente, o indivíduo (individual), assim como a coletividade, o Estado, o meio ambiente, e, no âmbito do direito penal internacional, a própria humanidade (supra-individual).[30]

Desde Birnbaum suscita-se essa distinção, que contudo vem a ser aprimorada posteriormente com Liszt.[31] Todavia, deve-se principalmente a Tiedemann[32] a acentuação dessa diferenciação teórica que, conseqüentemente, resulta na

29. KRAUTWIG. *Die Objekte des Verbrechens*, p. 18-19.

30. Desde logo cabe frisar que o portador ou titular "humanidade" é compreendido como uma entidade complexa que se expressa em três noções inseparáveis: *comunidade internacional*, *espécie* homo sapiens (gênero humano) e *gerações futuras* (humanidade futura). Nesse sentido, GROS ESPIELL, *RDGH* (1995), p. 98. Todavia, especificamente sobre a comunidade internacional como titular ou portador autônomo de bens jurídicos, ROCCO, op. cit., p. 584 e 606-607.

31. Ao partir de uma metodologia diferenciada da de Binding (recorde-se que Liszt encara os bens jurídicos a partir da vida), Liszt viu-se confrontado com a heterogeneidade dos bens jurídico-penais. Como alude Costa Andrade: "em conformidade – e continuando a distanciar-se de Binding e a seguir, nesta parte, Ihering – sustenta Liszt a existência de portadores individuais, ao lado de portadores supra-individuais, entre os quais sobressai o Estado como portador por excelência dos interesses coletivos" (ANDRADE. Op. cit., p. 69.) Nas próprias palavras de Liszt: "O bem jurídico, objeto da proteção do direito, em última análise é sempre a existência humana nas suas diversas formas e manifestações. Ela é que é o bem jurídico, isto é, o centro de todos os interesses juridicamente protegidos. Mas a existência humana nos aparece como existência do homem considerado na sua *individualidade* ou como existência dos membros da comunhão na sua *coletividade*. Todos os interesses atacados pelo crime e protegidos pelo direito penal se distinguem conseqüentemente em *bens do indivíduo* e em *bens da coletividade*" (LISZT. *Tratado de direito penal allemão*, t. II, p. 1). Similar, realizando a distinção entre bens jurídicos "individuais" (*individuali*) e bens jurídicos "coletivos" (*collettivi*), mas com outra sistematização, ROCCO, op. cit., p. 559 e 584.

32. TIEDEMANN. *Tatbestandsfunktionen*, especialmente p. 111-128. Segundo Hohmann, Tiedemann "desconecta os bens jurídicos supra-individuais, colocando-os de forma autônoma e tendo os mesmos direitos em relação com os bens jurídicos individuais" (HOHMANN. Op. cit., p. 59).

desnecessidade de qualquer vinculação da titularidade dita supra-individual à titularidade de bens jurídicos individuais, podendo, por exemplo, como propõe Tiedemann, a coletividade e o Estado constituírem-se fins em si mesmos, isto é, serem titulares autônomos do "interesse na existência e funcionamento da ordem econômica",[33] portanto, independentemente de qualquer ligação com o indivíduo concreto ou de instrumentalização dos respectivos bens supra-individuais em relação aos bens individuais que possam eventualmente estar implicados. Categoricamente, Tiedemann contrapõe a esfera social e individual dos bens jurídicos.[34]

Aceitando esta perspectiva propugnada por Tiedemann, entendemos que, além de bens jurídicos estritamente individuais, existem autônomos bens

33. TIEDEMANN. *Tatbestandsfunktionen*, cit., p. 119 e 125. Sobre isto também MARX, op. cit., p. 81; HOHMANN, op. cit., p. 59; HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 76. Por serem co-titulares – titulares autônomos e concorrentes – do bem jurídico "ordem econômica", Tiedemann classifica este bem jurídico no quadro categorial de interesses [bens] supra-individuais "intermediários" ou "intermédios" (*überindividuelle Zwischeninteressen*). Aliás, para Tiedemann, no atual e complicado processo econômico adquirem cada vez maior importância inúmeros bem jurídicos intermédios entre os interesses do Estado e os interesses dos agentes econômicos individuais, assim como os dos consumidores (TIEDEMANN. *Lecciones de derecho penal económico*, p. 35. Idem, *Tatbestandsfunktionen*, cit., p. 121). A doutrina jurídico-penal alude também a esta categoria terminológica sob outras perspectivas que aqui não nos interessam. Assim – na linha da teoria monista-pessoal – um grupo de autores classifica como bens jurídicos intermédios ou bens jurídicos de referente pessoal todos os bens jurídicos supra-individuais, pois estes seriam meramente instrumentais em relação aos bens jurídico-penais de natureza individual (cf., entre outros: GRASSO. *RIDPP* (1986), p. 691 e 714-715; MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 21 e 71; SILVA DIAS. *Protecção jurídico-penal de interesses dos consumidores*, p. 29 et seq., especialmente p. 31). Sob outro enfoque, Schünemann ainda denomina bens jurídicos intermediários espiritualizados (*vergeistigte Zwischenrechtsgüter*) aqueles bens jurídicos que carecem de qualquer substrato material (SCHÜNEMANN. *JA* (1975). p. 793 e 798). Nesse sentido também WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 328.

34. Vide TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., p. 6. Também adotando esta visão dualista da teoria do bem jurídico, JESCHECK; WEIGEND, op. cit., p. 257-258: "Bem jurídico é um valor abstrato da ordem social que a comunidade tem interesse em preservar e tanto o indivíduo como a coletividade (*Gesamtheit*) podem se constituir em seus titulares"; FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, p. 173 et seq.; e HEFENDEHL, op. cit., p. 19 e 111-113, que entende que a teoria dualista está ligada a duas vertentes teóricas: a) como conseqüência de não haver relações de derivação (dos bens supra-individuais em relação aos bens individuais) na concepção do bem jurídico como postula Tiedemann; ou b) como conseqüência de uma compreensão do Estado modificada, assentada no modelo constitucional e social de Estado (Idem, ibidem, p. 74 et seq.).

jurídicos supra-individuais[35] (metaindividuais, ultra-individuais,[36] universais,[37] transindividuais, comunitários e sociais[38])[39] – sejam estes institucionais (públicos ou estatais[40]), coletivos[41] e difusos[42] (ou intermediários[43]). Isto é, os bens

35. Adotando esta terminologia, STERNBERG-LIEBEN, in: HEFENDEHL; HIRSCH; WOHLERS (Hrsg.), *Rechtsgutstheorie*, p. 72; GOMES, *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 140; SILVEIRA, *Direito penal supra-individual*, p. 56-57 e passim, este último todavia compreendendo de forma equivalente os termos "supra-individual" e "difuso" (Idem, ibidem, p. 58-59).

36. Adotando estas duas terminologias, SGUBBI, *La Questione* (1975), p. 466-467.

37. Adotando esta terminologia, entre outros, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 176; WOHLERS, op. cit., p. 221; HASSEMER, in: HEFENDEHL; HIRSCH; WOHLERS (Hrsg.), *Rechtsgutstheorie*, p. 57; JESCHECK; WEIGEND, op. cit., p. 259.

38. Referindo, entre outras, estas três terminologias, FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, cit., p. 175.

39. Preferimos adotar estas nomenclaturas em vez de designarmos os bens não individuais como "coletivos", "institucionais" e "difusos", sobretudo para evitar confusão, mas ao mesmo tempo para ensaiar uma arrumação sistemática e terminológica, pois os chamados bens coletivos, institucionais e difusos não passam de espécies do gênero supra-individual, universal, meta-individual, comunitário, social ou ultra-individual. Nesse sentido, SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos coletivos*, p. 97.

40. Adotando duas terminologias (estatais e públicos) para referir-se aos bens jurídicos do Estado, ROCCO, op. cit., p. 600.

41. Adotando esta terminologia como gênero, mas não como uma espécie do termo supra-individual no sentido proposto mais acima, Hefendehl (Op. cit., passim), que todavia ensaia uma pioneira estruturação e sistematização dos bens jurídicos coletivos. Segundo Hefendehl, a estruturação e sistematização dos bens jurídicos coletivos, assim como a sua delimitação perante os bens jurídicos individuais, estão baseadas na sua "não-deteriorativide" (*Nicht-Abnutzbarkeit*) ou "não-distributividade" (*Nicht-Distributivität*) e na função do bem jurídico para os seus titulares ou portadores. Quanto ao primeiro ponto, entende Hefendehl que "um bem é coletivo quando for impossível abstratamente, realmente ou juridicamente decompô-lo em partes e de agregar estas como cotas aos indivíduos", aduzindo o autor que por este motivo "o bem jurídico coletivo distingue-se pela sua potencialidade de ser aproveitado por cada membro da sociedade (*Gesellschaftsmitglied*)" (HEFENDEHL. Op. cit., p. 112). Por outro lado, de acordo com o critério da função do bem jurídico para os seus titulares, sistematiza Hefendehl dois grupos ou espécies de bens jurídicos coletivos: a) "bens jurídicos que produzem espaços de liberdade para os indivíduos" (*Freiheitsräume für die Individuen schaffende Rechtsgüter*) e b) "bens jurídicos para a proteção das condições gerais do Estado" (*Rechtsgüter zum Schutz staatlicher Rahmenbedingungen*). Por sua vez, esta sistematização leva ainda o autor a estruturar uma ulterior subdivisão esquemática de certos bens jurídicos coletivos que estão ligados tanto ao primeiro como ao segundo grupo referidos. Enquanto os "bens jurídicos da confiança" (*Vertrauenrechtsgüter*) e dos "contingentes sociais consumíveis" (*aufzehrbare gesellschaftliche Kontingente*) relacionam-se com os bens jurídicos que produzem espaços de liberdade para os indivíduos, os "bens jurídicos das funções do Estado" (*staatlichen Funktionsrechtsgütern*)

jurídicos supra-individuais nas suas três modalidades (institucionais, coletivos e difusos) são categorias didaticamente independentes e desconectadas dos bens jurídicos individuais. Contrariando por outro lado o que sustenta Hassemer (e conseqüentemente as teorias monistas), pensamos que a diferenciação entre essas

e os "contingentes estatais consumíveis" (*aufzehrbaren staatlichen Kontingente*) associam-se com os bens jurídicos coletivos que visam à proteção das condições gerais do Estado. Cf. HEFENDEHL, op. cit., p. 123-124 et seq.

42. Apresentando-se como valores "conflituosos" e "heterogêneos", estes bens jurídicos possuem uma titularidade não individual difusa ou ambígua como o equilíbrio ecológico, valor que possui como titular o meio ambiente e a coletividade; e determinados bens relativos aos crimes contra as relações de consumo, em que se configuram como titulares simultâneos o Estado e a coletividade. Este nosso entendimento da "difusidade" dos bens com base na ambigüidade da titularidade na forma da qual foi exposta não é todavia compartilhado na doutrina jurídico-penal em que contudo também não há consenso quanto ao significado do termo "difuso". Para alguns autores, interesses [bens] difusos são determinados interesses supra-individuais subjetiváveis, capazes de fragmentação numa pluralidade de situações subjetivas. Assim para esta corrente, o interesse difuso, diversamente do interesse privado, do interesse público e do interesse coletivo, possui uma natureza simultaneamente objetiva e subjetiva que, por um lado, designa uma pretensão que não é exclusiva de um só indivíduo, antes pertencendo de forma idêntica a um conjunto indeterminado de pessoas; e, por outro lado, conserva substantiva e processualmente um forte componente individual-fungível, que obsta à sua caracterização como interesse coletivo ou público. Desta forma, as tradicionais categorias de interesse privado, interesse público e interesse coletivo não são ajustáveis à captação da titularidade do direito à proteção de determinados bens (*v.g.*, meio ambiente e as relações de consumo) tornando-se necessário por isso agregar a novel categoria dos interesses [bens] difusos. Nesse sentido, cf. MENDES, *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, p. 101-102; SILVA DIAS, op. cit., especialmente p. 43; DI CHIARA, *RIDPP* (1991), especialmente p. 433 e 444. Outros autores como SGUBBI, op. cit., p. 440, nota 4, não diferenciam os bens supra-individuais difusos dos coletivos, dando o autor especial ênfase em seu estudo ao meio ambiente e às relações de consumo. Enfim, para alguns, os bens jurídicos difusos se constituem numa terceira categoria autônoma ao lado dos bens jurídicos individuais e supra-individuais, pois aqueles apresentariam como característica diferenciadora destes bens (individuais e supra-individuais) uma "conflitualidade social" que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade. Com este entendimento, SMANIO, *Tutela penal dos interesses difusos*, passim. Vale todavia ressaltar que todos os autores referidos convergem no sentido de afirmar que são difusos os bens relativos ao meio ambiente e às relações de consumo (direitos dos consumidores). Por último, criticamente sobre o termo "difuso", CRESTI, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, passim.

43. Adotamos aqui a teoria dos bens jurídicos supra-individuais intermédios/intermediários na acepção de Tiedemann. Bens estes que em nossa opinião, e como se pode notar, são tidos como sinônimos dos bens supra-individuais difusos por também apresentarem uma titularidade difusa ou ambígua.

classes (bens jurídicos individuais e bens jurídicos supra-individuais) não consiste apenas numa alternativa ilusória ou aparente.[44]

No exemplo paradigmático do meio ambiente não restam dúvidas de que este se constitui *co-titular* – ao lado da coletividade[45] –, por exemplo, do bem jurídico supra-individual difuso "equilíbrio ecológico"[46] ou "equilíbrio do ecossistema", cujos todos os seres vivos (humanos e não-humanos) dele depen-

44. Nem muito menos seriam os bens jurídicos supra-individuais "metáforas conceituais" como pretende PADOVANI, *Dei Delitti e Delle Pene* (1984), p. 117.

45. Sobre a coletividade como titular de bens jurídicos relacionados ao meio ambiente, BLOY, op. cit., p. 496-497; RENGIER, in: SCHULZ (Hrsg.), *Ökologie und Recht*, p. 35; KÜHL, in: NIDA-RÜMELIN; PFORDTEN (Hrsg.), *Ökologische Ethik und Rechtstheorie*, p. 262; KAREKLAS, op. cit., p. 96 e 98; HEFENDEHL, op. cit., p. 67; CONSTANTINO, *Delitos ecológicos*, passim. De outra banda, ao lado do meio ambiente e da coletividade podemos mencionar também a humanidade como titular concorrente dos bens jurídicos ambientais, pois estes têm ao mesmo tempo uma perspectiva local e global, respectivamente. Quanto à humanidade como portador ou titular de bens jurídicos ambientais vale referir os vários documentos internacionais que tratam do meio ambiente e isso mencionam expressa ou implicitamente. Vide, a propósito, *Convenção sobre diversidade biológica* (ONU, 1992), *Carta mundial da natureza* (ONU, 1982), *Convenção sobre a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural* (Unesco, 1972), *Convenção-Quadro sobre mudança do clima* (ONU, 1992). Aludindo a interesses das atuais e futuras gerações na proteção penal dos bens ambientais, ESER, *Temas de derecho penal*, p. 129-131; SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, p. 220; KUHLEN, op. cit., p. 702; SILVA SÁNCHEZ, *La Ley* (1997), p. 1.715.

46. Aliás, a Constituição da República portuguesa estabelece no art. 66, n. 1, que "todos têm o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender". Similar, a Constituição brasileira dispõe no art. 225 que: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Sustentando ser o "equilíbrio ecológico" o bem jurídico protegido nas hipóteses dos arts. 278 e 279 do CP português, DURO, *O Direito* (2001), p. 345 et seq. A doutrina também alude a outros sinônimos tais como: "equilíbrio dos sistemas naturais" (vide SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 1.716) e "equilíbrio natural" (vide TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico*, cit., p. 173). Ainda sobre este bem, *v.g.*, ESER, op. cit., p. 127. Outro bem jurídico que poderíamos trazer à colação, tendo como co-titulares o meio ambiente (neste caso, representado pelos elementos ambientais bióticos) e a coletividade/humanidade, é a "diversidade biológica" ou "biodiversidade". Sobre este "bem jurídico" *v.g.*, ESER, op. cit., p. 125-126. Confira-se também a *Convenção sobre a diversidade biológica* (ONU, 1992) que no art. 2 define *diversidade biológica* como "a variabilidade de organismos vivos de qualquer fonte, incluídos, *inter alia*, os ecossistemas terrestres e marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos dos quais formam parte; compreende a diversidade dentro de cada espécie, entre as espécies e dos ecossistemas". Especificamente sobre a problemática do "bem jurídico ambiental", desenvolvidamente, KAREKLAS, op. cit.; HOHMANN, op. cit.

dem para sua (co-)existência. Igual ocorre no caso do Estado, titular imediato dos bens jurídicos supra-individuais institucionais ou públicos (*v.g.*, administração da Justiça, fé pública,[47] Administração Pública etc.). Por conseguinte, o mesmo raciocínio também pode ser realizado com a coletividade, que se traduz em titular de bens jurídicos supra-individuais coletivos como: a saúde pública, a ordem ou paz pública etc. Por fim, isto também se aplica à humanidade, que se apresenta titular de bens supra-individuais também coletivos, tais como: a "existência de determinados grupos comunitários"[48] (nacionais, étnicos, raciais ou religiosos), nos crimes de genocídio; a paz ou ordem internacional, nos crimes de guerra;[49] e, por exemplo, a vida (individual ou coletiva), nos crimes contra a humanidade, de homicídio e extermínio.[50-51]

47. Explica Gomes que este é o bem jurídico protegido nas falsidades documentais para a doutrina italiana (majoritária) e brasileira; no entanto, segundo o autor, na Alemanha prepondera o entendimento de que o bem tutelado naqueles crimes é a "segurança e/ou a confiabilidade nas relações jurídicas (tráfego jurídico)". Cf. GOMES, op. cit., p. 147-149.

48. ROXIN. Op. cit., p. 259; VEST. *ZStW* (2001), p. 476; GIL GIL. In: AMBOS (Coord.). *La nueva justicia penal supranacional*, p. 95.

49. Sobre estes crimes, vide, DÖRMANN, in: AMBOS (Coord.), op. cit., p. 105 et seq.

50. Vide *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional* (art. 7, n. 1, a, b). Todavia, contrária a esta posição, Gil Gil, entendendo que o sujeito passivo dos crimes contra a humanidade é o indivíduo e não a humanidade, sendo aquele portador de um bem jurídico eminentemente pessoal nestes casos. Segundo a autora, "a exigência de que os crimes contra a humanidade sejam cometidos no marco de uma ação sistemática ou em grande escala não impede considerar que cada ataque individual contra um bem jurídico fundamental cometido em ditas circunstâncias constitua um crime contra a humanidade". Cf. GIL GIL, op. cit., p. 75-76. No mesmo sentido, mas de forma diferenciada, autores como Vest entendem que os bens jurídicos dos crimes contra a humanidade possuem um caráter "individual-coletivo" (*individuell-kollektiven Charakter*). Para Vest, os titulares primários dos bens jurídicos relativos aos crimes contra a humanidade na verdade não são as pessoas individualmente consideradas, mas somente o serão quando na prática do crime concorrer o "elemento" ou "critério" "quantitativo", qual seja: a exigência de que os crimes contra a humanidade sejam cometidos dentro de um contexto que indique um ataque sistematizado e generalizado. Este critério quantitativo – afirma o autor – implica uma referência a interesses coletivos da comunidade internacional, sendo imprescindível, portanto, para a própria configuração do bem jurídico envolvido com os crimes contra a humanidade. Cf. VEST, op. cit., p. 464. Não discordando completamente dos autores referidos, torna-se importante, contudo, tecermos alguns esclarecimentos. Inicialmente, entendemos que o sujeito passivo dos crimes contra a humanidade realmente se trata da humanidade. Isto não significa, todavia, afirmar que cada ataque individual (homicídio de um ser humano individual) não possa

Assim, todos estes bens jurídicos supra-individuais são tutelados *por si mesmos*, mas todavia não deixam de ter em último caso uma "relação constitutiva com o ser humano",[52] tendo em vista a sua dignidade e o seu livre desenvolvimento enquanto *ser social*[53] no seu amplo sentido (social, cultural, econômico, ecológico e comunitário), e não apenas enquanto *ser individual*, como ocorre nos bens jurídicos individuais e nos quais o *Selbstsein* claramente sobrepõe-se ao *Alssein*. "Tudo concorre, pois, na simultaneidade e na dialética constitutiva do *eu* e do *nós*, ou das dimensões constitutivamente irredutíveis da existência autônoma e da existência comunitária do homem."[54] Como afirma Ferreira da

também ser assim considerado, desde que, é óbvio, concorra o critério quantitativo. E isto é corroborado por ambos os autores. Na realidade, o que ocorre é que o(s) indivíduo(s) é(são) o *objeto material* (objeto da ação), mas não o *sujeito passivo* dos crimes em questão. Aliás, o próprio Vest ratifica esta assertiva ao afirmar explicitamente que "o objeto da ação dos crimes contra a humanidade é o homem individual" (VEST. Op. cit., p. 463). Assim, a humanidade será sempre sujeito passivo destes crimes e conseqüentemente os bens jurídicos implicados serão sempre *supra-individuais*, mas não *individuais* ou *individuais-coletivos* como querem, respectivamente, os aludidos autores, apesar de eventualmente poderem recair sobre apenas uma pessoa. Sobre estes crimes e os demais crimes contra a humanidade, *v.g.*, desenvolvidamente, BASSIOUNI, *Crimes against humanity*; GÓMEZ LÓPEZ, *Crímenes de lesa humanidad*. Ainda sobre os crimes contra a humanidade, mais precisamente quanto à sua definição, BOISSARE, *RIDP* (1947), p. 201 et seq.; HERZOG, *RIDP* (1947), p. 155 et seq.; DAUTRICOURT, *RDPC* (1947-1948), p. 47 et seq.

51. Estes crimes de natureza internacional também estão tipificados expressamente no Código Penal de alguns países como França (arts. 211-1 e 211-2) e Portugal (arts. 236 a 245). Para um comentário dos denominados "crimes contra a paz e a humanidade", previstos no Código Penal português, vide ANTUNES, in: FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário conimbricense do Código Penal*, t. II, p. 561-594.

52. MARX. Op. cit., p. 80.

53. Esta parece ser a posição de Figueiredo Dias quando afirma que um Estado de direito material guia-se por "considerações axiológicas de justiça na promoção e realização de todas as condições – sociais, culturais e econômicas – de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem" e isto corresponderá a uma concepção de homem que tem em conta quer o "livre desenvolvimento da sua personalidade enquanto tal", quer "a atuação da personalidade do homem enquanto fenômeno social" (FIGUEIREDO DIAS. *RDP* (1981), p. 39, 45).

54. NEVES. *RPCC* (1996), p. 34. Ou com apoio em Cunha Luna: "a contraposição do individual e do social, ora considerando o indivíduo como meio ou fim da sociedade, ora considerando a sociedade como meio ou fim do indivíduo, não encara, em seus devidos termos, a unidade dialética do individual e do social, esquecendo que o indivíduo está em função da sociedade tan-

Cunha: "estas duas dimensões co-essenciais ao direito penal não se deveriam considerar antagônicas mas complementares. O que está sempre em causa são os valores essenciais à vida do homem que é, por essência, um ser comunitário".[55] Na verdade, ambos os bens jurídicos, individuais e supra-individuais, têm por base e fundamento o bem-estar individual e social do ser humano, podendo afirmar que há uma "relação de prevalência ou preponderância" entre os bens jurídicos. Assim, enquanto nos bens jurídicos individuais *prepondera* o bem-estar individual (bem pessoal) sobre o bem-estar social (bem comum) do homem, nos bens jurídicos supra-individuais ocorre o inverso. Aqui o bem-estar social *prevalece* sobre o bem-estar individual.[56] Aliás, esta "relação de prevalência ou preponderância" será de fundamental relevância, sobretudo para indicar a capacidade de disponibilidade de determinado bem para fins de consentimento, pois neste caso somente os bens individuais estarão disponíveis e poderão ser passíveis de consentimento por parte do indivíduo.

Em resumo, e diante das constatações acima expendidas, a afirmação de titularidade não individual, seja do Estado, da coletividade, do meio ambiente e da humanidade, obviamente não significa descaso ou abandono da idéia de ser

to quanto a sociedade está em função do indivíduo" (CUNHA LUNA. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, p. 466). Aliás, sobre a reciprocidade (social e individual) da existência humana, já Ihering, *El fin en el derecho*, cit., p. 57 et seq. (59, 67). Mais amplamente, e fora do direito, a respeito da compreensão do indivíduo e da sociedade, ELIAS, *A sociedade dos indivíduos*.

55. FERREIRA DA CUNHA. "Constituição e crime", p. 199. Nesse sentido: FIANDACA. Op. cit., p. 66-67.

56. Figueiredo Dias, comentando a evolução do direito penal secundário, chega à conclusão que ela nada mais é do que "direta conseqüência da 'concepção de homem' subjacente à própria ordem jurídica. Enquanto se viu no homem apenas o 'indivíduo', abstrato e isolado, podia pensar-se que à ordem jurídica competisse apenas a proteção externa daquele, como tal; mas quando ao indivíduo se substitui o homem concreto e situado – o homem 'socializado' –, desaparece ou atenua-se a distinção abissal entre a pessoa e a comunidade e a ordem jurídica enriquece-se com normas e atividades que visam a defesa e a promoção de valores comunitários como tais" (FIGUEIREDO DIAS. *Separata da RLJ*, cit., p. 6, nota 4). Sobre as várias possibilidades de conformação-positivação jurídico-constitucional dos direitos sociais no seu amplo sentido, *v.g.*, CANOTILHO, *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer-Correia*, p. 464.

humano.[57] Insistimos – com apoio em Figueiredo Dias – que "sem prejuízo do axioma onto-antropológico sobre o qual repousa toda matéria penal" existem autênticos bens jurídicos supra-individuais. Isso, por outro lado, também não implica dizer que os bens jurídicos supra-individuais são hierarquicamente inferiores perante os bens jurídicos individuais e que com estes devem necessariamente estar vinculados, pois os bens jurídicos metaindividuais são independentes e possuem "o mesmo nível de exigência tutelar autônoma" que possuem os bens jurídico-penais individuais.[58]

6. Teorias sobre os bens jurídicos ambientais

Adotando a teoria dualista admite-se portanto a existência de bens jurídico-penais supra-individuais autônomos. Esta constatação por sua vez também está diretamente relacionada com a questão da eventual titularidade, co-titularidade ou mesmo não-titularidade de bens jurídicos por parte do meio ambiente nos crimes ambientais. Quanto a isso, a doutrina jurídico-penal divide-se em três correntes acerca dos bens jurídicos implicados com a criminalidade ambiental. São elas: a teoria antropocêntrica, a teoria ecocêntrica e a teoria antropocêntrica-ecocêntrica ou antropocêntrica-relacional.[59] Vamos analisar cada uma delas sucintamente.

a) Teoria antropocêntrica – Esta teoria não considera o meio ambiente um "fim em si mesmo" entendendo que a sua proteção tem em vista a tutela de bens jurídicos estritamente antropocêntricos, sejam eles individuais ou supra-indivi-

57. Assumimos, portanto, o fundamento onto-antropológico do direito, em especial do direito penal. Nas palavras de Marx: "o fim do direito é o homem: a tarefa do direito é servi-lo" (MARX. Op. cit., p. 40).

58. FIGUEIREDO DIAS. *Temas básicos da doutrina penal*, cit., p. 174-175.

59. Sobre estas teorias, *v.g.*, RENGIER, op. cit., p. 35-36; KÜHL, op. cit., p. 245 et seq.; SCHULZ, in: NIDA-RÜMELIN; PFORDTEN (Hrsg.), *Ökologische Ethik und Rechtstheorie*, p. 265 et seq.; BLOY, op. cit., especialmente p. 487 et seq.; HOHMANN, op. cit., p. 179 et seq.; KUHLEN, op. cit., p. 701-705; WOHLERS, op. cit., p. 130-139; KAREKLAS, op. cit., p. 96 et seq.

duais. Não são reconhecidos, portanto, autônomos bens jurídicos *ambientais* ou *ecológicos*, mas sim bens jurídicos *humanos*. Assim, nos crimes cometidos contra o meio ambiente são sujeitos passivos apenas o indivíduo – este titular de bens jurídicos individuais (por exemplo, vida, saúde etc.)[60] – e/ou a coletividade – esta titular de bens jurídicos supra-individuais (por exemplo, saúde pública, qualidade de vida comunitária etc.).[61]

b) Teoria ecocêntrica – Influenciada pelo pensamento da *deep ecology*[62] e recusando a visão antropocêntrica, sustenta esta teoria que o meio ambiente deve ser compreendido como um "fim em si mesmo", justificando-se a sua proteção penal independentemente de qualquer relação com o homem e com as suas necessidades, pois a *natureza*[63] possui valores próprios que merecem ser tutelados de forma autônoma pelo direito penal.[64] Esta teoria, por conseguinte, não está orientada propriamente à proteção das condições de desenvolvimento, existência e das necessidades dos seres humanos.[65] Desta forma, segundo esta ótica, pode-se dizer que o

60. Defensores desta posição, entre outros, podemos arrolar HOHMANN, op. cit., especialmente p. 188 e 192-193.

61. Sustentam esta posição FIGUEIREDO DIAS, *RDE* (1978), p. 17-18, FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 417-418, SANTANA VEGA, op. cit., p. 95.

62. Segundo Ost, a corrente da *deep ecology* (ecologia profunda ou radical) inspira um movimento filosófico-cultural que visa destituir a visão antropocêntrica do mundo atual. Numa compreensão holística, a *deep ecology* considera o homem um mero integrante da natureza. Na perspectiva jurídica, a natureza (leia-se, meio ambiente natural) por este motivo é qualificada como um "sujeito de direito" (LEIMBACHER. *Die Rechte der Natur*) e o homem ao lado do solo, das plantas, dos animais, da água e do ar, é encarado membro de uma "cidadania ou comunidade biótica" (LEOPOLD. *A Sand County Almanac*; SERRES. *Le Contrat Naturel*), ou de uma "comunidade natural" (MEYER ABICH. *Aufstand für die Natur*). Apud OST. *A natureza à margem da lei*, p. 169 et seq.

63. Segundo Bloy, *natureza* é um conceito distinto de *meio ambiente*, pois enquanto este é um conceito sempre direcionado ao homem (*Bezugsbegriff*), aquele não exige necessariamente uma vinculação estrita e direta com os seres humanos (BLOY. Op. cit., p. 494-495).

64. No âmbito jurídico-penal, adepto fervoroso desta teoria é Rowe, que inclusive propõe uma nova categoria de infrações penais, os "crimes contra a ecosfera", cf. ROWE, in: BRADLEY; DUGUID (ed.), *Environmental Ethics*, p. 89-102; apud OST, op. cit., p. 206.

65. KÜHL. Op. cit., p. 258.

meio ambiente constitui-se titular exclusivo de determinados bens jurídicos ecológicos, tais como: a limpeza ou saúde da água, do ar e do solo; a vida dos animais;[66] a dignidade dos animais e das plantas;[67] o equilíbrio ecológico, a biodiversidade etc.[68]

c) Teoria antropocêntrica-ecocêntrica ou antropocêntrica-relacional – Por fim, esta última teoria reconhece que realmente há bens jurídicos ambientais autônomos, mas estes também devem ter como referência o ser humano. Entende-se que o meio ambiente, mesmo sendo considerado um "fim em si mesmo", deve ser alvo de proteção penal tendo em vista a idéia relacional de responsabilidade do homem não só para com a natureza, mas também para com as gerações futuras.[69] Por conseguinte, depreende-se desta concepção que tanto o meio ambiente como a coletividade e a humanidade apresentam-se como legítimos titulares de bens jurídicos relacionados com os crimes ambientais.[70] Noutras palavras, podemos dizer que o meio ambiente, a coletividade e a humanidade na realidade são *co-titulares* ou *co-portadores* de certos valores ecológicos autônomos como os que foram referidos mais acima (equilíbrio ecológico, biodiversidade, vida dos animais, pureza das águas etc.). Tomando partido, e consoante o que foi exposto no decorrer do trabalho, filiamo-nos aqui a esta teoria.[71]

66. A propósito, *v.g.*, a *Declaração Universal dos Direitos do Animal* (Unesco, 1978).

67. A Constituição suíça reconhece expressamente a dignidade da criatura (leia-se, dos animais e das plantas). Sobre isso, Sitter-Liver, in: Nida-Rümelin; Pfordten (Hrsg.), *Ökologische Ethik und Rechtstheorie*, p. 255 et seq.; Saladin, in: Nida-Rümelin; Pfordten (Hrsg.), ibidem, p. 365 et seq.

68. A título didático, podemos ainda subdividir os bens ambientais em: a) bens ambientais *individuais*, quando o bem jurídico ambiental está atrelado a um determinado componente biótico ou abiótico (por exemplo, a limpeza da água; a saúde dos animais etc.); b) bens ambientais *comuns*, quando o bem jurídico ambiental está ligado a vários componentes ambientais (por exemplo, biodiversidade, equilíbrio ecológico etc.).

69. Esta teoria está inspirada fundamentalmente na obra de Hans Jonas (*El principio de responsabilidad*). Como adeptos desta facção, podemos citar Eser, op. cit., especialmente p. 131-134; Schünemann, *Temas actuales y permanentes del derecho...*, cit., p. 220; Rodrigues, op. cit., p. 111; Bloy, op. cit., p. 488, 493 e 496.

70. Nesse sentido, mas não mencionando a humanidade como co-titular, KÜHL, op. cit., p. 263.

71. Aliás, acertadamente refere Jonas que "a busca não só do bem humano, mas também do bem extra-humano implica ampliar o reconhecimento de fins em si mesmos para além da esfera hu-

7. Considerações conclusivas

Procuramos no presente trabalho evidenciar a necessidade de estabelecer um novo enquadramento dogmático ao meio ambiente, tendo em vista que há uma equivocada compreensão doutrinária que o considera como um bem jurídico-penal. Contrariamente a esta posição, sustenta-se que o meio ambiente, na verdade, deve ser tratado dogmaticamente como sujeito passivo (e coincidentemente como objeto material[72]) dos crimes ambientais e, por conseguinte, como titular de bens jurídicos supra-individuais autônomos. Diante disso, e de acordo com a teoria antropocêntrica-ecocêntrica ou antropocêntrica-relacional, concebemos o meio ambiente como co-titular ou co-portador de certos bens jurídicos supra-individuais difusos, já que esta sua titularidade é compartilhada com outros dois sujeitos passivos, a coletividade e a humanidade.

Bibliografia

AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der*

mana e incorporar ao conceito de bem humano o cuidado daqueles" (JONAS. *El principio de responsabilidad*, p. 35). Na realidade, não deixamos também de concordar com Kaufmann quando este afirma que o tema não versa sobre direitos da natureza, senão sobre deveres dos homens perante ela (KAUFMANN. *Spendel-FS*, p. 72-73). Para Ost, há uma relação dialética entre o ser humano (atual e futuro) e a natureza e estes interagem reciprocamente como produto e condição (OST. Op. cit., p. 282-283). Enfim, Eser menciona que "quando se alude à natureza trata-se também sempre, em último termo, dos seres humanos, pois, quando o homem destrói a natureza, destrói as suas próprias bases existenciais". Cf. ESER, op. cit., p. 131.

72. Mais especificamente, o objeto da ação ou objeto material dos crimes ambientais está representado pelos componentes bióticos e abióticos da noção de meio ambiente, que, por sua vez, e dependendo do caso, podem ser atingidos de forma individualizada (por exemplo, matar um animal em extinção – crime contra a fauna) ou conjunta (por exemplo, matar um animal em extinção + danificar floresta considerada de preservação permanente – crime contra a fauna e flora). Percebe-se, por conseguinte, que o ar, a água, a terra, os animais e as plantas não são propriamente bens jurídicos, mas sim objetos materiais dos crimes ambientais. Acentuando esta nossa assertiva, BLOY, op. cit., p. 490 e 493.

"*Sozialschädlichkeit" des Verbrechens*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972.

ANDRADE, M. Costa. *Consentimento e acordo em direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

ANTUNES, M. J. "Crimes contra a paz e contra a humanidade". In: DIAS, Figueiredo (Dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte especial*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999. t. II.

BASSIOUNI, M. C. *Crimes against humanity in international criminal law*. 2. ed. The Hague; London; Boston: Kluwer Law International, 1999.

BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Bd.I (Normen und Strafgesetze)*.2. Aufl.Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1890.

BIRNBAUM, J. "Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung". *Archiv des Criminalrechts* 15 (1834), Neue Folge, p. 149 et seq.

BITENCOURT, C. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

BLOY, R. "Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes". *ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)*100 (1988), p. 485 et seq.

BOISSARE, M. "Rapport sur la définition du crime contre l'humanité, présenté à la Conférence d' unification du droit pénal". *RIDP (Revue Internationale de Droit Pénal)* 1(1947), p. 201 et seq.

BRUNO, A. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. "Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais". *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer-Correia*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991.

CONSTANTINO, C. E. *Delitos ecológicos. A lei ambiental comentada artigo por artigo. Aspectos penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

COSTA JR.; MILARÉ. *Direito penal ambiental. Comentários à Lei 9.605/98*. Campinas: Millenium, 2002.

CRESTI, M. *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*. Milano: Giuffrè, 1992.

CUNHA LUNA, E. da. "Bem jurídico". *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 10.

DAUTRICOURT, J. "La définition du crime contre l'humanité". *RDPC (Revue de Droit Penal et de Criminologie)* 1 (1947-1948), p. 47 et seq.

DI CHIARA, G. "Interessi colletivi e diffusi e techniche di tutela nell'orizzonte del codice del 1988". *RIDPP (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale)*, p. 426 et seq., 1991.

DÖRMANN, K. "Crímenes de guerra en los 'elementos de los crímenes'". Trad. O. Julian Guerrero. In: AMBOS (Coord.). *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

DURO, P. "Adamah protege Adamah: os artigos 278 a 280 do Código Penal". *O Direito*, n. II, ano 133, p. 345 et seq., 2001.

ELIAS, N. *A sociedade dos indivíduos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

ESER, A. *Temas de derecho penal y procesal penal*. Trad. vários autores. Lima: Idemsa, 1998.

FERREIRA DA CUNHA, M. C. "Constituição e crime". *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FIANDACA, G. "Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale". *RIDPP (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale)*, p. 42 et seq., 1982.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. "Direito penal e Estado-de-direito material (sobre o método, a constatação e sentido da doutrina geral do crime)". *RDP* (*Revista de Direito Penal*) n. 31, p. 38 et seq., 1981.

_____. "Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português". *Separata da RLJ*, n. 3.714 a 3.720, p. 5 et seq., 1984.

_____. "Sobre o papel do direito penal na proteção do ambiente". *RDE*, n. 1, p. 3 et seq., 1978.

_____. *Temas básicos da doutrina penal*: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal. Parte geral.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GERLAND, H. "Die Geldfälschungsdelicte des deutschen Strafgesetzbuchs". *GS* (*Der Gerichtsaal*) 59 (1901), p. 81 et seq.

GIL GIL, Alicia. "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de 'los elementos de los crímenes'". In: AMBOS (Coord.). *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

GOMES, L. F. *Norma e bem jurídico no direito penal*: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GÓMEZ LÓPEZ, J-O. *Crímenes de lesa humanidad*. Santafé de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1998.

GRASSO, G. "L'anticipazione della tutela penale: I reati di pericolo e reati di attentato". *RIDPP (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale)* (1986), p. 689 et seq.

GROS ESPIELL, F. "El patrimonio común de la humanidad y el genoma humano". *RDGH (Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Rewiew)* 3 (1995), p. 91 et seq.

GRÜNHUT, M. "Metodische Grundlage der heutigen Strafrechtswissenschaft". *Frank-FG*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, p. 1 et seq.

HASSEMER, W. "Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nichts in Mitleidenschaft ziehen?". In: HEFENDEHL; HIRSCH; WOHLERS (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

_____. "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre". *Jenseits des Funktionalismus, Arthur Kaufmann-FS*. Heidelberg: Decker & Müller, 1989.

_____. "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts". *ZRP (Zeitschrift für Rechtspolitik)* (1992), p. 378 et seq.

_____. *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*. Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1973.

_____; MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag KG, 2002.

HERZOG, J-B. "Contribution a l'etude de la définition du crime contre l'humanité". *RIDP (Revue Internationale de Droit Penal)* 4 (1947), p. 155 et seq.

HIRSCHBERG, M. *Die Schutzobjekte der Verbrechen*: speziell untersucht an den Verbrechen gegen den Einzelnen. Eine konstruktiv-dogmatische Studie, zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung (Franck & Weigert), 1910.

HOHMANN, O. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*. Frankfurt am Main; Bern; New York; Paris: Peter Lang, 1990.

HONIG, R. *Die Einwilliung des Verletzten. Teil I. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*. Mannheim; Berlin; Leipzig: J. Bensheimer, 1919.

IHERING, R. von. *Der Zweck im Recht*. Bd. I (3 Aufl.). Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1893.

_____. *El fin en el derecho*. Trad. Diego de Santillán. Granada: Comares, 2000.

JÄGER, H. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1957.

JAKOBS, Günter. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos e teoría de la imputación. 2. ed. Trad. J. Cuello Conteras e J. L. Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, H. H; WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts. AT*. 5 Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JONAS, H. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Trad. J. Fernandez Retenaga. Barcelona: Herder, 1994.

KAREKLAS, S. *Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht*. Tübingen: Diss., 1990.

KAUFMANN, Arthur. "Gibt es Rechte der Natur?". *Spendel-FS*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1992.

KRAUTWIG, H. *Die Objekte des Verbrechens*. Brühl: Diss., 1931.

KÜHLEN, L. "Umwelstrafrecht – Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *ZStW* (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*) 105 (1993), p. 697 et seq.

KÜHL, K. "Anthropozentrische oder nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?". In: NIDA-RÜMELIN; PFORDTEN (Hrsg.). *Ökologische Ethik und Rechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

LISZT, Franz von. "Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft". *ZStW* (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*) 8 (1888), p. 133 et seq.

_____. *Tratado de direito penal allemão*. Trad. José Hygino Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet & C Editores, 1899. t. II.

MAIHOFER, W. *Rechtsstaat und menschliche Würde*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1968.

MARX, M. *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag KG, 1971.

MATA Y MARTÍN, R. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares, 1997.

MAURACH, R.; ZIPF, H. *Derecho penal. Parte general. Teoría del derecho penal y estructura del hecho punível*. Trad. alemana por Jorge B. Genzsch; Enrique Aimone Gibson. 7. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MENDES, P. de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

MÜSSIG, B. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz. Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament – am Beispiel der Rechtsgutbestimmung für die § 129, 129a und 324 StGB*. Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Peter Lang, 1994.

NEVES, A. Castanheira. "Pessoa, direito e responsabilidade". *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*, n. 6, p. 9 et seq., 1996.

OETKER, F. "Rechtsgüterschutz und Strafe". *ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)* 17 (1897), p. 493 et seq.

OST, F. *A natureza à margem da lei. A ecologia à prova do direito*. Trad. J. Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

OTTO, H. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. 6. Aufl. Berlin-New York: Walter de Gryuter, 2000.

PADOVANI, T. "La problematica del bene giuridico e la scelta della sanzioni". *Dei Delitti e Delle Pene*, n. 1, 1984.

PRADO, A. R. M. *Proteção penal do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, L. R. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1996.

RADBRUCH, G. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. reimp. Coimbra: Arménio Amado, Sucessor, 1997.

RENGIER, R. "Überlegungen zu den Rechtsgütern und Deliktstypen im Umweltstrafrecht". In: SCHULZ (Hrsg.). *Ökologie und Recht*. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag KG, 1991. p. 33 et seq.

ROCCO, A. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alla teoria generale del reato e della pena*. Milano; Torino; Roma: Fratelli Bocca, 1913.

RODRIGUES, A. "A propósito do crime de poluição (artigo 279 do Código Penal)". *Direito e Justiça*, vol. II, t. I, p. 103 et seq., 1998.

ROXIN, C. *Strafrecht. AT.Bd.I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*. 3. Aufl. München: Verlag C.H.Beck, 1997.

RUDOLPHI, H. "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs". *Honig-FS*. Göttingen: Otto Schwartz & Co., 1970. p. 151 et seq.

_____. "Primat des Strafrechts im Umwelschutz?". *NStZ* (*Neue Zeitschrift für Strafrecht*) 1984. p. 193 et seq. (Teil I) e p. 248 et seq. (Teil II).

SALADIN, P. "Würde der Kreatur' als Rechtsbegriff". In: NIDA-RÜMELIN; PFORDTEN (Hrsg.). *Ökologische Ethik und Rechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 365 et seq.

SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos coletivos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

SCHMIDHÄUSER, E. *Strafrecht. AT.Lehrbuch*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970.

SCHULZ, L. "Das antroporelationale 'Rechtsgut' im Umwelstrafrecht'". In: NIDA-RÜMELIN; PFORDTEN (Hrsg.). *Ökologische Ethik und Rechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995.

_____. (Hrsg.). *Ökologie und Recht*. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag KG, 1991.

SCHÜNEMANN, B. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte". *JA* (*Juristische Arbeitsblätter*) 7 (1975), p. 793 et seq.

_____. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del mileio*. Trad. vários autores. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHÜTZE, T-R. *Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen. Zugleich ein Beitrag zur Läuterung der gesammten Lehre von der Verbrechermehrheit*. Leipzig: J. M. Gebhardt's Verlag, 1869.

SCHWINGE, E. *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*. Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1930.

_____; ZIMMERL, L. *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*. Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1937.

SGUBBI, F. "Tutela penale di 'interessi diffusi'". *La Questione* 1 (1975), p. 439 et seq.

SILVA DIAS, A. *Protecção jurídico-penal de interesses dos consumidores*. 2. ed. policopiado. Coimbra: Faculdade de Direito, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, J-M. "Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal". *La Ley* 3 (1997), p. 1.714 et seq.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual:* interesses difusos. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SITTER-LIVER. "Würde der Kreatur: Grundlegung, Bedeutung und Funktion eines neuen Verfassungsprinzips". In: NIDA-RÜMELIN; PFORDTEN (Hrsg.). *Ökologische Ethik und Rechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 255 et seq.

SMANIO, G. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

STELLA, F. "La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo". *RIDPP* (*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*) (1973), p. 3 et seq.

STERNBERG-LIEBEN. "Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers". In: HEFENDEHL; HIRSCH; WOHLERS (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. p. 65 et seq.

TIEDEMANN, K. *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993.

_____. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*. Tübingen: J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1969.

TOLEDO, F. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

VEST, H. "Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?". *ZStW (Zeitschrif für di gesamte Strafrechtswissenschaft)*113 (2001), p. 457 et seq.

VISCO, A. *Il soggetto passivo del reato nel diritto sostantivo e processuale* – con una parte introdutiva di Enrico Altavilla. Roma: Mantero, 1933.

WELZEL, H. *Derecho penal alemán. Parte general*. Trad. Bustos Ramirez; S. Yáñez Perez. 11. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. *El nuevo sistema de derecho penal*. Trad. J. Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964.

WESSELS, J.; BEULKE, W. *Strafrecht. AT (Die Straftat un ihr Aufbau)*. 30. Aufl. Heidelberg: C.F.Müller Verlag, 2000.

WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts:* zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

WOLTER, J. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten. Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

Tântalo no Divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro)

Salo de Carvalho
Advogado. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUC-RS.

Sumário: 1. O crime de Tântalo e a condenação aos infernos: o Tártaro – 2. Os pecados do poder: a vivificação contemporânea do Tártaro – 3. Do Tártaro empírico ao Tártaro normativo: o processo de (re)significação da disciplina – 4. Tântalo e o saber "psi": a normatização do sistema disciplinar-pedagógico – 5. Os paradoxos da Lei 10.792/2003: maximizar os poderes disciplinares, minimizar o discurso criminológico – 6. A lógica de Lampeduza: recaída de Tântalo ou do terapeuta? – 7. A resistência de Tântalo aos ambientes severos e o trabalho de Sísifo – Bibliografia.

"Se crescem o poder e a consciência de si de uma comunidade, torna-se mais suave o direito penal; se há enfraquecimento dessa comunidade, e ela corre grave perigo, formas mais duras desse direito voltam a se manifestar" –
NIETZSCHE, Genealogia da moral, *II, § 10.*

Resumo: O ensaio avalia o impacto das recentes reformas no sistema punitivo brasileiro e diagnostica, desde o marco crítico-garantista, o processo de expansão do direito penal e as taxas de encarceramento na contemporaneidade (Estado penitência).

Palavras-chave: Pena; execução penal; garantismo; regime disciplinar diferenciado.

1. O crime de Tântalo e a condenação aos infernos: o Tártaro

Homero relata, no *Canto XI* da *Odisséia*, a descida de Ulisses, filho de Laertes, da estirpe divina de Zeus, ao Hades, em seu intuito de consultar a alma do tebano Tirésias.

Após atravessar cachoeiras enormes e rios violentos, chegando de nau na região das trevas espessas a qual ninguém jamais ousara alcançar, Ulisses se depara com as mais atrozes purgações, impostas ao mais terríveis crimes cometidos. Entre os inúmeros pecadores, incluindo sua própria mãe, encontra "a mãe de Édipo, a bela rainha Epicasta, a quem o filho, assassino do pai, por esposa tomara". Vê Tício, estendido ao solo, "(...) ao lado seu dois abutres vorazes laceravam-lhe o fígado pelas membranas rasgadas, sem que ele afastá-los consiga" (Homero: 1960, 168-176). Assiste Sísifo na vã tentativa de arrastar gigantesca rocha, pois, cada vez que chegava ao topo da montanha, a pedra retornava ao ponto inicial, impondo novo e interminável esforço físico. Depara-se também com Tântalo, Governador da Frígia, descendente direto de Zeus, condenado pelos deuses a sofrer eternamente nos infernos.

Segundo a mitologia, em decorrência do amor e da estima que os deuses nutriam por Tântalo, possuía livre acesso ao Olimpo, sendo convidado freqüentemente para participar dos festejos e banquetes. No entanto, em determinada ocasião, abusa da amizade e confiança, traindo os imortais.

Inúmeras e controversas são as versões apresentadas para justificar sua condenação e a terrível pena imposta. A revelação de segredos divinos aos amigos mortais; o furto de néctar e ambrosia (bebida e comida exclusiva dos deuses) para deleite com suas concubinas; o falso juramento prestado a Zeus ao negar a posse do cachorro sagrado furtado por Pandareo do santuário divino e a ele confiado (em outra versão Tântalo teria prestado falso juramento a Hermes quando indagado sobre o desaparecimento do cachorro de Zeus); a negação da divindade

de Apolo (Sol), afirmando tratar-se apenas de uma esfera de fogo; o rapto do príncipe Ganimedes, cuja beleza fizera com que Zeus, enamorado, se convertesse em águia para raptá-lo e levá-lo ao Olimpo...

No entanto, de todos os delitos imputados o mais grave teria sido a tentativa de enganar as divindades com intuito de colocar em dúvida sua capacidade de discernimento.

Embora as inúmeras faltas cometidas por Tântalo, gerando severas desconfianças, os deuses aceitaram o convite de hospedagem em seu palácio durante suas andanças pelo reino da Ásia Menor. Motivado pela curiosidade de comprovar se seus hóspedes eram realmente divinos, o anfitrião sacrifica seu filho Pélope, servindo-o cozido aos convidados. Com exceção de Demeter – que abatido com a perda de sua filha Perséfone (Plutão a havia raptado e a levado ao Hades) comera um pedaço do ombro do filho esquartejado –, todos os deuses perceberam a artimanha, negando-se a participar do insólito banquete.

Por ordem de Zeus, o pequeno Pélope é ressuscitado, sendo o ombro faltante substituído por outro de ouro. O sacrilégio de Tântalo é punido severamente: a sanção é o confinamento no imenso asilo de almas que Plutão governava sob a Terra. Os delitos (homicídio e sacrilégio) eram dignos da fúria das divindades, sendo o castigo a condenação ao Tártaro.

Plutão, filho de Saturno, herdou o mundo subterrâneo dos mortos. A ele cabia julgar e encaminhar os espectros ao Hades – reino formado por uma imensa planície subterrânea na qual os que cometeram grandes delitos em vida vagam e sofrem à espera da reencarnação. O Tártaro, local mais profundo das entranhas da terra, é localizado abaixo do Hades. Após ter sido o Hades dividido em compartimentos – Campos Elísios (local temporário de purgação) e Érebo (residência também temporária de sofrimento constante) –, o Tártaro se tornou o local de suplício dos grandes criminosos.

O julgamento impõe a Tântalo o eterno sofrimento da sede e da fome. Preso no abismo impenetrável do Tártaro a um imenso lago com água ao pesco-

ço, o condenado não pode saciar sua sede, pois cada vez que tenta beber o líquido seca, recusando-se a umedecer-lhe a garganta. As árvores, carregadas de saborosos frutos e localizadas sobre sua cabeça, igualmente não lhe permitiam saciar a fome, visto que seus galhos, pela ação do vento, escapam das mãos na menor tentativa de aproximação. Ao adormecer, Tântalo sonha com assados e néctares dispostos em uma imensa mesa, cujo banquete é preparado com exclusividade para o seu deleite. O sofrimento, nas palavras de Ulisses, é aterrador:

"Vi, também, Tântalo, e o modo por que ele, com pena indizível, num lago estava metido, com água a bater-lhe no queixo. Sede sofria; mas era impossível jamais minorá-la, pois quantas vezes o velho tentava beber e abaixava-se, era toda a água absorvida, escoando-se; negro surgia-lhe dos pés à volta do terreno, que sempre um demônio secava. Árvores altas com frutos vergavam-lhe sobre a cabeça; eram pereiras, romeiras, macieiras de frutos opimos mais oliveiras viçosas e figos de gosto agradável. Mas quantas vezes o velho tentava com a mão alcançá-las, o vento forte as tocava para o alto, até as nuvens sombrias" (Homero: 1960, 176).

Não obstante inúmeras interpretações do mito reforçarem a idéia da severidade da pena pelo delito de parricídio, uma das leituras do desatino de Tântalo visualiza em Pélope a representação dos desejos da carne, dos desejos do "humano, demasiado humano". A convivência com os deuses subtraíra de Tântalo a capacidade de se sentir mortal, impondo-se o desejo de permanecer na falsa condição de divindade. O retorno do Olimpo representaria uma queda. Assim, se o filho representa os desejos naturais da carne, Tântalo, ao servi-lo, procura negar a mundanidade do mundo para atingir a suprema condição de Deus. O desejo humano da divindade, porém, realça a fúria divina, sendo a sanção implacável.

2. Os pecados do poder: a vivificação contemporânea do Tártaro

Comparada aos campos de concentração nazista, "a Casa de Detenção ganha em maldade, em sofrimento humano (...)" (Reardon: 1999, 28).

A entrevista proferida em 1999 por Francisco Reardon ao periódico *Caros amigos* parecia ser o diagnóstico intransponível do sistema penitenciário brasileiro. Os relatos sobre a crueldade no trato dos presos (provisórios e condenados definitivamente) no Complexo do Carandiru de São Paulo, naquele momento antecedente à sua desativação, sugeria que a "bomba-relógio" chegava a seu limite máximo de contenção. O sentimento generalizado das pessoas que trabalha(va)m, direta ou indiretamente, com a execução penal era de que, se medidas urgentes não fossem tomadas, o sistema não suportaria, culminando em eclosão de violência similar àquela que, no mesmo local, levara ao extermínio de 111 presos pelos órgãos do Estado ("Massacre do Carandiru").

À entrevista de Reardon somava-se o impacto causado nos organismos internacionais de tutela dos direitos humanos de inúmeros relatórios sobre a miséria da execução da pena no Brasil. A Anistia Internacional, após averiguar *in loco* 33 instituições em 10 Estados, sustentava que o descaso do Poder Público com o sistema penitenciário "inflige terríveis violações dos direitos humanos a muitos daqueles que passam pela sua engrenagem" (AI: 1999, 04). A Human Rights Watch em seu relatório concluía que "as condições carcerárias no Brasil são normalmente assustadoras" (HRW: 1998, 1).

Ao final da década de 90 era notório o crescimento da população carcerária nacional, e a omissão estatal em investir na infra-estrutura fornecia sérios indícios de que a situação tendia a ficar cada vez mais grave.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) divulgava, em 1995, após superar as imensas dificuldades decorrentes da inexistência de dados palpáveis sobre a população carcerária nos Estados, o Censo Penitenciário Nacional. Naquele momento, as fontes oficiais indicavam que o número total de presos no Brasil era de 148.760, dos quais 28,4% eram presos provisórios. O índice de encarceramento – razão entre o número de presos e o índice populacional (100.000 habitantes) – chegava a 95,5%. Em estabelecimentos inadequados, 29,8% dos apenados cumpriam pena; no regime fecha-

do, 75,1% era o número de pessoas presas; o déficit funcional chegava a 75.887 vagas. Em 1997, este déficit subira para 96.010, indicando que em cada vaga prisional havia 2,3 pessoas – levando-se em conta os sempre otimistas números oficiais e os criticáveis critérios de consideração da existência de uma vaga, pois normalmente não são os legalmente estabelecidos no art. 88, par. ún., *b*, da Lei de Execução Penal (6 m²/preso).

Dados atuais corroboram o diagnóstico do crescente aumento das taxas de encarceramento. O Departamento Penitenciário Nacional, divulgando dados de junho de 2003, informa que a população carcerária do Estado de São Paulo, o qual possui 23% dos apenados do país, crescera 13% em relação ao ano de 2002, chegando a um índice de encarceramento de 320 presos. O déficit funcional alcançava 43.659 vagas. Dos 118.389 presos, 32.856 estavam em prisão provisória e 74.580 cumpriam pena em regime fechado. Em Minas Gerais, na mesma época, embora a taxa de encarceramento fosse menor (124 presos), a situação não era diversa, pois eram 22.253 presos distribuídos em 5.059 vagas, gerando um déficit de 17.194 postos. Desta população, 7.639 pessoas estavam presas cautelarmente e 10.275 cumpriam pena no regime fechado.

O quadro retratado em São Paulo e Minas Gerais, que não escapa substancialmente da realidade dos demais Estados da Federação, demonstra, reconstruindo a fala de Reardon, ser possível algo mais que Auschwitz. A crueldade e o descaso da Administração Pública, do Judiciário e do Legislativo, poderes com capacidade direta de intervenção nesta triste realidade, simplesmente demonstram que "os presidiários comuns são as verdadeiras vítimas esquecidas das violações dos direitos humanos no Brasil, onde os detentos são submetidos a condições e a tratamento extremamente severos, como por exemplo uma superlotação de 500%, o recurso rotineiro, a violência e tortura pelos guardas, más condições de higiene e freqüente recusa de acesso a assistência médica, mesmo no caso de presidiários paraplégicos ou portadores de doença terminal. Os incidentes de revolta, fuga e tomada de reféns são freqüentes, em parte resultantes das pavoro-

sas condições de detenção. Em várias ocasiões a Polícia Militar reage com a execução extrajudicial de detentos" (AI: 1998, 15).

A conduta omissiva e comissiva do(s) Poder(es) vivifica, na contemporaneidade, os horrores do Tártaro, atestando ser a prisão o local mais abominável e de difícil acesso aos "humanos".

A atividade legislativa da década de 90, em muito potencializada pelo conjunto de normas constitucionais penais programáticas que impuseram ao legislador ordinário uma feroz produção de leis, ampliou as hipóteses de criminalização primária (seleção de condutas delitivas) e enrijeceu o modo de execução das penas, na grande maioria das vezes indo além do permitido constitucionalmente (inconstitucionalidade por excesso). O resultado desta experiência legiferante foi a dilatação do *input* do sistema e o estreitamento do *output*. Assim, paralela à criação de inúmeros novos tipos penais, normalmente dispostos em Leis Penais Especiais, houve alteração na modalidade de cumprimento das sanções, sobretudo pela inovação introduzida pela Lei 8.072/1990, no que tange ao aumento de penas, à impossibilidade de progressão de regime, à maximização do prazo para livramento condicional e a conseqüente obstrução de comutação e indulto aos delitos taxados de hediondos.

Não obstante, em matéria processual penal, a consolidação da inquisitorialidade do Código de Processo Penal fomentou um alargamento da criminalização secundária (incidência das agências penais). Desta forma, não apenas as possibilidades de prisão cautelar foram (re)estruturadas – *v.g.*, prisão temporária (Lei 7.960/1989) e novas espécies de inafiançabilidade e vedação de liberdade provisória (Leis 7.716/1989, 8.072/1990, 9.034/1995 e 9.455/1997) –, como foi criada, em absoluta ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, modalidade de execução de pena sem o trânsito em julgado de sentença condenatória (Lei 8.038/1990).

Ao excesso do legislador é acrescido o terrível "pecado Judiciário". Se padece o poder derivado de ter produzido inúmeras normas que maximizaram o

sistema punitivo, em sua maioria em ofensa explícita aos dispositivos da Constituição, esta culpa deve ser dividida, pois o Legislativo encontrou no Judiciário conveniente cúmplice. Como se sabe, determinados princípios constituem a base do Estado Democrático de Direito, de forma que ao legislador não é defeso escolher aleatoriamente, como se possuísse "carta branca", a matéria sobre a qual deseja legislar, ou seja, os princípios garantidores regulam esferas que não podem ser objeto de deliberação (esfera do indecidível). Havendo abuso por parte do Poder Legislativo, o sistema de freios e contrapesos impõe ao Judiciário a tarefa de deslegitimar normas que ofendam a principiologia estruturante do ordenamento jurídico por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade (direto ou difuso). No entanto, ao contrário do esperado, o Judiciário tem se mostrado condescendente com os abusos do Legislativo, omitindo-se da fiscalização de constitucionalidade das leis penais. Não apenas no que diz respeito ao controle concreto, mas principalmente em relação ao difuso, o Judiciário tem descuidado da necessária limitação dos excessos normativos. O legislador, neste quadro, não encontra qualquer freio à violação da Constituição. Pelo contrário, encontra no Judiciário guarida do seu produto inquisitivo.

Não é difícil compreender, portanto, a co-responsabilidade dos operadores do direito no caos do sistema penitenciário. A determinação do regime integral fechado pela Lei dos Crimes Hediondos, a banalização no decreto das prisões cautelares, a não-aplicação das penas substitutivas à prisão, a omissão no que tange à intervenção nos presídios por força do excesso de execução, a burocratização na análise dos incidentes executivos e a criação de critérios *ultra legem* (metarregras) para apreciar os direitos públicos dos apenados são exemplos concretos de como o Judiciário tem sido partícipe na efetivação do suplício carcerário nacional.

A terceira aresta da estrutura de vitalização do Tártaro na contemporaneidade é aquela fornecida pelo Executivo. Não apenas pela banalizada crítica da falta de investimentos em pessoal e infra-estrutura (omissão administrativa), o Poder Executivo, comissivamente, por meio das Secretarias de Estado de Justiça

e de Segurança Pública, tem incrementado o "Estado penitência". Se é certo que investimentos mínimos na melhoria das casas prisionais trariam uma qualidade de vida doméstica menos insalubre aos apenados, igualmente é correto sustentar que, em relação às políticas disciplinares, a omissão estatal produziria efeitos menos perversos do que os alcançados com sua ação terrorífica.

É que durante a década de 90, correlato ao incremento punitivo operado pelas políticas criminalizadoras adotadas pelo Legislativo e legitimadas pelo Judiciário, o Poder Executivo, sobretudo os estaduais, mediante portarias, tem (re)significado a idéia de disciplina trazida na Lei de Execução Penal. Desta forma, em que pesem as críticas ao falso humanismo da nova defesa social – substrato ideológico que informou a elaboração da Lei Penitenciária – serem variáveis possíveis e precisas, nas atuais acepções auferidas à pena, o gosto romântico do ilusório humanismo parece (re)nascer como triunfo não gozado.

3. Do Tártaro empírico ao Tártaro normativo: o processo de (re)significação da disciplina

Em meados do primeiro semestre de 2003, após a divulgação pela imprensa de projetos de modificação da estrutura normativa da política penitenciária, os principais institutos nacionais de estudos da violência – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (!TEC), Instituto Carioca de Criminologia (ICC), Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ) e Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais (ICP-MG) – mobilizaram-se na criação do Movimento Antiterror (MAT). Como objetivo principal, o MAT procurava "sensibilizar os poderes do Estado, os administradores e trabalhadores da justiça penal, os meios de comunicação, as universidades, as instituições públicas e privadas, e os cidadãos de um modo geral, para a gravidade humana e social represen-

tada por determinados projetos que tramitam no Congresso Nacional e que pretendem combater o aumento da violência, o crime organizado e o sentimento de insegurança com o recurso a uma legislação de pânico" (MAT: 2003, 7).

O principal fator que mobilizou o MAT foi a tramitação no Congresso Nacional de projeto de lei que instituía o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): normativa cujo conteúdo criava, no caótico sistema penitenciário brasileiro, uma forma absolutamente diversa de apartação da pessoa presa rotulada como *ameaça à segurança social*. O conteúdo do projeto apresentado causou espanto à comunidade jurídica visto a adoção explícita de formas absolutamente desumanas de execução da pena privativa de liberdade, especialmente aquela cumprida em regime fechado. Se a Lei 8.072/1990 produzira o incremento nos níveis de encarceramento e a barbarização do sentido normativo-humanitário previsto na Lei de Execução Penal, a modalidade proposta de cumprimento da sanção surpreendentemente gerava espécie de *regime integralmente fechado plus*.

O projeto fora baseado em portaria que o Governo do Estado de São Paulo havia instituído para "controlar" uma série de incidentes em seu sistema carcerário (fugas, rebeliões e motins) durante o ano de 2002. A portaria nominara o RDD, criando inúmeras restrições aos direitos dos presos considerados *perigosos*. O direito de defesa, por exemplo, foi limitado sobremaneira, inclusive no que concerne ao contato do preso com seu advogado.

Apesar da absoluta ilegalidade do ato, sobretudo porque a Lei de Execução Penal delega ao Poder Público estadual apenas a atribuição de disciplinar sanções e procedimentos de apuração de faltas leves e médias, restringindo, pelo princípio da legalidade (art. 45 da Lei de Execução Penal), ao Legislativo federal a disciplina dos fatos considerados como falta grave (art. 49 da Lei de Execução Penal), o RDD obteve ampla aplicação na condução da execução da pena dos suspeitos de participação de organizações criminosas.

Com forte apoio da imprensa, o Parlamento foi instigado a universalizar o regime diferenciado por meio de alteração na legislação federal. O projeto de

generalizar o novo regime penitenciário atingiu seu ápice quando os veículos do *mass media* passaram a difundir e a vincular a imagem do advogado, e subliminarmente a idéia de direitos e garantias, com a do réu/condenado preso – principalmente nos casos de crimes graves como tráfico ilícito de entorpecentes e tráfico de armas –, comunicando a falsa associação entre direito de defesa e conivência com o crime. Assim, o elo do advogado com o criminoso passou a reforçar, no senso comum teórico do homem da rua (*every day theories*), a obrigação de restringir os "exorbitantes" direitos do preso (provisório ou condenado) possibilitados pela "frágil" e "condescendente" legislação penal e processual penal em vigor.

O fértil solo discursivo, propício para irromper a legislação de pânico, estava cultivado: cultura de emergência fundada no aumento da violência; vinculação da impunidade ao "excesso de direitos e garantias" dos presos (provisórios e condenados). A resposta contingente seria conseqüência natural; e em 02.12.2003 é publicada a Lei 10.792, alterando a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal.

Não obstante consolidar alguns posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários de vanguarda que vinham sendo adotados por magistrados com compromisso constitucional no que tange à forma dos atos nos processos de conhecimento e execução penal, o Poder Público reiterou, no apelo simbólico às leis de ocasião, sua incapacidade de gerir a crise na segurança pública, intentando entorpecer a sociedade civil com resposta inepta. Nesta ação meramente cênica, algumas migalhas servem como mecanismo retórico para minimizar os efeitos perversos da Lei 10.792/2003. Na verdade, porém, o recente texto delimita uma forma de execução da pena totalmente inédita, consagrando em lei o suplício gótico vivido pelos condenados nos presídios brasileiros. Se anteriormente havia possibilidade de desqualificar a desumana realidade carcerária nacional invocando a Lei de Execução Penal, com sua alteração, a tragédia é subsumida ao texto. Logicamente não se está a referir a eventual legitimidade que a Lei 10.792/2003 auferiria à péssima qualidade de vida doméstica (infra-estrutura material) imposta

aos penitentes. Certamente o legislador não encontraria palavras para descrever a fétida realidade prisional; não teria coragem de redigir texto cujo conteúdo produzisse a adequação da lei ao cotidiano de ostentação do sofrimento; não realizaria o ato de desvelar o gozo da "opinião publicada" ao ver seus excluídos penarem corporalmente. A lei sempre foi um não-lugar; algo que se projeta como conquista; algo que não se tem, mas que se deseja; algo que inexiste, mas que projeta uma ação. A Lei 10.792/2003, ao incorporar o RDD na (des)ordem jurídica nacional e alterar a Lei de Execução Penal, vinculando o ingresso do preso no regime diferenciado quando apresentar *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade* (art. 52, § 1.º, da Lei de Execução Penal) ou quando *recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*" (art. 52, § 2.º, da Lei de Execução Penal), manifesta o assentimento dos Poderes Públicos com práticas arbitrárias, regularmente toleradas nas penitenciárias nacionais.

A ressignificação normativa da disciplina consiste na possibilidade de impor o regime diferenciado a determinados presos não apenas pela prática de falta grave, situação que por si só é absolutamente arbitrária, mas, sobretudo, pela adjetivação igualmente aleatória de sua conduta pessoal no cárcere ou fora dele.

As sanções previstas no art. 52 da Lei de Execução Penal são resultado de Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) de averiguação de falta grave, regulada e taxativamente disposta no estatuto penitenciário. Antes da vigência da Lei 10.792/2003, a sanção disciplinar imposta à falta grave constituía na suspensão de direitos e isolamento na própria cela (art. 57, par. ún.), não podendo esta medida ultrapassar 30 dias (art. 58). Com a nova lei, ao art. 53 foi incluído inciso no qual se prevê a inclusão do "preso perigoso" no regime disciplinar diferenciado, independentemente da apreciação formal de falta, ou seja, mesmo sem a prática de falta grave regularmente apurada pela administração da casa e posteriormente homologada pelo juiz, se o apenado apresentar as condições previstas nos §§ 1.º e 2.º do art. 52 da Lei de Execução Penal, há possibilidade de ingresso no

regime diferenciado. Igualmente redesenhado foi o art. 58, excepcionando-se a regra dos 30 dias como lapso temporal máximo. Sancionado o preso por falta grave ou sendo-lhe atribuído o rótulo de "perigoso", poderá ser submetido ao regime diferenciado com as seguintes características: a) duração de 360 dias; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, por duas horas; d) saída diária, por duas horas, para banho de sol.

Desde a edição da Lei de Execução Penal em 1984, tem-se criticado o estatuto pela utilização, na definição de faltas graves, de termos vagos e genéricos, sem precisão semântica, que acabam por permitir ao agente penitenciário o uso de metarregras em sua significação – *v.g.*, incitar ou participar de movimento para subverter a ordem e a disciplina; descumprir obediência ao servidor ou o respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; não executar trabalho, tarefa e ordens recebidas. A técnica legislativa utilizada no ambiente carcerário serviu historicamente para o uso arbitrário dos poderes pelos agentes prisionais, os quais utiliza(va)m-se da imprecisão terminológica para adjetivar condutas banais de presos incômodos.[1] A volatilidade dos termos produziu gradualmente a minimização dos direitos de defesa dos apenados nos procedimentos na averiguação das faltas disciplinares, gerando sérias irregularidades na configuração da conduta punível pelos Conselhos Disciplinares, em face da irrefutabilidade de determinadas hipóteses levantadas pelos órgãos de segurança. Talvez um dos exemplos mais notórios de condutas reivindicatórias pacíficas que acaba(va)m sendo definidas como atos de "subversão da ordem e da disciplina", passíveis, pois, de sanção disciplinar por falta grave, é a prática da *greve de fome*. Não por outro motivo, em casos de movimentos reivindicatórios não-violentos, a Portaria 202, de 18.12.2001, editada pela Secretaria de Estado da Justiça e da Segurança do

1. Com intuito de cerrar a tipicidade penitenciária aberta, grupo de trabalho integrante de comissão para reforma da legislação penitenciária gaúcha propôs como definição de "subversão da ordem e da disciplina" condutas direcionadas: a) adesão e associação à violência; b) manifestação violenta, individual ou coletiva, de reivindicações; c) porte de armas; e d) violação da integridade física e moral e a da liberdade sexual de pessoa que se relacione (Carvalho: 2002, 333).

Rio Grande do Sul (SJS-RS), no intuito de minimizar os efeitos perversos propiciados pela terminologia da Lei de Execução Penal, determinou que "toda pessoa presa terá direito a expressar suas reivindicações, individual ou coletivamente, de forma pacífica" (art. 7.º, § 1.º) e que "a 'greve de fome', quando legítima, não será considerada falta disciplinar" (art. 7.º, § 2.º).

Em sentido diametralmente oposto à concretização do princípio da legalidade, que imporia pela taxatividade o fechamento dos tipos abertos da Lei de Execução Penal, a Lei 10.792/2003 inclui categorias igualmente dúbias, gerando duplo efeito. Em primeiro lugar, deflagra efeito normativo no que tange à interpretação das faltas, sobretudo as graves. Assim, se anteriormente a falta de precisão decorrente da ambigüidade terminológica favorecia o arbítrio administrativo, com o novo texto a tendência é sua maximização. Por outro lado, produz efeito na gestão da política penitenciária, visto a importância auferida à ordem, à disciplina e à segurança do estabelecimento prisional, não apenas reforça a ideologia defensivista, mas ressignifica o sentido da execução, voltada na contemporaneidade à contenção dos "socialmente indesejáveis", dos "corpos excedentes". Abdica-se, pois, vez por todas, do ilusório e romântico fim ressocializador pregado no Estado Social em prol de uma administração das "massas inconvenientes".

Embora seja clara a inconstitucionalidade da lei não apenas por ferir o princípio constitucional da legalidade com a utilização abusiva de termos vagos, mas especialmente pela ofensa ao princípio da humanidade das penas quando prevê a submissão do preso ao regime diferenciado – a manutenção em isolamento por até 360 dias não pode receber outra denominação senão a de pena cruel, vedada pela Carta Constitucional (art. 5.º, XLVII, da Constituição da República)[2] –, o temor que se inaugura é o de que nossos tribunais, a começar pelas Cortes Superiores (STF e STJ), inebriados pelos discursos de emergência, não utilizem os mecanismos de

2. Não é necessário ser *expert* da área da saúde para notar que "o isolamento celular diuturno de longa duração é um dos instrumentos de tortura do corpo e da alma do condenado e manifestamente antagônico ao princípio constitucional da dignidade humana" (MAT: 2003, 9).

controle de constitucionalidade e, por conseqüência, acolham a barbárie posta em lei como se fosse mera técnica pedagógica de isolamento.

O Tártaro sancionatório no contemporâneo parecer ser o retrato da experiência punitiva brasileira: longe de projetar mecanismos constitucionais de redução do sofrimento imposto nas prisões, a lei dobra a punição com a ressignificação da disciplina e da segurança, condenando o preso, para além da privação da liberdade, à inexaurível situação de penúria.

4. Tântalo e o saber "psi": a normatização do sistema disciplinar-pedagógico

O sistema progressivo-regressivo, fundado na idéia de (de)mérito pessoal do apenado, foi eleito em 1984 como o instrumento hábil para atingir a finalidade apregoada à execução da pena: a ressocialização do condenado. Típico de um modelo estatal intervencionista, o escopo ressocializador legitimou a ação dos aparelhos punitivos na avaliação e formatação do "ser" do preso. Assim, o preso ressocializado, no discurso conformador da Lei de Execução Penal, passa a ser aquele adequado às regras do estabelecimento carcerário e ao programa individualizador, ou seja, o sujeito disciplinado e ordeiro que se submete e responde satisfatoriamente ao "tratamento penal".

A técnica estabelecida para averiguar o grau de ressocialização seria a capacidade de o condenado atingir condições de descarceramento progressivo (progressão de regime) ou, contrariamente, pela necessidade de reencarceramento (regressão de regime). Para alcançar o gozo dos direitos de progressão previstos na Lei de Execução Penal, o apenado deveria cumprir requisitos de ordem objetiva e subjetiva, segundo a redação do art. 112. O critério objetivo foi vinculado ao *tempo* de cumprimento da sanção: um sexto da pena no regime anterior; o pressuposto subjetivo, determinado pelo *mérito* do condenado. Previa, ainda, a Lei de Execução Penal, no par. ún. do art. 112, a necessidade de o preso ser submetido à

Comissão Técnica de Classificação (CTC), encarregada de exarar parecer, e, quando necessário, ao exame pericial do Centro de Observação Criminológico (COC). Ambos os documentos, porém, consistiam, quase na unanimidade dos casos, em prognósticos de não-reincidência e/ou medição do grau de adaptabilidade e arrependimento.

Em relação ao livramento condicional – etapa do sistema progressivo e momento importante na lógica do sistema de individualização científica (art. 83 do CP) –, a duplicidade de requisitos igualmente se impunha, quais sejam: a) objetivo: vinculado ao tempo – cumprimento de um terço (condenado primário) ou metade (reincidente) da pena – e à reparação do dano; e b) subjetivo: relacionado com o "comprovado comportamento satisfatório". Outrossim, o par. ún. do art. 83 do CP previa, em caso de condenação por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, que a concessão do livramento condicional ficaria "subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinqüir". Não obstante, conforme determinava o art. 70, I, da Lei de Execução Penal, seria necessário parecer opinativo do Conselho Penitenciário.

O comportamento carcerário satisfatório, apesar de ser requisito subjetivo, sempre esteve vinculado à comprovação processual, de forma a estabelecer objetivação do critério. Doutrina e jurisprudência nacional fixaram como elemento a indicar o bom comportamento carcerário a ausência de registro, no prontuário do preso, de sanção por falta grave devidamente homologada pelo juiz competente. Ao magistrado caberia avaliar se o procedimento de apuração seguiu os requisitos formais e materiais do devido processo legal (ampla defesa, contraditório, recurso, assistência de advogado *et coetera*). Em face de inexistência de previsão do tempo em que a falta grave continuava produzindo efeitos, em decorrência da interpretação sistemática dos decretos de indulto, suas implicações foram restringidas em doze meses, *i.e.*, para ser confirmado o bom comportamento carcerário do preso seria necessário o não-cometimento de falta grave nos últimos doze meses.

A estrutura meritocrática da Lei de Execução Penal, porém, era potencializada pela presença de requisito subjetivo que, nos casos de crimes graves, ganhava especial valor. Se a ausência de falta grave comprovava comportamento satisfatório no que diz respeito à adequação do condenado às regras prisionais e a sua boa relação de convivência com os demais apenados e com os agentes penitenciários, os exames criminológicos, que atestariam o grau de ressocialização do preso, indicariam ausência de "conflitos internos". O mérito representaria o bom convívio com as pessoas com quem deveria relacionar-se (com comportamento) e atestaria a sadia relação do apenado consigo mesmo (adaptabilidade), sobretudo com a internalização dos limites estabelecidos pela Lei (prognóstico de não-reincidência) obtida pelo arrependimento (consciência do delito). Definidos, pois, os critérios processuais de comprobabilidade do mérito: a) ausência de PAD quanto ao bom comportamento; e b) parecer técnico (CTC) e/ou laudo criminológico (COC) no que diz respeito ao grau de ressocialização.

Os laudos e pareceres criminológicos que ingressavam no processo de execução penal como prova pericial adquiriram, no passar dos anos, tamanha importância que acabaram (re)criando um sistema de prova tarifada, a qual, embora não vinculasse a decisão do juiz por força da adoção do sistema do livre convencimento (arts. 157 e 182 do CPP), instituía armadilha intransponível, mormente nos casos de pareceres desfavoráveis. Outrossim, por força de ser juízo empiricamente indemonstrável ("possibilidade de vir a cometer delito no futuro"), as perícias obstaculiza(va)m o direito ao contraditório, maculando o devido processo legal.

Em que pesem a deturpação material gerada no sistema de prova e a conseqüente revivificação da prova tarifada com a adoção de valores irrefutáveis, a crítica aos laudos foi historicamente direcionada à ilegitimidade de os técnicos realizarem julgamentos morais dos presos. A categoria ressocialização, encarada como signo de valoração da vida do "periciando", invariavelmente cedeu espaço à violação de sua intimidade, vista a possibilidade de

julgamento da história pessoal e das opções de vida do "objeto" de análise. Veja-se, por exemplo, que, se eventualmente o preso silenciou ou negou o delito durante o processo de conhecimento, em caso de condenação tais posturas perante os técnicos revelariam a incapacidade de arrependimento e a torpeza moral, contra-indicando o direito postulado.

O poder das perícias, em absoluta ofensa aos direitos básicos de tutela da intimidade e da vida privada (secularização), fora pautado numa inversão ideológica do discurso dos direitos humanos, dado ao fato de que superficialmente aparentava a humanização dos fins da pena. Não mais intimidar ou reprimir, mas criar condições de que o preso se arrependa e não volte mais a delinqüir. No entanto, diferentemente do divulgado pelo discurso oficial, notou-se a criação de um sistema de otimização do positivismo criminológico que deixou os direitos dos apenados reféns de um discurso dúbio que pendia entre as noções, abertas e isentas de significado, porém altamente funcionais, de disciplina e ressocialização. Outrossim, agregava-se sistema administrativo altamente burocratizado que substancialmente se sobrepunha à jurisdicionalização da execução da pena.

Com a edição da Lei dos Crimes Hediondos em 1990, um novo contorno começou a ser dado no sistema de encarceramento, dado ao enrijecimento das regras executivas e à ruptura no sistema progressivo. Além do aumento expressivo das penas às condutas classificadas como hediondas (art. 6.º c/c o art. 9.º da Lei 8.072/1990), duas alterações substanciais no que diz respeito à execução foram significativas: o estabelecimento do regime integralmente fechado e o aumento do lapso temporal para o gozo do livramento condicional.

Em realidade, se se primar pelo rigor acadêmico, a Lei 8.072/1990 não vedou absolutamente a progressão de regime aos delitos hediondos, ou melhor, a vedação da progressividade imposta atingiria apenas os reincidentes específicos em crime hediondo (art. 83, V, *in fine*, do CP). Sendo o livramento condicional parte integrante do sistema progressivo, e não havendo obstaculização, mas au-

mento de lapso temporal, a Lei apresentaria uma contradição interna entre os arts. 2.º, § 1.º (que veda a progressão de regime), e 5.º (que aumenta para dois terços o requisito temporal para o livramento).

Todavia, o que mais chama atenção na edição da Lei 8.072/1990 é sua derivação constitucional, pois o legislador ordinário nada mais fez do que cumprir o comando do art. 5.º, XLIII, da Constituição da República. A natureza programática da norma constitucional auferiu legitimidade ao legislador para elaboração da Lei dos Crimes Hediondos. Lógico que o fato de o dispositivo constitucional ter sido cumprido por si só não imuniza a referida lei dos vícios de inconstitucionalidade. A propósito, tenho que o principal argumento de sua inconstitucionalidade é derivado do descomedimento legislativo, visto que o dirigismo constitucional-penal optou pela vedação exclusiva aos crimes considerados hediondos da fiança, graça e anistia, não sendo referida a questão da progressividade ou aumento de penas. Como o legislador ordinário não possui deliberalidade plena sobre a matéria legislativa derivada, conforme visto anteriormente, a imperfeição da lei é substancialmente no que se circunscreve ao excesso, não obstante legítimas as críticas relativas à ofensa aos princípios da individualização, da humanidade das penas e ao princípio da extratividade da lei penal mais benéfica – *v.g.*, a revogação do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990 pelo art. 1.º, § 7.º, da Lei 9.455/1997.

Resta claro, porém, que a opção legislativa reconfigura a finalidade da pena no sistema penal pátrio. Não que este remodelamento tenha abdicado integralmente do discurso ressocializador previsto na Lei de Execução Penal. À ideologia da reforma moral do preso é aliada a idéia de contenção das massas indesejáveis, principal objetivo da sanção no nascente Estado Penal. Delineado, desta forma, o papel das agências penais na década de 90: controle pedagógico potencializado pela idéia de manutenção/exclusão dos corpos excedentes. A experiência ensaia o devir punitivo do século XXI.

5. Os paradoxos da Lei 10.792/2003: maximizar os poderes disciplinares, minimizar o discurso criminológico

Não obstante a institucionalização do RDD como potencializador da idéia meritocrática-disciplinar, o que por si só macula a Lei 10.792/2003 de forma a não poder dela retirar todos os elogios que a doutrina nacional tem apontado, a modificação na estrutura da individualização científica, operacionalizada pelo sistema progressivo-regressivo, merece atenção, notadamente em referência aos requisitos e ao procedimento de alcance dos direitos públicos subjetivos instrumentalizados nos incidentes da execução penal.

No que tange ao procedimento, a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal reforça o devido processo legal e seus corolários de ampla defesa e contraditório, recapacitando o princípio de jurisdicionalização norteador formal da redação do Código Penitenciário. O antigo par. ún. do art. 112, que previa a motivação de decisão judicial precedida de parecer da CTC ou exame do COC, é substituído por dois importantes parágrafos, os quais remodelam a forma dos atos processuais. O § 1.º define que a decisão relativa à progressão de regime deve ser fundamentada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor; e o § 2.º projeta o procedimento à concessão de livramento condicional, indulto e comutação das penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. À exceção da remição, comutação e unificação de penas, os principais incidentes em execução penal serão orientados pelo conceito trilateral típico do sistema acusatório, *i.e.*, institui-se a noção de partes processuais até então ofuscada no ordenamento executivo, redesenhando-se, por conseqüência, o papel de todos os sujeitos processuais (juiz, Ministério Público, defesa, Conselho Penitenciário, técnicos, agentes e diretores).

O debate entre as partes (acusação e defesa) em contraditório, apresentando e refutando teses, pretende derrogar os procedimentos desjurisdicionalizados que tendiam a se sobrepor na execução, dando-lhe, embora a incorporação

normativa, feição administrativa (administrativização material). Desta forma, entendeu a reforma ser necessário reestruturar o modelo, aproximando-o da estrutura do processo de conhecimento.

A reforma redesenha a pesada e burocrática máquina executivo-penitenciária, alterando substancialmente o papel do "criminólogo". Ao técnico penitenciário, segundo a nova redação do art. 6.º da Lei de Execução Penal, é possibilitado um ambiente de criação de condições minimizadoras dos efeitos perversos da sanção penal (paradigma da vulnerabilidade), em dissonância com o histórico papel de tarefeiro redator de laudos de prognoses delitivas (paradigma etiológico). Cabe, portanto, às CTCs a exclusiva missão de elaborar programas individualizadores e acompanhar o desenvolvimento da execução da pena privativa de liberdade e restritiva de direito. No que diz respeito aos COCs, seu trabalho (perícia técnica) fica restrito à obtenção de elementos mais precisos àquela individualização, no caso de condenado ao regime fechado. Inexiste, portanto, na nova configuração da Lei de Execução Penal espaço para que laudos e pareceres vinculem a decisão judicial, sobretudo porque deixam de ser peça processual a informar o incidente executivo. Mais: penso que há verdadeira vedação às CTCs e aos COCs de produção de material opinativo destinado à instrução do incidente executivo, seja progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação, nos termos da redação do § 2.º do art. 112.

A opção legislativa é clara, e eventual entrave ao alcance dos direitos em face de perícias desfavoráveis parece ser direta ofensa à legalidade penal, constituindo cerceamento de direito. Se o requisito subjetivo existia e a reforma penitenciária optou por sua remoção, nítido o fato de que havia falhas, distorções e/ou impossibilidades técnicas de realização da prova pericial ou parecer técnico, não cabendo, portanto, ao julgador, ao órgão acusador, ou a qualquer outro sujeito da execução, revivificar o antigo modelo. Do contrário, estar-se-á empiricamente auferindo ultratividade à Lei Penal mais gravosa que determina quantidade superior de requisitos para o gozo dos direitos, ofendendo a lógica formal e material do princípio da legalidade penal.

Outrossim, correlata à tendência de diminuir entraves burocráticos, cuja existência apenas servia para tornar mais morosa e indefinida a execução da pena, a Lei 10.792/2003 retirou a atribuição opinativa do Conselho Penitenciário nos casos de livramento condicional. Restringiu a atuação consultiva do órgão aos pedidos de indulto e comutação da pena – manutenção de justificação pouco compreensível –, reforçando seu papel fiscalizador de inspeção dos estabelecimentos penitenciários, emissão de relatório anual sobre as condições das casas ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), supervisão de patronatos e assistência aos egressos (art. 70 da Lei de Execução Penal).

Inominável paradoxo exsurge: a Lei 10.792/2003, apesar de institucionalizar regime bárbaro de execução de pena (RDD), maximizando poderes da administração penitenciária no que diz respeito às disciplinas (relação entre preso e gestores do cárcere), inova na retirada dos laudos e pareceres técnicos, peças processuais cuja eficácia histórica foi a de manter absoluta sobreposição do discurso da criminologia administrativa sobre o sistema jurisdicional. Assim, elimina elemento de análise subjetiva do apenado corporificado nos laudos e pareceres, os quais postulavam extrair o grau de amoldamento interno e arrependimento do apenado, signos identificados, no discurso penitenciário, com "ressocialização". No entanto, mantém-se o pressuposto subjetivo "bom comportamento carcerário", sinônimo de disciplina e adequação às regras institucionais. Nota-se, pois, na alteração discursiva que a permanência do requisito "bom comportamento" otimiza um discurso rígido e hermético, alheio aos (falsos) humanismos ressocializadores, cujo resultado é declarar abertamente toda crueza do novo fim apregoado à sanção no Estado Penal.

6. A lógica de Lampeduza: recaída de Tântalo ou do terapeuta?

Após a edição da Lei 10.792 em dezembro de 2003, as políticas penitenciárias do Governo Federal e dos Governos Estaduais passaram por um processo

de reavaliação. Embora a finalidade precípua da nova lei tenha sido criar modelo de execução penal no qual o preso considerado "perigoso" sofreria inúmeras restrições aos direitos fundamentais, exigindo, portanto, adequação normativa e estrutural ao novo regime penitenciário, nítida a necessidade de as Secretarias de Justiça e Segurança, mais propriamente as Secretarias de Serviços Penitenciários, reverem o papel dos técnicos, como anteriormente descrito.

A alteração direcionada a otimizar/modificar o trabalho de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais estruturou-se no entendimento de que a eles não caberia mais a função de emitir laudos/pareceres, mas sim de elaborar, para o apenado, um programa individualizado com escopo de tornar menos aflitiva sua pena, proporcionando-lhe, na medida do possível, retorno menos dramático ao convívio social. A justificativa, portanto, não foi apenas fundada na verificação empírica de que os técnicos não têm condições de acompanhar adequadamente os apenados de modo a lhes capacitar a realizar diagnósticos/prognósticos. Neste particular, o objetivo da reforma foi claro: inverter a lógica administrativizada do paradigma etiológico que informa(va) o trabalho dos técnicos, determinando que os profissionais, em vez de ficarem em seus gabinetes produzindo mecanicamente perícias e pareceres, trabalhem junto aos presos no sentido de lhes auxiliarem no retorno menos hostil à sociedade.

Todavia, no Rio Grande do Sul, a Secretaria de Justiça e Segurança (SJS-RS), após criticar violentamente a retirada da obrigatoriedade dos laudos e pareceres criminológicos, prontamente apresentou novo Regimento Penitenciário (Portaria 14, de 21.01.2004, *DOE* 23.01.2004), no qual, para que seja atestado ao preso "bom comportamento", inúmeros requisitos são apresentados. O "bom comportamento" carcerário, requisito histórico para progressão de regime e livramento condicional, adquire importância significativa com o advento da Lei 10.792/2003. Com o remodelamento da função dos técnicos, há uma objetivação dos pressupostos para o alcance dos incidentes executivos. A Portaria 14/2004 da SJS-RS, porém, manifestando notório desagravo à legalidade federal, incre-

mentou, por meio da tipicidade aberta "comportamento carcerário", os requisitos, não apenas reinstituindo os laudos/pareceres, mas ampliando o rol que a própria Lei de Execução Penal determinava como pressupostos para o gozo dos direitos públicos subjetivos de minimização da pena.

Segundo o art. 15 da Portaria 14/2004, "quando da emissão do documento que comprove o comportamento do apenado, previsto no art. 112 da Lei 7.210/1984, com as alterações introduzidas pela Lei 10.792/2003, o diretor/administrador do estabelecimento considerará o seguinte: I – a classificação da conduta nos termos do artigo anterior [neutra, plenamente satisfatória, regular ou péssima]; II – manifestação formal, sucinta e individual de, pelo menos, três dos seguintes servidores com atuação no estabelecimento penal em que se encontrar recolhido o apenado: a) presidente ou membro do Conselho Disciplinar; b) Responsável pela Atividade de Segurança e Disciplina; c) Responsável pela Atividade Laboral; d) Responsável pela Atividade de Ensino; e) Assistente Social". E, no § 1.º estabelece que, "se as características individuais do preso indicarem que a concessão do benefício pleiteado poderá gerar reflexos nocivos a ele ou à sociedade, o diretor/administrador poderá juntar ao documento referido no 'caput' deste artigo, avaliação psicológica e/ou psiquiátrica como subsídio à decisão judicial. Nesta avaliação, poderão ser referidos a prognose de reincidência e grau de adesão do apenado ao Programa Individualizador previsto no art. 6.º da Lei 7.210/1984, com as modificações inseridas pela Lei 10.792/2003".

Em realidade, por meio de uma burla de etiquetas, a SJS-RS reintroduziu ilegalmente, pois não possui atribuição, a legislação revogada, recriando o modelo fracassado de avaliação psicológica do condenado que a reforma procurou alterar. Se o modelo de execução da pena no Rio Grande do Sul, cujas características não diferem substancialmente das dos demais Estados Federados, atinge na atualidade níveis de insuportabilidade em decorrência da falta de condições materiais e de recursos para investimento em melhorias, com a publicação da Portaria 14/2004, o Governo do Estado, por meio da Secretaria de Justiça e Seguran-

ça, consegue a proeza de "dobrar ilegalidades". À ilegalidade fática, que é a imposição do suplício da superlotação – ilegalidade sempre excusável e tolerada, visto ser o problema carcerário "eterna fatalidade" –, o Poder Público consagra a ilegalidade normativa, pois viola abertamente a Constituição e a legislação federal, desrespeitando a estrutura básica das atribuições legislativas reguladas no art. 22, I, da Constituição da República.

Mais. Não obstante reinstaurar o modelo etiológico das práticas criminológicas, refunda a lógica burocratizante dos sistemas administrativizados. A Lei 10.792/2003, ao abdicar do parecer do Conselho Penitenciário para grande parte dos incidentes de execução, procurou agilizar e tornar absolutamente judicializado o processo de execução penal. No entanto, em casos de condenados a longas penas, com histórico de fugas ou condenados por crimes hediondos ou equiparados, a Portaria da SJS-RS criou mecanismos internos mais morosos e obscuros que aquele previsto com o antigo Conselho.

Determina o § 3.º do art. 15 da Portaria 14/2004 SJS-RS que, "nos casos de apenados por delitos hediondos, ou equiparados, tais como: tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, ou com histórico de fugas, ou com envolvimento em formação de quadrilha, ou com pena superior a 20 anos, o atestado do diretor/administrador [atestado de bom comportamento] haverá de ser homologado por Comissão da Secretaria da Justiça e da Segurança, presidida pelo Secretário, por maioria de votos".

A manutenção da crença nas antigas práticas, cujos efeitos experimentamos diariamente pela iminência de conflitos carcerários, ofusca qualquer possibilidade de câmbio da realidade.[3] Na verdade, atos desta natureza parecem apoiar

3. Não obstante os atos descritos, a jurisprudência de resistência vem atuando com intuito de demonstrar as irregularidades provenientes da recente reforma legislativa. Nesse sentido, "Agravo em execução penal. Progressão de regime. Nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal. Requisitos ao benefício. Portaria 14, 21.01.2004, da Secretaria da Justiça e da Segurança do RS: Ilegalidade do inc. II e seus §§ 1.º e 2.º do art. 15. O art. 112 da Lei de Execução Penal, alterado pela Lei 10.792 (1.º.12.2003), exige, à progressão, apenas o cumprimento de lapso temporal e

falido modelo carcerário que vivificou o Tártaro na contemporaneidade. Enfim, presenciar esta realidade sugere que a única mudança permitida é aquela proposta por Lampeduza: a mudança necessária para que tudo permaneça como está.

7. A resistência de Tântalo aos ambientes severos e o trabalho de Sísifo

Após reconstruir de forma fragmentária e entrecruzada os paradoxos criminalizadores e punitivos da Lei Penal brasileira nas últimas décadas, penso ser possível o diagnóstico da gradual sobreposição, mediante os discursos de emergência, do modelo de hiperpunibilidade do Estado Penal ao romântico escopo ressocializador presente nas políticas públicas do Estado Social. E se no Brasil o Estado Social é experiência não vivida, distante da realidade das pessoas e presente apenas nos longínquos discursos do(s) poder(es), o incremento da punição tende a ser absolutamente rústico, pautado numa ritualística de distribuição de martírios focalizada na segregação/contenção dos indesejados.

A veracidade da tese encontra guarida na progressiva barbarização das normas relativas à execução da pena, sobretudo da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado.

Com a corporificação contemporânea do Tártaro – no qual, não esqueçamos, os sofrimentos-pena são eternos –, as tendências acadêmicas pautadas na minimização da programação sancionatória dos poderes (minimalismo, realis-

bom comportamento carcerário (desde que o sistema não a vede: crimes hediondos). Não se podem impor outras condições, pena de imputação penal agredir princípio maior: prejudicar cidadão sem base em lei. Ao órgão do Ministério Público e à defesa competem destruir a presunção vinda da declaração de comportamento expedida pela autoridade carcerária. Critério para aferição do bom comportamento: inexistência de falta disciplinar – apurada via PAD – nos prazos do art. 14 do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. O inc. II e seus §§ 1.º e 2.º do art. 15 do RDP-RS, agridem o princípio da legalidade por impor requisitos – ao benefício – que a Lei Federal (art. 112 da Lei de Execução Penal) não exige – aliás, objetivo da sua nova redação. Agravo provido" (TJRS, 5.ª Câm. Crim., Ag Execução 70007705221, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 11.02.2004).

mo marginal e abolicionismo) aparecem quase como ideais de uma utopia irrealizável ou de difícil acesso. As novas formas de gestão penal da miséria, caracterizadoras da face terrífica do controle social na era pós-industrial, indicam que as agências sancionatórias seguem uma pauta programática absolutamente definida na qual o Estado passa a adquirir cada vez mais função policialesca.

Os discursos sediciosos, portanto, se querem ainda ter algum sentido, deverão inexoravelmente estar enraizados em uma concepção pessimista do poder punitivo (princípio da irregularidade dos poderes), pois apenas desde este local conseguirão, com muito esforço, obter (pequenos) ganhos na minimização das violências (garantismo). Penso, inclusive, que a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é o inquisitorialismo, ou seja, que o discurso garantista de gênese ilustrada configurou uma variável insensata na estrutura das formas de poder, uma cisão acidental na história das violências da qual somos herdeiros inocentes, românticos poetas de um passado imaginário.

Neste quadro, creio que duas conclusões são possíveis sobre os sujeitos da discussão. Em relação aos apenados, a constante exacerbação normativa das penas – seja com o aumento da cominação em abstrato, com a subjetivação dos critérios judiciais de aplicação ou a obstrução dos direitos de progressão –, aliada ao ocaso empírico da execução representado nas inomináveis condições de cumprimento, refletem a capacidade hercúlea de o ser humano adaptar-se a ambientes hostis, de superar a cada instante os limites da própria humanidade.

No que tange a nós, "pensadores humanistas e críticos do sistema penal", vejo que o trabalho de denúncia e atuação processual voltada à contração do sistema de violência parece retratar, como reflexo da pena imposta aos indesejáveis que habitam os horrores do Tártaro, igualmente uma sanção. Talvez uma sanção apenas assemelhada a do Sísifo descrito por Ulisses: "Vi Sísifo, e o modo por que ele, com pena indizível, com as mãos ambas tentava arrastar uma pedra enormíssima. Firma os dois pés no chão duro, com ambas as mãos esfor-

çando-se para levar para cima o penedo; mas quando pensava que já vencera o alto monte, com força outra vez retornava. Dessa maneira, até o plano, rolava o penhasco impudente. Ele de novo a empurrá-lo começa, suor escorrendo-lhe dos membros todos, enquanto a cabeça de poeira se cobre" (Homero: 1960, 176).

Bibliografia

ANISTIA INTERNACIONAL. *Aqui ninguém dorme sossegado*: violações dos direitos humanos contra detentos. São Paulo: Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1999.

_____. *Defensores dos direitos humanos*: protegendo os direitos humanos de todos. São Paulo: Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1998.

CARVALHO, Salo (Org.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

HOMERO. *Odisséia*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1960.

HUMAN RIGHTS WATCH. *O Brasil atrás das grades*. NY: HRW/Americas, 1998.

MOVIMENTO ANTITERROR. "Carta de Princípios". *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: !TEC/PPGCCrim PUCRS/Notadez, n. 10, p. 7, 2003.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*: uma polêmica. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

REARDON, Francisco. Entrevista. *Caros Amigos*, São Paulo: Casa Amarela, n. 25, 1999.

A execução penal na América Latina e no Caribe: realidade e desafios

César Barros Leal

Procurador do Estado. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério de Justiça. Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Sumário: 1. Introdução (visão do presente) – 2. A superpopulação – 3. O flagelo do autogoverno – 4. As megaprisões – 5. As prisões de máxima segurança e o rigorismo na execução – 7. A readaptação – 8. O divórcio entre as normas e a realidade – 9. As alternativas penais – 10. Apontamentos finais (visão do futuro).

Resumo: A realidade penitenciária na América Latina e no Caribe é mostrada em sua crueza neste artigo, originariamente escrito em espanhol, que analisa os problemas angustiantes dos cárceres da região, entre os quais se destaca o excesso populacional, causado pela morosidade da justiça, pelo uso demasiado da pena privativa de liberdade, pela fixação de penas longas, pela insuficiência de vagas e pela resistência às penas alternativas por parte de juízes e promotores de justiça. O autor expõe os males do autogoverno, das megaprisões e da tendência ao rigor na execução da pena. Após enfatizar as condições precárias da grande maioria dos estabelecimentos penais (onde se violam sistematicamente os direitos humanos dos encarcerados) e assinalar o fracasso da meta de ressocialização, bem como o divórcio entre as normas e a realidade, o autor realça a importância das penas alternativas e elenca algumas propostas para a melhoria do sistema prisional.

Palavras-chave: Superpopulação; aglomeração; direitos humanos; readaptação; alternativas penais; desafios.

"El ser humano es el dato esencial a ambos lados de las rejas"[1] – SERGIO GARCÍA RAMÍREZ.

1. Introdução (visão do presente)

Ao escolher este tema, quis expor, a partir de uma visão do presente, minha profissão de fé ante o desmedido desafio da execução da pena no mundo contemporâneo.

O conhecimento de diversos sistemas penitenciários (sedimentado ao longo dos últimos vinte anos, nos quais tive acesso a prisões não somente da América, mas também da Europa e do Oriente) autoriza-me a fazer algumas reflexões acerca da melancólica e perversa realidade da América Latina e do Caribe, cujos problemas comuns, estruturais, administrativos e jurisdicionais, resultantes da incúria, da falta de compromisso, da ausência de políticas públicas, têm sido aprofundados, no curso de décadas, seja pelo Estado (que, em geral, não demonstra vontade política em dar cumprimento às leis e superar os dramas do cárcere[2]), seja pela comunidade, cúmplice no desprezo aos reclusos, marginalizados, analfabetos, ignorantes de seus direitos, quase sempre sem recursos para pagar fiança ou uma defesa jurídica adequada.[3]

1. RAMÍREZ, Sergio García. *Crimen y prisión en el nuevo milenio*. II Congresso Internacional de Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração de Justiça. Fortaleza, Ceará, 24-27.03.2003. p. 13.

2. "Otro aspecto que ha coadyuvado a la crisis actual viene dado por la falta de interés social por el problema de las prisiones. Apatía que no se limita al ámbito del ciudadano común sino que – lo que es mucho más grave – se extiende a quienes tienen a cargo la conducción del Estado. En tal sentido, y más allá de loables excepciones, es patente la falta de voluntad política de los Estados en cumplir sus propias (y buenas) leyes de ejecución y sus propios compromisos internacionales en materia de sistemas penitenciarios. En este ámbito, tanto el derecho penal como el derecho internacional pertenecen, al menos parcialmente, al ámbito del derecho simbólico, promulgado para dar la apariencia de que el Estado o la Comunidad de Estados asumen la función de defensa de la sociedad que la propia sociedad reclama" (CESANO, José Daniel. "De la crítica a la cárcel a la crítica a las alternativas". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Biblioteca Jurídica Virtual, p. 2-3).

3. "(...) entre la población presa predominan los pobres, aquellos que por sus angustiosas condiciones de vida fueron orillados a cometer actos delictivos y no tuvieron acceso a una eficaz defensa

Não tratarei de elaborar uma radiografia desta região inóspita, transbordante de disparidades (mesmo dentro de cada país), onde predomina a desesperança e se perpetra –sob os aplausos dos defensores da retribuição – um ominoso holocausto. Sim, buscarei apresentar, aligeiradamente, os principais desafios dos países da América Latina e do Caribe, com a expectativa de que, algum dia, seja possível achar vestígios de luz no final do túnel.

Bastante, em verdade, já se disse dessas mansões do opróbrio – que representam, com seus muros altos, simbolicamente, "una violenta barrera que separa la sociedad de una parte de sus propios problemas y conflictos"[4] –, e onde medra a erva má do jardim dos vícios e afloram atos inomináveis.

Muitas são:

– Prisões onde vigoram três espécies de normas: as leis ou regulamentos; as regras definidas pelos agentes penitenciários; o código de conduta dos presos;

– Prisões cujo contágio gerado pela convivência intensa e forçada,[5] tal como mostram os estudos de Donald Clemmer e Irving Goffman, as trans-

jurídica porque no contaron con un buen abogado, lo que explica por qué se encuentran purgando una sentencia injusta o absurda. Proceden de las capas sociales depauperadas y presentan mayor vulnerabilidad para ser objetos criminológicos del sistema de justicia penal" (BRINGAS, Alejandro H.; QUIÑONES, Luis F. Roldán. *Las cárceles mexicanas*: una revisión de la realidad penitenciaria. México: Grijalbo, 1998. p. 129).

4. BARATTA, Alessandro. Apud BUJÁN, Javier Alejandro; FERRANDO, Víctor Hugo. *La cárcel argentina. Una perspectiva crítica*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 57.

5. "El peor suplicio de un prisionero, refiere Dostoievski, es la convivencia con ciertos individuos. En las cárceles, hay sujetos con quienes nadie quisiera vivir, ni mirarse siquiera: *Aprendí a apreciar un sufrimiento que es acaso el más agudo y doloroso que es dado sentir en una prisión, aparte de la privación de libertad; me refiero a la cohabitación forzosa. Siempre y en todas partes es más o menos forzada la cohabitación, pero en ninguna parte es tan horrible como en la cárcel; allí existen hombres con los que nadie querría vivir.*" "Resultaba necesario aliviar las condiciones de vida en la cárcel gigantesca y reanudar el antiguo sueño: distribuir a los presos en categorías más o menos homogéneas, evitar la contaminación carcelaria, impedir que mine todos los esfuerzos la lepra de las prisiones: una sobrepoblación asfixiante" (RAMÍREZ, Sergio García. *Los personajes del cautiverio*: prisiones, prisioneros y custodios. México: Porrúa, 2002. p. 103-136).

forma em instrumentos de deterioração, em fábricas de malfeitores reincidentes;[6]

– Prisões governadas pela corrupção, onde se paga pela lealdade; se compra a passagem a determinadas áreas; a localização em espaços mais cômodos; o quarto para a visita conjugal;[7] os exames criminológicos; os serviços médicos, odontológicos

6. "Imaginai uma grande prisão, em que moços e velhos vivam em promiscuidade: criminosos primários e reincidentes; trabalhadores honestos segregados do convívio social em virtude de irreflexões ou fraqueza de um momento, e vagabundos estéreis calejados na senda do crime: homens que medem a extensão de sua desgraça ao lado de outros, de uma inconsciência pasmosa; indivíduos sensíveis que mataram, em uma passageira explosão emocional, seres que amavam, e que definham castigados pelo remorso, e oram nas ocasiões de recolhimento espiritual, ou tentam contra a própria vida em momentos de angústia, convivendo com facínoras monstruosos, que dormiam tranqüilos logo depois de terem trucidado as suas vítimas; pessoas facilmente sugestionáveis que, em lugar de uma educação apropriada que lhes poderia fornecer benefícios, recebem o influxo pernicioso de delinqüentes decididos a prolongar a sua conduta nociva; assassinos, ladrões, estelionatários, falsários, incendiários, estupradores, criminosos de todos os tipos, vencidos pela prepotência do impulso sexual, entregues à prática de atos aviltantes, ou subjugados pelo assalto feroz dos mais fortes e atrevidos; todos vivendo no mesmo ambiente, na mesma estufa, em que o micróbio do mal se desenvolve, multiplica e rebaixa (...). Uma casa assim não pode ser a escola que educa, a pedagogia que emenda, o estabelecimento que reabilita, a instituição que redime, socorre ou purifica as consciências transviadas. Nesse viveiro de germens malignos, nenhum doente se cura ou vê atenuada a sua doença. Nesse retiro, a alma não se retempera, o homem não se refaz (...). Prisões assim não educam: corrompem; não diminuem: aumentam os reincidentes; não elevam a conduta dos criminosos: rebaixam, aviltam; não robustecem a força moral que, pequena seja, se esconde em todos os homens; dificultam uma possível recuperação; não preparam uma reintegração harmônica na sociedade e, por vezes, chegam a esfacelar a personalidade do delinqüente" (Castiglione. In: Licínio Barbosa. *Direito penal e direito de execução penal*. Brasília: Zamenhof, 1993. p. 222-223).

7. "Um dos problemas mais discutidos hoje no direito penitenciário, a respeito do assunto, é a denominada *visita conjugal*, *sexual* ou *íntima* ao preso. Tem-se realçado que a abstinência sexual imposta pode originar graves danos à pessoa humana. Não se pode negar a existência da necessidade sexual, isto é, dos impulsos do instituto sexual, que se fazem sentir numa pessoa adulta normal. Grande parte dos autores voltados ao tema conclui que a abstinência sexual por período prolongado contribui para desequilibrar a pessoa, favorece condutas inadequadas, conduz, em muitos casos, ao homossexualismo, pode tornar-se verdadeira obsessão para o preso e criar um clima tenso no estabelecimento penitenciário, originando graves distúrbios na vida prisional. Um dos recursos que se tem proposto para solucionar tal problema é a visita conjugal, proposta que tem encontrado fervorosos adeptos e adversários, sem que se tenha concluído por uma solução ideal. Assinalam os primeiros que o juiz tem apenas a faculdade de privar o delinqüente de sua liberdade, porém não há lei que determine infringir-se a ele o castigo acessório da castidade forçada, temporária mutilação funcional do ardor erótico. Assim, vem ganhando corpo nas legislações a orientação de se conceder permissão de saída ou visita íntima como solução do problema sexual das prisões. É o que ocorre, por exemplo, no México, Chile, Argentina, Estados Unidos, Espanha, Nicarágua, Venezuela e, em alguns presídios, em nosso país.

Embora em muitas legislações a visita íntima seja considerada como recompensa ou regalia, limitada e gradativa, e concedida apenas aos sentenciados de ótimo comportamento, a tendência moderna é a de

e psiquiátricos; os aparelhos eletrônicos; as chamadas telefônicas; os cobertores de cama; as faxinas (faina de asseio); a liberação de sanções e muito mais;

– Prisões onde amiúdam as revistas abusivas e os assaltos e as agressões se sucedem, com freqüência perturbadora, à luz do dia;

– Prisões onde buracos escuros, insalubres, sem leito, são utilizados como celas de isolamento;

– Prisões onde a delação – conquanto inadmissível entre os presos e punível com a morte – é incentivada pelos diretores como forma de garantir a ordem e impedir evasões;

– Prisões onde o trabalho é um prêmio e os reclusos ocupam seu tempo ocioso tramando rebeliões e fugas, que serão depois exploradas pelas manchetes

considerá-la como um direito, ainda que limitado, do preso. É um direito limitado por não ser expresso na lei como um direito absoluto e sofrer uma série de restrições por motivos morais, de segurança e de boa ordem do estabelecimento. Essa é a posição da visita sexual na Lei de Execução brasileira. O preso tem direito à visita do cônjuge ou companheira (art. 41, X) e o contato íntimo está entre os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3.º), porém é limitado, já que pode ser suspenso ou restringido mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (art. 41, par. ún.)" (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*: comentários à Lei 7.210, de 11.07.84. São Paulo: Atlas, 1987. p. 142-143). "En la cárcel de Olmos, en la provincia de Buenos Aires, en la de Devoto de la Capital Federal y en otras del interior del país, se han conocido casos de relaciones sexuales durante las visitas en que los contactos se efectúan en el patio. En prisiones de la provincia de Buenos Aires, se forma una suerte de biombo humano de presos y sus visitantes que, solidarios, ayudan para que detrás de ese biombo la pareja pueda tener contactos carnales. Toda esa triste escenificación se ve desde los pisos altos. Y en el patrio de recreo habrá guardias que harán la vista gorda. Algunos por una suerte de caridad comunicativa, otros por precio. También es común montar una suerte de carpa en pleno patio para esos fines" (NEUMAN, Elías. *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 269). "Art. 52. La visita íntima es un beneficio otorgado al interno que haya cumplido los requisitos que señala el reglamento. Tiene por objeto principal el mantenimiento de las relaciones del interno con su cónyuge o, a falta de éste, con la persona con quien mantiene vida marital permanente" (Código de Ejecución Penal del Perú, Dec.-leg. 330, de 06.03.1985). "Art. 81. La visita íntima se concederá al interno procesado o sentenciado que cumpla los siguientes requisitos: *a*) haber cumplido el período de observación; *b*) tener informe médico favorable; *c*) observar buena conducta con informe favorable del equipo técnico de tratamiento; *d*) no estar cumpliendo una sanción disciplinaria. En todo caso la visita íntima se realizará bajo las recomendaciones de planificación familiar que determinará el servicio médico del establecimiento. Art. 82. La visita íntima se realizará en un ambiente que posea las mejores condiciones de higiene y reserva que no deberá ser en ningún caso el dormitorio del interno. Este ambiente tendrá un acceso independiente. Art. 83. La visita íntima será concedida por el director del establecimiento previa recomendación del equipo técnico de tratamiento. El servicio deberá ser renovado cada tres meses" (Reglamento del Código de Ejecución Penal del Perú, Dec. Supremo 012-85-JUS de 12.06.1985).

dos jornais e pelos noticiários da televisão, que anunciarão de maneira destacada seu enfrentamento com a polícia e talvez seus óbitos;

– Prisões onde, em protesto, os encarcerados se suicidam (El Salvador) ou costuram seus lábios ou pálpebras (México); se rebelam ante a lentidão de seus processos (Brasil, Bolívia, Guatemala, Panamá) e são reprimidos com gás paralisante (Colômbia); andam com armas brancas na cintura (Venezuela) e tocam fogo nas colchas de poliuretano para provocar incêndios (Argentina).

Em relato avassalador, disse José Raúl Bedoya (contrabandista de armas que passou a metade de sua vida em calabouços da América do Sul e do México), em seu livro *Inferno entre grades*, que o submundo da prisão não pode ser descrito com "frases adornadas ni palabras rebuscadas, pues para escribir realidades desnudas la lírica debe estar ausente, y sería tanto como querer adornar un cadáver".[8]

Visível em quase a toda a América Latina e no Caribe, este quadro sombrio tem sido objeto de contundentes denúncias, feitas por organismos internacionais de defesa dos direitos humanos e por renomados penitenciaristas, para os quais o sistema – cuja seletividade reproduz e agudiza as desigualdades sociais – padece, cada vez mais, a superpopulação, a violência (física, psíquica e sexual[9]), a

8. BEDOYA, José Raúl. *Infierno entre rejas*. México: Posada, 1984. p. 13.

9. "Había unos veinte sujetos inhalando thiner, tragando pastas, fumando marihuana e inyectándose heroína. Hacían una algarabía insoportable, pues por los efectos de las drogas estaban eufóricos. De pronto, uno de ellos dijo:

– En la remesa de hoy vino un muchachito bizcocho, con él completaríamos la pachanga.

– Vamos por él – dijeron los demás y se fueron a su celda.

Se trataba de un joven campesino de unos 20 años, que había sido traído de una cárcel de provincia para cumplir su sentencia en Santa Marta.

Como pudieron rompieron el candado de su celda y lo sacaron a rastras a un patio interior, lo desnudaron y lo sentaron como a un buda, y uno a uno se iba quitando su ropa; lo iban besando y tocando. Aquello parecía una de las danzas que los indios acostumbraban cuando iban a sacrificar a alguien. El muchachito empezó a gritar, pero uno de los sujetos le tapó la boca con sus mugrosos calzoncillos; temblaba con un gran miedo reflejado en sus ojos. Yo me hice el dormido para no despertar la furia de aquellas bestias. Entre varios lo agarraron para inmovilizarlo, mientras los demás, uno a uno, le metían su miembro, así sucedió hasta que pasó por todos. El muchacho no

drogadição, males que fazem dos cárceres ambientes de estigma, de inadaptação, de metástase social, onde se avilta a personalidade, se destroça a privacidade, se vulnera a dignidade, se destrói a identidade social, se acentua a insegurança, em um exercício contínuo de despotismo e degradação por parte do pessoal administrativo e dos cabeças da massa carcerária.

Na Jornada Criminológica-Penitenciária "La Cárcel Hoy y Mañana en Chile, Colombia, España y Perú", em San Sebastián, España, em março de 1998, Juan Andrés Sampedro Arrubla, em palestra intitulada: "Apuntes sobre la Resocialización en el Sistema Penitenciario Colombiano", advertia: "El sistema penitenciario produce vergüenza; en lugar de cárcel tenemos verdaderas cloacas, máquinas cínicas como hornos crematorios que mantienen cadáveres vivos sufrientes".[10]

No Brasil, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNOCP, subordinado ao Ministério da Justiça, reativou um antigo projeto de visitas de inspeção a prisões de todas as unidades da federação, medida necessária em um país que desconhece a quantidade exata de prisões existentes. Por isso, não deve causar pasmo a imprecisão das cifras divulgadas pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), algo que aflige os demais países do continente, com sérios prejuízos para as políticas penitenciárias. Se, faz três ou quatro anos, se exibia um número de estabelecimentos semelhante ao do México, em janeiro de 2004 se refere a existência de 1.431 unidades, das quais 279 são penitenciárias, com um total de 284.989 presos (272.462 homens e 12.527 mulheres), um salto

aguantó y murió en medio de una gran charca de sangre y excrementos, pues lo reventaron por las violaciones consecutivas.

No satisfechos con lo que habían hecho, aquellos buitres le cortaron el miembro y los testículos y empezaron a jugar con ellos, tirándoselos entre sí, para ver si atinaban a que les cayera en la boca. Presenciando semejante atrocidad, los cabellos se me hicieron un nudo y me crispé todo. La mente se me nubló y me dejé caer en la cama, nervioso y desmadejado" (BEDOYA, José Raúl. Op. cit., p. 225).

10. NEUMAN, Elías. *El estado penal y la prisión-muerte*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001. p. 247.

enorme quando se compara com os dados de 1995: 148.000. Os membros do CNPCP têm dado testemunhos muito duros sobre a precariedade física (estabelecimentos ruinosos, obsoletos, que coexistem com unidades modernas, tendentes a deteriorar-se com rapidez, pela aglomeração e pela falta de zelo), a miséria humana a que se submetem homens e mulheres a quem se deveriam assegurar todos os direitos não atingidos pela lei ou pela sentença, porém que perdem muito, muito mais, máxime em delegacias policiais (uma mácula de numerosos países), onde milhares deles habitam cubículos abarrotados e hediondos, em um padecimento de matiz medieval em pleno século XXI.

2. A superpopulação

De acordo com o Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinqüente (Ilanud), em 2000 a população carcerária da América Latina e do Caribe era superior a 620.000 (com e sem condenação), o maior contingente na América do Sul.

Os relatórios dão a conhecer que a superpopulação (o Brasil e o México nos primeiros lugares) é o mais sério dos problemas, posto que provoca aglomeração (181% no Brasil, 145% na República Dominicana, 146% em Honduras, 162% na Bolívia; são ao redor de 20 países na América Latina com população igual ou superior ao nível considerado crítico: 120%), promiscuidade, tensões, ociosidade, além de prejudicar funções e serviços básicos como trabalho, educação, recreação, saúde, alimentação, assistência jurídica e segurança.

Em termos de saúde, por exemplo, se constata uma incidência elevadíssima da tuberculose e da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, enfermidades que em alguns cárceres chegam a proporções alarmantes em virtude da aglomeração, da falta de assistência médica e da circunstância de que os reclusos recebem regularmente visitas –íntimas, inclusive – que amplificam a disseminação de doenças.

A superpopulação,[11] um mal endêmico do qual quase nenhum dos países da região está isento, tem múltiplas causas, tais como:

– a morosidade da justiça (segundo Morry Tidball-Binz, "en la mayoría de nuestros sobrepoblados centros penitenciarios de América Latina y el Caribe, más de 70% de la población no ha sido sentenciada debido a la lentitud de los procesos judiciales y, por tanto, se trata de personas presuntamente inocentes");[12]

– o uso excessivo da privação de liberdade, com elevada porcentagem de presos provisórios à espera de uma sentença, que pode ser condenatória ou absolutória (90% em Honduras, 76% na Guatemala e 67% no Panamá); muitos permanecem enjaulados durante anos, as vezes por tempo superior àquele que a sentença, na hipótese de serem condenados, lhes imporia. Consoante Rosa del Olmo, "Una gran proporción de la población carcelaria está conformada por pequeños ladrones, quienes frecuentemente pasan más tiempo en prisión esperando sentencia que lo establecido legalmente por los delitos de hurto, violándose el principio legal de la presunción de inocencia que establecen los Códigos Penales que, siguiendo la tradición europea, definen los delitos y sus respectivas penas, y también el principio del debido proceso. Así, la pena adquiere

11. "Al tratar el tema de la sobrepoblación penitenciaria es importante recordar que las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos* establecieron, en 1955, que 'Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso'. Desde ese punto de vista, la mayoría de las cárceles de la región constituyen, por definición, cárceles de hacinamiento, ya que no poseen celdas individuales, sino cuadras o alojamientos colectivos para un gran número de personas" (CARRANZA, Elías. "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles". In: _____ (Coord). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria (respuestas posibles)*. San José-Costa Rica: Ilanud/Siglo Veintiuno, 2001. p. 23). "El sobrecupo en las prisiones trae consigo amontonamiento de los internos y, por consiguiente, la degradación humana. En una estancia diseñada para tres conviven 10 o 15 presos, acarreando consecuencias: promiscuidad, enfermedades (principalmente broncointestinales y dermatológicas), violencia por el espacio vital, extorsiones ('renteos'), además de favorecer prácticas homosexuales" (BRINGAS, Alejandro H.; QUIÑONES, Luis F. Roldan. *Las cárceles mexicanas*: una revisión de la realidad penitenciaria. México: Grijalbo, 1998. p. 141).

12. TIDBALL-BINZ, Morris. "Atención de la salud y sobrepoblación penitenciaria: un problema de todos". In: CARRANZA, Elías (Coord.). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria (respuestas posibles)*. San José-Costa Rica: Ilanud/Siglo Veintiuno, 2001. p. 53.

otro significado y pierde su función original. Otros pasan largos periodos dentro de la cárcel para eventualmente ser liberados luego de ser encontrados no culpables";[13]

– a fixação de penas largas, às vezes sem a possibilidade de fiança, liberdade provisória e progressividade de regime (no Brasil, a pena dos crimes chamados "hediondos" deve ser cumprida, *ex vi* da Lei 8.072, de 25.07.1990, inteiramente em regime fechado; na Costa Rica, se elevou a sanção dos crimes sexuais e do homicídio; em Honduras, se implantou a cadeia perpétua;

– a insuficiência de vagas (na Colômbia, em 1997, os 168 cárceres alojavam 40.590, em um espaço projetado para 28.332 presos; no México, em novembro de 2003, o *déficit* era de 40.000 e no Brasil, em janeiro de 2004, ascendia a 104.263 vagas);

– a resistência, quanto às penas alternativas, de certos juízes e promotores de justiça, que, mesmo dispondo de meios para aplicá-las com êxito, preferem a pena privativa de liberdade. Seria conveniente – aos que minimizam as vantagens dessas penas – conhecer o Ato de Justiça Criminal, da Inglaterra, em que consta que "ninguém deve ser enviado à prisão, a menos que o juiz considere a infração tão séria que somente a privação da liberdade seja capaz de proteger o público do dano que poderia ser causado pelo infrator".

3. O flagelo do autogoverno

Tão vergonhoso como as condições infra-humanas dos cárceres superlotados, que constituem uma pena a mais para seus moradores, é o autogoverno (uma tendência crescente em alguns países, o Brasil entre eles, e que teve na Mesa, no "El Pueblito", em Tijuana, México,[14] um exemplo desonroso durante anos), ou seja, o

13. OLMO, Rosa del. *¿Por qué el actual silencio carcelario?* Texto obtido na internet.

14. Devo confessar que me causou profunda impressão a penitenciária de Tijuana, *La Mesa*. Em setembro de 1989, embora sua capacidade fosse de 1.008, abrigava 5.094 detentos, provisórios e

domínio de prisões por grupos de presos, chefes do crime organizado, fraudadores poderosos, que exercem a autoridade e ditam suas próprias pautas não escritas de comportamento, aplicam sanções, decidem quem deve morrer ou viver, ao mesmo tempo em que vendem produtos e serviços (alimentos, bebidas, armas, proteção etc.) e comandam a extorsão, o narcotráfico e o mercado do sexo.

A maior parte dos reclusos, desarticulados, débeis, vulneráveis, são vítimas da animosidade dos que formam a "elite" do sistema, gozam de privilégios variados e agem como se os demais fossem seus escravos, obrigando-os inclusive a assumir a autoria de crimes não cometidos (o preço para manter-se vivo ou não ser vítima de uma violência sexual).

O autogoverno, que nasce do vazio da autoridade legítima (com a conivência dos agentes prisionais) e da desordem que disso provém, estimula o tráfico de influências, a disputa pelo controle, as mortes anunciadas, os massacres que enchem as telas dos meios de comunicação social.

condenados, homens e mulheres (sem nenhuma separação), 180 famílias residindo em seu interior. As opções de alojamento são: a) as *carracas*, nome com que se designam apartamentos, edificados pelos próprios detentos, nos quais se prima pela comodidade (ao preço de 5.000 a 30.000 dólares); b) os dormitórios (celas para, no máximo, seis pessoas); c) as *carpas*, tendas, barracas de acampamento; d) o pátio, onde perambulam os encarcerados sem teto.

La Mesa – onde sobressai o *Pueblo*, pátio interno no qual podem ser vistos bares, quiosques para venda de bugigangas e comidas, crianças brincando de carrinho, pessoas transitando como se estivessem numa praça de um pequeno povoado, sob o barulho contínuo de um alto-falante – é o exemplo maior da administração caótica adotada por muitos diretores, os quais, com o olhar dirigido exclusivamente para a segurança, concederam privilégios de toda espécie aos presos abonados, poderosos, que passaram a organizar-se, a dominar os mais fracos, a exercer um controle desmedido atrás das grades (BARROS LEAL, César. "Os cárceres mexicanos: uma visão panorâmica". *Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará*, Fortaleza-Ceará, ano 6, n. 11, jan.-jun. 2002). Nota: tradução do autor. Em 20.08.2002, recebi o seguinte *e-mail* do México: "Estimado maestro: Para que agregue a su archivo: A las 2:00am del día de hoy, 20 de agosto, el Gobierno del Estado de Baja California tomó posesión de 'El Pueblito'. Con el uso de la fuerza pública sacó 2.200 internos que habitaban dicha área y trasladó al nuevo penal de El Hongo a 2.189; el resto fue trasladado a penales de máxima seguridad del país como lo son La Palma, Puente Grande y Matamoros. El Gobernador del Estado comunica que a la brevedad posible se iniciará un nuevo penal para mujeres a un costado del penal de El Hongo. Como debes recordar, antes de esta operación, el penal de La Mesa tenía una población de 6.700 internos (...) Saludos (...) Mario Bernal" (Nota do autor).

Importa considerar "que aunque en esencia un gobierno de interno y uno de custodios, tienen los mismos orígenes y similares consecuencias, las manifestaciones de ambos pueden diferir sustancialmente. En el primer caso, el de los denominados *autogobiernos*, las estructuras suelen ser evidentes, dada la existencia de *mesas*, *comités* y otras agrupaciones de internos, en las que, incluso, hay un *presidente* y otros funcionarios auxiliares; en otras prisiones, el sistema de autogobierno está más diluido en la nominación de capataces y coordinadores por dormitorio o por sectores, en cuyo caso el visitador debe indagar la estructura jerárquica y la distribución de funciones. También se dan casos en los que las formas de autogobierno no son en absoluto evidentes; éstos suelen ser centros dominados por personas con amplia capacidad económica que definen las reglas de acuerdo con sus intereses y donde el control sobre los presos, que suele manifestarse en castigos muy severos, contrasta con el evidente desorden que priva en la cotidianidad de la institución. Son éstos los casos en los que se permite a los reclusos que sus familias habiten con ellos, comprar, incluso, terrenos dentro de la prisión para edificar sus barracas, comprar, vender y consumir drogas y alcohol de manera evidente, entre otras situaciones anómalas".[15]

A ordem ilegal muitas vezes não é perceptível a olhos nus, senão que transmite a impressão de uma desordem completa, cujos indicadores seriam: "presencia injustificada de internos en todas las áreas del centro, incluyendo el área de gobierno; reclusos intoxicados o alcoholizados; presencia permanente de alcohol o de drogas; familias que habitan con los internos; presencia de 'escoltas' o de grupos de presos que desean guiar la visita del supervisor penitenciario; asignación de privilegios a un determinado grupo de reclusos (localización privilegiada, celdas especiales, visita permanente o fuera de horario, enseres de lujo, entre otros); ausencia de criterios legales para la imposición de sanciones;

15. *La supervisión de los derechos humanos en la prisión*: guía y documentos de análisis. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997. p. 52.

predominio de actividades recreativas sobre otras de contenido productivo; tráficos ilegales (armas, drogas, prostitución); abuso de autoridad por parte de los custodios y de las autoridades; cobro ilegal de servicios y pago de cuotas por protección o para ser relevados de alguna obligación (consignar ante quién se realiza el pago y el monto); cuotas al personal de custodia por el 'pase de lista'; sanciones impuestas por el personal de custodia sin mediar procedimiento alguno; ubicación de los internos segregados en las inmediaciones o dentro del área destinada al personal de seguridad y custodia o dentro del Área de alta seguridad, y no bajo el control del cuerpo profesional". [16]

4. As megaprisões

A par da progressiva colocação em prática das penas alternativas, impõe-se (devido ao crescimento da criminalidade, ao aumento de apenados graças à eficiência da polícia e do Ministério Público e ao crônico *déficit* de vagas) a edificação de prisões que atendam a presos provisórios e sentenciados em seus diferentes regimes, e desafoguem as cadeias públicas e delegacias policiais. Nos países da América Latina e do Caribe, em uns mais, em outros menos, isso está efetivamente ocorrendo, conquanto se observe uma inclinação para erguer megaprisões, a despeito da recomendação das Nações Unidas de um limite máximo da capacidade.

Depois de apontar dita tendência à construção de grandes complexos e de pontuar que o aumento do tamanho dos cárceres repercute em sua dimensão humana e tem uma relação direta com agressões, suicídios etc., Elías Carranza destaca que os efeitos negativos, "verificados en los países de alto desarrollo, se multiplican en los países periféricos, en razón del hacinamiento e del deterioro de las condiciones materiales de los megacomplejos, cuya construcción y funcionamiento implican tecnologías costosas que, al deteriorarse, son de difícil repo-

16. *La supervisión...*, cit., p. 55.

sición. Basta visitar cualquier hipercárcel de la región con varios años de funcionamiento para comprobar lo que afirmamos".[17]

E agrega o ilustre diretor do Ilanud: "En relación con su distribución geográfica, existe también una tendencia a cometer el error de construir las hipercárceles alejadas de los centros urbanos, alejadas de los circuitos judiciales y alejadas de los lugares de residencias de los familiares y allegados de las personas presas. En este punto cabe reconocer a México el mérito de haber sido, desde hace ya muchos años, pionero en construir, en un mismo complejo, en edificios contiguos, las instalaciones penitenciarias y las de los jueces instructores y promotores de justicia. Los primeros complejos construidos de este modo fueron los Reclusorios Norte y Sur. Esto favorece la inmediación, reduce el número de presos sin condena, elimina los altos costos de transporte y es conveniente desde el punto de vista de la seguridad".[18]

Pequenas prisões, com infra-estrutura básica e respeito à sua capacidade de alojamento, que oferecem assistência médica e jurídica, educação e trabalho (gráfica; serigrafia; eletrônica; reciclagem de papel; conserto de automóveis; fabricação de jóias, calçados; reforma de móveis; confecção de uniformes, bolas, enfeites; indústria de montagem de bobinas de motores e conectores para computadores; costura; decoração etc.), permitem um maior controle e programas de tratamento capazes de diminuir os drásticos efeitos do encarceramento. Experiências de gestão de entidades beneficentes, organizações não-governamentais ou grupos comunitários têm sido exitosas em incontáveis países, o que é comprovado pelas baixas cifras de reincidência. (No que toca às prisões privadas, reconhece-se que o nível de tratamento e de assistência é superior ao das prisões tradicionais, mas continuam sendo questionados pontos substanciais como os altos custos e a delegação ao particular do exercício de funções como disciplina e segurança.)

17. Op. cit., p. 37-38.

18. CARRANZA, Elías. Op. cit., p. 38.

5. As prisões de máxima segurança e o rigorismo na execução

Na América Latina e no Caribe dezenas de prisões de máxima segurança alojam criminosos violentos, habituais, profissionais, autores de delitos de grande repercussão, traficantes de drogas, líderes de bandos, terroristas etc., a quem cabe cumprir uma pena de larga duração.

Situadas usualmente em lugares distantes (o que dificulta a visita dos familiares e o transporte aos fóruns), fazem uso de um código inflexível de conduta, com pesadas sanções na hipótese de indisciplina.

No México, os Centros Federais de Reabilitação (Ceferesos) se caracterizam pelo binômio: tecnologia e segurança. Em Almoloya de Juárez, fui testemunha da rigorosa vigilância, que se estende a familiares, autorizados a ingressar somente na área de visitas e em parlatórios.

Em nosso país, até a presente data, não se inauguraram prisões federais de máxima segurança; algumas *supermaxes* existentes em poucos Estados (onde as fugas e as rebeliões são constantes) não merecem este título. No Brasil, aprovou-se, no final de 2003, uma alteração na Lei 7.210, de 11.07.1984, a lei de execução penal que se aponta como uma das mais avançadas de América, introduzindo o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). O RDD foi rechaçado por unanimidade pelo CNPCP, que se negou a analisá-lo, tendo proclamado que dito regime é cruel, desumano, e se opõe a todas as normas, nacionais e internacionais, que orientam a execução da pena. O RDD, com efeito, é um dos últimos rebentos espúrios da propensão de exasperar a pena,[19] defendida pelos movimentos de lei

19. "(...) existe también la creencia muy difundida en el poder disuador de la sanción penal, especialmente la pena de prisión. Generalmente se cree que la aflicción corporal puede funcionar como una amenaza para que alguien, ante de la posibilidad de cometer un delito, mejor se abstenga de tal conducta para evitar el castigo. Por ello se escucha muy frecuentemente el reclamo de parte de diversos sectores de la sociedad de incrementar las penalidades contra delitos que son especialmente preocupantes para la población" (VÁZQUEZ, Bernardo Romero. "Las estrategias de seguridad pública en los regímenes de excepción: el caso de la política de tolerancia cero". *Revista Brasileira de*

e ordem. O isolamento celular, sua viga mestra, é o mesmo adotado nos cárceres de supersegurança dos Estados Unidos (país onde, já foi dito, as prisões levam a cabo uma verdadeira limpeza social) e somente contribui para aumentar o rol dos desajustados, dos mentalmente desequilibrados, tornando mais inseguro e instável o âmbito das prisões. Esta não é, definitivamente, a resposta válida para fazer frente às sublevações e reprimir a atuação desenvolta das quadrilhas internas.

6. Os direitos humanos

Num cenário – com raras exceções – de desamparo e decrepitude, centenas de cárceres na América Latina e no Caribe se transfiguraram em depósitos de contenção de seres humanos, de cabal desprezo aos direitos fundamentais, onde a violência sexual é sistemática e os maus-tratos um segredo a vozes.

Esta realidade, que simplesmente não interessa ao cidadão livre (o qual não revela nenhum ânimo de melhorar as condições dos presos, já que eles são, a seu juízo, a escória e personificam a violência/insegurança de que são vítimas no mundo exterior), é, contudo, um dos mais angustiantes problemas do sistema carcerário, não obstante a proclamação de direitos em declarações, convenções, regras e princípios concernentes à privação da liberdade, tais como: a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, a Convenção Internacional contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Ciências Criminais 29/88, São Paulo: Ed. RT, ano 8, jan.-mar. 2000). "Uno de los rasgos característicos de las políticas en materia de prevención del delito que estoy aludiendo es la tendencia creciente a aumentar la severidad de las sanciones penales, especialmente de las penas privativas de libertad. Esta tendencia tiene su origen en la confianza generalizada en que los sistemas penales pueden intervenir en la vida social para evitar o resolver ciertos problemas. Más concretamente, se funda en la idea del poder disuasivo de la pena, es decir, en la falsa creencia en que las sanciones penales pueden disminuir la incidencia de conductas calificadas como ilegítimas, e incrementar los 'niveles de seguridad', mediante la disuasión de los eventuales infractores. Como estrategia de política criminal, esta idea se conoce como 'prevención general negativa', porque se presume orientada a la población general y se supone que tiene efectos negativos sobre la posibilidad de cometer algún ilícito" (Idem, p. 95).

Tenha-se em conta, de igual modo, que quase todas as leis de execução penal dos países da América Latina e do Caribe foram escritas tomando como paradigma as Regras Mínimas, de que algumas dessas leis são meros *fac-símiles*.

Em seus relatórios periódicos da área, a Anistia Internacional tem narrado episódios de humilhações, maus-tratos, torturas, cujos responsáveis são carcereiros ou policiais. Um deles – ocorrido no dia 10.12.1998 (aniversário da Declaração Universal de Direitos Humanos), na cadeia pública de Osasco, São Paulo, é simbólico: os 400 presos foram retirados de suas celas e agredidos com golpes e surras, enquanto os policias vociferavam: "hoje é o dia dos direitos humanos, e estes são os direitos dos presos".

As violações de direitos (que incluem: "el derecho a la vida y a la seguridad de la persona; el derecho a no ser torturado o maltratado; el derecho a la salud; el derecho al respeto de la dignidad humana; el derecho a un juicio justo; el derecho a la no discriminación de ningún tipo; el derecho a no ser sometido a esclavitud; el derecho a la libertad de conciencia y pensamiento; el derecho a la libertad de culto; el derecho al respeto de la vida familiar; el derecho al desarrollo personal"[20]) estão na raiz da maioria dos motins que se verificam com freqüência em um universo em que a pena inflingida não é de morte, senão de dignidade e de vida.

Cecilia Sánchez Romero e Mario Alberto Houed Vega, referindo-se aos relatórios de Raúl Zaffaroni sobre a investigação denominada "Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina", asseveram: "A la luz de serias y profundas investigaciones con el propósito de detectar fenómenos violatorios de derechos humanos, se llegó a establecer una realidad tan cruda, que se disipó cualquier duda sobre sus bondades y se puso en evidencia una vez más la urgente necesidad de una serena reflexión crítica". [21]

20. *Manual de buena práctica penitenciaria. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. San José-Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 15.

21. ROMERO, Cecilia Sánchez; VEGA, Mario Alberto Houed. *La abolición del sistema penal. Perspectivas de solución a la violencia institucionalizada*. Costa Rica: Editec, 1992. p. 15.

Ninguém escapa do teatro de horror, nem as mulheres nem as crianças que costumam ficar em sua companhia, visto que são poucas as creches oficiais ou privadas que cuidam dessas crianças. Em nosso percurso por prisões de diferentes países, temos confirmado o menosprezo a uma situação que, em muitos lugares, piora ostensivamente, por maior que seja o empenho – insignificante, em sua expressão quantitativa – de uns poucos abnegados.

Em análise aplicável emblematicamente ao universo das prisões da América Latina e do Caribe disse Antonio Sánchez Galindo, em "El derecho a la readaptación social" sobre as prisões mexicanas: "(...) todavía nuestras cárceles preventivas y nuestras penitenciarías – en toda la geografía del dolor de nuestro país – siguen siendo, en un porcentaje importante, jaulas, cuevas o atarjeas en donde, a pesar de nuestros adelantes teóricos, los humanos delincuentes se pudren en una situación quizá más impactante que aquella que sufrían durante la época precolombina".[22]

Diga-se de passagem que, no México, a Comissão Nacional de Direitos Humanos (CNDH), que tem entre suas faculdades a de supervisionar o respeito aos direitos humanos no sistema penitenciário e de readaptação social do país (e que, segundo o art. 3.º, de sua lei, publicada aos 29.07.1992, com vigência no dia seguinte ao de sua publicação, tem competência para conhecer as queixas relacionadas com supostas violações aos direitos humanos quando estas forem imputadas a autoridades e servidores públicos de caráter federal, com exceção dos do Poder Judiciário da Federação), emite com regularidade recomendações (para dirimir "condições deploráveis" e "decomposição generalizada").

7. A readaptação

Invariavelmente presente no discurso oficial e nos textos legais de um grande número de países (como seu fim prioritário), a proposta de readaptação – de que se

22. GALINDO, Antonio Sánchez. *El derecho a la readaptación social.* Buenos Aires: Desalma, 1983. p. 16.

servem alguns com o único propósito de legitimar o sistema – choca-se com uma realidade que a rechaça e "ha perdido toda credibilidad y todo valor en el campo criminológico",[23] porque "su base fáctica resulta de una inconsecuencia: ¿Cómo privar de la libertad para enseñar a vivir en ella?"[24] Como se pode aprender a viver em liberdade onde não há liberdade? Afinal, "educar para la libertad en condiciones de no-libertad es no sólo de difícil realización sino constituye también una utopía irrealizable".[25]

Nos porões excludentes da justiça em que se transformaram as prisões da América Latina e do Caribe, há uma completa inversão do intento de readaptação, convertida, por suas aporias, em uma mentira institucional que sobrevive de mãos dadas com o embuste e a hipocrisia.

Em obra clássica do penitenciarismo, Augusto Thompson perguntava se a prisão punitiva pode transformar-se em reformadora. Não, ele mesmo respondia com ênfase, ante a existência de uma incompatibilidade entre as metas formais de punição, prevenção e regeneração e as metas informais de segurança e disciplina.[26]

Nada ou quase nada proporcionam as falidas prisões a seus habitantes para que se reincorporem à sociedade. Por certo, a única reabilitação factível é aquela que emana de um projeto pessoal do sentenciado, que espontaneamente – com ou sem ajuda alheia – se preserva a todo custo e escapa da influência criminógena da clausura (prisionização).

8. O divórcio entre as normas e a realidade

O percurso virtual pelos instrumentos do sistema universal e regional de proteção dos direitos humanos (particularmente no que concerne às pessoas

23. NEUMAN, Elías. *El Estado penal...*, cit., p. 153.

24. Idem, ibidem, p. 72.

25. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal. Legitimação* versus *deslegitimação do sistema penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 63.

26. THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária.* Petrópolis: Vozes, 1976. p. 42.

privadas de liberdade), pelas constituições, pelos códigos e pelas leis que tratam da execução da pena, na América Latina e no Caribe, reafirma uma verdade consabida: o divórcio, tão triste como grotesco, entre a teoria e a realidade, entre o discurso e a praxe.

Aos olhos do homem comum é inaceitável essa disparidade, que somente reforça sua desilusão, seu descrédito na aplicação da justiça.

Para ele, é demasiado difícil, ante a imagem de um preso torturado em uma cadeia pública ou uma delegacia, entender e aceitar o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos ("Ninguém será submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes") ou das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos ("As penas corporais, encerramento em cela escura, assim como toda sanção cruel, desumana ou degradante serão completamente proibidos como sanções disciplinares"). [27]

27. Em 1929, a Comissão Internacional Penal e Penitenciária redigiu uma série de regras que dispunham sobre o tratamento dos encarcerados e que, revistas em 1933, foram aprovadas pela Liga das Nações Unidas em 1934. Vinte e um anos depois, em Genebra, a ONU, no I Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, as aprovou na versão atual, sob o título de Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos. De inequívoca importância (segundo a Exposição de Motivos da Lei 9.710/1984, Lei de Execução Penal, são "a expressão de valores universais tidos como imutáveis no patrimônio jurídico do homem"), as Regras Mínimas foram objeto da Resolução 2.858, de 20.12.1971, da Assembléia General – que acatou deliberação do IV Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, em Kioto, Japão, no ano anterior –, na qual se recomendou fossem implantadas na administração das instituições penais e correcionais, pelos governos de todos os Estados-membros. Não obstante suas limitações, as Regras Mínimas buscam consolidar certos princípios fundamentais relativos à administração penitenciária e ao tratamento dos presos e chamam a atenção para a pluralidade das condições socioeconômicas e legais observáveis nos países para os quais são destinados, por isso esclarecendo-se, em suas considerações preliminares, que "nem todas as regras podem ser aplicadas em todos os lugares e a qualquer tempo". Dividem-se em duas partes: a primeira é referente à administração das unidades prisionais e compreende regras aplicáveis a todas as categorias de presos, da órbita criminal ou civil, condenados ou provisórios, inclusive aqueles submetidos a medidas de segurança ou medidas corretivas estabelecidas pela autoridade judiciária; a segunda, por sua vez, trata de cada uma das categorias especiais. A seguir, algumas das Regras Mínimas de Aplicação Geral: "(...) 8. Os presos pertencentes a categorias diversas deverão ser alojados em diferentes estabelecimentos ou em diferentes seções dentro dos estabelecimentos, segundo seu sexo e idade, seus antecedentes, os motivos de sua prisão e o tratamento que cabe aplicar-lhes. Isto quer dizer que: a) os homens e as mulheres deverão ser re-

Seguramente se surpreenderia esse mesmo homem ao visitar um cárcere superlotado, promíscuo, imundo, no Brasil ou na Argentina, especialmente tendo em conta que todas as Constituições brasileiras, sem exceção, fizeram referência ao presidiário e às prisões (a de 1824 já prescrevia, em seu art. 179: "As prisões serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, segundo suas circunstâncias e natureza de seus crimes") e que a Constituição Nacional argentina, de 1853, estabelecia em seu art. 18: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas (...)".

Elías Neuman, com sua proverbial eloqüência, afiança em *Cárcel y sumisión* que "ese tipo de normas son como los faros de un coche que ilumina la ruta pero no lo maneja".[28] Mais recentemente, em sua obra *El estado penal y la prisión-muerte*, regressa ao tema e acrescenta que a prisão "sólo sirve como depósi-

colhidos, até onde for possível, em estabelecimentos diferentes. Em um estabelecimento no qual se recebam homens e mulheres, o conjunto de locais destinado às mulheres deverá estar completamente separado; b) os detidos em prisão preventiva deverão ser separados dos que estão cumprindo pena; c) as pessoas presas por dívidas e os demais condenados a alguma forma de prisão por razões civis deverão ser separados dos presos por infração penal; d) os presos jovens deverão ser separados dos adultos. (...) 10. Os locais destinados aos presos e especialmente àqueles que se destinam ao alojamento dos presos durante a noite, deverão satisfazer as exigências da higiene, levando-se em conta o clima, particularmente no que concerne ao volume de ar, superfície mínima, iluminação, calefação e ventilação. (...) 23.1. Nos estabelecimentos para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das presas grávidas, das que acabam de dar à luz e das convalescentes. Até onde for possível, se tomarão medidas para que o parto se verifique em um hospital civil. Se a criança nascer no estabelecimento, não deverá fazer-se constar este fato em seu registro de nascimento. (...) 27. A ordem e a disciplina se manterão com firmeza, porém sem impor mais restrições do que as necessárias para manter a segurança e a boa organização da vida comum. (...) 30.1. Um preso somente poderá ser sancionado conforme as prescrições da lei ou regulamento, sem que possa sê-lo nunca duas vezes pela mesma infração. (...) 31. As penas corporais, encerramento em cela escura, assim como toda sanção cruel, desumana ou degradante serão completamente proibidas como sanções disciplinares. (...) 46.1. A administração penitenciária escolherá cuidadosamente o pessoal de todos os graus, posto que da integridade, humanidade, aptidão pessoal e capacidade profissional deste pessoal dependerá a boa direção dos estabelecimentos penitenciários".

28. NEUMAN, Elías. "Cárcel y sumisión". *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça*, vol. 1, n. 10, p. 44. jul.-dez. 1987.

to y contención de seres humanos, y aquello que enseñan las leyes resulta excelente, pero sólo en papel".[29]

9. As alternativas penais

Endurecer as leis penais, apostando em seu suposto poder dissuasivo (prevenção geral negativa) é o caminho escolhido por inumeráveis países para frear a criminalidade. O Brasil não é uma exceção: são dezenas os projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional com o fim de implantar a pena de morte, reduzir a idade da responsabilidade penal e tornar mais severas as penalidades.

Interessante, a propósito, é o exemplo norte-americano dos Estados de Wisconsin e Minnesota. Nos anos 80, Wisconsin apostou no agravamento da pena, com o que somente conseguiu multiplicar o número de presos. Minnesota manteve leis menos rígidas e pouco aumentou sua população carcerária. Dez anos depois, Wisconsin apresentou um aumento de 80% da taxa de criminalidade violenta e em Minnesota os índices subiram somente 8%.

Recomendadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas (cujas Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, as Regras de Tóquio, foram adotadas, mediante a Resolução 45/100, de 14.12.1990) e destinadas aos autores de delitos de pequeno potencial ofensivo (emissão de cheque sem fundo, furto de reduzido valor, por exemplo), as alternativas ao encarceramento, além de favorecer a reinserção social do condenado – reduzindo, portanto, a reincidência, na medida em que evitam o contágio do cárcere e não o afastam de seu trabalho e de sua família –, são muito menos onerosas que as penas de privação (nos Estados Unidos, *v.g.*, enquanto o custo médio anual de um preso é de 25.000 dólares, um prestador de serviço representa um gasto de menos de 2 mil dólares; no Brasil, em São Paulo, um preso no regime

29. NEUMAN, Elías. *El Estado penal...*, cit., p. 151.

fechado custa 620 reais e um prestador de serviço, no máximo, meio salário mínimo; na Costa Rica, o desembolso diário com um preso está entre $15 a $50 e para mantê-lo no serviço comunitário são gastos $0,50 diários).

Vistas no contexto de uma política penal de intervenção mínima, essas penas estão sendo aplicadas cada vez mais em todo o mundo, com resultados notoriamente satisfatórios. A este respeito, Sergio García Ramírez, na conferência: "Crimen y Prisión en el Nuevo Milenio", disse o seguinte:

"En fin de cuentas, de la crisis de la prisión han resultado – además de varios desastres – algunos imperativos voluntariosos y quizás providenciales. En un caso, la prisión desaparece; en el otro, reaparece transformada. Veamos ambos. El primero proviene de las fuerzas centrífugas de una prisión fatigada, combatida y desahuciada. Es así que se multiplican los sustitutivos y correctivos. Van generando una familia de penas nuevas o de nueva aplicación de penas viejas, como es el caso de la pecuniaria, y además de alternativas frente a la cárcel y, más todavía, con respecto a la solución penal y judicial del conflicto. La idea central se expresa en unas cuantas palabras, como lo hizo, hace casi un siglo, el criminalista positivista brasileño Américo Ribeiro de Araujo: 'Por buena que sea, la penitenciaría es siempre perjudicial'. En consecuencia, hay que buscar mejores opciones.

En el caso de los sustitutivos y correctivos, abunda la exploración de otros medios penales: no medidas, sino penas. Se busca exclaustrar éstas y hacerlas, por ello, menos facilitadoras del hundimiento final del reo que se produce en la prisión, y más adecuadas a su rescate para la llamada vida libre, que difícilmente se podría preparar en cautiverio. Frieder Dünkel resume: 'la ampliación de alternativas a la pena privativa de libertad se ha convertido en un tema político-criminal central en la mayoría de los países de Europa Occidental'; y así ha ocurrido, en rigor, dondequiera. Las alternativas y los sustitutivos son la más relevante propuesta del legislador – por su dimensión y por sus efectos – en el régimen de sanciones penales (Zannotti). En fin de cuentas, si el instrumento penal constituye – en una sociedad democrática – el último recurso del control

social, la prisión debiera ser también, una vez abolida la pena de muerte, el último recurso de la punición".[30]

10. Apontamentos finais (visão do futuro)

É de especial sentido resgatar os princípios que têm orientado a execução da pena e pelos quais lutaram Marquês de Beccaria, John Howard, Jeremias Bentham, Juan Mabillon e Manuel Montesinos, formadores do direito penitenciário moderno, cujos fundamentos (sob pena de coadjuvar a instauração do império do pavor, da insegurança exacerbada ao limite extremo, da violência inominada e ubíqua, não podem ser postergados).

Como dissemos na *Revista de Ciencias Penales*, publicada por Inacipe, "Las condiciones deplorables en que viven los penados, en un número expresivo de prisiones (...) en lugar de ser una negativa de esos derechos, es, al revés, el acicate de una lucha sin treguas, el desafío impostergable de los que, como nosotros, rechazan la vana iconoclasia de los heraldos del pesimismo y, creyendo en el futuro, encaran la ejecución da pena como una cuestión prioritaria de ciudadanía y seguridad pública".[31]

Há muito por fazer na busca da melhoria do sistema carcerário da América Latina e do Caribe. É preciso, entre tantas outras coisas:

– Encarar a questão penitenciária no contexto mais amplo da política social, da política criminal e da segurança pública;

– Dar prioridade às pequenas prisões (pois, por sua frieza, por sua rigidez, pela preponderância das normas de segurança, as grandes prisões, as cidades-presídios são uma antítese dos ideais de humanização e readaptação); em alguns países há de ser considerada a idéia de regionalizar e descentralizar o sistema;

30. RAMÍREZ, Sergio García. *Crimen y prisión en el nuevo...*, cit., p. 10.

31. LEAL, César Barros. "Una visión de la realidad penitenciaria en México". *Revista de Ciencias Penales*, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 128, 2002.

– Utilizar tecnologias e novos padrões de arquitetura,[32] não dirigidos exclusivamente à segurança senão também ao homem;

– Estimular a formação de bancos de dados, assentados em estatísticas confiáveis e essenciais na formulação das políticas penitenciárias. É lamentável que os registros sejam afetados pela improvisação, pela falta de critérios uniformes e pela negligência na coleta das informações;

– Restaurar os regimes semi-aberto e aberto, comprometidos em muitos países por profundas distorções (no Brasil, milhares de sentenciados se limitam, pela escassez de unidades, a comparecer periodicamente a uma Vara, Secretaria ou Coordenação a fim de assinar um livro de presença, uma prerrogativa que favorece a impunidade e é uma afronta à justiça e às vítimas);

– Pugnar pela classificação dos condenados e pela individualização da pena,[33] cujo menoscabo é simbolizado em nosso país pela Casa de Detenção de

32. "Frente a un hecho disvalioso, denominado delito, que margina las pautas de la normal convivencia y produce en el sujeto – para la conceptuación estatal y normativa – un desajuste al contrato social establecido, el Estado se apropia más que de su libertad, de su vida. En el ámbito latinoamericano, lo recluye en cárceles con apariencia de fortaleza que, desde su misma arquitectura y fisonomía, parecen adjetivar el apremio legal" (NEUMAN, Elías. *Victimología y control social...*, cit., p. 247).

33. "Es preciso clasificar a los prisioneros, si no queremos convertir a la prisión en un infierno de catálogo. La mayor parte de las cárceles son generales, como los hospitales. En éstas se alojan, clasificadamente, pacientes de diversos males. Y en aquéllas se captura, también clasificadamente, a reos de distintas categorías. Ahora bien, el hecho de que en una sola prisión estén individuos di símbolos trae consigo problemas graves y costos elevados: por lo pronto, la custodia ha de ser tan rigurosa y severa como se necesite para contener a los más indóciles; el edificio tiene que contar con las más poderosas y ocurrentes precauciones contra fugas, como si todos los prisioneros tuvieran la misma obsesión por evadirse y la misma capacidad para lograrlo. Esto, que es suficiente para unos, los menos, resulta excesivo para otros, los más. Porque es un hecho que los presos 'imposibles' son una apretada minoría, en tanto que los manejables, más o menos, son la más holgada muchedumbre. Exactamente como en la vida libre" (RAMÍREZ, Sergio García. *Los personajes del cautiverio...*, cit., p. 183). Sobre a individualização da pena, leia-se o que consta na lei que estabelece as normas mínimas sobre readaptação social de sentenciados (México): "Art. 6.º El tratamiento será individualizado, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación del sujeto, consideradas sus circunstancias personales. Para la mejor individualización del tratamiento y tomando en cuenta las condiciones de cada medio y las posibilidades presupuéstales, se clasificará a los reos en instituciones especializadas, entre las que podrán figurar establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas".

Porto Velho, no Estado de Rondônia, conhecida como Urso Branco (onde mais de 1.000 homens convivem misturados, sem nenhuma atividade educativa ou opção laboral), que foi denunciada ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por suas contínuas violações de direitos humanos;

– Selecionar e incrementar o número de funcionários das prisões, principalmente agentes penitenciários e, ao mesmo passo, capacitá-los e oferecer-lhes[34] melhores condições de trabalho, treinamento regular, carreira penitenciária e um salário acorde com a importância e a aspereza de seu ofício, considerando sempre a advertência de Cuello Calón de que o pessoal "si no lo es todo, es casi todo";[35]

– Humanizar a pena privativa de liberdade, posto que a salvaguarda dos direitos humanos é um imperativo da lei e da justiça e obrigação do Estado;[36] por

34. "El personal penitenciario resulta insuficiente en la mayoría de las instituciones y al no existir una adecuada selección del mismo se obstaculiza el cumplimiento del tratamiento de readaptación social, situación que se agudiza ante la falta de una profesionalización de la carrera penitenciaria" (DÍAZ, Antonio Labastida et al. *El sistema penitenciario mexicano*. México: Instituto Mexicano de Prevención del Delito e Investigación Penitenciaria, 1996. p. 35). "La Constitución establece la abolición de los malos tratos, y lo mismo hacen las propias Normas Mínimas; pero para otorgar buen trato se necesita un personal adecuado. Consideramos que es un derecho de todo recluso exigir un personal idóneo porque si no lo es no recibirá el trato que favorecerá la readaptación. Este personal deberá ser seleccionado mediante pruebas psicológicas vocacionales, como en las propias normas se pide, procurando entrenamiento antes de la asunción del cargo y 'revitalizando', constantemente" (GALINDO, Antonio Sánchez. Op. cit., p. 53).

35. CALÓN, Cuello. Apud BUJÁN, Javier Alejandro; FERRANDO, Víctor Hugo. *La cárcel argentina. Una perspectiva crítica*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 96.

36. "(...) el Estado es garante de la dignidad de quienes se hallan recluidos bajo su jurisdicción. En más de un caso lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En varias resoluciones, este tribunal señaló que 'en los términos del artículo 5.2 de la Convención (Americana sobre Derechos Humanos) toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos'.

La misma Corte señaló también la relación – como entre dos círculos concéntricos – entre el deber genérico del Estado de proveer seguridad a quienes viven bajo su jurisdicción, y la obligación específica de hacerlo con respecto a los detenidos. El corolario es una presunción de responsabilidad, expresada así: 'en virtud de la responsabilidad del Estado de adoptar medidas de seguridad para proteger a las personas que estén sujetas a su jurisdicción, la Corte estima que este deber es más evidente al tratarse de personas recluidas en un centro de detención estatal, caso en el cual se debe

isso, impõe garantir ao preso, sujeito de direitos e faculdades (e, do mesmo modo, de obrigações e deveres), assistência material, jurídica, médica (preventiva e curativa), educacional e social, além de trabalho,[37] com direito à remição (evitando o trabalho desprovido de finalidade educativa e produtiva e que não tome em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do recluso, assim como as oportunidades do mercado);

– Oferecer assistência ao egresso, o que requer, especialmente nos primeiros meses, a participação ativa da comunidade (indivíduos, empresas, conselhos comunitários, ONG etc.), a quem cumpre não somente acolhê-lo sem discriminações, resistências ou rejeições, senão também dar-lhe oportunidade de emprego, a fim de evitar sua marginalização (de conformidade com a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, "Nenhum programa destinado a enfrentar os problemas referentes ao delito e à pena se completaria sem o indispensável e contínuo apoio comunitário"; e o art. 4.º da mesma lei estatui: "o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades da execução da pena e da medida de segurança");

– Reduzir o descompasso entre a lei e a prática, induvidosamente um dos maiores reptos do sistema penitenciário. No Brasil, único País da comunidade das Nações Unidas que redigiu suas próprias Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, há um profundo hiato entre o real e o disposto na Constituição da República, a Lei 7.210/1984 e as Regras Mínimas;

presumir la responsabilidad estatal en lo que les ocurra a las personas que están bajo su custodia.' En un *Voto* particular señalé que la función de garante implica: a) omitir todo aquello que pudiera infligir al sujeto privaciones más allá de las estrictamente necesarias para los efectos de la detención o el cumplimiento de la condena, por una parte, y b) proveer todo lo que resulte pertinente –conforme a la ley aplicable – para asegurar los fines de la reclusión: seguridad y readaptación social, regularmente, por la otra" (RAMÍREZ, Sergio García. *Crimen y prisión en el nuevo...*, cit., p. 12).

37. Em seu § 2.º estabelece o art. 18 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos: "Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente".

– Expandir a consciência – por meio de congressos, seminários, universidades, academias de polícia, escolas superiores da magistratura e do Ministério Público etc., – de que a prisão não é a única resposta e que as alternativas penais encarnam um direito penal moderno, centrado na garantia dos direitos humanos;[38]

– Realizar, sempre que necessário, reformas legislativas que abarquem os Códigos Penais, os Códigos Processuais Penais e as Leis de Execução Penal; vários países –Guatemala, Venezuela, Paraguai, Uruguai, Bolívia, Chile, Honduras, entre outros –, com vistas a incorporar institutos mais recentes, criminalizar ou descriminalizar condutas, adotar (novas) alternativas à prisão etc., estão realizando ou já concluíram reformas, tíbias ou profundas, em seus códigos. É um processo lento, com marchas e contramarchas, no qual desempenha um papel importante o Ilanud e cuja dificuldade está no fato de que as reformas tendem a restringir-se aos Códigos Penais, aos procedimentos, ao Poder Judiciário e descartam geralmente o sistema penitenciário; quando o fazem, atendem a reivindicações de caráter disciplinar, com mudanças que asseguram maior controle sobre os presos, ou dispõem – o que é louvável – acerca das alternativas penais.

Se grande é a discrepância entre a lei e a prática, o é por igual entre a realidade do sistema penitenciário da América Latina e do Caribe e a daqueles países que já venceram os males que ainda nos vergastam. Deles podemos e devemos recolher aportes valiosos. Com avanços e retrocessos, alguns países transitaram pelas mesmas sendas que agora percorremos – a preocupação pelos direitos do presidiário e do egresso, a ênfase na capacitação dos servidores, o discurso de

38. "Hasta poder contar con un adecuado estatuto punitivo que responda a las circunstancias históricas, miremos la realidad, sin la atrofiada máscara académica de los que siguen soñando con el discurso repetido de la pena como la mejor respuesta al problema delincuencial, y desmitifiquemos la credibilidad en un derecho penal altamente represivo, y en el endurecimiento de las penas como la panacea criminológica. Una auténtica democratización del control penal exige un derecho penal limitado y garantizador del respeto a los derechos humanos, así como una pena imponible como la última ratio y sólo en defensa de los bienes fundamentales" (PASQUEL, Alfonso Zambrano. *Derecho penal, criminología y política criminal.* Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 3).

reabilitação, a construção de prisões de máxima segurança, a reforma penal e penitenciária (da qual resultou, no Brasil, a Lei de Execução Penal; e no México, a Lei de Normas Mínimas sobre Readaptação Social de Sentenciados) – e encontraram respostas que nos poderiam ser úteis, porém simplesmente ignoramos, já que prevalece a cultura da improvisação que aponta para hoje, para agora, mudanças que somente poderão acontecer a médio ou longo prazo, em razão do abandono a que se relegou o sistema, nos últimos decênios.

O século XXI exige uma nova política penitenciária que logre alterar a dramática situação de grande parte de nossas prisões, albergando, talvez, uma recriação do sistema de execução penal. Este é o maior desafio: o de unir-nos no esforço coletivo de romper o "silêncio carcerário" de que nos falava Rosa del Olmo e perseguir um novo tempo. Como afirmei alhures, muitos poderão dizer que é uma utopia e que não vale a pena sonhar; não os censuro; prefiro, entretanto, associar-me aos que crêem que as utopias, os sonhos, devem ser fortalecidos sempre.

Concluo com as palavras de Luis de la Barreda Solórzano, em "Prisión Aún": "Por supuesto, lo mejor sería que no hubiera sanciones penales, y por ende, que no existiera la prisión, que no fuera necesaria porque se lograra que desapareciera la delincuencia; que el lado oscuro del alma quedara superado, en los procederes humanos, de una vez y para siempre. Pero los sueños, sueños son hasta que no se convierten en realidad".[39]

39. SOLÓRZANO, Luis de la Barreda. *Prisión Aún*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993. p. 15. Apud BRINGAS, Alejandro H.; QUIÑONES, Luis F. Roldán. *Las cárceles mexicanas*: una revisión de la realidad penitenciaria. México: Grijalbo, 1998. p. 79.

Panorama sobre los sistemas de enjuiciamiento penal*

Sergio García Ramírez
Investigador Jubilado Docente en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).

Sumario: 1. Introducción – 2. Régimen constitucional del enjuiciamiento – 3. Régimen internacional – 4. Conexión con el sistema político-jurídico, en general, y con el sistema penal, en particular. La reforma procesal – 5. Principios políticos y técnicos – 6. Función del proceso. El "debido proceso" y el amparo judicial – 7. Legalidad y oportunidad – 8. Equilibrio en el enjuiciamiento – 9. Prueba – 10. Contradicción y defensa – 11. Inmediación – 12. Oralidad – 13. Publicidad – 14. Celeridad. El problema del "plazo razonable" – 15. Lealtad y probidad – 16. Ministerio Público – 17. Acusadores particulares. La víctima – 18. Órgano jurisdiccional – 19. Impugnación – 20. Medidas cautelares o de coerción – 21. Colaboración internacional – 22. La jurisdicción en la ejecución.

1. Introducción

En 1627 afirmó Ludovico Settala, en *La razón de Estado*: no es verdad que los Estados se conserven "con dos cadenas de diamante: la fuerza y el miedo

* Síntesis de la ponencia general del autor correspondiente al tema del mismo título en el XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, convocado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal (México, 22 a 26 de septiembre de 2003). Para la formulación de la ponencia general se recibieron ponencias nacionales de los siguientes autores: Pedro J. Bertolino (Argentina), Maria Thereza Assis Moura (Brasil), Juan Carlos Vásquez Rivera y José Luis Jiménez Jaramillo (Colombia), Daniel Gadea Nieto (Costa Rica), Raúl Tavolari Oliveros (Chile), Teresa Armenta Deu (España), Douglass Casel (Estados Unidos), Jesús Zamora Pierce y Marco Antonio Díaz de León (México), Elodia Almirón Prujel (Paraguay) y Aníbal Quiroga León (Perú).

(...) por el contrario, el imperio y la buena voluntad del pueblo se mantienen con la escrupulosa administración de la justicia". Y eso mismo dijo, con otras palabras, un ordenamiento para la antigua América española, la *Recopilación de las leyes de indias*: "la buena administración de justicia es el medio en que consisten la seguridad, quietud y sosiego de todos (los) Estados". Manuel de Lardizábal, al que mis amigos españoles reclaman como suyo –guipuzcoano– y los mexicanos como nuestro, por nacido en Tlaxcala, escribió con certeza: "Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran medida la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal".

Pese al tiempo corrido y al progreso alcanzado, el manual de navegación de la justicia penal sigue siendo, para muchos, la obra de Kafka con su título escueto y ominoso: *El proceso*. En muchas latitudes han avanzado las manecillas del reloj; en otras permanecen inmóviles, y en algunas han retrocedido. El estudio de este movimiento es la cuestión más ardua que se propone a la consideración y a la devoción del procesalita. Habrá que ver en la realidad cuánto del pasado subsiste en el presente y cómo detiene el futuro.

2. Régimen constitucional del enjuiciamiento

El enjuiciamiento penal constituye un tema de enorme delicadeza para la relación entre el ser humano y el poder político, más los otros que velan en la sombra. En él se resuelve el conflicto más severo entre intereses y personajes desiguales. Y es ahí donde el Estado emplea sus más poderosos instrumentos y el individuo aguarda con sus más frágiles defensas. El vigor y la justificación de aquellos provienen de la misión que asume el Estado cuando ejerce la defensa de los bienes más elevados. El predicamento de las defensas resulta del descrédito que padece el inculpado y de la condición de "enemigo social" con que el pueblo

lo identifica. No ha concluido, de hecho, el tiempo en que el camino de la justicia se iniciaba con la privación de la paz y el deber de la venganza, que confiere una amplísima franquicia.

La Constitución "antropocéntrica" del Estado democrático (Häberle) organiza el sistema de los delitos y sus consecuencias. Al hacerlo fija la frontera radical para el ejercicio del poder. En la agenda político-jurídica contemporánea no existe otro trabajo tan moderador, por una parte, y garantizador, por la otra: conduce las manos del Estado que persigue y castiga, y pone el escudo en las manos del particular que razona y se defiende. De ahí el régimen constitucional del enjuiciamiento, en el que se reflejan los temas y los problemas que gravitaron sobre los gobernados al final del siglo XVIII y que no podrían olvidar los ciudadanos en el alba del XXI. Son, de alguna manera, el medio del que se vale la carta política para dejar al pasado en su sitio y permitir al futuro el suyo.

Primero figura la legalidad penal, que establece una frontera infranqueable; luego, el debido proceso, que formula el itinerario y la solución de la controversia; finalmente, la ejecución de penas y medidas conforme a un designio finalista. No estaríamos satisfechos –porque no viviríamos tranquilos– si la legalidad formal fuese la única garantía posible y exigible de legitimidad material. Por eso la jurisprudencia internacional americana se ha internado en una definición de ley que no se confina en las formalidades cuando se trata de proteger las libertades.

Algunos Estados iberoamericanos –Argentina, Brasil, México, Venezuela–, además de los Estados Unidos, tienen estructura federal. Las Constituciones Federales proveen bases que luego desarrollan los ordenamientos provinciales, locales o estatales. Con frecuencia los ordenamientos sustantivos son únicos para todo el país, y los adjetivos son tantos como las provincias o los Estados federados. Además, hay ordenamientos específicos sobre extremos relevantes del enjuiciamiento, la organización judicial, el Ministerio Público o Fiscal, la policía, la defensoría, etcétera.

Agreguemos los tratados internacionales en torno a cuestiones que atañen al procedimiento, sobre los que volveré adelante. La diversidad legislativa y la multiplicidad aplicativa determinan cierta heterogeneidad en las soluciones adoptadas en un mismo Estado, aunque hay jurisprudencia progresista que extiende a todos los planos del Estado el alcance de derechos y garantías inicialmente previstas –o aplicadas– para uno solo.

De este panorama fluye la propuesta de uniformar los sistemas de justicia penal, al menos dentro de un mismo Estado nacional, en aras de la seguridad y la justicia. Esto allana el camino que conduce a la armonización procesal en países que comparten principios y valores sobre la función y la misión del proceso. Esta es la tierra en la que se ha sembrado el proyecto de Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica.

Esta armonización no implica la decadencia de particularidades útiles que pudieran caracterizar los sistemas nacionales (Amodio). El proceso responde a incitaciones locales, que le confieren el signo que finalmente lo identifica. En suma, la armonía puede florecer sin mengua de las soluciones específicas; la armonización no es homologación forzada, y menos todavía si la homologación trae consigo el retraimiento de las garantías del proceso en una sociedad democrática.

3. Régimen internacional

El derecho internacional de los derechos humanos contiene abundantes disposiciones sobre el enjuiciamiento penal, de las que ya no pueden distanciarse las soluciones nacionales. El torrente internacional se ha incorporado, por diversas vías, en el ordenamiento jurídico de los Estados, de donde resulta cierta unificación regional que prohíja la seguridad jurídica. En el ámbito latinoamericano figura, sobre todo, la Convención Americana de 1969. Los rubros principales son "garantías judiciales" (artículo 8) y "protección judicial" (artículo 25). Una creciente jurisprudencia –más extensa la europea que la americana– ha puesto en operación las disposiciones de este segmento del derecho de gentes.

Por lo que respecta a los países abarcados por las ponencias nacionales, España es miembro del Consejo de Europa y parte en la Convención de 1950; y todos los latinoamericanos lo son de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención de 1969; asimismo, han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No es este el caso de los Estados Unidos ni el de Canadá, donde existe, sin embargo, cierta corriente favorable a la adhesión al Pacto de San José.

Varias constituciones nacionales se han ocupado en tender el debatido puente entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho doméstico. Este enlace constituye la vía natural para el tránsito de las normas y resoluciones internacionales a los sistemas jurídicos nacionales. Algunos Estados han destacado el rango de los tratados internacionales de derechos humanos, como Argentina, Brasil, Venezuela y Nicaragua; otros han establecido la observancia nacional de las resoluciones jurisdiccionales internacionales, como Venezuela misma y Perú, e igualmente se ha previsto –que es el caso de Colombia– la interpretación de las normas sobre derechos y libertades conforme a los instrumentos internacionales y la protección de derechos internacionalmente reconocidos con medios judiciales de derecho interno. México ha propuesto el tema a la consideración del poder constituyente, y Costa Rica admite la ejecución de las resoluciones de la Corte Interamericana en el orden interno.

La admisión generalizada de las disposiciones internacionales en esta materia contribuiría a la construcción de un sistema procesal identificado por cierta comunidad de valores, aunque persistiera cierta diversidad explicable. Así podría plantearse la convergencia en el doble plano de los principios conectados a los derechos humanos y las instituciones del enjuiciamiento.

Hay otros datos "internacionalizantes" del enjuiciamiento penal. A esta categoría pertenecen las disposiciones que acogen la uniformidad material –así, en tipificación de ilícitos– y la cooperación persecutoria, a la que se añade la ejecución extraterritorial de sentencias condenatorias. En este orden tiene

particular relevancia el Estatuto de Roma –acogido por la mayoría de los países consultados–, que encarna un esfuerzo de conciliación de sistemas, tradiciones e intereses nacionales o regionales. A partir de aquí se instituye un "doble sistema procesal": el ordinario, para la inmensa mayoría de los casos, y el "especial o auxiliar internacional", de carácter más bien excepcional en función del principio de complementariedad

Es probable que algunos aspectos del sistema especial acaben por ingresar al ordinario. En algunos extremos, la regulación internacional provee suficientes garantías; en otros, pudiera significar la "flexibilización" de garantías existentes en el derecho interno; por ejemplo, en hipótesis de defensa, libertad provisional, entrega de delincuentes e inmunidad de funcionarios, y desde luego, *ne bis in idem*.

4. Conexión con el sistema político-jurídico, en general, y con el sistema penal, en particular. La reforma procesal

Se ha caminado en la construcción de una nueva realidad democrática en muchos países. De las cenizas de la Segunda Guerra provino una reclamación democrática que exalta los derechos humanos y constituye su indispensable circunstancia. Esta reclamación ha perdurado, oscilante, a lo largo de medio siglo.

La democracia demanda un sistema penal y un tipo de proceso –o unos tipos de proceso–, que la expresen y correspondan: el garantismo sería su signo característico. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en su jurisprudencia consultiva: "El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es (...) inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática, los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros" (*OC* 8/87).

La racionalidad y humanización del sistema, la legitimidad de los órganos que tienen a su cargo la función penal y la provisión de libertades y garantías con ese motivo son los puntos de encuentro entre el sistema político-jurídico con pretensión democrática y el proceso penal que responde a éste: "Los nuevos tiempos de la democracia han determinado las características del proceso pensado y legislado en varios países de nuestra región". Varios textos han recogido expresamente la necesidad de adecuarse al "modelo constitucional" y los tribunales han asumido esa misma preocupación. Subsisten, empero, vacilaciones, contradicciones e inconsecuencias en esta materia tan reacia al progreso. Lo mencionan algunas ponencias nacionales.

No operan en soledad los mejores textos procesales. Todos obedecen a la fórmula orteguiana: son ellos y su circunstancia. El contexto en el que se produce la aplicación de la ley resuelve en definitiva la suerte que aquellos corren, es decir, la suerte de los justiciables. Recordemos a Calamandrei: es necesario que "detrás de la ley fundamental se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se pretenda y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad". Otro tanto se puede decir del proceso democrático: ¿cómo lo habría si los usos del poder conspiran en contra y las resistencias de la sociedad no actúan a tiempo y con fuerza?

Aquí entra en juego cierta convicción sobre el papel del orden penal en la vida social: su calidad y su intensidad. En la mejor doctrina –trasladada a la mejor legislación–, el sistema penal constituye un último recurso: "en la selección de los recursos propios del Estado –ha dicho Maurach–, el derecho penal debe representar la *última ratio legis*". El "principio de la intervención mínima se ha colocado en el centro de la tensión entre Estado democrático y Estado social, desplegando en la legislación penal contemporánea una función casi catárquica" (García Rivas). En suma, se trata de moderar, retraer, seleccionar con escrúpulo el control social punitivo: poner en su sitio al Código Penal y, en general, al sistema penal.

Los pasos de la democracia no son irreversibles. El retorno pudiera alojarse en propuestas para flexibilizar –como se ha dicho en alguna iniciativa de nuestra región– el régimen general de garantías o como introducción de procedimientos o categorías especiales menos exigentes o escrupulosos en la observancia del debido proceso.

El proceso penal tiene, como el sistema penal entero, raíces muy profundas en el derecho de la ilustración. Es beneficiario del humanismo beccariano. A esa herencia política se sumaría la tensión criminológica, con acento en los factores del crimen y en las expresiones procesales de ese acento. La tercera y la cuarta décadas del siglo XX mostraron la fragilidad del progreso democrático y la inestabilidad de las soluciones penales montadas sobre instituciones políticas inestables. Al cabo de la marcha pareció consolidarse el sistema democrático amparado en la intervención mínima del Estado y la expansión de las garantías. Sin embargo, no ha concluido la historia. Esta debiera ser, a mi juicio, la mayor preocupación de los estudiosos del proceso penal.

El auge de la criminalidad tradicional y evolucionada, la declinación de los métodos no punitivos de control social, el desconcierto o envejecimiento de las instituciones encargadas de la seguridad pública y la persecución del delito, la exasperación que reclama soluciones inmediatas y fulminantes, la reaparición de reales o falsos dilemas –seguridad o derechos humanos, *crime control* o *due process* (Delmas Marty)–, la respuesta política providencial, son otros tantos factores que ensanchan la cuenta desfavorable del proceso penal, cuyas funciones se ven influidas por el "discurso sobre la seguridad ciudadana".

El enjuiciamiento penal enfrenta preocupaciones derivadas de la lucha contra una criminalidad sumamente lesiva o peligrosa, como la que entrañan el terrorismo, el narcotráfico y otras expresiones de la delincuencia organizada. Estas han motivado reacciones nacionales e internacionales y formas inquietantes de reducción o modificación de derechos y garantías, que podrían generar un nuevo

sistema de enjuiciamiento, y más todavía, un sistema punitivo material diferente del informado en las corrientes liberales.

El proceso, que se vio iluminado por los progresos constitucionales, ha hecho también otros viajes, con la intención de contribuir al saneamiento de las instituciones republicanas. Esta actividad, que culmina en el activismo, posee ventajas y desventajas considerables. Habrá que formular el juicio a la vista de las condiciones que existen y de los resultados que se presenten en cada caso. La participación en el rumbo de la nave, bien conocida en cuestiones constitucionales, puede interesar también al proceso punitivo. En fin de cuentas, cada revolución ha instituido una "justicia penal revolucionaria".

En suma –como lo señalan las ponencias recibidas– el sistema acusatorio gana la batalla al inquisitivo, con la salvedad recurrente de los procedimientos que invocan circunstancias "excepcionales" o situaciones de "alarma general". La línea que prevalece en la mayoría de los ordenamientos o de las propuestas de reforma, en su caso, es la acusatoria. Con el impulso que aportan los cambios en el orden político-constitucional, algunos Estados han emprendido una importante reforma procesal penal de ese signo. Subsisten, sin embargo, algunos ordenamientos de antigua fecha, cuya vigencia se ha mantenido no obstante los esfuerzos realizados para relevarlos, y se ha reclamado "un urgente cambio" en la que se halle a "contracorriente de la actual situación internacional" (Quiroga León).

5. Principios políticos y técnicos

El proceso recibe las orientaciones que emanan del sistema jurídico-político a través de sendos principios políticos, que organizan, acompañan, legitiman y esclarecen el enjuiciamiento. Por supuesto, en el examen y la comprensión del proceso también vienen a cuentas otros principios de amplio alcance para la obtención de ciertos objetivos sociales, políticos y jurídicos. En ocasiones –como ocurre en el Código Procesal Penal para Iberoamérica– los principios rectores se

hallan en el pórtico mismo del ordenamiento. La exposición de motivos de ese documento explica que el "enunciado de las garantías de seguridad individual" obedece a que éstas conforman el "marco ideológico-político en el cual se inserta todo el procedimiento", y a que, "como valores fundamentales de nuestro orden jurídico, estos principios influyen sobre todo el procedimiento y sobre la interpretación y aplicación de sus reglas". La misma idea se ha abierto paso en otros ordenamientos recientes. Por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal de Chile.

6. Función del proceso. El "debido proceso" y el amparo judicial

Hay que cargar el acento en el acceso a la justicia. No se trata apenas de cualquier acceso a unos tribunales, sino de la "efectiva vigencia de las funciones democráticas del Estado de Derecho (...) en cuanto éste no sólo 'debe' al ciudadano un proceso penal, sino que asimismo ese *debitum* incluye el ser tramitado dicho proceso con todas las garantías" (Bertolino).

El concepto de un debido proceso para la actuación del derecho sustantivo ha evolucionado notablemente y encontrado su acomodo regular, con diversas fórmulas, tanto en las constituciones políticas de países considerados en este trabajo como en los instrumentos internacionales. Todos atienden, en el fondo, a la misma intención garantista. La guarda de ese enjuiciamiento reside en sendas garantías jurisdiccionales: el procedimiento "sencillo" y "breve o rápido", o bien, "efectivo" –suelen decir los instrumentos internacionales sobre derechos humanos– que examine la legitimidad de los actos del Estado.

En principio, el debido proceso es un concepto en evolución, alentada por las vías legislativa y jurisprudencial, que han aportado nuevos derechos del inculpado, sobre todo en el ámbito de su intimidad y su libertad, y de la víctima. Sin embargo, hay aquellas reacciones desfavorables a las que antes me referí, que pudieran desandar la historia.

La jurisdicción interamericana ha explorado también el debido proceso, en una serie cada vez más numerosa de casos contenciosos y en una opinión consultiva. En ésta se dijo: "para que exista 'debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. A ese fin tiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal".

A esa visión estática se añade una visión dinámica: "El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados". En otro pronunciamiento, se previno que la garantía entrañada en el *habeas corpus* y en el amparo no cesa ni siquiera en la hipótesis de suspensión de derechos.

Como antes mencioné, en estos años se observa una creciente tensión entre las corrientes favorecedoras del estricto límite a la acción persecutoria del Estado, articulada bajo la noción del debido proceso, y las impulsoras de un retraimiento o un relativismo de esa misma idea en atención a la seguridad pública, y más aún la seguridad nacional, típica "cuestión de Estado", sujeta al criterio de quien la proclama. De esto son ejemplos tanto el Estatuto de Roma como, en la hipótesis extrema, el procedimiento de inculpados de terrorismo –o de conductas aledañas– que se interna en prisiones inaccesibles y comparecen privadamente ante tribunales excepcionales.

La retirada de los derechos humanos en cualquier categoría de casos anunciaría un retroceso paulatino y seguro en toda la línea del enjuiciamiento. Al cabo, las campanas doblarían para todos. Seguramente por ello la vigente Convención Interamericana contra el Terrorismo (3 de junio de 2002) señala que "las medidas adoptadas por los Estados parte de conformidad con esta convención

se llevarán a cabo con pleno respeto al Estado de Derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales", y que nada de lo dispuesto en aquélla menoscaba los derechos y obligaciones reconocidos por el derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados (artículo 16.1 y 2).

7. Legalidad y oportunidad

El principio de legalidad sustantiva ha constituido la pieza maestra del régimen de garantías. Posee un alcance relativo o recibe modalidades especiales en sistemas de *common law* y en aquellos otros que reciben la influencia de éstos o del derecho de gentes, con sus propios moldes para la formación de normas. También la legalidad procesal ha sido una preciada garantía a propósito de la creación de órganos, el ejercicio de la acción, el desarrollo del procedimiento y el contenido de la sentencia. Hasta hace relativamente poco, dominó la regla de persecución de los delitos y sanción a los infractores cuando se reunían los supuestos materiales y formales del enjuiciamiento, sin espacio para la discreción y la convención. Hay que reconocer, sin embargo, que esa legalidad sin injerencia de la autocomposición ni alivio que sustituya o aligere el enjuiciamiento, dista mucho de cubrir el espacio para el que fue pensada: no se persiguen, ni remotamente, todos los delitos: ni los que integran la enorme cifra negra, ni los efectivamente denunciados (Congreso Internacional sobre el Principio de Oportunidad en Materia Penal).

En la actualidad existen varias cartas a la mano, que van ganando la partida o por lo menos avanzan con paso firme. Se inscriben en la creciente composición entre los protagonistas del hecho penal y en la idea de oportunidad, que reduce el ámbito de la persecución pública y extiende la discrecionalidad de los sujetos públicos que intervienen en el enjuiciamiento, al amparo de una "oportunidad reglada".

La oportunidad corresponde a una arraigada tradición anglosajona, como ha señalado la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (Cassel), pero también ha caminado un buen trecho en otras legislaciones, con apoyo en motivos de política criminal y de gasto eficiente. Esto se observa en varias legislaciones de las que informan las ponencias nacionales. Así las cosas, la naturaleza absolutamente pública de la persecución penal, que favorecía el carácter necesario del proceso, tiene salvedades cada vez más intensas y numerosas. Estas corren por diversos cauces, prohijados por una renovada idea de composición que ha pasado de la materia civil a la penal y que se refleja en el llamado "espacio de consenso". Evidentemente, el ejercicio de la oportunidad debiera incluirse en una política penal clara y justificada, y no quedar al arbitrio de los funcionarios.

Se multiplican, pues, las alternativas a la justicia oficial, auspiciadas por la declinación de los modelos de autoridad en la solución de los litigios y por una corriente privatizadora que reclama la soberanía de la voluntad, encuadrada en el amplio concepto de conformidad (Armenta Deu), que abarca diversas figuras del enjuiciamiento, y urgida por el cúmulo de litigios que agobia a los tribunales. Esas alternativas al proceso figuran en reformas procesales de fecha reciente.

El sistema posee virtudes incuestionables, pero también ofrece riesgos considerables, sobre los que adelante volveré: uno de éstos, consustancial a todo el régimen de convenciones, es la inequidad o, más llanamente, la injusticia. Además, se han aducido cuestiones de inconstitucionalidad, en la medida en que existe pena –o más cautelosamente, consecuencia jurídica del delito, que es una sanción en fin de cuentas– sin proceso, banalización de la justicia y problemas para la ejecución de lo pactado, entre otros inconvenientes (Assis Moura). De ahí la pertinencia de que la autoridad judicial analice el consenso, supervise el pacto y acredite su admisibilidad. No es deseable ni aceptable el acuerdo secreto, que no deja huella y se impone al juzgador.

Otra cosa son las soluciones que dependen únicamente de la voluntad del Estado y que son, por ello, siempre verticales y en buena medida autoritarias.

Contra ellas se han enderezado algunas críticas vigorosas, que ponen de manifiesto los peligros que implica el predominio de una oportunidad depositada en el acervo de potestades del Ministerio Público (Montero Aroca).

En algunos casos examinados en ponencias nacionales, la posibilidad de que el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal, con o sin consentimiento del imputado –hay sistemas en que se ordena recabar dicho consentimiento– y previa satisfacción o garantía de satisfacción del daño, se sustentan en datos objetivos derivados de la relevancia del delito, la repercusión de éste sobre el agente mismo y/o la culpabilidad o participación del propio sujeto activo. En otros supuestos, vienen a cuentas consideraciones distintas que abren la puerta a un régimen de "negociación penal". En éste habría lugar para la formación de "un contrato concertado entre el representante del acusado y el Ministerio Público –y en su caso, con los representantes de los acusadores público y particulares– y aprobado por el tribunal"; así, la pena "de legal, pasa a ser contractual" (Fairén Guillén).

Esa negociación se vincula con: a) la persecución del crimen, en cuanto algunas negociaciones y concesiones tienen que ver con el suministro de información útil para la investigación criminal, de donde el infractor deviene colaborador y, de alguna manera, agente de la justicia, una conversión que censuró el propio Cesar Beccaria; b) la celeridad de los procedimientos y la prontitud de las decisiones, en tanto los acuerdos entre autoridad e inculpado interrumpen la secuela ordinaria del enjuiciamiento, precipitan la resolución definitiva y desalientan las impugnaciones; y c) la economía de la justicia, en la medida en que el procedimiento abreviado, aligerado, desprovisto de grandes formalidades, reduce las erogaciones públicas y privadas a su expresión mínima.

Son diversas las posibilidades de negociación y acuerdo que evite o modere la acusación y alivie o evite la sanción. Las hay depositadas en la ley o atribuidas al acusador oficial; aquéllas, sobre todo en Europa; éstas, en los Estados Unidos (Amodio). El *plea guilty* y el *plea bargaining* han dominado en el derecho

anglosajón, y se considera difícil o acaso imposible que ocurra otra cosa (Cassel y Delmas-Marty). A partir de esa experiencia, la negociación penal se ha difundido ampliamente, adoptando diversas expresiones. Las hay en el derecho europeo, y han ingresado en el iberoamericano. En algún caso parecen favorecer composiciones oscuras y por ello han recibido críticas severas (Zamora Pierce y García Ramírez). En este escenario aparecen "colaboradores" cuyo rol lleva a pensar que se ha relevado a la confesión como "reina de las pruebas" para entronizar en esa posición el testimonio del coimputado o del copartícipe.

Se afirma que la oportunidad debiera administrarse con infinita cautela. En consecuencia, no es debido articularla a negociaciones que empañan el nervio ético de la función penal del Estado. No han faltado los juicios desfavorables hacia estas soluciones claroscuras –"bochornoso chalaneo", señaló Alcalá-Zamora–, pero también hay expresiones de signo contrario. La exposición de motivos del Código Modelo propone organizar la materia –en la que "operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos"–, incorporando criterios de oportunidad "legislativamente orientados".

En el procedimiento penal internacional se recibe el principio de oportunidad a través de la paralización de la investigación y el enjuiciamiento por acuerdo del Consejo de Seguridad, y de la apreciación que hace el Fiscal y confirma el tribunal sobre la conveniencia de llevar adelante el procedimiento conforme a un llamado "interés de la justicia", cuya entidad deberá ser precisada por la futura jurisprudencia de la Corte Penal Internacional.

8. Equilibrio en el enjuiciamiento

Desde el primer acto persecutorio debe plantearse el equilibrio entre los apremios de la investigación y las exigencias del derecho en la persona del indiciado. De lo contrario, la investidura del indagador, autoridad pública, arrollaría la debilidad del investigado. Aquí no se puede hablar de igualdad, pero hay que

hacerlo de equilibrio. De ahí la necesidad de que el principio de inocencia, el derecho a la defensa y las restricciones en materia probatoria, entre otros puntos sensibles del enjuiciamiento, tengan cabida desde la fase preparatoria. Esto se observa en la legislación de varios países consultados.

El principio de igualdad se ha de reflejar en el proceso y trasladar a la solución justa de la controversia. Si esa igualdad se desvaneciera por obra del proceso, como se enrarece por obra de la realidad, aquél dejaría de ser instrumento de la justicia para convertirse en convalidación del poder. Lo cierto es que la "tradición literaria y popular consagra largamente la afirmación del carácter discriminatorio de la justicia penal" (Zaffaroni). También aquí, o sobre todo aquí, es preciso ganar la ardua batalla por el acceso a la justicia, el "más fundamental de los derechos".

De ahí la necesidad de elaborar el enjuiciamiento en forma que de veras permita el juego de los platillos de la balanza, sin que ninguno domine al otro por motivos que no sean las razones de los justiciables, ponderadas en su exacto –o en su menos inexacto– valor. En este punto entran en la escena la independencia y la imparcialidad del juzgador, que deben ser independencia e imparcialidad del proceso mismo, y la posibilidad del inculpado –y, en su caso, de la víctima– de acceder a la justicia, presentar su posición y obtener una sentencia justa. Si estas atenciones se presentan en el proceso social, a través de medidas de "igualación por compensación" (Couture), con mayor razón deben proyectarse en el penal, naturalmente llamado a ser el escenario en el que se consume un arrasamiento seguro y espectacular. Este parece anunciado desde que se proclama, en el epígrafe de la causa, la identidad de los contendientes: el rey, la república, la nación, el pueblo, el Estado contra un ciudadano particular. En el sistema democrático, la demolición se detiene ante los obstáculos que el acusador deberá escalar previamente: la presunción de inocencia, la carga de la prueba y la defensa material, así como una organización del proceso que traduzca el designio de "igualdad de armas".

El principio de inocencia –para no hablar de presunción– tiene muchas hendiduras por las que se filtra y anticipa el castigo; una de ellas, muy profunda,

es la representada por las medidas cautelares. La carga de la prueba también tributa al equilibrio entre las partes. Pero la regla de que esta carga –y mejor todavía, este deber funcional– compete al Estado ha comenzado a declinar a través de regímenes que presumen la ilicitud y ponen en la cuenta del sujeto acreditar la legitimidad de su conducta.

9. Prueba

Aún se afirma –y se consigna en algunas leyes– que el proceso penal pretende la verdad histórica, una verdad "pura y dura" que vence la duda y convence al tribunal. La autoridad que inquiere debe allegarse la prueba de aquello que investiga. Sobre ella pesa este gravamen, necesario para el enjuiciamiento y que en rigor constituye una obligación funcional y, en este sentido, una responsabilidad estricta. Persiste el debate, en cambio, sobre la actividad probatoria del juzgador. Si partimos de ciertas afirmaciones dogmáticas, la solución se complica extraordinariamente. Conforme al paradigma, el juez del sistema acusatorio debiera conformarse con la prueba que las partes le suministran, aunque advierta –porque el tribunal no es "ciego"– que así se le lleva por el camino del error. En los términos del mismo paradigma, el tribunal devendría inquisidor si disipa por sí mismo la sombra que le impide caminar en procuración de la verdad y hacer justicia.

La respuesta pudiera hallarse en el punto donde coinciden las exigencias de equilibrio entre las partes y búsqueda de la verdad material: no suplirá el tribunal al Fiscal, pero no permitirá que una defensa torpe deje la verdad en penumbra y sacrifique al inculpado. Quien puede suplir la deficiencia de la queja –que es una deficiencia a propósito del derecho, pero también puede serlo con respecto a los hechos–, igualmente podría resolver la deficiencia de la prueba, cuyas consecuencias no son menos graves que las de aquélla. En varias legislaciones puede ordenar el juzgador pruebas para mejor proveer.

Tradicionalmente se han rechazado las pruebas contrarias al derecho; ésta es una primera línea de exclusión. Otra, traída por la jurisprudencia, tiene que ver

con la legitimidad de los medios con los que se allega la prueba y con la contaminación que sufrirían los hallazgos cuando su fuente es ilícita: la doctrina del "árbol envenenado", cuyos frutos son deleznables. Si el proceso posee un elevado rango ético, jurídico y político, es natural la exigencia de que la prueba se recabe en forma legítima y se halle sometida al examen crítico. La idea de que el fin justifica los medios se invierte cuando se proclama que la legitimidad de los medios justifica el fin al que éstos se dirigen.

La regla de exclusión, acuñada por una exigente jurisprudencia, ha llevado a desatender –en forma total o parcial– las pruebas obtenidas por medios que la ley reprueba. Ahora bien, las cosas pueden verse desde otro ángulo, hasta conseguir una visión que pone en crisis las soluciones "de una pieza": extrema gravedad del delito cometido –o mejor dicho, atribuido– y levedad relativa, si se hace contraste con aquél, de la violación procesal realizada. Sobre este punto no parece haber unidad de criterios y soluciones uniformes.

10. Contradicción y defensa

El sistema acusatorio se instala sobre un amplio concepto de defensa y supone el debate sobre los hechos y los razonamientos ante el tribunal cuya convicción se pretende formar. La regla de contradicción es el alma del proceso acusatorio; encarna el drama del proceso, que de otra suerte sería un largo monólogo reflexivo del tribunal. Los ordenamientos nacionales proveen la posibilidad de que haya contradicción entre los contendientes a la hora del procedimiento intermedio y sobre todo en el curso del juicio, propiamente. No sucede lo mismo en la etapa de investigación, cuando no hay partes que confronten sus afirmaciones, sus probanzas y sus razones. En esta primera etapa persiste, con alguna moderación, el trato vertical entre quien investiga y quien se halla sujeto a investigación. Sin embargo, el magisterio de la ley que se atribuye al indagador le obliga a ponderar los argumentos del indiciado.

La defensa es un dato crucial del debido proceso en el orden democrático, que abarca numerosos derechos y garantías: en rigor, la posición total del inculpado en el enjuiciamiento, su propia actuación y la de otros participantes en éste se explican en función de la defensa. Destaca la necesidad de que haya defensa completa, oportuna, profesional y competente; además, gratuita cuando el inculpado no puede recurrir a los servicios de un profesional independiente. Los textos constitucionales e internacionales se ocupan en asegurar al inculpado la defensa, como actividad, y la concurrencia del defensor, como protagonista de aquélla. Así lo indican, de manera uniforme, las ponencias nacionales. Más todavía, el abogado debe disponer de las condiciones necesarias para ejercer con eficacia la defensa en el caso concreto. Hay que rodear de garantías el desempeño de la defensa: en otros términos, "defender al defensor", y franquearle el acceso a los datos del proceso y la posibilidad de ofrecer y desahogar las pruebas que su función requiere.

No existe una fórmula única acerca del defensor. Se ha garantizado al inculpado la posibilidad de defenderse por si mismo, pero también se le ha dotado con la facultad de designar a una persona que lo defienda o recibir esta prestación a cargo del Estado, por medio del llamado defensor público o de oficio, derecho bien conocido en el orden internacional. Dicho defensor depende, en algún sistema, de la "misma autoridad" que el Ministerio Público, con los problemas que pueden surgir por esa discutible dualidad. Algunas normas acogen un principio de "libre defensa" que permite, con grave riesgo para el inculpado, designar defensor a una persona de la confianza de éste, aunque sea ajeno a la profesión jurídica y carezca de los conocimientos indispensables para el desempeño de una verdadera defensa (Zamora-Pierce).

Hay que preguntarse, ante cada experiencia nacional, por la capacidad efectiva que posee el sistema de justicia penal para brindar la defensa que se requiere en millares de casos, con la calidad mínima para que resulte "adecuada". Algunos ponentes nacionales han hecho notar que la gran mayoría de las defensas corre a cargo de los defensores oficiales, de oficio o públicos. La carga

abrumadora de asuntos que gravita sobre un puñado de defensores puede frustrar la seriedad de la defensa y echar por tierra todos los discursos que se digan sobre el acceso a la justicia.

Es necesario reflexionar sobre el juicio penal en ausencia del inculpado, que excluye el contradictorio, suprime el debate y priva de defensa a aquél. De ahí que se le mire con antipatía desde la perspectiva del debido proceso; así sucede en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, cuyos autores expresan su reticencia, que comparto. Recientemente se pretendió incorporar esa forma de juicio penal en un sistema nacional; la propuesta –que no prosperó– no sólo consideraba la ausencia del inculpado, sino también la exclusión de las actividades de defensa.

11. Inmediación

La inmediación, que debiera ser característica del enjuiciamiento penal, se plantea, sobre todo, en la etapa de juicio, cuando el tribunal de conocimiento escucha a las partes y recibe las pruebas, pero también es pertinente en otros periodos: en la investigación, puesto que se pretende formar la convicción del titular del órgano que hará la acusación o dispondrá el cierre de aquélla; y en el periodo intermedio, puente hacia el juicio, en el que se dispondrá la remisión a juicio si se llega al convencimiento de que existen elementos para hacerlo.

A la inmediación se opone la delegación de funciones para recibir pruebas o escuchar alegatos, a la que en ocasiones se recurre en virtud de la severa carga de trabajo que enfrentan los titulares de la jurisdicción. Si se pretende formar la convicción del juzgador, no parece admisible que otra persona lo suplante en su desempeño esencial y se convierta en "ojos y oídos" del tribunal. Por eso se ha reprochado que las pruebas reunidas por la policía o el Ministerio Público tengan valor pleno en el juicio. La importancia de la inmediación ha influido, inclusive, en la propuesta de suprimir el recurso de apelación y concentrar la contienda en un proceso de única instancia, como ya ocurre en algunas legislaciones.

12. Oralidad

En algunas constituciones y en numerosas leyes secundarias figura el principio de oralidad, calificado como "el eje central de la amplia reforma de los ordenamientos procesal-penales" (Bertolino). En torno a ella se articulan diversos principios del enjuiciamiento. En mi concepto, la oralidad es consecuencia –o exigencia– de la inmediación conforme al sistema acusatorio. Si el tribunal recibe directamente las pruebas y conoce personalmente las razones y reflexiones de las partes, no podría hacerlo en un ejercicio de silencio, enfrascado en la lectura de los documentos que describen pruebas y exponen consideraciones.

Una cosa es hablar de las formas procesales en abstracto, y otra abordarlas en concreto, ante la realidad en la que se desenvuelve el enjuiciamiento. El proceso que se desarrolla bajo los principios de inmediación, publicidad, concentración y oralidad requiere una rigurosa preparación de sus conductores: tribunal, Ministerio Público, defensor. Si éstos no satisfacen las condiciones requeridas, acontecerá lo que ha sucedido con frecuencia: se proclaman las virtudes de la oralidad, y se despacha el procedimiento conforme a las reglas de la escritura, la delegación y la discontinuidad. Una ponencia general destaca: lejos de avanzar, la oralidad retrocede (Zamora-Pierce).

13. Publicidad

El autoritarismo se vale del secreto como instrumento de gobierno. De ahí que la publicidad constituya una palanca democrática del proceso. Se vincula a la participación popular en la justicia y concurre como vigilia del pueblo que observa el quehacer de la justicia. Al hacerlo, éste contribuye a poner en dirección correcta las manos temerarias o medrosas que la administran: unas que se atreven demasiado y otras que no se atreven en lo absoluto.

La publicidad del proceso corresponde al supuesto en que el pueblo opera "junto" a la regulación constitucional, según la caracterización de Carl Schmitt.

Ahora diríamos: junto a la regulación democrática del proceso y para los fines de éste: "Hoy día, el derecho a la publicidad en el enjuiciamiento se halla ampliamente difundido y consagrado". Ese derecho tiene su cimiento en otros de más amplio espectro: a "decir" y a "saber". Algunos textos constitucionales recogen el principio de publicidad en el proceso, y lo mismo hacen diversos instrumentos internacionales. Las normas procesales organizan la materia con amplia publicidad en la fase de juicio y restringida en la etapas previas.

El principio de publicidad se manifiesta a propósito de los medios de comunicación social, que son, desde hace tiempo, el cauce para que la información llegue al público, o bien, en otros términos, para que el pueblo conozca lo que acontece y ejerza así el derecho a la expresión y a la información. El grave riesgo –uno de ellos, en todo caso– es el "prejuicio" publicitario: primero sentencian los medios; luego, si acaso, la administración de justicia. De ahí que algunas normas prohíban la exhibición de inculpados antes de que exista siquiera indagación judicial, y la difusión que vulnere la probabilidad de un juicio justo.

Si alguna vez observó el pueblo, presente en la sala de juicio, las razones y conclusiones de la justicia, hoy día existe el peligro de que el juzgador reciba en las páginas de los diarios o en los informes y comentarios de la radio y la televisión, los datos a los que luego conformará su sentencia. Por ello se observa que "la independencia e imparcialidad de los jueces aparece potencialmente jaqueada ahora por los medios de comunicación" (Berizonce).

14. Celeridad. El problema del "plazo razonable"

La cuestión del plazo razonable para resolver un juicio ha llegado, por supuesto, al dominio del derecho internacional de los derechos humanos. Al sostener que el tribunal de derechos humanos puede considerar de oficio la observancia del plazo razonable, se ha subrayado el alto rango de esta garantía (CEDH). El plazo debe ser razonable en función de las circunstancias, es decir,

en forma relativa, pero también debe serlo en términos absolutos. La demora en el enjuiciamiento constituye un problema ampliamente observado; difícilmente se podría encontrar un lugar donde no haya queja por esa tardanza.

Algunas leyes fundamentales establecen el principio de solución pronta y expedita, con determinación de plazos totales para la conclusión del juicio y específicos para el cumplimiento de ciertas etapas o la emisión de actos determinados. La materia aparece en varios tratados internacionales y en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, acogida por la Corte Interamericana. Los ordenamientos secundarios reproducen el "estándar" del plazo razonable o fijan plazos para la duración del proceso, además de los señalados como referencias temporales a diversos actos y etapas del enjuiciamiento. Y alguna jurisprudencia ha buscado destacar el derecho a una solución pronta de la controversia (Bertolino) o suplir el silencio de la ley con criterios acerca de los plazos admisibles y las causas que pudieran determinar la duración del proceso (Assis Moura).

Desde luego, lo que más importa es que se haga justicia, y ello significa que en la colisión entre dos derechos fundamentales –derecho a defensa y derecho a la solución definitiva en un plazo razonable– el primero prevalece sobre el segundo, como se ha estipulado en algunos textos y ha destacado la doctrina. Esto mismo se puede examinar desde la perspectiva de los juicios abreviados, que tienen su mejor sustento en la facilitación de la prueba: así, por flagrancia o por confesión admisible y creíble, aunque también los haya por entidad relativamente menor del delito imputado, que trae consigo una pena leve, o por consenso entre las partes.

15. Lealtad y probidad

El antiguo proceso, "con acentuada tonalidad religiosa, tenía también acentuada tonalidad moral". Y "en los últimos tiempos se ha producido una tendencia a acentuar la efectividad de un leal y honorable debate procesal" (Couture). De ahí que se requiera de los participantes una conducta consecuente

con el carácter del proceso y con el respeto que merece la impartición de justicia, se reproche y sancione la infracción y el abuso y se atribuya al juez la custodia de la moralidad en el desarrollo del proceso, sin que esto suponga el ejercicio de un autoritarismo judicial ni vulnere el derecho a la defensa. A estas exigencias no escapa ninguno de los participantes: desde el juzgador mismo hasta el más modesto de los colaboradores o de los intervinientes en el enjuiciamiento; pasa, pues, por los abogados, los terceros, los participantes incidentales, los auxiliares de la justicia (Oteiza).

16. Ministerio Público

La organización, las atribuciones y el funcionamiento del Ministerio Público –"figura ambigua", dice Carnelutti– constituyen uno de los temas principales para el buen desempeño del enjuiciamiento penal como instrumento de seguridad, paz y justicia. Esa institución, una magistratura de la juridicidad, tiene diversas adscripciones en el aparato del Estado moderno, con mayor o menor independencia con respecto al poder político, según se advierte en las ponencias nacionales. En unos casos se halla incorporado en la estructura del Poder Judicial, en otros figura entre los órganos del Ejecutivo, aunque se le reconoce autonomía técnica, y en alguno más, se ha instalado como órgano autónomo del Estado, fuera de la estructura de los poderes tradicionales.

Si el Ministerio Público o Fiscal es, como debe, una magistratura que sólo atiende a la ley, su localización debiera ser aquella que le permita desempeñarse con independencia de las decisiones o las influencias de cualesquiera órganos del Estado. De ahí la propuesta de instituirlo como órgano autónomo. Esto le permitiría, parafraseando la expresión sobre la mujer del César, ser y parecer independiente. En este orden es preciso tomar en las referencias que concurrirán a afianzar y mostrar la independencia: designación de los funcionarios del Ministerio Público, a partir del propio titular de la

dependencia correspondiente o jefe de la institución; existencia de una verdadera carrera del Ministerio Público, no menos exigente que otras del servicio civil; normas y prácticas sobre la provisión de los cargos, movimientos y promociones, supervisión, estímulos y remoción, etcétera.

El enjuiciamiento penal supone actividades de investigación y acusación, que generalmente se han puesto en las manos del Estado. Si éste asume la tarea de investigar, habrá que resolver a qué órgano corresponde mejor esta misión bajo el sistema acusatorio, ya que bajo el inquisitivo su asignación es clara. Un fuerte movimiento ha depositado en el Ministerio Público la tarea de investigar, retirando de ésta al órgano jurisdiccional y sometiendo la actividad de la policía. Esta tendencia, observada en países de América Latina, no ha conseguido el favor general, no obstante los méritos que se le atribuyen bajo el paradigma del sistema acusatorio. Hay opiniones en otra dirección, que sustentan con firmeza un régimen procesal distinto. En el seno de la polémica entre las corrientes llamadas "pro-fiscales" y "anti-fiscales" se ha observado, con prudencia y razón, que la opción debiera depender, finalmente, de las circunstancias que prevalezcan en cada país (Fairén Guillén y Montero Aroca).

En la exposición de motivos del Código Modelo, que aborda el punto con amplitud, se invoca el espíritu republicano inicial que sustentó la división de "las funciones judiciales del Estado, aun durante la instrucción preliminar (y no sólo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el Ministerio Público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión". De esta forma se quiere alcanzar un doble objetivo indispensable: investigación eficiente y respeto a la seguridad individual. En tales casos –que avanzan en nuestro Continente– se deslinda la función del Ministerio Público, encargado de la investigación y la acusación, de la que compete a los tribunales, que concentran la tutela de garantías y el desempeño jurisdiccional.

En su tarea investigadora, el Ministerio Público debe actuar por sí mismo y auxiliarse de otros órganos del Estado, principalmente –aunque no exclusivamente– la policía. Difieren las soluciones orgánicas adoptadas en los países a los que corresponde este trabajo: desde adscribir un cuerpo investigador al Ministerio Público, en forma directa y exclusiva, hasta mantener el deslinde orgánico de las corporaciones policiales, ninguna adscrita solamente al Ministerio Público, colocando a los agentes de aquéllas bajo la autoridad de éste en lo que concierne a la investigación de los delitos, o bien, bajo la conducción del juzgador que practica la averiguación. En algún caso, las atribuciones investigadoras de la policía son muy amplias: realiza una pormenorizada investigación, de la que da cuenta a la autoridad judicial.

Luego de la investigación, el Ministerio Público lleva el caso ante el órgano judicial competente para seguir el procedimiento intermedio, y posteriormente ante el tribunal de conocimiento, para los fines del juicio y la sentencia. El Ministerio Público, que no es dueño de la acción penal, sino depositario de dos facultades –o poderes-deberes– que el Estado le asigna, está investido con la atribución exclusiva de acusar en caso de delitos de persecución pública, pero no puede hacerlo u omitirlo libremente. Su actuación futura debe pasar la "esclusa" del período intermedio. No le compete, pues, resolver por sí y ante sí el inejercicio de la acción.

Ha ocurrido que se atribuya al Ministerio Público el monopolio en el ejercicio de la acción. En otros sistemas –que contempla la legislación de los países abarcados por las ponencias nacionales–, el Ministerio Público tiene a su cargo el ejercicio de la acción pública, y consecuentemente la acusación, en la mayoría de los casos. En su versión más intensa, el monopolio supone tres facultades exclusivas: averiguación de los hechos y la responsabilidad, deliberación y resolución definitiva sobre el ejercicio de la acción, y sustento de ésta a lo largo del proceso. Se tiende a moderar tan extensas atribuciones, que pudieran desembocar en un arbitrio persecutorio del Ministerio Público.

Es en esta etapa donde se replantea el "arreglo" con el inculpado y/o su defensor, de manera que la acusación excluya algunas imputaciones o reduzca la gravedad de las formuladas. Esto supone que el inculpado aceptará los cargos que formule el Ministerio Público, independientemente de que se considere inocente de las que admitirá en un acto semejante al allanamiento o constitutivo de éste: admisión de las pretensiones de la contraparte y asunción de las consecuencias. Por este medio se atribuye al Ministerio Público una actividad parajurisdiccional que tiene su fuente en cierto entendimiento acerca de la "política del proceso". Trae consigo, en términos generales, alivio de la carga persecutoria, y en términos particulares, solución "razonable" del caso concreto. Evidentemente, aquí no resplandecen los propósitos de retribución justa y prevención general que orientan el sistema de las penas.

El Ministerio Público también debe ser examinado como medio para el efectivo acceso de los ciudadanos a la justicia que imparte el Estado y como vehículo para satisfacer el "derecho a la verdad".

17. Acusadores particulares. La víctima

Crece el ámbito de persecución a cargo de sujetos sin investidura oficial, que adquieren relieve en diversos momentos o expresiones de la injerencia particular en la persecución penal. También aquí se manifiesta la corriente privatizadora que exalta el poder de la voluntad individual, sea a través de requisitos de procedibilidad, que condicionan la persecución pública u oficial, sea por conducto de verdaderas acusaciones: privada, particular o popular.

Todo esto ejerce un notable impacto sobre el "universo general de la justicia penal", que se añade –aunque desde otra perspectiva– a los grandes movimientos de criminalización o descriminalización y penalización o despenalización, así como sobre la "redistribución de funciones" en la relación contemporánea entre el Estado, la sociedad y los individuos, que transfiere algunas del ámbito público al privado

–o permite la coincidencia de ambos–, tras una larga etapa de acumulación en el espacio del Estado.

En este amplio campo, del que ahora sólo examino una porción, se expresa con acento la política penal del Estado, que asume la persecución o se retrae de ella, revisa la ilicitud de la conducta, opta por vías alternas para la solución de los conflictos, comparte actividades con los particulares y adelanta sucedáneos y correctivos de las penas tradicionales. También pasa de las soluciones materiales –descriminalización y despenalización– a las instrumentales: "desjudicialización".

Un amplio sector de la doctrina e incluso alguna constitución manejan indistintamente los términos "ofendido" y "víctima", aunque es posible reconocer algunas diferencias relevantes entre ambos conceptos. Ofendido posee una connotación más inmediatamente jurídica, que lo aproxima –hasta identificarlo– al sujeto pasivo del delito: es aquél sobre cuya esfera de protección jurídica se descarga la acción criminal, el titular del bien jurídico afectado por el delito. Víctima, en cambio –una noción dinámica, en evolución–, tiene un perfil más directamente criminológico, recogido por la normativa jurídica, que también le confiere participación en el procedimiento: es quien resiente algún daño en sus propios derechos y expectativas, una lesión actual o futura en el ámbito de sus intereses legítimos, con motivo del delito perpetrado.

En la historia del crimen han subido a la escena nuevos agentes del delito y nuevos sujetos del hecho criminal. Hoy tenemos una "criminalidad" difusa en el doble espectro de los agresores y los agredidos: la organización criminal, integrada por sujetos numerosos y anónimos, distantes entre sí, queda frente a una sociedad de victimables que carece de personificación e incluso de localización. Entre estos extremos se mueven ciertas formas de criminalidad: terrorismo, narcotráfico, delincuencia económica, delincuencia ecológica, etcétera.

Es incuestionable el derecho a la reparación, primer espacio para el acceso de la víctima a la justicia. Las esperanzas cifradas en la reparación como sanción preferible conducen a facilitar el proceso reparador, que no debe transitar

necesariamente por todas las esclusas del enjuiciamiento penal. En seguida hay que preguntarse si además del derecho al resarcimiento existe un derecho al "castigo" del autor del hecho ilícito. De la respuesta a este tema controvertido provendrá el orden jurídico de la persecución penal: con o sin la presencia protagónica –mucho más que expectante y testimonial– del agraviado.

Hay coincidencia generalizada en una observación y en una demanda. La observación: el ofendido por el delito ha sido postergado en un litigio que le concierne. De ahí resulta una doble victimación: por el infractor y por la justicia penal. La demanda actual, con un gran arco de modalidades, exige reconocer, restituir, recuperar al ofendido y/o a la víctima en el escenario de la justicia penal a través de alguna entre las muchas posibilidades a nuestro alcance. Se ha dicho, con respecto a la reforma procesal penal en América Latina, que "seguramente el sujeto más reconocido en esta reforma (y al amparo de la actual tendencia general) ha sido la víctima del delito" (Cafferata Nores). Algunas reformas procesales han colocado a la víctima en el centro de sus preocupaciones (Tavolari).

La posibilidad más intensa sería la devolución del conflicto a las manos de los sujetos activo y pasivo del delito, que así se convertirían, también, en sujetos de la solución, acompañados por el Estado en un doble cometido: mediar entre ellos, para alentar la solución, y supervisar ésta, homologando el acuerdo justo, que de esta suerte se convertiría en un nuevo título jurídico. Este régimen de conciliación puede evolucionar de la reparación patrimonial a la reparación moral e incluso a la reconciliación, que establecería un vínculo moral distinto, más hondo y personal, entre los sujetos del antiguo conflicto.

La solución compositiva se halla a la vista en diversos ordenamientos, aun cuando se suele reservar, por ahora, a los casos de menor entidad criminal, sancionables con penas moderadas. Es una forma de llevar adelante un sistema alternativo que ya ha comenzado. Difícilmente se podría pensar –sin internarnos en la utopía– que por estos medios se hará toda la justicia penal. Empero, podría realizarse una parte. Hay entusiastas de esta posibilidad, que otros ven con

desconfianza porque significa o puede significar erosión al principio de legalidad, a la presunción de inocencia, a la eficacia de la pena como medio de prevención general, a la respetabilidad del sistema penal, a la realización de la justicia, al hallazgo de la verdad histórica. Efectivamente, algunos de estos procedimientos cumplen "la función –se ha dicho– de restablecer la paz, incluso si para ello es preciso renunciar a la verdad del caso" (Delmas-Marty).

Otra vía para la intervención del ofendido o la víctima en la solución penal es su participación en el acuerdo al que lleguen el acusador oficial y el inculpado y su defensor, conforme al principio de oportunidad. En esta hipótesis es preciso que la "nueva relación" entre el Estado y el imputado, que beneficia a éste, no se traduzca en una también "nueva relación" entre aquellos y el agraviado, que perjudique los intereses del último.

En un orden más tradicional, hay que mencionar la persecución pública condicionada por un acto de voluntad privada, que puede operar en dos momentos: para iniciar la persecución, como requisito de procedibilidad, o para concluirla, como perdón eficaz. En algún caso se denomina querella al acto con el que se resuelve aquel requisito; en otros, querella tiene un amplio alcance: desemboca en acusación y ofrece diversas manifestaciones. De ahí que se hable de querella "mínima" (mexicana) o "máxima" (española) (Alcalá-Zamora). Sobra decir que en aquel supuesto late la probabilidad, sabida y alentada por el Estado, de que la autocomposición excluya el conocimiento judicial del conflicto y aleje la necesidad de una sentencia.

El ejercicio particular de la acusación penal, que existe en varias legislaciones analizadas en las ponencias nacionales, es un tema controvertido. En el conjunto de participaciones relevantes del ofendido y/o la víctima, que desencadenarán el enjuiciamiento y culminarán en una sentencia, se halla la acción privada, que se vincula con la calidad predominantemente privada del asunto, y que puede combinarse con el esfuerzo de conciliación. Vienen al caso el honor, la fama, el prestigio. Será el particular quien decida –en un juicio personalísimo de oportunidad– si es conveniente

acudir a los tribunales. El Estado le brindará la posibilidad de acceder a la justicia pública, pero no le suministrará el medio o el acompañamiento de la acción pública. También hay supuestos de reducción o reconducción del conflicto público a cuestión privada: ocurre una transferencia que alivia racionalmente la carga pública y amplía, también racionalmente, la disposición privada. En fin de cuentas, se trata de obtener justicia con la mínima intervención posible del Estado; la injerencia pública se minimiza, pero no desaparece.

En este mismo género de soluciones figura el ejercicio de una verdadera acusación a cargo del ofendido y/o la víctima, con o sin acción pública por parte del Ministerio Fiscal. La intervención particular puede presentarse, inclusive, en ausencia de la debida participación del acusador oficial. Se ha querido asegurar la punición y para ello se ha depositado el poder de conseguirlo tanto en las manos del Ministerio Público como en las del ofendido; cada uno puede alcanzar, por sí mismo, el objetivo requerido. El apartamiento del actor particular no trae consigo la decadencia de la persecución. Esta admisión de acusadores particulares no significa, sin embargo, que exista siempre igualdad de las partes acusadoras: tiene "mejor posición" el Ministerio Público.

Finalmente, hay que considerar la acción popular: *quivis de populo* promueve la actividad jurisdiccional y sostiene la acusación ante el tribunal. Ya no se trata del interesado directo, sino de un "ciudadano" cuyo interés explícito es la justicia en el caso concreto por el significado que ésta tiene para la justicia y la seguridad de la república. Se trataría, en consecuencia, de un caso de intervención "altruista" –al menos, tal es el signo bajo el que opera la institución–, y por ello se requiere que el actor popular no tenga interés jurídico propio en el caso que se propone a la jurisdicción.

Difícilmente habría representación más democrática de la justicia que la que suministra el ciudadano ajeno al conflicto que somete la controversia a la asamblea de sus conciudadanos. Esta vieja institución, con aire republicano y talante democrático, ha sido incorporada en algunos países o existen figuras que se le

aproximan, pero se mantiene ajena a la mayoría. Hay abundantes opiniones a favor y en contra. Muchos dudan, acaso con motivo, de las "buenas razones" que realmente tendría el acusador popular y del "buen efecto" que su actuación tendría para la administración de justicia y los valores públicos que ésta custodia.

Debo mencionar al actor civil, que puede tener como contraparte al propio inculpado, o bien, a terceros civilmente responsables. Esta cuestión encuentra diferentes soluciones procesales, derivadas del trato que reciba la exigencia de reparación en el marco del proceso penal. En algunos países, el actor civil se desenvuelve en el proceso seguido ante la justicia penal; en ciertos casos se procura excluirlo de este ámbito; en alguno más sólo interviene frente al tercero civilmente responsable, porque la exigencia de resarcimiento a cargo del inculpado corre por la vía de la acción penal, atribuida al Ministerio Público.

En síntesis, existe un catálogo de opciones en las manos de la política criminal, atentas al papel que debe jugar el individuo, ya no sólo el Estado, en la preservación penal de los bienes jurídicos. Para optar por alguna es preciso resolver ciertas preguntas. ¿Existe derecho al resarcimiento? ¿Existe derecho al castigo? ¿Es conveniente que el litigio penal vuelva al foro de las decisiones particulares? ¿Conviene llevar a este campo la privatización de la vida pública que ha ganado la partida en otros? ¿Es prudente permitir el acceso a este sector de la justicia de negociaciones y entendimientos, en los que operarán los más nobles y los más innobles motivos? ¿Es pertinente admitir en las relaciones entre particulares una disponibilidad de la persecución que enfrenta objeciones más o menos severas cuando se atribuye a los órganos del Estado? En este último supuesto, ¿cuál es la participación –desde residual hasta determinante– que deben tener el ofendido y/o la víctima? ¿Resulta aconsejable que cualquier ciudadano asuma la exigencia de justicia penal, como en algunos países puede asumir la de justicia constitucional?

Ahora se observa el progreso de las soluciones negociadas, llámense privatizadoras o "personalizadoras". Sus partidarios las presentan como el mejor acceso a la justicia. Por lo pronto operan en el supuesto de delitos de escasa lesividad

–como alguna legislación los denomina–, cuyo espacio se amplía cautelosamente. El Estado y la sociedad se interesan menos en ellos e inclusive quisieran liberarse de una carga que agobia los cauces formales de la justicia.

Ahora bien, la liberación creciente de la justicia penal a la iniciativa, el valor, la experiencia, la ilustración o el poder de los particulares podría lesionar los objetivos que se propone: ni los pactos entre víctima y victimario son un modelo de equidad, ni es posible hacer de lado la eficacia –cualquiera que sea– de la prevención general que todavía ejercen la administración formal de justicia, la expectativa de sentencia y la ejecución de la pena, ni sería conveniente arrumbar el debido proceso legal.

También aquí las decisiones finales –ancladas en la política criminal, a su vez inserta en una política social– deben tomar nota del medio al que se dirigen y del momento en el que se aplican: desarrollo, fortaleza institucional, cultura de legalidad, respeto por los bienes de la persona y de la sociedad, rechazo de la violencia, adhesión a la paz, civilidad. No es sensato desatender el diagnóstico social y administrar la misma receta en todas las circunstancias.

18. Órgano jurisdiccional

El "hombre bueno puesto para hacer justicia", que dijeron las partidas, es una figura solicitada por múltiples reclamaciones. Se habla de una crisis del juez contemporáneo "tan pronto se deplora la multiplicidad de papeles que cumple, como se olvida que nuestras sociedades complejas y fragmentadas, los reclaman ampliamente. Tan pronto se subraya el cambio de legitimidad del juez en nuestras democracias como que éstas se ven más atraídas por el éxito de su acción que por la norma que la establece". El juez, en fin, "se halla cada vez más solo y sin el apoyo de sus bastiones habituales". Afronta desafíos mayores: "la indeterminación creciente de la ley, el aumento de las demandas de justicia, las mutaciones del Estado-intervencionista (*État-providence*) o incluso el antagonismo creciente de los valores" (Delmas-Marty).

Esto, que se ha escrito sobre un grupo de países de Europa occidental, puede reproducirse, *mutandis mutandi*, para nuestra América –al menos Latinoamérica–, pero aquí hay también otros "desafíos mayores", que provienen de la sociedad heterogénea; los arduos temas que propone el acceso efectivo a la justicia; el inconstante y fragmentario desarrollo; las cercanas experiencias autoritarias –que no han desaparecido, o que aguardan en el horizonte que miramos y en ocasiones tememos–; la fragilidad e insuficiencia de ciertas instituciones que actúan en el terreno de la justicia; en fin, múltiples datos de una realidad compleja –por decir lo menos– que plantea inmensos problemas al desempeño de la magistratura penal.

Es regla del enjuiciamiento que el tribunal ante el que éste se desenvuelve sea independiente, imparcial y competente. Así se estatuye en la regulación internacional y en la constitucional interna. Para la justicia penal, históricamente agobiada con los "oscuros encargos" del poder, es particularmente importante el rasgo de independencia. El poder jurisdiccional se ha colocado en un lugar prominente de la revisión practicada en algunos países bajo el rótulo de "reforma del Estado", encaminada a la reconstrucción de los órganos del Poder Público y de sus relaciones entre sí y con la sociedad en su conjunto.

El juez penal tiene características especiales que lo distinguen de sus colegas de otras especialidades. Debe ir mucho más a fondo que éstos en el conocimiento de los hechos y de las personas. Por eso es preciso acentuar las exigencias de independencia, vocación, integridad, preparación, objetividad e imparcialidad cuando se trata de la magistratura penal. Evidentemente, aquí se requeriría una legión de "jueces de Berlín", inmunes a las acechanzas del poder formal, pero también distantes de las solicitaciones del poder informal de la opinión pública.

Calamandrei ha sostenido: "Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quiere que los creyentes pierdan la fe". Pero los encuentros de procesalitas han advertido, en otras oportunidades, la inquietante realidad: existe una extendida desaprobación social de la judicatura y del sistema de justicia. El sistema de justicia ocupa un

bajo sitio en la confianza del público (Fairén Guillén y Gómez Colomer); otro tanto se puede decir de los abogados.

Desde luego, prevalecen el desconocimiento sobre la función jurisdiccional, sus posibilidades y limitaciones, así como los prejuicios sembrados por condenas sociales anticipadas. De ahí provienen expectativas que jamás se verán satisfechas. Todo ello milita contra el sistema democrático, porque mina uno de sus pilares: la justicia. El descrédito de los medios públicos de procuración y administración de justicia entraña un doble riesgo: alienta el autoritarismo y arma el brazo de la autojusticia.

Las leyes fundamentales suelen establecer el principio del juez natural, excluir los juicios por comisión y exigir que las causas sean llevadas ante tribunales preexistentes. La aplicación de sanciones por los delitos cometidos corresponde a los tribunales competentes. Persisten los principios *nulla poena sine juditio* y *nemo judex sine lege*. La exigencia de juez natural se halla vinculada con el concepto de juez independiente, imparcial y competente, al que ya me referí, acogido por el derecho internacional de los derechos humanos y aplicado en el orden nacional.

En la experiencia de algunos países y de la justicia internacional sobre derechos humanos, ha sido importante el tema de la jurisdicción militar, tanto en lo que corresponde a su alcance material y profesional, como en lo que atañe a su ejercicio sobre civiles en asuntos que no entrañan delitos de función. Las constituciones americanas, así como la española, se ocupan en el llamado fuero de guerra o castrense en términos crecientemente restrictivos. Con frecuencia se consagra solamente para las causas del derecho militar y para los miembros en activo de las fuerzas armadas. El enjuiciamiento de civiles por órganos jurisdiccionales militares contraviene los derechos humanos de los justiciables, en concepto de la Corte Interamericana. Por una parte, no se trataría de un tribunal competente en función de las personas y de la materia; por otra, no sería un tribunal imparcial (Quiroga León).

Cabe la posibilidad de que una autoridad judicial instruya el procedimiento, realizando actividades de investigación. En esta hipótesis, los actos del instructor

tienen carácter policial o administrativo (Alcalá-Zamora). En varios países subsiste el juez de instrucción, a cargo de las investigaciones: dirige la instrucción y conduce y supervisa las actividades de la policía. Esta es la tarea de "un 'hombre orquesta'– escribe Delmas-Marty–, ya que él solo acumula las funciones de policía, fiscal y juez". Entre los países comprendidos por este panorama, España se distingue en orden a la actuación del juez instructor, que conduce el sumario.

Reitero algunas consideraciones expuestas al examinar la facultad investigadora del Ministerio Público. Ha caminado la idea, con repercusiones legislativas, de que las atribuciones investigadoras del juzgador mellan las facultades naturales de un órgano judicial y entran en conflicto con el principio acusatorio y el sistema que se construye a partir de éste. En el gran balance siguen militando las consideraciones relativas a la distinción de funciones derivada de la separación de poderes –y de su lógica político-funcional– y se abre paso la pertinencia de poner en manos del Ministerio Público, la investigación y reservar al juez la jurisdicción. Es que el juez, "encerrado entre dos fuegos, la necesidad de averiguar la verdad y su labor judicial de protector de las garantías ciudadanas, papeles contrapuestos, que se pretende jueguen a un mismo tiempo, culmina por diluir las funciones que le son adjudicadas, cumpliendo en forma ineficiente ambas tareas" (Maier).

Si se excluye la figura jurisdiccional de la tarea investigadora, se le consolida para otros propósitos, estrictamente jurisdiccionales. El primero de ellos, ampliamente aceptado en el derecho de los países a los que se refiere este trabajo, es el control sobre la constitucionalidad, legalidad o legitimidad de los actos realizados por el Ministerio Público y sus auxiliares. En este sentido, el juzgador actúa como jurisdicción de garantía, sobre todo en puntos que implican restricciones importantes al ejercicio de las libertades individuales.

El segundo propósito al que sirve la presencia de un juzgador en el procedimiento anterior al juicio –característico de la etapa intermedia– es la atención de las cuestiones que derivan de la etapa preparatoria y preceden y condicionan la fase de juicio. Será el juzgador, no el Ministerio Público, quien

analice los resultados de la investigación y decida si son bastantes para elevar el asunto a juicio o si procede el cierre del caso. En el estudio del procedimiento intermedio figura la controvertida posibilidad de que el sobreseimiento no tenga efectos definitivos, sino provisionales. El Código Modelo acepta una clausura provisional, para atender adecuadamente los casos –que no son pocos– en que no hay prueba suficiente para acceder al plenario, pero tampoco para descartar de plano la existencia de un delito y/o la responsabilidad penal de cierta persona.

Existe la tendencia a colocar al juez de conocimiento y sentencia en una posición distante de las partes, atento y reflexivo, o dicho de otra forma, a "que sea menos activo, más objetivo e imparcial" (Gadea). Tiene ventajas esta situación del juzgador, consecuente con el sistema acusatorio; pero también suscita problemas para el hallazgo de la verdad. Satisface las virtudes implícitas en la figura de la justicia con los ojos vendados, pero también es vulnerable a la crítica que Radbruch dirigió a esta expresión, inicialmente burlesca, de una liturgia que difícilmente se aviene a las exigencias de una auténtica justicia.

Hay varias opciones sobre la integración del órgano jurisdiccional en el período de juicio: con participación de miembros del pueblo (jurado), magistrados permanentes y profesionales o integración mixta (escabinos). No son pocos los países que cuentan con experiencias sobre el jurado y la magistratura profesional y que pueden nutrir sus decisiones finales, por lo tanto, con los datos de esa historia aleccionadora.

Algunas Constituciones mantienen la referencia al jurado. Se explica por su fuerte vinculación con la libertad y la democracia. Por ello la mira con simpatía la exposición de motivos del Código Modelo: es preciso –dice– que la sentencia penal sea "el producto de la cooperación ciudadana en la tarea de administrar justicia penal". En fin de cuentas, el jurado no constituye hoy día –ni parece que pueda constituir en el futuro cercano– la organización jurisdiccional preferida en los países comprendidos por este panorama; se conserva para ciertas materias y subsiste en algunas provincias. Incluso en los Estados Unidos de América su

intervención se ha reducido considerablemente al empuje de la oportunidad y del consenso. Se ha visto que en los sistemas juradistas –por disposición de rango constitucional–, la legislación ordinaria y la práctica forense legitimada por aquélla acaban por eliminar al jurado o restringir su funcionamiento a un número de casos que decrece constantemente.

La opción por alguno de estos sistemas no podría depender solamente de las razones teóricas en uno u otro sentido, que pueden ser más o menos persuasivas, sino de la experiencia reunida, que en cada caso ha inclinado un platillo de la balanza.

19. Impugnación

La impugnabilidad se recoge como derecho o garantía del justiciable, en el plano constitucional, en el internacional y en el secundario, e incluso en el jurisprudencial. Hay, pues, derecho a recurrir ante un órgano judicial superior, que debe tener las mismas características de independencia, imparcialidad y competencia que se fijan a los inferiores. En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Código Modelo y algunas legislaciones nacionales consultadas excluyen el recurso de apelación; el rechazo se sustenta en las exigencias de la inmediación judicial.

A partir de la cosa juzgada opera el principio *ne bis in idem*, vinculado con la necesidad de seguridad más que con la exigencia de justicia. Figura igualmente en textos constitucionales e instrumentos internacionales, pero no siempre se ha interpretado en términos absolutos: en algún sistema interno hay margen para la inobservancia cuando se trata de órdenes jurisdiccionales diferentes (Cassel).

El enlace entre las jurisdicciones interna e internacional, a propósito de los derechos humanos y la justicia penal, lleva a considerar la vigencia del principio *ne bis in idem*. Se asegura que la jurisdicción internacional sobre derechos humanos y la propia jurisdicción penal internacional no implican un nuevo juicio penal, ni

traen consigo un examen de constitucionalidad interna. El cometido de la jurisdicción de derechos humanos es diferente: analiza el acto impugnado con respecto a la disposición internacional vulnerada, es decir, ejerce un control sobre la "convencionalidad" del acto.

Es evidente que el desempeño de unas jurisdicciones internacionales penal y de derechos humanos avanza sobre la cosa juzgada nacional y la regla *ne bis in idem*, en la medida en que la decisión nacional deja de ser una "verdad legal" inatacable. Esto suscita otros temas colindantes: así, los supuestos de extinción nacional de la pretensión punitiva en relación con las normas y resoluciones de la jurisdicción internacional de derechos humanos y de la jurisdicción penal. No se trataría, en la especie, del conflicto entre resoluciones jurisdiccionales nacionales y posibles decisiones internacionales, sino del problema que se genera a partir de actos nacionales que impiden el enjuiciamiento doméstico de responsables de graves violaciones a los derechos humanos, que regularmente constituyen delitos con arreglo a los tipos penales del derecho interno. El punto figura en algunas resoluciones de la Corte Interamericana. También cabe analizar las decisiones internacionales que pudieran obstruir la justicia nacional.

20. Medidas cautelares o de coerción

Las medidas cautelares se sustentan en un examen de probabilidades en torno a la situación presente y a la necesidad futura: aquélla tiene que ver con el conocimiento que se tiene sobre el tema de la contienda, y ésta se relaciona con la posibilidad de que el proceso se desarrolle normalmente y sea ejecutable, en su oportunidad, la sentencia que se dicte. Obviamente, la posibilidad que en este último caso se contempla es la sentencia de condena. De ahí que se considere, tanto en el sistema legal de las medidas como en su aplicación concreta, la apariencia de razón y de derecho (*fumus boni iuris*), y el riesgo de que el proceso se frustre y la sentencia caiga en el vacío (*periculum in mora*).

Estas medidas se anticipan a la certeza sobre el delito y la responsabilidad del inculpado, y operan al amparo de probabilidades que parecen razonables. Contradicen la presunción de inocencia con que se ha querido abrigar a todas las personas mientras no se establece su culpabilidad. Aquí se plantea un aparente dilema para la ley penal y la justicia que bajo ésta se organiza: debe elegir entre el respeto estricto de derechos y libertades esenciales o la efectiva sanción de los responsables y el destierro de la impunidad. Ante la colisión de intereses se busca el punto de equilibrio. A esto contribuyen los principios de necesidad y proporcionalidad, que no se aplican solamente a las medidas de coerción: tienen que ver, inclusive, con la determinación legislativa de las consecuencias jurídicas del hecho ilícito; pero en el espacio de las medidas cautelares adquieren un sentido especial. No es fácil alcanzar una solución satisfactoria. De ahí la frecuente revisión de normas.

Me he referido al principio de "mínima intervención penal" del Estado. Esta regla alcanza a todo el sistema: es decir, a todos los instrumentos y medidas, así materiales como adjetivos y ejecutivos, de los que se vale el Poder Público para ejercer la función penal que le corresponde. En el ámbito del enjuiciamiento, no es aceptable que la ley avance con exceso y ligereza sobre el ámbito de libertades individuales, imponiéndole, sin absoluta necesidad, los más severos gravámenes. Por ello es preciso acreditar que esas afectaciones sean verdaderamente indispensables, como establecen algunas legislaciones y propone el Código Modelo.

En el catálogo de las coerciones figura la privación cautelar de libertad, a partir de diversos actos: detención por cualquier persona en situación de flagrancia, determinación del Ministerio Público en ciertas hipótesis, convalidada por el tribunal de garantías, y orden de la autoridad judicial. A propósito de la mera detención, algunos ordenamientos distinguen entre la hipótesis ordinaria, estrechamente acotada, y el supuesto de enjuiciamiento por delitos de elevada gravedad o complicada investigación, como el terrorismo y la delincuencia organizada. Se comprende que la detención pudiera extenderse en estas últimas hipótesis, tomando en cuenta la complejidad de la investigación, a condición de

que no se prescinda de los derechos y las garantías del debido proceso ni se prologue en forma inmoderada e innecesaria. Sobre este punto se proyectan también los principios de razonabilidad y proporcionalidad que ilustran otras acciones del Estado sobre derechos y libertades de los ciudadanos.

Con la detención se relacionan otras medidas cautelares o de coerción. Es el caso de la incomunicación, prohibida por algunas normas fundamentales y rigurosamente limitada o condicionada por otras. También se ha buscado "encubrir o emboscar" la detención bajo la fachada de medidas de distinta naturaleza y denominación; esto ha sucedido mediante la aplicación de una modalidad de arraigo que constituye, en definitiva, una detención que discurre bajo aquel nombre menos preocupante. En este caso, no es la privación de libertad lo que se transforma en una medida de mayor benevolencia, sino es ésta –el arraigo– la que se convierte en privación de libertad.

Sobre la prisión preventiva gravita una condena persistente. Es injusta, sin perjuicio de ser útil. La razón de su injusticia reside en que constituye "una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito" (Beccaria). En nuestros países se utiliza demasiado la preventiva, tendencia que pugna frontalmente con las más frecuentes recomendaciones internacionales y genera en el universo penitenciario el gravísimo problema de los presos sin condena, que agobia a las prisiones latinoamericanas.

Bajo el régimen acusatorio, hay que restringir el empleo de la prisión preventiva y preferir la libertad, tomando en cuenta, además, que aquélla se instala en tierra movediza: el pronóstico de conducta. Y siempre resulta controvertible la afectación de derechos en virtud de probabilidades, suposiciones, inferencias, conjeturas. La lógica del sistema acusatorio lleva a permitir la libertad provisional en el mayor número de los casos. De ahí la pulcritud de alguna jurisprudencia que revisa detalladamente los extremos de la prisión preventiva, considerando la afectación que significa para el derecho fundamental de libertad y apreciando la

necesidad de que se halle suficientemente fundada y se observen en la orden respectiva las exigencias de fondo y forma que la legitiman (Armenta Deu).

Hay otras medidas que significan restricción o injerencia en el ámbito de las libertades fundamentales; por ejemplo, la intercepción o intervención de comunicaciones privadas y las grabaciones, acto de investigación o medida coercitiva. Sobre esta controvertida materia hubo pronunciamientos importantes de la jurisprudencia norteamericana. Algunas constituciones y leyes secundarias se ocupan en fijar el régimen de las intervenciones, como antes ocurrió con el cateo y la intercepción de correspondencia.

21. Colaboración internacional

La asistencia persecutoria sobra importancia en una comunidad internacional que afronta las consecuencias de la mundialización. Si la delincuencia trasciende las fronteras de los Estados, también la lucha contra esa delincuencia debe ir más allá de las fronteras nacionales: a través de sistemas regionales o internacionales debidamente pactados y por medio de la colaboración bilateral, que se concreta en actos regulados por el derecho interno o por el derecho internacional.

En este marco figuran los actos de investigación, la extradición y entrega de personas –o el juzgamiento doméstico, por imperio de la regla *aut dedere aut punire*– y el aseguramiento y recuperación de objetos, ampliamente considerados en convenios bilaterales o multilaterales, así como el traslado del poder jurisdiccional y de la potestad ejecutiva. Todo ello, más la colaboración derivada de la jurisdicción penal universal, asumida por los Estados o por una jurisdicción penal internacional, se inscribe dentro del régimen "ortodoxo", si se permite la expresión, de la persecución que trasciende los linderos territoriales del Estado. Pero también existe, en paralelo inquietante, un régimen de persecución "heterodoxa" que lleva la mano larga de la justicia nacional más allá de su ámbito regular, y a la postre arguye el dudoso principio *male captus bene detentum* para justificar el juicio que sigue a una captura irregular.

La idea de "secuestrar para juzgar", tuvo manifestaciones espectaculares en años recientes, precisamente en el Continente americano.

El Estatuto de Roma construye un régimen de colaboración novedoso que ya había aparecido en las normas vinculadas con los tribunales para la exYugoslavia y Ruanda. Ese tratado, rechazado por algunos países –uno sobre todo– en puntos de fondo, y acogido por varios Estados de nuestro Continente y por España, vigoriza el principio de la jurisdicción penal internacional, ahora depositada en ese tribunal, e impulsa la revisión de los ordenamientos nacionales en aspectos sustantivos, adjetivos y ejecutivos. Con todo, la actuación jurisdiccional internacional, ceñida por el principio de complementariedad, tendrá carácter excepcional: el primer frente de la jurisdicción sigue siendo, con mucho, el frente nacional.

22. La jurisdicción en la ejecución

Los agentes de la ejecución penal –y los órganos establecidos para ese fin– se han localizado fuera del espacio jurisdiccional. El auge de la pena capital, en una época, y luego de la privativa de libertad, generó funciones específicas y personajes propios que entran en juego una vez pronunciada la sentencia firme. En este sentido milita el empleo abundante de la reclusión, reconcebida como panacea.

En los Estados Unidos la población carcelaria crece diez veces más rápidamente que la población general; se duplicó entre 1970 y 1980, y lo mismo ocurrió entre 1981 y 1995. La meta resocializadora ha transitado de la prevención especial a la general, y este viraje se ha proyectado sobre las prisiones. El uso excesivo y oneroso de la cárcel proviene –afirma Claus Roxin– de una divisa de firmeza y disuasión que responde a un objetivo político a partir de un conocimiento profano.

No ha sido pacífica la absorción administrativa de la ejecución de condenas penales. Los procesalistas suelen reclamar el carácter procesal de la fase ejecutiva. Carnelutti señaló, con agudeza, que el proceso no termina con la sentencia, sino "su sede se transfiere del tribunal a la penitenciaría (que) está comprendida, con el

tribunal, en el palacio de justicia". Pero la "administrativización" caló muy hondo. Los tribunales ordinarios dejaron de lado las cuestiones de la vida carcelaria. Algunos juzgadores acogieron una doctrina que prevaleció hasta la década de los setenta: *hands-off*. Entonces el preso era *a slave of the State*, y sufría una especie de *civil death*, como sostuvo una Corte de Virginia en 1871.

En años avanzados del siglo XX se consolidó la legalidad ejecutiva e ingresaron los juzgadores y las resoluciones jurisdiccionales en la vida carcelaria. Lo han hecho por una triple vía: tribunales ordinarios, jueces de ejecución de penas y tribunales internacionales, todos ellos con un amplio sustento en el régimen de los derechos humanos, que recibe las incitaciones de un buen número de instrumentos internacionales.

Ha sido generalmente bienhechora la aparición de los jueces de ejecución de penas, que no sustituyen a la administración carcelaria en su actividad característica, pero imponen una regla de derecho en la ejecución de sanciones. El Código Modelo les asigna el control general sobre la pena privativa de libertad. Se ha iniciado la difusión de estos juzgadores en América Latina, con amplias atribuciones. En España se dispone de juzgados de vigilancia penitenciaria.

La Corte Interamericana ha examinado temas de la ejecución de penas. En su jurisprudencia destaca el criterio de que el Estado tiene, para distintos efectos, una "posición de garante" en relación con los derechos de los detenidos, idea que en cierto modo colinda con la manejada por el derecho penal: "el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de los derechos de los detenidos". El deber de adoptar medidas que protejan a las personas sujetas a la jurisdicción del Estado "es más evidente –aseguró ese tribunal– al tratarse de personas recluidas en un centro de detención estatal, caso en el cual se debe presumir la responsabilidad estatal en lo que les ocurra a las personas que están bajo su custodia".

Notas para una construcción filosófico-política del pensamiento de Alessandro Baratta

Alejandro Marambio Avaria
Docente de Filosofia del Derecho en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Asesor del *Ombudsman* carcelario argentino.

Sumário: 1. Acerca del origen del pensamiento filosófico de Alessandro Baratta – 2. Sus pasos en la dirección de las Revistas *La Questione Criminale y Dei Delitti y Delle Penne* y su obra *Criminología crítica y crítica del derecho penal* – 3. Algunas apreciaciones sobre los últimos trabajos de Baratta – 4. Acerca del pensamiento político-filosófico de Baratta – 5. Conclusión.

"Moralmente e intelectualmente, hoy no es posible ser marxista en el sentido tradicional (...). Sin embargo, yo creo que es posible ser marxista en un sentido más bien diferente del término (...). La crítica a la explotación y a la alienación continúa siendo central" – JON ELSTER.

1. Acerca del origen del pensamiento filosófico de Alessandro Baratta

"El derecho penal es una filosofía. Si no se quiere reconocer *in limine libri* la razonabilidad de esta afirmación por su carácter apodíctico, se debe con todo

admitir que el 'derecho' penal nació como filosofía".[1] Con esta frase de Giuseppe Bettiol, Alessandro Baratta da comienzo a unos de sus escritos publicados en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*.[2] Y esta afirmación refleja el camino elegido por Baratta para diseñar su trayectoria intelectual.

Sus primeros trabajos desde 1959[3] hasta los inicios de la década del setenta giran justamente en torno al estado de la cuestión filosófica en el derecho, en particular en el derecho penal. Estos textos no han sido traducidos al idioma español y tampoco se los puede hallar referenciados en obras relacionadas con la filosofía jurídica de autores iberoamericanos. Eventualmente, si se quiere encontrar citas de ellos hay que dirigirse a autores italianos o alemanes[4] abocados también al estudio filosófico del derecho.

Esta primera etapa de Baratta se ve influenciada por dos pensadores que fueron sus maestros, me refiero a Widar Cesarini Sforza y Gustav Radbruch. De ellos extrajo instrumentos conceptuales propios de la filosofía naturalista alemana y del idealismo italiano.[5] El proceso intelectual de Baratta, en este período, transcurre desde que ocupa su puesto de *asistente* de la Universidad de Roma hasta su paso por la Universidad de Camerino como *profesor*. Puede también

1. Giuseppe Bettiol, *El problema penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

2. *Filosofia e diritto penale:* note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalístico in Italia de Beccaria ai nostri giorni, Milán, 1972, n. 49, 1, p. 29-54.

3. Me refiero a "Natura del fatto e diritto naturale", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, p. 177-228, Anno XXXVI, Serie III, 1959.

4. Verbigracia a Norberto Bobbio y a Luigi Ferrajoli entre los italianos. El primero de ellos en su estudio denominado "La natura delle cose nella dotrina italiana", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, p. 489-502, año XLI, Serie III, menciona a Baratta y su artículo "Natura del fatto...", hablando particularmente de él como de un "filosofo del diritto esordiente (principiante)". En cuanto a Ferrajoli, en su obra capital *Derecho y razón*, Madrid: Trotta, 1997, cita, en varias ocasiones, a Baratta. Respecto de los alemanes tal vez el autor más destacado que lo referencia sea Arthur Kaufmann, verbigracia en su libro *Filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

5. Respecto del enrolamiento de Cesarini Sforza en el idealismo italiano, además del texto de Bobbio precedentemente citado, se añade lo expresado por Renato Treves en su libro *La sociología del derecho*, Barcelona: Ariel, 1988, p. 94-96.

mencionarse que el período aquí abarcado es el más prolífico en lo que se refiere a su producción bibliográfica.[6] En virtud de ello entiendo que un estudio sistemático de sus obras en esta etapa resulta de vital importancia para conocer el pensamiento jurídico inicial de Baratta aunque excede, desde ya, el proyecto que he encarado en la presente comunicación.

Sin embargo existe un artículo suyo publicado en 1984 por la *Revista Doxa* en su número de presentación[7] destinado a intervenir sobre los problemas abiertos en la filosofía del derecho en el que traza de manera muy clara y concisa su recorrido intelectual hasta esa fecha. De aquí pueden extraerse las primeras visiones acerca del ámbito filosófico jurídico del nombrado.

En ese sentido, Baratta nos informa que su principal interés en el campo de la filosofía jurídica fue el estudio de los *valores* e *ideologías* en el derecho y en el pensamiento jurídico. Es decir qué ideologías y qué valores se presentaban en las normas y a su vez cuáles se encontraban comprometidos en la creación de las mismas y cuáles en la efectiva aplicación de estas, "en una palabra al sistema jurídico en la sociedad moderna". En cuanto a la expresión *pensamiento jurídico*, la utiliza en dos sentidos que en el marco de su pensamiento se complementan. El primero, el sentido habitual al que se le asigna el término, es la producción científica y las teorías filosóficas y políticas que conllevan las normas del derecho y las instituciones ideadas para su formación y aplicación. El segundo, más innovador, hace referencia a las actitudes del sentido común y de la opinión

6. De hecho en este período es cuando escribe seis libros dedicados a la filosofía jurídica. Me refiero a: 1. *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofía e alla crítica del diritto penale*, Milano, 1963; 2. *Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1964; 3. *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966; 4. *Stato sociale e libertá del arte. Profili filosofici, costituzionali e penali del concetto dell'arte in relazione allo osceno.* Padova, 1966; 5. *Ricerche su "essere" e "dover essere" nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968; 6. *Natura del fatto e giustizia materiale*, Milano, 1968.

7. *Revista Doxa*, p. 35-39. Alicante, 1984. El texto en el original se encuentra en italiano, para este ensayo utilizo la traducción realizada por la Dra. María Inés Piñeiro Bertot.

pública, a los que denomina "procesos informales de comunicación y de interacción que tienen lugar en la sociedad". Se ocupa del sentido común y de la opinión pública en tanto que estos procesos están en una relación funcional con el sistema jurídico en su conjunto o con determinados subsistemas de derecho. Es decir, por ser "culturas del derecho".

Baratta considera a la ideología[8] y a los valores como elementos fundamentales y caracterizantes del derecho y de las culturas del derecho. Si bien estos no totalizan la estructura y el funcionamiento del sistema jurídico, ni la producción científica y cultural ligada a ellos, todos los demás elementos constitutivos, según el autor, tienen una relación directa o indirecta con valores e ideologías "y pueden ser estudiados en relación a estos". Asimismo la investigación respecto de los valores y las ideologías permite examinar la conexión funcional entre derecho y sociedad. En relación a ellos se puede describir el modo en que los sistemas jurídicos se reproducen materialmente e ideológicamente y el modo en que ellos forman parte de un proceso más general de reproducción material e ideológica de los sistemas sociales.

Así, señala que con ese "interés-guía" sus investigaciones y áreas temáticas tuvieron tres direcciones. La primera de ellas respecto de la argumentación y del método jurídico, y consecuentemente implicaba el rol de los momentos valorativos e ideológicos tanto en la argumentación como en el método jurídico. La segunda es la reconstrucción y la crítica del derecho y de la cultura jurídica bajo el punto de vista de las valoraciones dominantes y de las ideologías, tomando la crítica del derecho y de las ideologías jurídicas como elementos de la crítica de la realidad social. Esta área de investigación tenía como especial interés el poner al descubierto, a través de una actitud crítica, que el pensamiento jurídico legitima el sistema ju-

8. Sobre el término ideología vale la aclaración de que lo utiliza en dos sentidos distintos, uno positivo, propio del pensamiento de Mannheim, según el cuál ideología son los "programas de acción ligados a las visiones generales del mundo" y uno negativo, tomado de Marx, donde el término implica "los modos de idealización y racionalización de la realidad ligada a una falsa conciencia de ella".

rídico al reproducir acríticamente las valoraciones y las ideologías de las cuales es portador. Desde esta perspectiva la ideología actuaría en su sentido negativo. Baratta nos indica que "en este sentido, por ejemplo, los objetivos declarados o las funciones aparentes de determinados institutos del derecho los cuales son definidos en el pensamiento jurídico profesional y laico, representan frecuentemente una idealización, que esconde las funciones realmente realizadas por estos institutos, funciones reales que son, sin más, en ocasiones opuestas a aquellas ideales".

La tercera dirección de investigación, conexa estrechamente con la segunda, de acuerdo a lo que nos informa el autor, es la que éste considera fundamental en su trabajo de "filósofo y sociólogo del derecho". Esta "atañe a los criterios formales de control de los juicios de valor y de la definición del contenido de una ideología positiva del derecho, esto es una teoría de la justicia material entendida como *proyecto o utopía concreta*, contracara de la realidad dada por el derecho y de las correlaciones sociales a través de él consolidadas". Aquí Baratta operó bajo el horizonte de una relación dialéctica entre ser y deber ser, siendo para él, el deber ser no sólo la contracara de la realidad sino también una "potencialidad concreta de necesidades históricamente determinadas de los individuos (conservación y calidad de existencia) relativa a un determinado grado de desarrollo de las fuerzas productivas en una formación histórico social".

En suma, en este ensayo Baratta presenta su investigación y remarca su calidad de filósofo del derecho aunque ampliada a la categoría de sociólogo del derecho, disciplinas a las que, por otra parte, considera pasibles de integración. Asimismo se extrae de éste la indicación de Baratta de su utilización de instrumentos de análisis propios del materialismo histórico. Se puede agregar la crítica directa a los saberes tecnocráticos y reproductores de valores e ideologías, propias de las grandes corporaciones económicas y políticas, entre los que destaca la "moderna teoría de los sistemas" de Niklas Luhmann, a la que le cuestiona especialmente una representación idealista de la sociedad. Remarca pues la lucha de los hombres contra los sistemas.

2. Sus pasos en la dirección de las Revistas *La Questione Criminale* y *Dei Delitti y Delle Penne* y su obra *Criminología crítica y crítica del derecho penal*

Como ya se puede ir vislumbrando, la concepción filosófica de Baratta respecto del mundo y en particular del sistema jurídico se halla fuertemente atravesada por el marxismo. Aunque se trata de un marxismo del tipo heterodoxo, tal como se verá posteriormente. Vale hacer la aclaración de que las teorías marxistas del siglo veinte se diferencian mucho las unas con las otras, que van desde las más "humanistas" o "historicistas" como las de Gramsci o Lukács hasta las más "objetivitas" o "deterministas" propias del materialismo dialéctico.[9]

Por otra parte en Italia se da una particularidad, señalada muy claramente por Carlo Violi. Como éste indica "con la derrota del fascismo que no había dejado a las nuevas generaciones más alternativa que la apología y el silencio, cada quien se vio en la necesidad de asumir su propia responsabilidad frente al conflicto entre las dos diferentes y contrapuestas filosofías de la historia y la libertad: el liberalismo y el comunismo".[10]

Lo indicado en el párrafo precedente sirve también para enmarcar, de alguna manera, el contexto histórico en el que se desarrolló el pensamiento filosófico y político de Alessandro Baratta, lo que permitirá explicar el sentido que éste dio al pensamiento de Marx.

En ese tren de ideas, un momento crucial en la vinculación de Baratta al marxismo resulta ser su paso por la dirección de dos grandes revistas italianas dedicadas fundamentalmente al análisis de la filosofía jurídica y sociología cri-

9. Al respecto ver por ejemplo, Néstor Kohan, *Marx en su (tercer) mundo*, Buenos Aires: Biblos, 1998, especialmente p. 73-85 y Perry Anderson, *Consideraciones sobre el marxismo occidental*, México: Siglo XXI, 1998.

10. Introducción al libro *Ni con Marx ni contra Marx*, México: F.C.E, 2000, que recoge textos de Norberto Bobbio, p. 27.

minal. Me refiero a *La Questione Criminale* y *Dei Delitti e Delle Pene*.[11] Estas son parte de una época importante en la vida política y cultural italiana y conforman una visión desde la perspectiva de la cuestión criminal, en cuanto al control de la desviación y del delito, que enfrenta en forma directa al modelo capitalista y su política social desde 1975 en adelante.[12] En su origen los intelectuales italianos en la década del setenta están marcados por un fuerte compromiso político que los lleva a construir espacios de reacción y resistencia frente a políticas contrarias a su pensamiento.[13]

Los puntos centrales respecto de los cuales se orientó la producción intelectual de *La Questione Criminale* aparecen señalados en su primera editorial y son tres: la construcción de una criminología crítica, la búsqueda de los principios de una política criminal alternativa guiada por los intereses de las clases subalternas, la justicia y la igualdad social, y, como tercer punto, la construcción de un nuevo modelo integrado de ciencia penal. En cuanto a *Dei Delitti e Delle Pene*, su proyecto

11. La primera de estas publicada entre 1975 y 1981, se hallaba co-dirigida por Baratta y por Franco Bricola. La segunda sí a exclusiva dirección de Baratta comenzó a publicarse en 1983. La publicación de esta última revista se realizó ininterrumpidamente hasta 1987, luego hubo un "silencio" como menciona Pavarini, hasta que en 1991 volvió a editarse. Posteriormente se interrumpió la publicación desde 1994, hecho que duró hasta 1998 cuando retornó la revista esta vez co-dirigida por Alessandro Baratta y Massimo Pavarini, hasta la lamentable pérdida del primero. Así pues se comprende que la trayectoria intelectual de Baratta esta sumamente vinculada con las dos revistas mencionadas.

12. Cf. Roberto Bergalli, "De la 'questione criminale' a 'dei delitti e delle pene'", *Doctrina penal*, año 6, 1983, p. 395-400.

13. En su libro *La filosofía del siglo XX*, Remo Bodei resume de forma precisa el clima de esa época. Explica que "El historicismo – Interpretado por Toglatti-ha desempeñado una función relevante en la cultura italiana de la segunda posguerra mundial. Ha constituido el puente que permite el tránsito del idealismo a un tipo de marxismo que en Italia había tenido que saltarse una generación (...) ha puesto en evidencia los obstáculos, los bloques, la especificidad, lo concreto de cada situación histórica, la necesidad de calibrar el pensamiento sobre la realidad, de tener en cuenta las relaciones de fuerza impuestas por la situación internacional. Hay que reconocer las ventajas y desventajas de nuestro tiempo (...). Contra el idealismo y el espiritualismo y contra la retórica fascista, deseamos que la filosofía vuelva a descender del cielo de las ideas puras y entre en las casas y en la vida de los hombres. En esta marcha hacia una especie de 'vía italiana al racionalismo' se trató de obtener, en efecto – bajo la égida de la política –, un entrelazamiento de historia y utopía", Madrid: Alianza, 2001, p. 59-60.

era muy similar al que pretendía llevar a cabo *La Questione Criminale*, pero obviamente tenía en cuenta el nuevo marco histórico del que formaba parte. En lo que a esta comunicación interesa, se destaca la adopción del *labelling-approach* por una lectura marxista de lo social.[14]

En el transcurso de esta época varios filósofos, y filósofos del derecho, con pensamiento marxista o al menos "progresista" circularon por estas revistas. Se destaca entre los últimos a Luigi Ferrajoli y entre los primeros a Massimo Cacciari, quien por entonces era diputado comunista.

También se destaca a quienes entendieron que "la cuestión criminal" y el marxismo no debían ser tema de debate. En esa posición podemos encontrar a Norberto Bobbio quien en 1977 le escribe una carta a Baratta reiterándole su negativa a intervenir en un debate con esos temas entendiendo poco factible que los textos de Marx pudieran constituir un "¡Ábrete, Sésamo!" de la criminología, agregando su falta de comprensión acerca del significado de la "teoría materialista de la desviación".[15]

En este contexto histórico Baratta realiza su obra capital relacionada con la criminología. Se trata, como todos sabemos, de *Criminología crítica y crítica del derecho penal*.[16] Si bien él mismo la define en su introducción como una obra ligada a la sociología jurídico-penal, vale el acertado comentario de Massimo Pavarini quien considera a dicho texto como un trabajo de filosofía del derecho aplicada a la criminología.[17]

También esta obra permite apreciar el empleo del instrumental conceptual marxista en la visión de la realidad y del control de la desviación. De hecho amplios

14. Cf. Roberto Bergalli, op. cit., p. 395 y 397.

15. La carta a la que se hace referencia se encuentra publicada en *La questione criminale*, n. 3, vol. III, p. 425-428, sep.-dic. 1977, y traducida en el libro *Ni con Marx ni contra Marx*, cit., p. 239-242.

16. Esta obra fue editada en italiano en 1982 y ve la luz en su traducción castellana en 1986, efectuada a través de la Editorial Siglo XXI, México.

17. Cf. texto, "¿Vale la penal salvar a la criminología?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* 13/15-42, puntualmente p. 20, Buenos Aires, año VII, 2001.

pasajes de este libro ya habían sido publicados como ensayos individuales en *La Questione Criminale* y en otras revistas italianas de filosofía del derecho y sociología.[18]

La misión de este libro según su autor es "(...) mostrar en qué medida algunas perspectivas de las teorías sociológicas de la criminalidad contemporáneas están críticamente más avanzadas que la ciencia penal y ofrecen en particular, importantes puntos de vista para una crítica y una superación del concepto de defensa social".[19] Al igual que Taylor, Walton y Young,[20] Baratta intenta hacer una vinculación más específica entre la ciencia penal y la sociología criminal, de características políticas liberales,[21] y a la vez utilizar la sociología criminal como herramienta de crítica externa del pensamiento penal.

Uno de los problemas que Baratta divisa es que el discurso jurídico se encuentra muy retrasado respecto de la evolución metodológica y de pensamiento de la sociología de la criminalidad. Por ello considera fundamental que la sociología tome un papel más importante para explicar la realidad jurídico penal que el que tenía asignado por la escuela liberal clásica, y también por la positivista, y a su vez para modificar sustancialmente el rol de la criminología como ciencia auxiliar del derecho penal positivo.

Apunta a que se realice la función práctica de la sociología jurídica en su más vasta dimensión política sin caer en un mero instrumentalismo tecnocrático. En esa línea desarticula el paradigma de la defensa social como fin último de la

18. En especial se destaca el artículo "El modelo sociológico del conflicto y las teorías del conflicto acerca de la criminalidad", publicado originalmente en italiano en *La questione criminale* 3, 1 en 1977 y luego en castellano en *Doctrina penal*, año 2, p. 3-23, Buenos Aires: Depalma, 1979. Este texto analiza los mismos problemas que los Capítulos IX y X de *Criminología crítica y crítica al derecho penal.*

19. Op. cit., p. 38-39.

20. Específicamente me refiero al libro *La nueva criminología*, cuyo original fue publicado en 1973.

21. "Se trata, sobre todo, de teorías comprendidas en el campo de la sociología criminal burguesa y que, para distinguirlas de las más recientes teorías que caben en la llamada criminología 'crítica' (en parte de inspiración marxista), se denomina a menudo como teorías 'liberales', según una particular acepción que, en el mundo anglosajón, ha adquirido el término 'liberal'". Op. cit., p. 42.

pena, eliminando su valor de verdad y su poder de legitimación justificante y racionalizadora del derecho penal, por corresponder "a una ideología caracterizada por una concepción abstracta y a histórica de sociedad entendida como una totalidad de valores e intereses".[22]

Así, una de las claves de lectura que nos presenta el texto, es el cambio en la relación de las ciencias que se amalgaman en el ámbito penal. En este sentido Baratta retorna al concepto utilizado por la escuela clásica, y también por la positiva, del modelo integral de la ciencia penal entendiéndolo como "un modelo en el que la ciencia jurídica y la concepción general del hombre y de la sociedad se hallan estrechamente ligadas".[23] Para establecer la diferencia de su posición acerca de lo que significa un modelo de ciencia penal integrada explica que ambas escuelas originan su sistema a partir de una ideología[24] de la defensa social como nudo teórico y político fundamental del sistema científico.

El autor despliega mediante una detallada descripción las teorías sociológicas que han horadado y desligitimado los principios que dan sustento a la ideología de la defensa social. De todas estas teorías extrae algunos elementos para producir su propio pensamiento sobre la desviación, no sin acusar a cada una de ellas de mantener en su esencia última una mirada del fenómeno criminal que compromete negativamente al hombre considerado delincuente por sobre el cúmulo de estrategias previas que dieron la sustentación para que determinada conducta fuera establecida como delictual. Es por esos motivos que indica, respecto de las teorías sociológicas referidas, que "los elementos que ofrecen para una superación de las ideologías jurídicas se ven compensados, a su vez, por la producción de nuevas ideologías".[25]

22. Op. cit., p. 42.

23. Op. cit., p. 35.

24. Aclara Baratta que el término ideología será utilizado en la obra en el sentido de falsa conciencia, tal como lo formulara Marx, op. cit., p. 35. Al respecto ver nota 8 de este ensayo.

25. Op. cit., p. 39.

De todas estas teorías de las que más elementos extrae son de las denominadas de "reacción social" o *labelling-approach* y las del "conflicto", destacando en particular de las primeras, el espacio central que posee en sus investigaciones la definición del delito y sus implicaciones político-sociales. Se trata de la construcción social de la realidad, en particular la construcción social de la desviación, a partir de los procesos de interacción social, relacionado principalmente con los procesos de criminalización y el poder estigmatizante que ellos poseen.

La teoría del *labelling-approach* considera imposible comprender la criminalidad si no se estudia la acción del sistema penal que la define y que reacciona contra ella, desde las normas abstractas hasta la acción concreta de las instancias oficiales. Lo que se modifica es la definición del objeto mismo que compone la ciencia criminológica.

Llama especial atención a Baratta la interpretación sociopolítica del fenómeno criminal que producen algunos teóricos del *labelling-approach* en cuanto a la posición en que se encuentran ciertos grupos sociales, a quienes se unce del poder de definir, de indicar qué es un delito, qué conductas serán perseguidas, y en síntesis quiénes deben ser perseguidos.[26] El poder se revela a partir del control de la significación.

En este contexto de apropiación de las teorías del *labelling-approach*, Baratta también esboza las críticas que les tiene reservadas. Fundamentalmente lo que reprocha a estas teorías es que al no meditar críticamente las condiciones objetivas de desigualdad económica y cultural de los grupos que componen la sociedad, la cuestión de la criminalidad tampoco es meditada críticamente ni situada históricamente, por lo cuál no se generan mecanismos para la superación de esas desigualdades. Por otra parte al reducir "la criminalidad a la definición

26. Por un camino diferente Michel Foucault y Jean-François Lyotard, agudizan esta crítica. En particular éste último plantea que decidir qué es verdadero no es independiente del derecho a decidir lo que es justo. Saber y poder son las dos caras de una misma cuestión. Al respecto, Eduardo Russo y Alicia Moguillanes Mendia, *La lengua del derecho*, Buenos Aires: Editorial Estudio, 2001, p. 125-126.

legal y al efectivo etiquetamiento, exaltan el momento de la criminalización y dejan fuera del análisis la realidad de comportamientos lesivos de intereses merecedores de tutela, es decir de aquellos comportamientos (criminalizados o no) que aquí denominamos 'comportamientos socialmente negativos', en relación con las más significativas necesidades individuales y colectivas".[27]

Aquí Baratta introduce críticamente en el ámbito criminológico la cuestión del funcionamiento socioeconómico. Vale decir que son para Baratta las relaciones económicas, el control de los medios de producción por parte de un estrato social y la ulterior formación de un grupo vulnerable con baja posibilidad de satisfacción de sus necesidades materiales, los elementos trascendentales que originan el tipo de criminalidad propia del sistema social de la época. Al contrario, las teorías del *labelling-approach,* según Baratta, se desenvuelven en una explicación de la realidad que se apoya en una visión de mediano alcance, ya que toman la realidad social no sólo como el punto de llegada del análisis sino también como el punto de partida. Lo que intentan es analizar la realidad dándole a la misma el valor de verdad, en el sentido de deber ser. De esta manera, mediante esta crítica, Baratta identifica a estas teorías como teorías fungibles a otro encuadre con perspectivas teóricas más comprensivas. Todo esto quiere decir en última instancia que la utilización de las teorías del *labelling-approach*, valen especialmente por su capacidad descriptiva de fenómenos, como una herramienta dentro de su propia teoría.

Resta ahora explicar cuáles son los fundamentos de la teoría que aplica Baratta a la criminalidad. En esta aspecto adopta los criterios metodológicos de la denominada Criminología crítica,[28] añadiéndole elementos de su propia

27. Op. cit., p. 98-99.

28. El libro *Criminología crítica y crítica al derecho penal,* es considerado por los criminólogos como parte fundamental del corpus teórico básico de la criminología crítica. Al respecto véase el ensayo de Juan Félix Marteau, *La condición estratégica de las normas,* Buenos Aires: Eudeba, 1997, p. 38. Aclaran también la posición teórica de Baratta las reseñas presentadas por la Universidad de Camerino de Tamar Pitch y Luigi Ferrajoli a los pocos días del fallecimiento de Alessandro Baratta en donde lo identifican como el fundador de *La criminología crítica en Italia* (los textos pueden ser consultados por Internet en la página <http://web.unicam.it/archivio/documentazione/articoli/Baratta.doc>).

ideación. Como él mismo indica la criminología crítica tiene una "parte de inspiración marxista".[29]

Para reconocer su teoría creo conveniente detenerme en las afirmaciones que realiza respecto de cuáles son los conceptos sobre los que debe articularse una teoría crítica del sistema penal.[30] Los conceptos son cuatro: "a) *Desviación:* desviados son comportamientos o personas definidas como tales porque se apartan de modelos sociales de comportamientos (normas sociales) o de quienes reconocen tales modelos como válidos; b) *Ilicitud penal*: ilícitos penales son los comportamientos definidos como tales por la ley penal, es decir los delitos (*criminalización primaria*, por obra del legislador); c) Criminalidad: criminales son personas a quienes se han aplicado, con efectos socialmente significativos, definiciones legales de delito (*criminalización secundaria*, por obra de organismos instituidos para la aplicación de las leyes penales); d) *Negatividad social*: son socialmente negativos los comportamientos que contrastan con necesidades e intereses importantes de los individuos o de la comunidad, con base en criterios de valoración tenidos por válidos".

Surge del simple análisis de los cuatro conceptos que los tres primeros son fundamentalmente extraídos del *labelling-approach*. Por eso la clave se encuentra en el último de los conceptos, es decir *negatividad social*. Es este concepto el que lo aleja del pensamiento sociológico "liberal". Mediante la puesta en escena de la negatividad social pretende diferenciar su teoría de aquellas que analizan el delito según una concepción abstracta y ahistórica de sociedad.

Como él mismo señala "Una teoría adecuada de la criminalidad, sobre la cual se quiera basar hoy un nuevo modelo integrado de ciencia del derecho penal, se caracteriza por elementos antitéticos a la ideología de la defensa social: en primer lugar, dicha teoría opera con un concepto situado, es decir con una abstracción de-

29. Op. cit., p. 42.

30. Op. cit., nota 28, p. 99.

terminada correspondiente a específicas formaciones económico-sociales y a los problemas y a las contradicciones inherentes a éstas (...). Esta teoría opera, además, sobre la base de un análisis de los conflictos de clase y de las contradicciones específicas que caracterizan la estructura económico-social de las relaciones de producción de una determinada fase de desarrollo de una formación económico-social".[31]

He aquí los elementos distintivos de la teoría de Baratta y que son base de la criminología crítica. La sociedad es de por sí conflictiva. Además su análisis se encuadra en la visión de una sociedad puntual (no ahistórica), es decir la sociedad capitalista. Los conflictos que menciona, por otra parte, son los mismos que analizan la mayoría de las teorías marxistas, es decir la lucha de clases y el control de los medios de producción, todo lo cual se vincula con la alienación y con la plusvalía.

Pero el concepto de negatividad social es aún más complejo. Según Baratta existirían comportamientos socialmente negativos, los cuales deben medirse a partir de criterios objetivos de valoración, los que a su vez serán permanentemente redefinidos, teniendo en cuenta la lógica dialéctica aplicada en las relaciones humanas y el contenido histórico de su teoría que disgrega cualquier intento de totalización atemporal y aespacial.

Para definir el momento material de su teoría se apoya en pensadores prekantianos, quienes poseen una concepción del hombre "como portador de necesidades *positivas*", y que entienden "la necesidad como exigencia fundamental que mueve a los individuos a conservar y desarrollar su propia existencia". Estos pensadores son Spinoza y Hobbes y dicha concepción de la necesidad es la retomada luego en los escritos del joven Marx.[32]

De estos elementos se derivan algunas características propias del pensamiento de Baratta. En primer lugar el derecho penal debe existir. Hay conductas humanas que deben ser sancionadas: aquellos comportamientos socialmente negativos que

31. Op. cit., p. 42-43.

32. Op. cit., nota 28, p. 99.

atentan contra las necesidades humanas. Pero a la vez, en tanto que protector de necesidades humanas, éste derecho penal debe ser mínimo. Por otra parte a ello se agrega la normativización de las necesidades humanas que representan los derechos humanos, los que en definitiva son aquellos que protegen las necesidades humanas y por ello son el punto de apoyo sobre el que debe desarrollarse el derecho penal.

Retomando el concepto de negatividad social, quedan algunas apreciaciones que formular. En primer lugar su utilización en comunión con la teoría del *labelling-approach* revela cierta dificultad epistemológica.

Es cierto que Baratta hace desaparecer esa contradicción cuando menciona que las teorías del *labelling-approach* son teorías de mediano alcance. Con esto se evita llegar al fondo del planteo filosófico que estas tienen.

Sin embargo sería al menos contradictorio para quienes se enrolen en teorías donde las relaciones subjetivas representan el elemento fundante de las sociedades, que sostengan al mismo tiempo que continúa existiendo, respecto de estas relaciones, una base material que es la que dicta el curso de dichas relaciones.

Norberto Bobbio ha dicho que "no hay corriente filosófica de un siglo a esta parte que en el momento de su mayor vigor no haya encontrado una corriente de marxismo dispuesta a alguna concesión, con tal de mostrarse en una compañía considerada particularmente honrada y honorífica (...)",[33] justamente en un artículo al que denominó Marxismo y Fenomenología, relacionado con la vinculación realizada por Enzo Paci entre la filosofía de Marx y la de Husserl. Esta afirmación rodeada de una crítica sumamente despectiva hacia los pensadores marxistas, en parte, sólo en parte, podría utilizarse para describir la filosofía política de Alessandro Baratta. Pero claro, es él quien anticipa que la interpretación marxista no puede quedar estancada en el tiempo, ya que estamos ante una relación dialéctica e historicista, incluso con la propio teoría.[34] Así resulta inevitable plantearse una

33. *Ni con Marx...*, cit., p. 225.

34. Dice Gramsci "Podemos incluso llegar a afirmar que mientras que todo el sistema de la filosofía de la praxis puede hacerse caduco en un mundo unificado, muchas concepciones idealistas, o al

permanente revisión de los instrumentos teóricos y, claro está, de la realidad. Con lo cuál el marxismo que se apoya en la concepción dialéctica de la historia se ve obligado a buscar nuevas teorías que expliquen la realidad en tanto que la misma se halla en permanente cambio.

Sin embargo, en lo que a la vinculación del marxismo y el *labelling-aproach* se refiere, los estudios de los fenomenólogos en el ámbito de la sociología no parten de utilizar dicha teoría únicamente por razones epistemológicas. De hecho Alfred Schütz, uno de los iniciadores, se nutrió en forma directa de la filosofía de Edmund Husserl, su maestro. La fenomenología de Husserl, y la de los inicios de Martin Heidegger, mantienen una relación muy distinta a la marxista entre el sujeto y el objeto, razón por la cuál la vinculación de ambas teorías corre el riesgo de presentar contradicciones insalvables.[35]

Es cierto, por otra parte que innumerables veces se ha dicho que Husserl no presenta concepción alguna que vincule su pensamiento con una idea sociológica, ni una relación de su teoría con el Estado. Fue él quien dijo que realidades del tipo del Estado, la moral, el derecho y la religión están y deben permanecer desconectados del área de los problemas de la fenomenología pura y también llegó a calificar su obra en sí como completamente no-política. No obstante Karl Schuhmann, ha podido rastrear la concepción del Estado de Husserl,[36] apoyándose en otra frase de Husserl en la que indica que no hay ningún problema pensable

menos algunos aspectos de éstas, que son utópicas durante el reinado de la necesidad, podrían convertirse en 'verdades' después, etc.". "Cuadernos de la Cárcel", extraído del texto de Remo Bodei, *Filosofía del Siglo XX...*, cit., p. 59.

35. Citando al *Licenciado en comunicación* Pablo Rodríguez, en su intervención en el seminario realizado respecto del libro de Toni Negri y Michael Hardt, *Imperio*, oct. 2002 en la Facultad de Ciencias Política de la Universidad de Buenos Aires, es común que autores, en el plano sociológico, intenten vincular dos teorías que en principio son sospechadas de contrarias. El resultado normalmente finaliza siendo una teoría compuesta de dos bloques teóricos vinculados pero no homogéneos, siendo muy evidente la línea divisoria. De igual modo se refirieron al respecto los licenciados en Ciencias Política Gonzalo Aguirre y Federico Winer, destacando el primero los problemas de vibración que presentan estas teorías mal ensambladas.

36. Karl Schuhmann, *Teoría husserliana del Estado*, Buenos Aires: Almagesto, 1994.

con sentido de la filosofía y en general ningún problema pensable del ser, al que no deba llegar la fenomenología trascendental.[37] Aquella concepción, corresponde decir, parte de una teoría original de la intersubjetividad y del contrato del estado alejada de la tradición aristotélico-hegeliana (y más vinculada con Hobbes, y más aún con Schopenhauer), en la que el estado devendría el producto racional de la propia voluntad de los sujetos, y en virtud de no ser el estado el elemento primero tampoco sería una totalidad última insuperable.

Por ese motivo no puede pretenderse creer que detrás de Husserl, y en definitiva de la fenomenología, no hay una filosofía política. Que no la mencione de manera concreta no significa que la misma no se derive de sus apreciaciones del mundo construidas a partir de la fenomenología.[38] De hecho allí ingresa especialmente Alfred Schütz en escena, en cuanto a la aplicación de la teoría fenomenológica en campo de la sociología.[39]

Baratta reconoce el problema de la vinculación entre el marxismo y la fenomenología y lo anota al referirse a la teoría de Fritz Sack, autor con quien trabajara en Saarbrücken, quien se auto define como "marxista interaccionista". Sobre ella manifiesta que resulta ser una formulación "que no ha dejado ni puede dejar de suscitar las más diversas polémicas, no sólo por parte de los criminólogos tradicionales y 'conservadores' sino también por parte de autores marxistas".[40] Lamentablemente no nos deja su opinión acerca de dichas críticas, de cómo hacer

37. Respecto del problema de la filosofía política de Husserl ver especialmente la Introducción del libro de Schuhmann, p. 21-50.

38. Existe sí una mención concreta a los problemas antes aludidos que se puede verificar en un libro compuesto por cinco ensayos escritos por Husserl para la revista japonesa "The Kaizo" llamado *Renovación del hombre y de la cultura*, Barcelona: Anthropos, 2002.

39. Al respecto ver, por ejemplo, Federico Schuster compilador, *Filosofía y métodos de las ciencias sociales*, Buenos Aires: Manantial, 2002. El Capítulo 2 de este libro está compuesto por el trabajo de Daniela Soldano, denominado *La subjetividad a escena. El aporte de Alfred Schütz a las ciencias sociales*, donde se encuentra claramente explicitado aquello que en esta comunicación simplemente se enuncia.

40. Op. cit., p. 113.

frente a las opiniones que sostienen los equívocos de vincular al "realismo marxista" con el "idealismo interaccionista". Pero claro es que Baratta no llamará a su teoría "marxista interaccionista".

Retomando los carriles de la descripción de la obra *Criminología crítica y critica del derecho penal*, resta señalar que dentro del análisis crítico que realiza respecto de las variantes de criminología liberal, destaca la posición que sus teóricos adoptan en el concierto social que integran. Es decir los ubica en una posición cercana a los tecnócratas del poder hegemónico establecido, puesto que su fin último es racionalizar e integrar el sistema penal del control social, a fin de hacerlo más eficaz y más económico, colaborando así con la reproducción de las relaciones sociales de producción. La crítica es que estas teorías al discutir la forma y no el fondo de la criminalización no pueden evitar ser herramientas de producción social de una realidad injusta que genera segregación constante de los grupos más vulnerables y que solo están en condiciones de reprimir a quienes producen comportamientos socialmente negativos. Por esos motivos es que continúan siendo portadoras de una ideología negativa, más allá de haber superado la ideología de la defensa social y sus presupuestos metafísicos y eticistas, suplantándolos por argumentos eficientistas y tecnocráticos.

Así los avances que representarían las teorías criminológicas liberales se ven relativizados por ser propios de una etapa de máxima concentración capitalista donde se diluyen los presupuestos éticos por valores de eficiencia típicos de relaciones costo-beneficio. Es una etapa en que la burguesía no debe ya justificar filosóficamente sus presupuestos políticos sino que debe sostenerla en un plano de verdad incontrastable dedicándose a pulir los modos de aplicación de los mismos en la realidad.

En el plano de la integración del sistema penal, ese avance que Baratta anunciaba de la sociología por sobre la retrasada ideología penal era consecuencia de las condiciones históricas precisas de la época en que éste escribe su ensayo, donde esta última se conformaba a partir de los grupos más conservadores y

reaccionarios. Ello, estimaba, era una lógica consecuencia de los cambios en las relaciones y estrategias de control social de la desviación programadas por la burguesía, donde el momento penal ocupa un plano secundario,[41] en relación con otras formas jurídicas no penales.

De este retraso de la ciencia penal se desprende un profundo cambio en el modelo integrado, donde ya no sería posible fundar el carácter auxiliar de la ciencia social frente a la ciencia jurídica. Pero lo que me importa reflejar en esta comunicación es la posición que debería adoptar aquél representante de la ciencia jurídica ante la realidad descripta, a fin de sortear el delimitado espacio cubierto por una ideología negativa al que ha quedado confinado.

Aquí Baratta ubica al discurso jurídico en una necesaria relación de dependencia de la ciencia social, donde ya no se vinculen dos ciencias sino una ciencia y una técnica. Al respecto indica que "por técnica jurídica se entiende, en efecto, la preparación de instrumentos legislativos (técnica legislativa), interpretativos y dogmáticos, con miras a finalidades y opciones político-criminales conscientemente perseguidas, en el ámbito de la corrección lógico-argumentativa y de la discrecionalidad valorativa que el sistema jurídico-político atribuye al jurista en estos diversos niveles de la propia actividad".[42]

Señala que esta ubicación del jurista en el ámbito de la técnica no busca la reducción de éste a técnico de la sociedad,[43] sino que lo ubica en la posición

41. Una aguda reflexión sobre el cambio de las sociedades disciplinarias planteadas por Foucault a las sociedades de control fue realizada por Gilles Deleuze en su artículo "Post-scriptum sobre las sociedades de control", inserto en el libro *Conversaciones*, Valencia: Pre-textos, 1999, p. 277-286. Allí las ideas de Deleuze guardan cierta afinidad con esta afirmación de Baratta.

42. Op. cit., p. 162.

43. Es curioso el análisis de Jakobs acerca de la actual posición del derecho como técnica jurídica. Podría colocárselo como en posición totalmente antagónica a la de Baratta. Al respecto ver el ensayo: *¿Ciencia del derecho: técnica o humanística?*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. Aquí Jakobs se luce como un intelectual al que Baratta denominaría tecnócrata. Vale recordar que fue éste último quien realizó una de las primeras críticas a la teoría del derecho penal de Jakobs en su excelente trabajo denominado "Integración-Prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", *Doctrina Penal*, p. 3-26, Depalma, año 8, 1985.

de tomar conciencia de su naturaleza técnica, para poder encontrar una visión científica de la realidad social y de su movimiento, y con ello poder captar las necesidades individuales y sociales (y el grado posible de satisfacción de las mismas), que, como fuera dicho, conforman el fundamento de la sanción de los comportamientos socialmente negativos.

Claro está que la ciencia social a la que se debe aplicar como técnica el discurso jurídico tampoco puede ser una ciencia *neutral* que reproduzca acríticamente, mediante su ideología tecnocrática, las relaciones de desigualdad que sostienen la base social del sistema capitalista. La ciencia social debe estar "*comprometida* en la transformación del propio objeto, es decir, una ciencia social en donde la interpretación teórica de la realidad sea dialécticamente mediata del interés y la acción para la transformación de la realidad (...)".[44] Es decir una ciencia basada en una relación dialéctica entre teoría y praxis que permita superar las contradicciones materiales de los grupos subalternos, al hacer manifiestas estas contradicciones y creando a partir de ello conciencia de las mismas en los grupos mencionados.

Es necesario por todo esto que aquellos que se encuentren en posición de ejercer la técnica jurídica tengan en cuenta que el derecho penal es el derecho desigual por excelencia que evidencia una relación ideal de igualdad entre los sujetos de derecho (ideología) pero una autentica relación desigual en lo sustancial entre los individuos sujetos a control social, al privilegiar la tutela de los intereses de las clases dominantes. Por ello el derecho penal, acrítico y tecnocrático, se ocupa de profundizar las relaciones de desigualdad que se presentan en la sociedad.

Desde ese punto de partida, aquellos que se ocupen de estudiar la criminalidad deben guiarse por los presupuestos de la criminología crítica. Las mismos, en definitiva son "Elaborar una teoría materialista (económico-política) de la desviación, de los *comportamientos socialmente negativos* y de la criminalización, y trazar las líneas de una política criminal alternativa, de una política de las clases subalternas en el

44. Op. cit., p. 163.

sector de la desviación (...)".[45] El concepto política criminal es utilizado aquí como política de transformación social e institucional.

Este programa de acción se completa con la modificación en los intereses penalmente tutelados, los que además de ser los mínimos indispensables para desarrollar relaciones comunitarias menos desiguales deben tender a la protección de los intereses esenciales para la vida de los individuos y de la comunidad. A ello se suma la consideración negativa de la opinión pública en los procesos ideológicos y psicológicos que legitiman al derecho penal desigual.

3. Algunas apreciaciones sobre los últimos trabajos de Baratta

Luego de escrita su obra capital muchos de los trabajos de Baratta mantuvieron centralmente, y en cuanto a la filosofía política se refiere, los mismos puntos de apoyo, desarrollándose las ideas allí contenidas de manera más amplia en temas más particulares.

Me gustaría referirme a algunos de los textos posteriores a *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, los que creo que en su conjunto develan el desarrollo teórico de los años en cuestión.

Tal vez uno de los más conocidos ensayos de Baratta en lengua castellana sea *Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*.[46] En él pone en práctica el plantear en forma concreta y programática cómo debe ser un derecho penal mínimo, en tanto siga existiendo el tipo de derecho penal portador de una ideología negativa, y estabilizador, al menos, de las desigualdades sociales. Es aquí donde más se afirma su posición

45. Op. cit., p. 209.

46. *Doctrina penal*, p. 623-650, Buenos Aires: Depalma, año 10, 1987. Señala Zaffaroni en su artículo *in memoriam* "Su sistematización de los principios limitadores del derecho penal es una página de lectura obligatoria", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* 14/17-19, Buenos Aires: Ad-Hoc, año VII, 2002.

respecto de la importancia de los derechos humanos para la protección de las necesidades humanas y para la delimitación de la intervención penal en el camino hacia un cambio social con mayor equidad y justicia entre los individuos.

Los derechos humanos claro está no son tomados como entidades abstractas sino como conceptos histórico-sociales que van definiendo a lo largo de la historia aquellas necesidades humanas reales que fundamentan la intervención del Estado para su protección.

El texto resulta ser el señalamiento y análisis de los requisitos mínimos de derechos humanos que deben ser respetados por la ley penal, como etapa de criminalización primaria, detallando aquellos intrasistemáticos (como los de limitación formal, de limitación funcional y limitación personal o de la responsabilidad penal), que "indican los requisitos para la introducción y mantenimiento de figuras delictivas en la ley" y los extrasistemáticos (principios extrasistemáticos de descriminalización y principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales) los que "se refieren, en cambio, a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y los problemas sociales, en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal)".[47]

En esa misma línea se halla su artículo *Resocialización o control social*,[48] en el que desarrolla la realidad carcelaria, el fracaso de las reformas europeas destinadas a transformar las cárceles en centros de tratamiento resocializatorio, el advenimiento de las "contrarreformas" apoyada en la emergencia ocasionada por el terrorismo y la base material que se ocultaba detrás de estas decisiones, es decir, la crisis fiscal del Welfare State entre los años 70 y 80, la que acabó con los recursos económicos que debían sostener la política carcelaria de efectiva resocialización.

47. Op. cit., p. 627.

48. En *No hay derecho* 3/30-34, Buenos Aires, abr.-mayo 1991.

Con extremada lucidez transforma el concepto resocialización en el de reintegración, sin que ello represente un simple hecho de nomenclatura. Aquí se pone en juego la fuerza de evitar ceder ante el rostro develado de la falsía resocializadora. Que la cárcel no resocialice no significa que haya que vaciarla de teoría positiva hasta tanto siga existiendo. Ello tiene como objetivo no tecnocratizar las relaciones de los operadores de la institución carcelaria ante el fracaso de los objetivos de la institución. En tanto siga existiendo la cárcel habrá que intentar resocializar "a pesar de ella".

En ese contexto surge la idea de Baratta de redefinir el concepto, teniendo en cuenta que el mismo se halla construido socialmente, y partiendo de la innegable realidad de que la cárcel no puede producir efectos útiles para la resocialización del condenado. La noción de reintegración permitiría modificar una relación propia de la idea de tratamiento, es decir una posición activa de la administración penitenciaria y una pasiva del interno como objeto de tratamiento, transformando el acto de relación interpersonal en un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, "en el que los ciudadanos recluidos en la cárcel se reconozcan en la sociedad externa y la sociedad externa se reconozca en la cárcel".

Mediante el objetivo reinterpretado intenta delinear un programa sistemático para hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel produce respecto de la reintegración, brindando verdaderos servicios en vez de tratamiento. Se trata de una estrategia reduccionista a corto y mediano plazo de la pena carcelaria y abolicionista a largo plazo.

En definitiva el objetivo final de la crítica de Baratta es que la sociedad reasuma como propios aquella parte de sus problemas y conflictos que encuentran "segregados" en la cárcel.

En una óptica más filosófica se encuentra su ensayo *La vida y el laboratorio del derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal.*[49] Este

49. *Revista Doxa*, p. 275-295, 1988.

tal vez sea el texto donde Baratta más se acerca a la fenomenología y sus implicancias para las ciencias sociales. Claro está que por más de que vuelva a afirmar que la realidad social es una construcción que se produce en el sentido común, "al interior de los procesos de comunicación y de atribución de sentido que constituyen el lenguaje de los grupos sociales", no se desprende de la vinculación determinante de esa construcción que producen las condiciones materiales captadas a partir de las relaciones de producción y de poder existentes en determinadas formaciones sociales. La vinculación a la que hace referencia funciona como influencia, la cuál puede ser conservadora (de reproducción y legitimación, es decir ideología negativa) o innovadora (de crítica y liberación). Sobre este punto Baratta vuelve a vincularse con pensadores de un origen marxista sumamente heterodoxo como Ernst Bloch y Jürgen Habermas.

El interés por el lenguaje jurídico constituye uno de los puntos centrales de la investigación. Su situación de lenguaje especializado permite una construcción particular del mundo, es decir una construcción científica de un mundo ya construido socialmente. Así el mundo jurídico adquiere un elevado grado de artificialidad, en tanto que construcción normativa de la realidad, calificando deónticamente los comportamientos de los sujetos. De allí surge la analogía del derecho como laboratorio. El derecho transforma el ser en un mundo del deber ser.

En esa constelación conceptual el proceso penal pone de manifiesto la representación de lo concreto ("lo vivido (...) las situaciones irrepetibles de la existencia") que se desenvuelve en el teatro del derecho y a la vez redunda en el señalamiento de la distancia entre el drama existencial de la vida (lo concreto) y su representación en el teatro jurídico (lo abstracto).

Existe una representación jurídico-teatral mediante el proceso penal que significa la verificación de subsistencia de las condiciones previstas por el derecho que habilitan su intervención "de tipo represivo sobre un conflicto", donde los actores actúan en roles estandarizados. Esta representación reconstruye las relaciones de los actores que participaron en el hecho concreto, suplantándolos por

profesionales del rito, incluyendo como actor principal al juez que con su intervención suspende la comunicación existencial entre las partes. He aquí la deformación de la "verdad existencial" en verdad procesal.

Con ello quiere transmitir el hecho de que en la determinación de la responsabilidad en el proceso penal, la distancia entre la realidad y el laboratorio del derecho penal, se vuelve muy extensa. No ocurre lo mismo con la ciencia social puesto que ésta estudia los conflictos al interior de un concepto amplio de situación que abarca todo el sistema social.

El distanciamiento que se produce en el campo del derecho penal de los múltiples factores que inciden en la realización de determinada conducta es lo que Baratta intenta poner en crisis con su artículo. Es decir la negación del comportamiento individual como factor exclusivo de comprensión de los actos humanos en el contexto social y como desprendimiento abstracto de las raíces del conflicto. La determinación de responsabilidad en el derecho penal, mediante la aplicación aséptica de categorías abstractas convierte al comportamiento del individuo, objeto de análisis, en incomprensible. Esto allana el camino para considerar al sujeto reprochado como anormal y a su conducta como patológica.

Así presentado el problema de la responsabilidad, la crítica más directa se suscita ante el concepto de culpabilidad y su condición normativa-atributiva de imputación, y no ontológica. La crisis del concepto de culpabilidad deviene de la cada vez más irracional aplicación de pena-sufrimiento a partir de la imputación de culpabilidad. Si ya no se puede medir el grado de culpabilidad en el proceso, a partir de los estudios al respecto llevados a cabo en la doctrina penal alemana, poco se puede esperar de ésta como eje central del límite de la responsabilidad penal. El fundamento subjetivo de toda la teoría del derecho penal liberal se confiesa excesivamente abstracto y falto de aplicación concreta en la apreciación de responsabilidad de los sujetos a partir de sus conductas. Así se trasluce que lo que se encuentra verdaderamente en crisis es la lógica de los valores que sostienen al sistema punitivo.

En el cuadro que se exhibe como sistema penal se contempla que la intervención punitiva es una forma de suministrar sufrimiento. Ante esta imagen real propone que la ponderación de la graduación de sufrimientos sea en base a la acción voluntaria, por más de que se trate de una "operación inadecuada para una interpretación científica de la realidad de los conflictos", a fin de reducir la intervención penal y maximizar las garantías de los imputados.

Desde ya que en este artículo también pregona la actitud crítica que se resume en la necesidad de que la ciencia jurídica se integre a la ciencia social, dejando que esta tome el rol de abarcar la explicación macro del conflicto, a fin de disminuir la actitud represiva y elevar los métodos restitutivos y preventivos en las relaciones humanas.

Como se ve, este texto, representa otro paso para la crítica de las ideologías y se coloca como elemento concreto de base para un cambio en el modelo social a través de la denuncia del sistema represivo penal, con el fin de "hacer la realidad más humana" y al derecho "más justo".

Su visión de la integración de los distintos grupos que componen la sociedad y sus conflictos se torna más compleja en una etapa posterior de su pensamiento, o al menos se hace explícita una relación de poder con más variantes que aquella dicotómica discusión entre los poderosos y los grupos subalternos representados por los obreros. Su pensamiento comienza así a distinguir, repito, explícitamente la repercusión en el concierto social que generan luchas respecto de la protección de los derechos de determinado grupo. En esta línea cabe citar artículos tales como "La situación de la protección del niño en América Latina"[50] y "El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión humana".[51]

En cuanto al primero de los nombrados, en este caso se destaca la distinción de las relaciones de producción y de distribución de los recursos; no solo en una

50. En *Capítulo criminológico* 18-19/159-175, Maracaibo: Universidad de Zulia, 1991.

51. Haydée Birgin compiladora, *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 39-83.

determinada sociedad sino en el mundo, entre grupos y entre naciones. Define la realidad social como el "teatro de las percepciones, las acciones y las luchas de los actores y grupos sociales para definir como jurídicamente necesario lo que es natural o socialmente posible, para hacer efectivos, a través del uso o la amenaza de sanciones, estas definiciones, o para ejercer resistencia a ellas".

Las luchas por la definición y la implementación del derecho marcan el ritmo del mantenimiento, o bien de la transformación, de la estructura ideológica y material de las relaciones sociales. Las transformaciones representan una modificación estructural de la sociedad, sus normas de convivencia, y el sistema de valores. Sobre esta base vincula los cambios estructurales con la afirmación de un derecho *justo* que se coloca por encima, dado sus principios y reglas, de la legislación y la soberanía de cada Estado. Es decir que habría un derecho más allá del positivamente legislado por los Estados. En el caso particular del objeto de su ensayo, los derechos humanos de la niñez establecidos por la Convención forman parte de aquella transformación.

El origen de esta forma de pensamiento filosófico deriva de la concepción iusnaturalista que Baratta recoge, a partir de la segunda posguerra, especialmente de las reinterpretaciones de la filosofía del derecho de Gustav Radbruch.[52] Fiel a su pensamiento respecto de los derechos y las necesidades de los grupos sociales,

52. El accionar del Tercer Reich hizo mella en los autores alemanes quienes luego de la segunda guerra mundial retornaron una posición vinculada con el iusnaturalismo. Una figura emblemática de este cambio es Gustav Radbruch quien escribió por ejemplo: "El positivismo que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula de 'la ley es la ley', dejó a la jurisprudencia y a la judicatura alemanas inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de hora en forma de ley (...). El derrumbamiento del Estado nazi, basado en la negación del derecho, coloca continuamente a la judicatura alemana ante preguntas que el caduco, pero aún vivo positivismo, no sabrá nunca contestar (...)". Más adelante y analizando el juicio de Nuremberg y el problema de la irretroactividad de la ley penal señala que "(...) si no las leyes mismas, por lo menos su contenido se hallaba ya en vigor al producirse aquellas situaciones, al cometerse aquellos desafueros; dicho en otros términos, que estas leyes responden, por su contenido, a un derecho superior a la ley, supralegal (...)"; véase Introducción a la filosofía del derecho, México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 178-180. Este retorno al derecho natural de la filosofía del derecho alemana es analizado de manera clara por Arthur Kaufmann en si libro *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 77-79.

mencionado ya en la breve reseña sobre *Criminología crítica y crítica del derecho penal,* pero más allá del enfoque iusnaturalista del problema de la protección de los derechos humanos del niño, se apoya en la fundamentación de un concepto de necesidad que se conforma a partir de una dimensión histórico-social. De ahí que los derechos humanos adquieran un contenido "dinámico y evolutivo" que interpela al hombre, diría en forma dialéctica, en busca de la fijación histórica de sus necesidades y de la de los grupos humanos, teniendo en cuenta la base material y el grado de desarrollo alcanzado por determinada sociedad.

Por esos motivos la afirmación de la justicia y de los derechos humanos bajo un marco histórico-social determinado rescata la potencialidad de satisfacción de "manera humana" de las necesidades de aquellos seres humanos que componen esa sociedad concreta y coloca en segundo plano las soluciones represivas. Estas últimas, en realidad, representan para las sociedades capitalistas la primera forma de vinculación jurídica que adoptan.

La Convención del Niño representa para Baratta, a partir de lo explicitado, un verdadero proyecto de sociedad. Sin embargo la convención pone al descubierto las distancias entre el proceso de producción e implementación del derecho, especialmente el que tiende a desarrollar situaciones de hecho menos desiguales, y la situación de hecho que termina resultando. Respecto de la niñez y de la convención marca la profunda distancia que se evidencia en América Latina entre la situación real y la situación ideal de aquella, destacando la inexistencia de las condiciones sociales, institucionales, estructurales y culturales que permitan la modificación de esta distancia a favor de la aplicación más exacta de la convención. Esto no implica reformular la convención a favor de concretar la falacia naturalista de modificar las leyes para hacerlas acordes con la realidad, sino que la convención debe entenderse como punto de partida, y no de llegada, del cambio del status jurídico de los menores y de la satisfacción plena de sus necesidades. Se trata de un paso en el proceso de transformación de la realidad social necesario, pero no suficiente; "sin un fuerte movimiento social, que tenga sus raíces en la sociedad

civil no hay chance para una efectiva implementación de los principios y las normas de la convención en la legislación y la praxis administrativa de los Estados".

En lo relativo a la cuestión de género, es decir, el segundo de los textos mencionados, destaca Baratta la creación, por parte de algunas mujeres relacionadas con las ciencias jurídicas y sociales de un metadiscurso destinado a una reflexión crítica "sobre la argumentación que se ha desarrollado hasta ahora sobre la condición femenina, sea en relación con el derecho en general o con el derecho penal en particular".

El ensayo parte de un problema de género pero recorre los caminos habituales del pensamiento de Baratta deviniendo en un análisis de la criminología crítica y de la construcción de una sociedad más igualitaria a partir de la inquietante cuestión de la desigualdad entre sexos. Es relevante para esta investigación la crítica que producen estas autoras sobre la ciencia moderna al enunciar que el modelo hegemónico de la ciencia se basa en la oposición dicotómica de dos cualidades (sujeto-objeto, razón-emoción, espíritu-cuerpo), donde la cualidad recogida por éste es atribuido al sexo masculino mientras que la despreciada se la vincula al sexo femenino, asegurando con ello, la ciencia moderna, la dominación masculina.

Como es propio de la teoría de Baratta, destaca la construcción social (ideológica) de los géneros y desvincula a estos de una división natural, biológica, señalando en esta línea la división social del trabajo entre mujeres y varones en la sociedad moderna, "la atribución a los dos géneros de papeles diferenciados (sobre o subordinado) en las esferas de la producción, de la reproducción y de la política y, también, a través de la separación entre lo público y lo privado". Siguiendo el razonamiento de Baratta, la diferencia biológica percibida por el sentido común y por la ciencia se basa en aquello que ellos asignan previamente a cada uno de los géneros, como siempre en un contexto social e histórico particular.

La diferencia de género le sirve para denunciar las desigualdades sociales que se establecen en las sociedades capitalistas. Así como en los años setenta y

principios de los ochenta la cuestión obrera reflejaba con mayor claridad las desigualdades que construía la sociedad capitalista, en el final del siglo se viró la perspectiva plantándose los enfoques sociales críticos también en espacios distintos de los relacionados con los estratos sociales. Así las mujeres, y como vimos los niños, como pertenecientes a los excluidos por el pacto social de la modernidad, fueron objeto de verdadera atención en el pensamiento crítico.

Las divergencias de trato a las que son sometidas las mujeres podrían desaparecer mediante una "desconstrucción" de la conexión ideológica imperante entre ambos géneros y su reconstrucción que "supere las dicotomías artificiales que están en la base del modelo androcéntrico de la ciencia y del poder masculino". Con lograr, las mujeres, el reconocimiento de derechos dentro del sistema social imperante (modificación de la distribución de los recursos) habrán conseguido un importante éxito, mas la igualdad entre géneros se conseguiría a partir del cambio de base en las relaciones materiales e ideológicas que conforman esta sociedad.

Para lograr este cambio radical destaca Baratta los intentos de aquellas intelectuales que se adscriben a la lucha basada en el paradigma de género. Estas proyectan un derecho "andrógino" que se delinea a partir de la transformación estructural de las instituciones y de la cultura del derecho. Esta lucha encarada para transformar la relaciones entre géneros ha permitido el inicio del rescate y equiparación de cualidades y conceptos que se habían atribuido a las mujeres y por lo tanto habían sido descuidados, subordinados o sacrificados en la cultura dominante, especialmente en el sistema de ciencia y en el derecho.

Me detengo especialmente en las apreciaciones de Sandra Harding y de Carol Smart que realiza Baratta en cuanto a sus visiones respecto de las desigualdades de género y los modos de solucionar este conflicto. Estas rotulan como *posmodernismo feminista* a las posturas que se basan en una relatividad histórica y "una negociabilidad de los *sets* de cualidad y de valores atribuidos a los géneros y a los sistemas (ciencia, y derecho)", así como en la transversalidad del mundo real de cada mujer "en relación con las diversas variables de las relaciones entre las

desigualdades y las diferencias culturales (mujer-varón, niño-adulto, negro-blanco, diferencias de clase social, culturales, étnicas, religiosas)". Por último menciona la flexibilidad y redefinibilidad de los límites culturales e institucionales.

La percepción de las relaciones sociales se complejizan, y son las mujeres que elaboran críticas desde el ámbito femenino quienes se encargan de desarrollar una teoría más versátil y adecuada a estos cambios de percepción. Los valores no son absolutos, ahistóricos, y su definición es flexible.

Desde el ámbito feminista se concibió la caída de las esencias que fundaban, en la modernidad, a la mujer. Esta no posee inevitablemente ciertos valores que les son propios por su condición de tal sino que son impuestos a partir de la construcción social de "lo femenino". Es importante también hacer referencia a la visión particular de la posmodernidad que sostienen estas autoras. Frente a opiniones de filósofos como Lyotard, Derrida, Foucault y Rorty comparten las ideas acerca del escepticismo frente a afirmaciones universales sobre la esencia de las cosas, la razón, el progreso y la ciencia, pero discrepan con ellos en que este escepticismo determine el relativismo de las luchas políticas, puesto que esto implicaría la inevitable sumisión de aquellos sujetos que hoy, pese a la caída de aquellas "grandes narraciones", continúan padeciendo las desigualdades propias del sistema capitalista. Nuevamente se afirma en Baratta su apego por una base material que es fuente de todas las construcciones ideológicas posteriores. El postmodernismo de aquellos filósofos destacaría, según Baratta, el espacio ideológico desoyendo aquel elemento material "objetivo".

En síntesis aquello que debe ser re-construido en pos de alcanzar la igualdad de géneros es una subjetividad humana andrógina, portadora de cualidades y valores que habían sido previamente separados y contrapuestos a partir de la creación social de los géneros.

En el ámbito del derecho, la criminología crítica desarrolla esta postura de la cuestión de géneros permitiendo la reestructuración de la interpretación de la situación de la mujer frente al derecho penal tanto en su posición

de imputada como en la de víctima. A partir de este nuevo análisis se percibe la construcción de las conductas reprochadas a las mujeres, los tipos penales de protección específica de las mismas y las sanciones que les son aplicadas como propias de una sociedad patriarcal que reservó el protagonismo de la esfera productiva a los varones (ámbito público) y del círculo reproductivo a las mujeres (ámbito privado).

Retomando la cuestión de la reunificación de los valores separados en la denominada "sociedad patriarcal", la misma permitiría no sólo la construcción de una política penal alternativa a la existente sino también, según Gerlinda Smaus, una alternativa a la política penal.

Resta señalar en cuanto a este texto de Baratta su reafirmación de una sinergia de las luchas de los distintos grupos que se ven excluidos del goce de las necesidades que les son propias en tanto seres humanos con necesidades individuales. Se trata de la alianza de todos los excluidos en una lucha transversal para conseguir una identidad global que afirme la tolerancia de las diversidades y el más amplio desarrollo posible de la humanidad. Esto sólo puede ser posible, a partir del sostenimiento ideológico de la "androginia" y la transformación de la estructura económica como condición material.

Por último deseo referirme a un texto de Baratta que, creo, refleja de la manera más sintética posible la última etapa del desarrollo teórico de este gran pensador. Se trata del ensayo denominado *El Estado-mestizo y la ciudadanía plural, consideraciones sobre una teoría de mundana de la alianza.*[53]

Aquí Baratta encara de manera explícita la reconstrucción, contextualizada en el actual espacio histórico, del pensamiento de Marx y de Freud. Se trata de dar cuenta de la crisis de la modernidad sin por ello subirse al tren de la posmodernidad, su relativismo valorativo, y su *pensamiento débil.* El artículo se compo-

53. El texto se halla incluido en el libro *Identidades comunitarias y democracia*, Edición a cargo de Héctor Silvera Gorski, Madrid: Trotta, 2000, p. 185-210. Su publicación original fue hecha en idioma italiano en 1998.

ne de un desarrollo histórico del pensamiento de la modernidad, apoyándose en el análisis de las nociones de valor, verdad y sujeto, que esta crea.

Así concluye que "el optimismo de la razón, tal como se expresa en las obras de Marx y de Freud, representa quizá la culminación del desarrollo del pensamiento moderno, si por tal desarrollo entendemos el lento proceso de secularización que transformó radicalmente el principio de verdad y el concepto de sujeto".

Pero el pensamiento moderno se halla en crisis, y su crisis se origina en su propio punto de partida, en su fundación. Se trata de la contradicción fundamental que se observa en la relación que subsiste entre la violencia y el derecho en el pensamiento y en la praxis modernos. El derecho, cuya finalidad formal es la anulación de la violencia,[54] en realidad reproduce la violencia toda vez que resulta inherente al estado y al derecho. Ni siquiera se habría logrado neutralizar la violencia en la sociedad, al no poder monopolizarla en el interior del poder legal como supuestamente se había "pactado" a partir de aquel contrato social, fundacional del estado moderno.

De hecho, el contrato social representa para Baratta la mistificación de un contrato universal que en la práctica tuvo como contrayentes a un grupo minoritario de la sociedad (se trataría de los seres humanos con las siguientes cualidades: blancos, propietarios, varones y adultos), dejando marginados del proyecto de construcción del estado a la mayoría de los actores sociales (extranjeros, desheredados, niños, mujeres).

El incumplimiento de la promesa efectuada por la modernidad de suprimir la violencia a través del derecho ha decantado en la destrucción de la confianza ilustrada en la verdad, en la subjetividad humana y en el progreso.

De esta crisis no se puede salir, según Baratta, a través de la visión filosófica posmoderna ya que ella no pretende construir un proyecto ético-político para cambiar las condiciones y crear "una sociedad más justa y feliz". Aquí se encuentra

54. Entendida esta como *Represión de las necesidades reales*, p. 198.

la clave de su rechazo a la posmodernidad como explicación del mundo. Si bien las teorías que se postulan desde la posmodernidad sirven para correr el velo de la violencia estructural del estado actual, la desmitificación de las grandes narrativas a la manera que la practican los intelectuales posmodernos conlleva un nihilismo que sirve, en la práctica, para mantener el *statu quo*.

Así como sucedía con las teorías del *labelling-approach*, Baratta ve en el pensamiento posmoderno un descripción de la realidad acertada, y útil para construir una oposición al poder represivo, mas, en su relativismo, también éste se queda a las puertas de desarrollar una alternativa. Le basta con deconstruir los saberes y valores, sin diseñar un proyecto de construcción de una nueva realidad.

La alternativa que encuentra para superar la crisis de la modernidad se basa, dado su pecado original, en la corrección del lenguaje y los conceptos sobre los que se halla constituido el estado moderno y de su derecho. Las nuevas definiciones serían: en lugar de actores (participantes en el pacto), víctimas (los excluidos del pacto); en lugar del hombre como centro del universo y de la naturaleza, policentrismo de la naturaleza y del respeto de ella por parte del hombre; en lugar de extranjero, "ser extranjeros a nosotros mismos"; y en lugar de contrato, alianza.

La base de la refundación del estado y del derecho es aquella alianza entre los excluidos del pacto y la del hombre con la naturaleza.[55] El proyecto político sobre el que teoriza Baratta pretende la refundación de un estado capaz de aprender de todos los grupos humanos que conviven en él, de sus visiones del mundo y que conforman ello que él denomina "sociedad mestiza" (sin proyecto de homologación/asimilación de los seres humanos que componen la sociedad).

De una sociedad mestiza, carente por definición de extranjeros y excluidos, podría nacer para Baratta la realización de formas no violentas del control de la

55. Esta alianza entre el hombre y la naturaleza viene a retransformar la relación generada por la modernidad mediante la cual se produce una tajante división entre hombre y naturaleza. A partir de la división hecha por la modernidad, la naturaleza se presenta como objeto apropiable por los hombres detentadores del poder económico, que son exactamente los mismos que habrían construido el sistema jurídico al ser aquellos a quienes estaba reservada la "suscripción" del contrato social.

violencia. Para este proyecto de alianzas tampoco sería necesario la constitución de verdades absolutas ni valores universales, y no por ello se cae en el pensamiento posmoderno. Solo bastaría sostener un discurso "que reconozca la validez relativa de los resultados cognitivos de un autorreflexión de la sociedad, y que se desarrolle en el contexto de una determinada situación histórico-social".[56] Es suficiente, para constituir la alianza de los excluidos, valores relativos basados en el consenso y en la investigación común.

En el espacio de la alternativa es donde la filosofía actual debe retomar instrumentos teóricos de Marx y de Freud, seleccionando aspectos de la obra de éstos, ya que posibilitan hallar elementos indispensables para el desarrollo de técnicas pacíficas de soluciones de conflictos. La herencia marxista, sería, claro está, el materialismo histórico y su humanización de la visión del hombre y del mundo.

Así como los textos anteriormente mencionados se centraban en la visión de los niños y las mujeres, este último toma como centro la noción de "extranjero". Sobre éste es que hace un breve análisis atravesándolo con una relectura de las obras de Marx y de Freud. El objetivo es que "todo ciudadano sea capaz de mirarse a sí mismo y a su propia patria con los ojos del otro, y de descubrirse a sí mismo gracias a la percepción de los otros".

Entiendo que se desprende de la breve descripción de los textos de Baratta seleccionados, que éste ha mantenido su espíritu de lucha contra las desigualdades que se generan en las relaciones humanas en el sistema social capitalista. Cada elemento propio del sistema penal sobre el que ha puesto su mirada ha sido analizado de manera crítica y ha sido reinterpretado de tal modo que las funciones latentes propias de los sistemas penales contemporáneos fueran puestos de manifiesto, junto con las desigualdades. A la vez no ha dejado de hacer propuestas para un posible cambio en las relaciones sociales a fin de que dialécticamente se vaya construyendo una sociedad con menos injusticias.

56. Op. cit., p. 203.

4. Acerca del pensamiento político-filosófico de Baratta

Como se puede comprobar de la descripción realizada acerca de su ensayo más difundido, y de algunas de las descripciones de sus otros textos, la obra de Baratta se encuentra fuertemente vinculada con el marxismo. Pero decir eso no es decir mucho. Hay una multiplicidad de teorías marxistas que incluso entre ellas han discutido acerca de la "auténtica" interpretación de los textos de Marx valorando, cada una, algún período en particular o alguna de las herramientas conceptuales desarrolladas por éste.

Baratta representa al intelectual marxista comprometido, propio de las décadas del setenta y principios de los ochenta. Es una época donde la labor teórica sólo puede ser comprendida sobre un fondo político. El contexto histórico era bastante distinto al actual. Básicamente se confiaba en el advenimiento de un movimiento obrero que pusiera fin a la división entre la teoría y la práctica. Los datos objetivos de los que extraían esas conclusiones, aquellos intelectuales, eran diversos. Entre ellos se puede contar la revuelta francesa de mayo de 1968, analizado como un levantamiento revolucionario masivo en el capitalismo avanzado, en tiempos de paz y en condiciones de prosperidad de la democracia burguesa; la mayor serie de huelgas histórica realizada por el proletariado italiano en 1969; la ofensiva industrial de 1972 en Gran Bretaña que llegó a parar su economía nacional; el primer receso importante de la economía capitalista de posguerra ocurrido en 1974.[57]

Se trata de una época donde se revitaliza la lucha de los intelectuales por instalar, en el concierto político de sus naciones, los intereses de las clases subalternas que se veían especialmente representados por los obreros.

57. Cf. Perry Anderson, *Consideraciones sobre el marxismo occidental*, México: Siglo XXI, 1998.

Esta generación de intelectuales marxistas había cambiado la orientación de los trabajos teóricos de esa corriente del más metódico desarrollo de la crítica de la economía política a un debate filosófico político, diluyendo, aunque no eliminando, la tajante división de estructura y superestructura propia de los marxismos más tradicionales. Vale la aclaración que para el marxismo más ortodoxo el derecho es el producto ideológico de la estructura instalado en la superestructura y por ello destinado a desaparecer en una sociedad comunista.[58]

Es difícil poder registrar qué autores marxistas influenciaron en el desarrollo intelectual de Baratta. Pero desde sus obras surgen algunas pautas útiles para reconocer la identificación hacia algún intelectual marxista en particular. Puede indicarse, por ejemplo, su mención a Ernst Bloch en su texto escrito en 1984 para la *Revista Doxa* y, por sobre todo, la referencia a Jean Paul Sartre en el artículo "derecho y justicia en Marx".[59] Con ambos lo une su clara adscripción al humanismo.

Entiendo que no es del todo cierto que sólo a partir de Sartre es que Baratta combina el interaccionismo simbólico "con un panorama macro-sociológico que abarque las relaciones de producción", como indica Zaffaroni.[60] Para intentar compatibilizar "estructuras y dinámicas objetivas – característico del materialismo

58. Cierto es también que en los orígenes de la Unión Soviética lo marxistas más ortodoxos entendieron que para sustentar el poder efectivo constituido a partir de la revolución, el derecho era una herramienta indispensable. Al respecto ver el artículo "Marx y el derecho moderno", de Nicos Poulantzas, publicado en el libro denominado *Hegemonía y dominación en el Estado moderno, Cuadernos de Pasado y Presente* 48/109-130, México, 1986.

59. Publicado en *Revista Sistema*, p. 25-36, Madrid, 1983. Originalmente fue publicado en lengua alemana en 1974 con el título "Recht und Gerchtigkeit bei Marx" en el libro *Karl Marx im Kreuzverbör der Wissenschaften*, Zürich/Munich: Ed. Artemis.

60. Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 62-63. Allí Zaffaroni cuando analiza la deslegitimación del sistema penal desde el marco teórico marxista se refiere al pensamiento de Baratta como minimalismo penal, y para arribar a la conclusión de que Baratta se apoya en Sartre cita un texto del nombrado, denominado *Desarrollos recientes de la criminología crítica y el marxismo*, multicopiador, Saarbrücken, 1988.

histórico – con un análisis del sentido aplicado al lenguaje, a la conciencia y al comportamiento – característico del interaccionismo simbólico", cuenta especialmente con el apoyo del pensamiento de Sartre, pero, repito, no sólo de éste.[61]

Tal vez la coincidencia más fuerte con éste sea el difícil intento de combinar una teoría que se apoya en la subjetividad con otra cuya raíz se halla en los elementos objetivos de la "realidad". Sartre dedica el primer capítulo de su libro *Crítica de la razón dialéctica* (y en definitiva todo el libro) especialmente a mostrar como pueden fundirse en una espacio común el marxismo y el existencialismo.[62] Entiendo que Sartre, se encuentra, tal como luego le sucedió a Baratta, en una situación sumamente compleja de la que no sale sin cometer contradicciones en este intento de fusionar dos teorías con visiones del mundo tan disímiles.

Coincido con lo dicho por Luis Sáez Rueda quien ha indicado, respecto de la combinación de ambas teorías, que quizás exista un hiato insalvable,[63] evidenciado en que "la tendencia a instalar en la historia una legalidad dialéctica es extraña tanto al existencialismo como a la fenomenología, que subrayan con tenacidad una dimensión no reglable del acontecer temporal y de la relación del hombre con el mundo, así como el carácter irreductible de la libertad".

La dialéctica, un elemento que para Baratta resulta fundamental para explicar la realidad social y a la vez poder superarla, es combatida por Sartre como "mitos injustificables"[64] ya que se cruza irreconciliablemente con la visión existencialista del hombre y de la historia. De allí también se de-

61. Al respecto ver, Victor Sancha Mata, "Entrevista con Alessandro Baratta", *Revista de Estudios Penitenciarios* 241/87-102, Madrid, 1989. En lo relativo a este tema en particular ver p. 88-91.

62. *Crítica de la razón dialéctica*, Buenos Aires: Losada, 1995, t. I, p. 15-37.

63. Ver *Movimientos filosóficos actuales*, Madrid: Trotta, 2001, p. 321.

64. Op. cit., p. 322.

duce que Sartre no fue el único autor con instrumental marxista que fue tomado por Baratta.

La búsqueda de la fusión del referente material que constituye la *negatividad social* con el elemento subjetivo proveniente de la fenomenología hace que Baratta recurra a otros pensadores en su lucha por evitar un "relativismo historicista" sin caer en posiciones iusnaturalistas y dogmáticas. Se trata principalmente de Gramsci, Poulantzas y Habermas,[65] de Benjamin[66] y, por supuesto de Bloch.[67]

Gramsci y Poulantzas apenas son mencionados, mientras que de Habermas y de Bloch hay elementos visibles en las obras de Baratta. Incluso respecto de Habermas, además de utilizar su teoría de la acción comunicativa en lo relativo a los problemas del sentido común y de la comunicación lo menciona como referente para la comprensión del término *lebenswelt* (mundo de la vida), de origen fenomenológico, más precisamente un neologismo creado por Husserl.[68] En cuanto a Ernst Bloch tal vez la noción más concreta tomada en préstamo de su pensamiento sea la de *utopía concreta*, que menciona tanto en el artículo publicado en *Doxa* en 1984 como en *Criminología crítica y crítica del derecho penal*.[69]

65. Citados en la *Entrevista a Alessandro Baratta*, efectuada por Sancha Mata, op. cit., p. 91. Respecto de los nombrados autores destaca especialmente que sus interpretaciones no reducen al marxismo a una teoría economicista al darle espacio amplio a los elementos ideológicos.

66. Citado en *Identidades comunitarias...*, cit., p. 205.

67. Respecto de Bloch y de Habermas es difícil enmarcarlos en el pensamiento marxista, aunque así lo hace Baratta. En el sentido previamente señalado se puede consultar el trabajo de Perry Anderson, *Tras las huellas del materialismo occidental*, México: Siglo XXI, 1988, p. 70.

68. Ver nota 22 del artículo "Principios del derecho penal mínimo...", cit., p. 643.

69. Op. cit., p. 240. A fin de trazar una comparación con la obra de Baratta y la de Bloch, que excede desde ya el fin de este trabajo, se recomienda el ensayo de Remo Bodei, op. cit., p. 74-81 y el de Michael Löwy *Redención y utopía*, Buenos Aires: El cielo por asalto, 1997, p. 140-146.

Estas son las influencias del marxismo heterodoxo y humanista que Baratta deja entrever en su obra, sumado obviamente a las obras del período más humanista de Marx, aquel denominado del *joven Marx*.

Baratta entiende que el pensamiento de Marx sobre el derecho es fragmentario, no directo ni autónomo y su crítica del derecho es una "alternativa al análisis dogmático-positivista de la jurisprudencia tradicional".[70]

Por ello es necesario, para él, encarar una tarea de reconstrucción del pensamiento de Marx sobre el derecho centrándose en la noción de relación de producción, de la que se deriva que la sociedad y el derecho constituyen una unidad insuperable y epocal. El análisis del derecho actual es el estudio de un derecho capitalista y por ende de un no-derecho en tanto productor o protector de desigualdades materiales.

Para lograr la superación del derecho desigual, agrega Baratta, es necesario sumarle la noción de justicia de Marx, es decir la generación de una justicia distributiva según las necesidades individuales y no según la prestación.[71] La prestación es la clave del capital, por ello en una sociedad comunista auténtica la prestación estaría subordinada a la necesidad, no como necesidad básica, es decir como "falta", sino como principio positivo del desarrollo humano.

El instrumental teórico marxista representa la pieza clave del pensamiento de Baratta, más no podría tampoco encuadrarse al mismo únicamente como pensador marxista. Recordemos su vinculación con Radbruch[72] y

70. Esta reflexión se encuentra particularmente expresada en su artículo *Derecho y justicia en Marx*.

71. Esta idea es luego vuelta a formular en *Criminología crítica*..., cit. p. 221-222 tomando como fuente el mismo ensayo de Marx, es decir "Crítica al programa de Gotha", que aunque se trata de una de las últimas obras de Marx ha sido habitualmente señalada como la demostración de su retorno al análisis de elementos que componían su primer período.

72. Una frase que habitualmente cita Baratta sobre Radbruch es aquella que dice que la mejor reforma del derecho penal no sería la de sustituirlo por un derecho penal mejor, sino por algo mejor que el derecho penal.

Cesarini Sforza, y también debe mencionarse su permanente diálogo con autores como Hart y Galtung.

Lo que sí, evidentemente, es profundamente marxista en el obrar de Baratta es su visión política de la realidad y la forma en que desarrolla su vida intelectual. Diría que la influencia mayor de Marx en Baratta es la Tesis XI sobre Feuerbach,[73] según la cuál "Los filósofos no han hecho más que *interpretar* de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de *transformarlo*". Así se puede comprender porqué critica a los teóricos del *labelling-approach*, y luego a los autores posmodernos. Estos no producen teorías que busquen cambiar la realidad, se limitan a develar las contradicciones que la forman y por ello, quedan anclados en una visión nihilista[74] del mundo y de las posibilidades del hombre.

Por este motivo, no observar la obra de Baratta desde una intención de aplicación de la misma a la praxis mediante la política conlleva vaciar su pensamiento de aquello que lo torna vital y clave para discutir cara a cara las relaciones de producción y las conformaciones ideológicas que se generan desde los espacios de saber-poder.

Tomando entonces como núcleo duro del pensamiento de Baratta su interpretación filosófico-política del mundo las dificultades de conexión de la teoría fenomenológica con la marxista, que fuera explicada precedentemente, no alcanzan para motivar un rechazo de su interpretación acerca del mundo y particularmente de las relaciones sociales en el campo de la criminalidad.

Su obra deviene una herramienta indispensable para generar una resistencia política a los discursos represivos, más allá que las relaciones de poder sean más complejas de lo que Baratta plantea. La lucha de éste es la utilización del derecho

73. Las tesis fueron escritas por Marx en la primavera de 1845. Publicadas por primera vez por Engels en 1888.

74. No en el sentido nietzscheano del término.

como factor de reducción de las desigualdades y como apoyo ideológico de prácticas tendientes a generar un real acceso de todos los seres humanos a la satisfacción de sus necesidades,[75] permitiendo esto último, una evolución de los hombres y por ende de sus relaciones con ellos y con la naturaleza.

Por último me gustaría indicar que la forma en que interpreta a Marx le permite sostener en la base de su discurso la lucha por los derechos humanos. En ese sentido no son pocos los intelectuales que han afirmado que desde Marx es imposible construir una teoría de los derechos humanos.[76] Pero estos optan por describir la obra de Marx desde un plano ortodoxo y ahistórico.

Como explican Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, las relaciones entre el marxismo y los derechos humanos han resultado históricamente problemáticas, pero si se sigue un marxismo heterodoxo (denominado por estos autores "versión débil") es totalmente posible aceptar la ideología que sostiene a los derechos humanos, aunque no de manera dogmática, sino a partir de una perspectiva no idealista y crítica.[77]

5. Conclusión

He intentado a partir de este texto mostrar las ideas filosóficas que hacen funcionar el pensamiento de Baratta, y el grave error que se cometería si no se toma en cuenta la relación dialéctica entre teoría y praxis de la que parte el mismo.

Es indudable que su recorrido teórico permite divisar un compromiso inclaudicable hacia la construcción de una sociedad más integrada y "justa".

75. Las necesidades vistas como aquellas cuya satisfacción sería posible si se considera el grado de desarrollo alcanzado por la capacidad productiva de bienes materiales e inmateriales de una sociedad.

76. Verbigracia, Carlos Massini, en su artículo "Los 'derechos humanos' desde la perspectiva marxista: consideraciones críticas", *Persona y derecho, marxismo y derecho,* n. 14, Pamplona, 1986.

77. "Marxismo y filosofía del derecho", *Biblioteca de Etica,* Filosofía del derecho y política, n. 23, México, 1998.

A lo largo de su producción científica la visión que éste adopta siempre se posiciona en la mirada de aquellos desfavorecidos por el sistema penal, por aquellos a quienes las relaciones de producción (en sentido material) y de definición (en sentido subjetivo) han oprimido o ignorado.

Se dirá que la criminología crítica y el marxismo, sobre los que Baratta construye gran parte de su pensamiento, hoy han sido dejados de lado y que por ello deviene poco fructífero un estudio de su obra. Ello así porque estamos acostumbrados a desechar teorías completas sin preguntarnos por aquellos resquicios de pensamiento que pueden ser útiles para cambiar la realidad social. Se cometen desafortunados e inmerecidos olvidos de autores que, como en el caso de Baratta, han intentado con su labor construir sociedades más respetuosas de los seres humanos, en todo sentido.

Al menos espero que no ocurra esto con Baratta y que años después cuando las actuales teorías criminológicas entren en etapa de estancamiento no se vuelva recién entonces a revisar aquellos postulados de las "teorías superadas" que llevaban en su seno valores tan importantes como la igualdad social y la lucha por cambiar la realidad.

Es indudable que su obra resulta un punto de partida para la crítica del sistema penal contemporáneo, puesto que en su permanente discusión con las teorías liberales del control social ha desnudado la ingenuidad del discurso que estas sostienen y las relaciones de desigualdad que las mismas tutelan.

Al día de hoy nos enfrentamos a un discurso de poder desnudo, que ni siquiera debe esforzarse en llenar de ideología la ética de sus acciones. A esta dominación represiva en la que se enmarcan las relaciones sociales actuales, un camino posible es hacerle frente con una política de resistencia basada en la reafirmación del derecho a ser tratados como seres humanos. Por esta vía la

estrategia que debe ser aplicada es la reafirmación de la normativa que protege los derechos humanos y el respeto de los intereses sociales reales de la comunidad por sobre los intereses represivos del Estado. Esta misión obliga a una intervención permanente en la praxis en pos de lograr el cambio deseado. De ser éste el camino elegido la obra de Baratta deviene ineludible.

Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal

Celso Eduardo Faria Coracini
Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

Sumário: 1. Movimentos de descriminalização no contexto do Estado Democrático de Direito: 1.1 Crise do direito penal. Direito penal expansivo e direito penal mínimo, em face dos pressupostos de um Estado materialmente democrático; 1.2 Advento do direito penal moderno; 1.3 Conceitos relevantes no contexto dos movimentos descriminalizadores – 2. Descriminalização. Fronteiras entre o ilícito penal e o ilícito administrativo: 2.1 Recurso ao direito penal como *ultima ratio*. Recurso crescente ao direito administrativo sancionador. Acessoriedade administrativa ao direito penal; 2.2 Distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Conseqüências; 2.3 *Locus* de atuação do direito administrativo sancionador perante o direito penal. Necessidade de uma "terceira via"? – 3. Modelos de despenalização e a situação brasileira: 3.1 Itália; 3.2 Alemanha; 3.3 A situação brasileira. Discursos conflitantes. Ausência de parâmetros normativos para reflexão – 4. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: As mudanças legislativas no sistema jurídico-penal implicam modificações do espaço de liberdade dos indivíduos. Daí a importância de obedecerem a critérios – hoje de difícil determinação – que garantam ao direito penal uma

atuação fragmentária e subsidiária, aumentando a participação do direito administrativo sancionador no âmbito do sistema punitivo.

Palavras-chave: descriminalização; política criminal; direito administrativo sancionador.

1. Movimentos de descriminalização no contexto do Estado Democrático de Direito

O direito penal, sistematizado como ciência, teve os primórdios de sua formulação no ocaso do século XVIII, com a obra do Marquês Cesare Bonesana Beccaria, *Dos delitos e das penas* (1764), cuja principal contribuição esteve na crítica ao arbítrio e crueldade do poder estatal na imposição de penas. Vislumbra-se, deste modo, no caminho entre a Idade Média e a Idade Moderna, a superação do sistema de vingança, substituído pelo da punição, com o gradual desenvolvimento de um procedimento judiciário baseado na razão, e não em autoridades transcendentes.[1] Isso se relaciona com o nascimento de um Estado que tende a confiscar, de modo cada vez mais rigoroso, a administração da Justiça Penal.[2]

É certo, de outra parte, que o aprisionamento somente passou a fazer parte do sistema punitivo europeu com as grandes reformas dos anos 1780-1820 (antes, entre os séculos XVII e XVIII, as prisões permaneciam à margem do sistema penal, como medidas cautelares – prisões-fiança, civis, como as prisões por dívidas, ou administrativas, como as oriundas das *lettres de cachet*). No período precedente, as penas eram corporais e, em grande parte, cruéis. Apesar das enor-

1. Isso ocorre apesar de a moderna filosofia mostrar que a razão, inexistente empiricamente, constitui, também ela, um artifício teórico de valorização de pontos de vista determinados (e de desvalorização de outros), camuflando a heterogeneidade e fragmentariedade que constituem o sujeito.

2. FOUCAULT, Michel. "Théories et institutions pénales". *Dits et écrits*, p. 390-391. Recorde-se, ainda, que, na maior parte da Europa durante grande parte da Idade Média, e na França particularmente até a Revolução de 1789, os cargos de magistratura eram objeto de mercancia, sendo mesmo vitalícios, com uma referência mínima ao poder central.

mes controvérsias sobre a utilidade da pena de prisão, que já disputavam espaço desde o início do século XIX,[3] não se questiona que o consecutivo – e progressivo – abandono das penas de suplício foi determinante para que se pudesse desenvolver a crítica do sistema de justiça, abrindo as portas para a dogmática moderna.

A partir da sistematização do direito, que gradualmente passou a ser exigência da racionalidade moderna, a dogmática do direito penal desenvolveu-se com oscilações no que tange ao conteúdo do injusto, de algum modo coerentes com os movimentos sociopolíticos das respectivas épocas, não sendo, contudo, possível a identificação de *critérios* precisos de criminalização.[4] Qualquer resposta a essa busca ideologizada toma por base opções que decorrem da aplicação, ao direito penal, de uma racionalidade constitutiva peculiar. Há, pois, necessidade de que se aplique, aos conceitos estudados, a racionalidade do direito penal como *ultima ratio*, preservando-se os princípios constitucionais que sustentam o Estado Democrático de Direito. Também, de perquirir sobre o modo como o movimento de descriminalização pode contribuir para a definição dos limites materiais do direito penal.

Sem a profundidade e o alcance que o tema possibilita, mas nos moldes do presente estudo, será objeto de análise a descriminalização em seu sentido abrangente, com espaço privilegiado para questionamentos sobre a despenalização,[5] no intuito de identificar um movimento desejavelmente coerente de reforma penal, que busque, na atual fase da evolução social, encontrar os meios para enfrentar a crise de legitimação que se abate sobre um direito penal ineficaz, em

3. FOUCAULT, Michel. "La société punitive". *Dits et écrits*, p. 456-460. Sobre a mudança de foco, do poder do rei sobre o suplício dos corpos, para o poder disciplinar sobre o aprisionamento das almas, que ocorre com o crescente monopólio da prisão no âmbito do sistema penal, cf. Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison.*

4. DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*, p. 30-40. A autora refere, ainda, a extrema diversidade de critérios e de políticas criminais, com objetivos distintos, para avaliar que "é preciso se resignar a uma política criminal eternamente à procura de si mesma" (Idem, ibidem, p. 40).

5. Sobre a distinção entre descriminalização e despenalização, v. item 1.3.

crescimento desordenado e a cada passo mais simbólico, de modo a resgatar o – esquecido – sentido de uma atuação, do sistema criminal, condizente com as finalidades da pena criminal em um Estado Democrático de Direito.

1.1 Crise do direito penal. Direito penal expansivo e direito penal mínimo, em face dos pressupostos de um Estado materialmente democrático

O direito, em suas diversas manifestações, não necessariamente organizado como um ordenamento sob os mantos da fonte estatal,[6] sempre esteve presente na história da humanidade, ao lado da essência política do ser humano, como fator determinante da vida em sociedade, regulando a convivência e os conflitos. Tratar de crise em direito é uma constante, pois o significado do direito não é outro senão a aparência estável de uma realidade conflitiva subjacente.

Dos ramos do direito, aquele em cujas discussões mais convergem sentimentos humanos conflitantes é o direito penal, e seu problema central sempre foi a definição da esfera de liberdade humana.[7]

Assim é que as tendências ideológicas do direito desde cedo estiveram à sombra do poder estatal dominante. Estados autoritários apresentam um direito penal que abre seus tentáculos sobre a liberdade dos indivíduos.

As fronteiras do direito, em seus diversos subsistemas, cada qual com alcance próprio sobre a liberdade dos indivíduos, por tratarem de diferentes aspectos de suas vidas, e com distintos aparatos que lhe são peculiares, variam de acor-

6. Contudo, essa seria uma tendência, perceptível ao longo da história, que modernamente se desanuvia, com a perda de poder político dos Estados Nacionais, e como um elemento marcante do fenômeno da globalização (pois "a 'globalização' se refere àqueles processos, atuantes numa escala global, que atravessam fronteiras nacionais, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo, tornando o mundo, em realidade e em experiência, mais interconectado", em Stuart Hall, *Identidades culturais na pós-modernidade*, p. 71).

7. E não há dúvida de que cada ramo da ciência (ainda que se possa discutir se o direito penal é ciência ou apenas um saber voltado à razão prática) possui um problema central (ORTEGA Y GASSET, José. *Qué es filosofia?*, p. 229-234).

do com o modelo de Estado no qual se inserem. Em Estados intervencionistas, sobretudo os autoritários, a ingerência de normas de conduta sobre a liberdade do indivíduo é maior.

Tem-se como exemplo clássico o sucedido no Estado Nacional-Socialista alemão, em que não somente o direito administrativo viu ampliado o seu espectro de responsabilidades, com o crescimento do aparato burocrático estatal e da intervenção estatal na vida privada, como também o direito penal fez sentir seu peso sobre a liberdade daqueles que, naquele momento, se encontravam sob a mira dos órgãos repressores. Passa o direito penal, em função do direcionamento político do Estado, a considerar "as condutas contrárias às políticas estatais como ilícitas e, portanto, merecedoras de penas criminais".[8]

As características mais significativas de tal ordem de coisas, que consubstancia o fenômeno de "hipercriminalização", na lição de Dias, encontram-se justamente na submissão da hierarquia de bens jurídicos relevantes aos desígnios da Administração. Aí proliferam as normas penais em branco e normas penais incriminadoras contra práticas econômicas e administrativas, sob controle dos órgãos repressores estatais, o que trouxe um desrespeito às garantias constitucionais e ao devido processo legal, perante um Poder Judiciário claramente subordinado e submisso ao Poder Executivo.[9]

O Estado de Bem-Estar Social, para sua conformação, teve, evidentemente, implicações penais, embora pouco se possa determinar a esse respeito, a não ser que houve uma expansão legislativa provendo direitos e deveres sociais e econômicos positivos, estipulando-se penas para ações que frustrassem a sua concretização (o que significou, na Alemanha, a criação de um direito das contra-ordenações – *Ordnungswidrigkeitenstrafrecht*).

8. COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. "O direito de mera ordenação social no sistema jurídico-penal alemão", p. 91-92.

9. DIAS, Jorge de Figueiredo. "O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social", p. 19-33.

O sintoma evidente da atual crise do direito penal encontra-se, sem dúvida, na desmesurada proliferação de leis em matéria penal, e também de regulamentos administrativos, com intervenções incoerentes, pontuais, demonstrando com clareza a falta de políticas públicas concatenadas. Tal situação guarda respaldo na já decantada crise dos próprios paradigmas de sociedade, e na incapacidade social em definir suas prioridades.

Manuel de Rivacoba Y URivacoba anota que a busca dos limites da função penal está imediatamente relacionada com a construção de um Estado Democrático de Direito, eis que se reconhece, nesse passo, a prevalência da ação individual sobre a ação estatal.[10] Esse ponto de vista, que considera a evolução dos sistemas de proteção e garantia de direitos individuais como conquista da humanidade, é invariavelmente colocado em dúvida por pretensos defensores da flexibilização dos direitos humanos em nome da segurança coletiva.

Nesse sentido é que se posta a discussão sobre os movimentos de descriminalização e de despenalização, e de seus limites, no intuito de que o conhecimento de suas principais características, bem como de sua aplicação em alguns países, de algum modo possa contribuir para a discussão do necessário aperfeiçoamento do sistema jurídico punitivo brasileiro, para que a exigência de segurança não sufoque e destrua o sonho de liberdade.[11]

1.2 Advento do direito penal moderno

O direito penal que se pretende moderno e consentâneo com a forma de Estado Democrático de Direito, preconizada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,[12] é um direito penal eficaz, o que não é senão uma

10. Proêmio à segunda edição. In: CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*, p. 15-16.

11. DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit., p. 99.

12. Depreende-se tal "fórmula" do Texto Constitucional brasileiro, notadamente de seu preâmbulo e seus arts. 1.º, o qual é explícito em albergá-la, e 3.º. Sobre a expressão correlata "Estado

outra maneira, menos estigmatizada, de se tratar do direito penal mínimo, aquele apto a adquirir um sentido próprio, em termos sociais, afastando-se do direito penal que hoje se produz, alheio a critérios científicos e sistemáticos e, principalmente, de expressão meramente simbólica, banalizada.

A exemplo de outros Estados que já o fizeram de forma mais tenaz, necessita o País de nova reformulação de seu sistema punitivo, no intuito de retirar do âmbito de atuação do direito penal todas as condutas, ainda que relevantes socialmente, que puderem ser eficazmente prevenidas, ou suficientemente retribuídas, por outras esferas do direito.

Nota-se, pois, a necessidade de reformulação genérica do sistema jurídico-punitivo brasileiro, devendo-se delimitar áreas de atuação para o direito civil, comercial, do trabalho, internacional, restringindo-as ao campo em que suas *sanções* (de diversas naturezas, mesmo políticas ou econômicas) ainda puderem ser eficazes.

Restará ao direito administrativo a punição de todas as condutas que puderem ser por ele coibidas sem que possuam especial conteúdo ético. Já as condutas que, reunindo um conteúdo ético-social relevante, não puderem por outro modo ser prevenidas eficazmente demandarão, por sua especial gravidade, a sanção penal. A distinção – que não deve ser tão sutil como por vezes se teima em fazer crer – será melhor explorada. Trata-se, aí, de *descriminalização*, analisando-se, pois, o direito penal *externamente*.

De outra parte, nota-se a necessidade crescente de uma reformulação *interna* do direito penal (*despenalização*), tanto no que toca à proporcionalidade entre as penas em suas diferentes previsões típicas como a uma renovação no próprio sistema de penas, a partir, inclusive, do progressivo abandono do abuso da pena de prisão, também essa banalizada. A prisão carrega consigo uma pletora de efeitos contrários a seus

Social e Democrático de Direito", presente no corpo da Constituição da Espanha, cf. Santiago Mir Puig. *El Estado Social e Democrático de Direito*, p. 33-34.

objetivos declarados, muitos deles decorrentes do absoluto desinteresse das autoridades públicas – ou, ao menos, da ineficiência crônica de suas políticas – em criar um ambiente salubre e humano para seu cumprimento, a par de seus efeitos intrinsecamente nocivos. Já não pode a prisão ser tida como socialmente aceitável, principalmente quando repudiada a sua função de prevenção especial, caracterizada, *grosso modo*, pelo enjaulamento de enorme contingente humano de indesejáveis.[13]

O contexto no qual surgiram os movimentos de descriminalização relaciona-se, em grande parte, com a vocação do direito punitivo para orientar-se por uma via democrática, em atenção a suas finalidades de contenção do arbítrio estatal. Após o término da Segunda Grande Guerra conquistou espaço uma "corrente internacionalmente aceita de humanização", nas palavras de Marc Ancel,[14] também principal representante da Escola da Nova Defesa Social, a qual, inicialmente, por uma exigência reforçada de individualização da pena, buscou reduzir ao máximo a aplicação da pena de prisão tradicional, o que significou esforço em diversificar o leque de opções no momento da aplicação da pena, bem como em reinserir socialmente o indivíduo. Aliás, Ancel menciona novas correntes de política criminal que, para além desses objetivos claramente definidos, buscam interrogar-se uma vez mais sobre o próprio significado da sanção em sentido amplo – e o cessar desse questionamento significaria indefectível e inadmissível endurecimento desumanizador.[15]

Ainda nesse sentido e citando Jorge de Figueiredo Dias, a nota de Coutinho (op. cit., p. 92-93, nota 6) traz a lembrança da justificação primária da descriminalização em uma proposição básica de política criminal, própria de um Estado de Direito materialmente social e democrático, pelo que tal política criminal "deve exigir do direito penal que só intervenha com seus instrumentos próprios de atuação ali onde se verifiquem lesões insuportáveis às condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem".

13. Sobre os efeitos – indesejáveis – da pena de prisão, cf., entre outros, Ervin Goffman, *Manicômios, prisões e conventos*, também, Michel Foucault, *Surveiller et punir...*, cit.

14. ANCEL, Marc. "De l'individualisation de la peine à la dépénalisation – Un courant moderne de politique criminelle", p. 167.

15. Idem, ibidem, p. 171-172. Ainda sobre o princípio de humanização da pena, deduzido a partir dos princípios superiores da dignidade do homem e do direito ao livre desenvolvimento de sua

Os movimentos de descriminalização

Os movimentos descriminalizadores são marca de uma fração desse movimento humanizador, mas também do próprio desenvolvimento dogmático-penal da segunda metade do século XX, que fez idealmente definir como a função precípua do direito penal a "preservação das condições fundamentais da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade", recusando-se "uma ilegítima restrição da noção de bens jurídico-penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em *pessoas singulares*", devendo-se aceitar "antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos *transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais*".[16]

Essa aparente ampliação da abrangência do direito penal, que representa movimento criminalizador, possui significado absolutamente distinto, pois traz à apreciação do direito penal um novo rol de condutas, francamente mais gravosas para a vida dos indivíduos em sociedade do que as condutas tratadas pelo direito penal clássico. Esse tratamento especial que o direito penal moderno reserva para os bens jurídico-penais supraindividuais resulta da particular vulnerabilidade desses bens.[17] Exatamente em razão dessa vulnerabilidade, acrescida às dimensões do dano, socialmente distribuído, de que resultam as lesões aos bens jurídico-penais modernos (e aí se inserem os bens jurídicos econômicos e ambientais, por exemplo), é que se preconiza a antecipação da tutela penal, pela adoção de tipos penais de perigo,[18] inclusive em função de uma atuação prospectiva do di-

personalidade, e sua influência constitucional, no que tange ao processo histórico de atenuação da resposta sancionatória, cf. Francesco C. de Palazzo, *Valores constitucionais e direito penal*, p. 61-74.

16. DIAS, Jorge de Figueiredo. "O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime", p. 74.

17. TIEDEMANN, Klaus. "La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea", p. 12.

18. COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. "Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico", p. 356-357. Ainda importa a observação de Raul Peña Cabrera: "Os bens jurídicos supraindividuais (sociais) favorecem a tendência expansiva do direito penal, por exemplo, através da criação de tipos de perigo abstrato, com que os bens jurídicos supra-individuais ou sociais seriam freqüentemente expressões vazias sem uma existência real" ("El bien jurí-

reito penal, a evitar a clássica exigência de um – incalculável e muitas vezes irremediável – dano efetivo.[19]

1.3 Conceitos relevantes no contexto dos movimentos descriminalizadores

No âmbito do estudo dos movimentos de inserção ou de expulsão de tipos penais do ordenamento jurídico-penal, a abordagem da despenalização merece um cuidado terminológico mais apurado. É que o termo "despenalização" muitas vezes vem utilizado, por parte da doutrina nacional, como abrangendo tanto a descriminalização como a despenalização propriamente dita. A clara distinção entre esses dois conceitos, intrinsecamente informados por critérios de política criminal, parece relevante.

1.3.1 Fatores sociais subjacentes

Um dos aspectos mais ressaltados pelos críticos do sistema jurídico-penal atual, para justificar a necessidade de descriminalização, é a insuficiência concreta desse sistema diante da multiplicidade de conflitos sociais que recaem sob os mantos da tutela penal, o que, ao final, deixa a certeza de sua ineficiência. Acrescente-se o fato de que o sistema penal de justiça é formado por juízes despreparados para lidar com conflitos novos (não enfrentados pelo direito penal em seus moldes clássicos) e, inexoravelmente, assoberbados com seu trabalho, o que resulta o mais das vezes em decisões irrefletidas, ou mal fundamentadas, ou ainda que não dão conta dos conflitos subjacentes ao direito penal, e, praticamente sempre, extremamente demoradas. Da justiça tardia deriva um estranho e paradoxal sentimento de impunidade por parte

dico en los delitos económicos: con referencia al Código Penal peruano", p. 46). Cf.: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 89-119.

19. COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da. Op. cit., p. 403.

da sociedade, e de injustiça, ou de desproporção, por parte do acusado, condenado ou absolvido.[20]

A crise do direito penal, a que se fez menção, aguçada pela crise da administração da Justiça Penal, apresenta sintomas, ou mesmo reflexos, nas mais variadas realidades que contornam, e não necessariamente atravessam, o sistema de Justiça, que Cervini aponta.[21]

A primeira delas é a realidade legislativa, em que se nota uma legislação inflacionária e uma atividade pontual, que busca unicamente, em desespero sem supedâneo na realidade, trazer satisfação à opinião pública. A segunda realidade está na atividade dos magistrados, sobrecarregados pela crescente demanda que se lhes impõe, mas sem subsídios técnicos para satisfazê-la. Ainda, não conseguem enxergar qualquer eficácia em sua atividade (e talvez o erro esteja em imaginar que o que fazem possa ter reflexos práticos[22]). Deve também ser salientado o fato de que serviços policiais, judiciais e penitenciários encontram-se à beira do colapso, contando com preparo e seleção deficientes, e absolutamente desprovidos de prioridades claras.

Se é possível creditar em parte os equívocos cometidos à ineficiência das penas clássicas e dos tratamentos preventivo-repressivos de natureza extrapenal, inexistentes ou contraproducentes, não seria equivocado constatar uma apatia e resistência a inovações, com a conseqüente acomodação a um sistema tradicional comprovadamente criminalizante, em troca de um alívio social meramente simbólico.

20. RUIZ VADILLO, Enrique. "Estado actual de la justicia penal", p. 170-172.

21. CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 68-69.

22. De algum modo, da maneira como se apresenta o presente texto, parece subentender-se a necessidade do direito penal para a vida social. Em verdade, optou-se por não se desenvolver tal linha de pensamento, que levaria à conclusão de que o direito penal não seria imprescindível em sociedade, porque assim se deixaria de tratar da necessidade de descriminalização, ou seja, da redução da abrangência do espectro criminalizador, ante, justamente, as mais notórias e evidentes disfuncionalidades do direito penal. Pretende-se chamar atenção para a carência de racionalidade das intervenções jurídico-penais, que necessitam ter finalidades que não se esvaiam em meras abstrações simbólicas.

Ressalte-se, ainda, a crítica que se deve dirigir à morosidade na administração da Justiça, que compromete esforços de reabilitação[23] dos destinatários do sistema de Justiça Penal, nisso solidários aos demais membros da sociedade em sua incapacidade de visualizar qualquer sentido nos caminhos que se lhes abre o sistema de Justiça.

Finalmente, como aspecto estrutural que deve mover os movimentos de descriminalização, apresentam-se os custos individuais e sociais do delito,[24] a partir de uma perspectiva utilitarista subjacente a quaisquer políticas criminais democráticas em sociedades pós-industriais.

1.3.2 Descriminalização

Utilizando-se da terminologia adotada pelo Comitê Europeu sobre problemas da criminalidade, em informe de 1980, referido por Cervini, decerto algo arbitrária, mas ao mesmo tempo, representativa, tem-se o seguinte tratamento conceitual.[25]

A descriminalização traz o processo, formal ou de fato, de retirada de condutas criminosas do ordenamento jurídico penal,[26] por um juízo, baseado em critérios aos quais adiante se fará referência, no sentido de que tais condutas tenham perdido o necessário desvalor especialmente relevante para o meio social, determinante de sua dignidade penal, deixando de ser delitivas. Altera-se, desse modo, o "espaço de liberdade" dos cidadãos.[27]

23. Por reabilitação compreende-se, neste passo, a cessação de comportamentos considerados transgressores das normas (que se apóiam na normalidade) socialmente reconhecidas, independentemente de sua motivação, rechaçando-se a crença na reeducação como uma finalidade de prevenção especial positiva democraticamente legítima, bem como a crença na ideologia do tratamento ressocializador.

24. Sobre esses custos, com profundidade, veja-se o Capítulo 2 da referida obra de Raúl Cervini.

25. CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 72-77.

26. RUIZ VADILLO, Enrique. "Descriminalización y despenalización. Reforma y descriminalización", p. 100. Também, Raúl Cervini, op. cit., p. 72-75.

27. DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit., p. 152.

Identifica-se, inicialmente, a *descriminalização formal*, ou *de jure*, em sentido estrito, que significa o reconhecimento legal e social do comportamento descriminalizado.

Já a assim chamada *descriminalização substitutiva* compreende a substituição das penas criminais por sanções de outra natureza, como a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais, punidas com multas de caráter disciplinar.

Importa observar que, tanto na descriminalização *stricto sensu* quanto na que se denomina substitutiva, a conduta perde o caráter de ilicitude penal. Na primeira hipótese, a medida é mais extrema, pois significa a completa eliminação da ilicitude do comportamento, ao passo que, no caso da substituição, conquanto deixe o comportamento de ser contrário ao direito penal, ele não se torna lícito nem desejável diante do ordenamento jurídico considerado em seu todo.

Pode-se, ainda, identificar a denominada *descriminalização de fato*, a qual, segundo o Comitê Europeu, representa um "fenômeno de redução (gradual) das atividades do sistema de Justiça Penal diante de certas formas de comportamento ou de certas situações, desde que não tenha havido mudanças na competência formal do sistema".[28] Nesse caso, permanece íntegro o caráter de ilícito penal, embora se elimine a aplicação efetiva da pena.[29]

A descriminalização de fato seria, pois, marcada, na maior parte dos casos, por razões de conveniência e legalidade, produzindo-se em relação aos delitos "sem vítimas" claramente definidas, aos delitos que vêm motivados por meras concepções morais, ultrapassadas pelo tempo, em relação aos delitos menores contra a propriedade, e às infrações de trânsito.[30]

28. CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 75.

29. Sobre as origens da descriminalização de fato, ou em branco, veja-se Raúl Cervini, op. cit., p. 74. Também, Miguel Reale Jr., *Instituições de direito penal*: parte geral.

30. CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 75.

Note-se que a descriminalização de fato e a *de jure* podem concorrer em um processo contínuo, eis que a descriminalização de fato pode culminar em um ato formal de descriminalização de direito, sendo o contrário, por definição, possível.[31]

1.3.3 Despenalização

Despenalização é o "ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal",[32] a incluir toda a gama possível de formas de atenuação das conseqüências da pena e alternativas penais (*reformatio legis in melio*).

Ao contrário da descriminalização, observa-se a redução qualitativa e quantitativa da pena cominada para uma determinada conduta, a qual persiste no âmbito do direito penal,[33] o que, desta feita, não significa, necessariamente, uma redução ou uma atenuação no juízo de desvalor referente às condutas criminosas cujas penas se reformam, de modo a atenuar sua carga de gravame à liberdade individual. Possivelmente, no âmbito de uma reforma legislativa coerente, o objetivo estará na adequação do sistema jurídico-penal a regras de proporcionalidade.

Podemos vislumbrar a despenalização sob duas formas. A redução da quantidade da pena (considerados tipos legais de crime específicos); e a reformulação do sistema de penas (considerado o inteiro sistema normativo-penal), via de regra retirando a preeminência que as práticas históricas reservaram à pena privativa de liberdade: "prisão de fim de semana, prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima, semidetenção, sistemas

31. CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 75.

32. Idem, ibidem.

33. RUIZ VADILLO, E. Op. cit., p.100; CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 75-76.

de controle de condutas em liberdade, prisão domiciliar, inabilitação, diminuição do salário".[34]

Muitas vezes, defende-se a prioridade da despenalização sobre a descriminalização, sob o argumento de conveniência da manutenção da ilicitude do fato, buscando-se evitar possível excesso de conduta nessas áreas, o que apenas viria ratificar uma suposta – e repudiável – tarefa de docência moral da legislação (em que caso flagrante é o da legislação de trânsito).[35]

1.3.4 Diversificação

Representa a diversificação a "suspensão dos procedimentos criminais em casos em que o sistema da Justiça Penal mantém formalmente a sua competência".[36]

Implica, via de regra, remeter-se a solução de um conflito, ainda que em caráter provisório, a uma Justiça consensual, a critério das partes diretamente envolvidas (por mediação ou conciliação, com ou sem presença de terceiro), o que, sem dúvida, pode ter resultados concretos muito mais eficazes do que o processo penal e a imposição da pena criminal, nos casos em que se trate de conflitos envolvendo pessoas relacionadas por laços de proximidade (brigas de vizinhança, brigas familiares, em ambientes de trabalho). No caso dos crimes de trânsito, o fundamento seria outro, pois as partes não possuem qualquer contato; ao contrário, justificar-se-ia a Justiça consensual no fato de que nada indicaria que o crime se repetiria nos moldes do acontecido.

É o sistema utilizado para cuidar dos maus-tratos em menores nos países nórdicos e no Canadá, salvo em casos extremos. O norueguês Nils Christie é adepto da solução diversificadora até suas últimas conseqüências (é considerado um abolicionista minimalista). Como a punição significa sofrimento, deve ser

34. RUIZ VADILLO, E. Op. cit., p.100; CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 75-76.

35. CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 76.

36. Idem, ibidem.

minimizada ao máximo, abrindo-se espaço para atuação das formas de controle social informais e essencialmente extrapenais.[37]

1.3.5 Finalidades dos movimentos descriminalizadores

Essencialmente, os movimentos descriminalizadores, que conformam uma tendência político-criminal humanizadora, presente de forma organizada desde a Escola da Nova Defesa Social de 1970, buscam oferecer resposta ao caráter expansivo do direito positivo dos dias correntes, pugnando por uma redução do âmbito de intervenção do direito penal no ordenamento jurídico, tanto qualitativa (aspecto de descriminalização) quanto quantitativamente (aspecto despenalizador).[38]

Algumas finalidades comuns, porém, avultam do estudo dos movimentos de descriminalização. Inicialmente, como modo de reduzir o sofrimento desnecessário e desumano da pena criminal, representada em suas mazelas pela pena de prisão. Não se reduzem a essa finalidade, contudo.

Surgem os movimentos descriminalizadores como medida de reorganização do sistema jurídico sancionatório, de modo a aferir-lhe coerência, harmonia e eficácia; hoje talvez sua razão mais urgente. Nessa esteira, ainda buscam a desburocratização da Justiça Penal e motivar a eleição das reais prioridades do sistema jurídico-penal, a partir de critérios definidos de política criminal.

E, finalmente, como finalidade de fundo de todo movimento descriminalizador, e, por que não afirmar, de reforma penal, encontra-se a busca do equilíbrio entre bens e valores penalmente tutelados, bem como da intensidade punitiva a eles associada.

37. CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 77. Cf.: CHRISTIE, Nils. (*Limits to pain*, 1982) *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale.*

38. GOMEZTOMILLO, Manuel. "Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal", p. 71.

1.3.6 Política criminal e despenalização

Os movimentos de criminalização e descriminalização delimitam as fronteiras – móveis – entre os fatos abrangidos pelo direito penal e os fatos conformadores de uma realidade sobre a qual não se deve debruçar o direito penal, em função das particularidades que – objeto de ciência, e, pois, em constante construção e reconstrução – ostenta.

O conteúdo que assiste ao direito penal, e que informa a extensão e alcance de qualquer movimento de reforma, é eminentemente político, o que não significa que não devam as fronteiras entre o ilícito penal e o ilícito administrativo obedecer a uma racionalidade e a critérios abstratamente estabelecidos de maneira formal. Materialmente, contudo, deverão referir-se a razões de Estado, e de sua própria concepção, em um dado tempo e espaço. No Brasil, por mandamento constitucional, deve-se tratar de políticas criminais condizentes com um Estado Democrático de Direito, pluralista e respeitador da dignidade da pessoa humana, que devem ser introjetadas no aspecto material da construção dos tipos legais de crime, bem como em seu dinamismo sistêmico, até a aplicação nos casos concretos.

A mencionada fronteira guarda relação com a política criminal, que deve se estender à dogmática jurídico-penal, como base de um projeto de sistema teleológico-político-criminal, nos ensinamentos de Roxin.[39] Conforme, a respeito, salienta Camargo, "a dogmática jurídico-penal e a política criminal estão unidas para cumprir os objetivos de reafirmação dos valores vigentes, tendo como apoio às suas teses os princípios constitucionais que as orientam, colaborando, também, para obstaculizar a criminalidade e colaborar para a construção das normas futuras".[40]

39. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. t. I, p. 216-231. Também: ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal.*

40. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*, p. 194.

2. Descriminalização. Fronteiras entre o ilícito penal e o ilícito administrativo

2.1 Recurso ao direito penal como ultima ratio. *Recurso crescente ao direito administrativo sancionador. Acessoriedade administrativa ao direito penal*

Talvez a modalidade de descriminalização mais discutida nos dias atuais, e que maiores controvérsias suscita, é a assim denominada descriminalização substitutiva, que nada é além da transformação de ilícitos penais em ilícitos extrapenais, principalmente ilícitos administrativos, conformando uma esfera autônoma do direito, denominada direito administrativo sancionador (ou direito penal administrativo).

A descriminalização substitutiva pode ocorrer por diversas razões. Pode derivar da "convicção do legislador de que os custos sociais da criminalização são maiores do que os benefícios e que não existem instrumentos alternativos práticos para enfrentar, com certa possibilidade de êxito, o comportamento ou a situação não desejada. Perante esta situação, opta pela não intervenção".[41]

Outra hipótese é aquela em que tal modalidade de descriminalização ocorre porque se considera mais apropriada uma resposta alternativa, notadamente diante do caráter subsidiário que deve acorrer ao direito penal.[42]

Trata-se, neste ponto, do reconhecimento da existência de diferentes graus de ilicitude a conformar o sistema sancionatório moderno, do qual o direito penal é o último recurso, o mais drástico, mas que deve manter um potencial mínimo de eficácia, sob risco de perda da credibilidade do inteiro sistema punitivo. Isso significa que o mínimo possível de bens jurídicos deve estar sob sua proteção, para que não se incorra nas já mencionadas falhas estruturais do sistema, e cuja origem se encontra no irracionalismo legislativo e administrativo.

41. CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 73.

42. Idem, ibidem.

A retirada do máximo possível de condutas do âmbito do direito penal apresenta vantagens que se refletiriam em um aperfeiçoamento da administração da Justiça, livre das contravenções e dos delitos de bagatela, além dos crimes carentes de representação social (faltante a reprovabilidade das respectivas condutas).

Por outro lado, importa discutir, em face da necessária influência da forma vigente de Estado sobre o conteúdo jurídico-penal, a acessoriedade administrativa ao direito penal. Heine identifica três modelos possíveis.[43] O primeiro refere-se a um direito penal absolutamente dependente da administração, cuja finalidade precípua está em garantir jurídico-penalmente a execução, ou o cumprimento das decisões jurídico-administrativas. O segundo modelo refere-se a um direito penal relativamente dependente da administração, que exerce uma especial função seletiva de bens jurídicos especialmente relevantes, com finalidade, inclusive, educativa, para a proteção desses bens. E, finalmente, identifica Heine, num *crescendo* do caráter fragmentário da norma jurídica, um direito penal totalmente independente do direito administrativo, a comportar irregularidades especialmente graves, intoleráveis em qualquer hipótese. Esse limite pode e deve variar, de acordo com a diversidade e importância dos interesses em jogo, e de uma avaliação dos riscos para o bem jurídico protegido.

Tais modelos verificaram-se na história e tendem a acompanhar a racionalidade (ou sua ausência) das políticas governamentais, moldando os limites relacionais entre direito penal e a tutela administrativa de interesses socialmente relevantes.

2.2 Distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Conseqüências

Primeiramente, é mister descrever, sucintamente, as semelhanças e diferenças entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, para que se possa discutir se

43. HEINE, Günther. "Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente", p. 293-299.

eles se distinguem substancialmente, qualitativamente, ou se sua distinção é meramente quantitativa, formal. As conseqüências mais imediatas desse raciocínio encontram-se justamente na delimitação de critérios de seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal e pelo direito administrativo sancionador.

Como *semelhanças*, as duas espécies de ilícito guardam entre si o fato de que são condutas humanas que devem ser coibidas, e no ilícito administrativo prevê-se sanção administrativa como conseqüência a sua infração, e no ilícito jurídico-penal prevê-se a imposição de sanção criminal. Klaus Tiedemann entende ser a sanção administrativa muito menos repressiva ou retributiva do que a pena e que "se distancia do sistema penal na medida em que os pressupostos legais da medida são diferentes".[44]

Uma primeira distinção relevante se encontra no fato de que as infrações administrativas serão julgadas por um tribunal administrativo e, prioritariamente, especializado, que aplicará as respectivas sanções administrativas. Neste ponto, a distinção entre o ilícito administrativo e o penal parece quantitativa.

Observe-se que na Itália assumiu-se uma forma híbrida e pouco coerente no que toca à competência para o julgamento das infrações administrativas. De acordo com o art. 22 *bis* da Lei 689 de 1981, alguns recursos de decisões administrativas são levados a um Juizado de Paz, que integra o Poder Judiciário, sem critérios precisos que expliquem as razões de os recursos, nessa sede, não serem levados à apreciação dos tribunais administrativos existentes.

A autonomia das instâncias administrativa e judiciária deve ser assegurada, sem que isso signifique afastamento de lesão da apreciação do Poder Judiciário, a quem se deveria resguardar o poder de anular decisões no âmbito de tribunais administrativos quando estas houverem desobedecido formalidades impostas em lei. Esse controle formal de legalidade seria análogo ao que se conhece no Brasil quanto à arbitragem.

44. Apud PINILLA PINILLA, Nilson. "Fundamentos de derecho administrativo sancionatório", p. 90.

Percebe-se a *distinção*, ainda quantitativa, mas que já se aproxima de limites qualitativos, entre os ilícitos, ao colocar-se ênfase na ilicitude da conduta do agente em relação ao dano individual produzido. Citando Heinz Mattes, Heliana Maria de Azevedo Coutinho ressalta que: "'A pena administrativa não reage contra uma personalidade contrária ao direito, porquanto o autor deste delito não se mostra socialmente danoso ou perigoso, mas socialmente descuidado ou omisso, não cauteloso em observar as ordenações impostas pelo Estado para alcançar o bem-estar social'. O autor de um crime é um ser anti-social, perigoso, por isso necessita de uma sanção penal, que garanta a retribuição pelo mal cometido e que ao mesmo tempo possa resguardar a paz social. O autor de um delito administrativo, de uma lesão de uma norma penal em branco (que, ao final, reduz-se ao descumprimento a regulamentos administrativos (...)) ou de uma ameaça ou lesão de perigo abstrato, revela uma conduta eticamente indiferente pela falta de zelo social".[45]

É o que afirmou Ricardo Antunes Andreucci, de quem discorda Miguel Reale Jr.: "a diferença não repousa em dados qualitativos, pois a única a ser encontrada entre crime, contravenção e ilícito administrativo é a quantitativa, representada pela maior intensidade da agressão à ordem jurídica, considerada pelo legislador em função de conveniência de política criminal".[46]

Contudo, até que medida tal distinção permanece sempre no campo quantitativo é a questão. Manuel Gómez Tomillo refere inclusive o exemplo do delito fiscal, em que a linha demarcatória em relação à infração administrativa se estabeleceria a partir de uma determinada cifra: "Como indica Roxin, 'há um limite, além do qual a quantidade se transforma em qualidade' (...) O campo nuclear do direito penal, as exigências de proteção subsidiária dos bens jurídicos requerem necessariamente um castigo penal em casos de delitos de um certo peso".[47]

45. COUTINHO, H. M. de Azevedo. Op. cit., p. 96.

46. REALE JR., Miguel. "Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?", p. 122.

47. GOMEZ TOMILLO, Manuel. Op. cit., p. 79.

Finalmente, com maior clareza se percebe a distinção qualitativa entre os ilícitos penal e administrativo, quando se tem como *distinção* essencial o especial conteúdo ético presente no ilícito penal, ao passo que o ilícito administrativo engloba comportamentos sociais eticamente indiferentes (conteúdo ético-social neutro). Isso acontece apesar de tal critério não poder ser considerado absoluto tampouco aplicável como regra geral, pois, pelo princípio da subsidiariedade do direito penal, caberá ao direito administrativo sancionador coibir, com eficácia redobrada, condutas que não necessitam, ainda, da proteção penal (eis um dado que leva em conta requisitos para a criminalização).

Miguel Reale Jr. defende não haver diferença de natureza substancial entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Assim sendo, "a escolha pela qualificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo não é senão de política legislativa, tendo em vista, primordialmente, a busca de maior eficácia social".[48]

Quanto à discussão a acerca da autonomia do direito administrativo sancionador diante do direito penal, criticada por Enrique Aftalión ("el derecho penal administrativo no es otra cosa que un derecho penal especial"), Miguel Bajo Fernandez, coerentemente, também defende a aplicação irrestrita dos princípios garantidores dos direitos individuais do direito penal ao direito administrativo sancionador, entendendo que não se pode estabelecer *a priori* (e especificamente diante do sistema jurídico espanhol) uma distinção quantitativa entre sanções administrativas e penais.[49]

Goldschmidt, um dos que primeiro introduziu o estudo do direito penal administrativo, pugnava por sua autonomia, defendendo que "o critério diferenciador entre ambos os direitos deve ser buscado na maior ou menor ameaça ou lesão aos bens jurídicos tutelados por normas de direito penal ou por decretos penais administrativos".[50]

48. REALE JR., Miguel. Op. cit., p. 23.

49. BAJO FERNANDEZ, Miguel; MENDOZA BUERGO, Blanca. "Hacia una ley de contravenciones: el modelo português", p. 567-571.

50. Apud COUTINHO, H. M. de Azevedo. Op. cit., p. 95.

Ocorre que o direito administrativo sancionador não é parte do direito penal, nem é um direito penal especializado, tampouco contém normas incriminadoras (donde se refuta a expressão direito penal administrativo). Trata-se de ramo autônomo, mas que deve preservar limites à intervenção estatal, por um leque (constitucionalmente estabelecido) de direitos e garantias, por visar, e jamais da mesma forma, o estabelecimento de normas para cuja infração se cominam sanções graves, que representam limitação da esfera de liberdade individual.

Assim, é certo que ambas as sanções – administrativa e penal – guardam uma *função* retributiva, que não corresponde à *finalidade* da pena criminal,[51] de peso assemelhado. O único elemento diferenciador relevante é a diversa "ressonância ética", peculiar ao direito penal, que não qualifica o ilícito administrativo.

2.3 Locus *de atuação do direito administrativo sancionador perante o direito penal. Necessidade de uma "terceira via"?*

Hassemer[52] sugere a implantação de um direito de intervenção, a meio caminho entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, o direito civil, o direito público, como forma de lidar com a criminalidade moderna (principalmente relativa a meio ambiente, drogas, economia). O fato é que o direito penal clássico teria se tornado insuficiente para lidar com os problemas da sociedade moderna, sendo possível notar um déficit crônico em sua realização prática. Ressalta, por exemplo, que a maior parte dos processos não ultrapassa a fase instrutória; que os juízes penais recorrem sempre aos marcos penais; que a cifra

51. Tratar da *finalidade* da pena criminal pressupõe a abstração do efetivo *caráter* da pena e das *funções*, objetivas e constatáveis de plano, que ela apresenta, sendo certo que a definição de sua finalidade depende mais dos objetivos a que o Estado se propõe no que toca à participação dos indivíduos da vida social, do que de um simples cotejamento entre lei e realidade. Nesse sentido, apesar de reconhecer o *caráter* retributivo da pena criminal, em especial da pena de prisão, não há como negar que esse caráter não pode ser elevado à condição de finalidade da pena (o Estado não pode praticar a violência pela violência), sendo necessário encontrar uma finalidade que transcenda a própria realidade da pena.

52. HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal", p. 642.

negra da criminalidade não registrada é muito alta; e, ainda, que cabem na rede de Justiça apenas os chamados "peixes pequenos".

A partir de então, Hassemer propõe a estruturação de um direito híbrido, em que as garantias de direitos individuais tradicionais são mitigadas, atribuindo-se uma maior funcionalidade ao sistema persecutório, em troca do abrandamento da resposta estatal.

Importa, contudo, ressaltar que o direito penal não pode assumir a tarefa de neutralizador dos perigos imanentes a uma sociedade de riscos (a *Risikogesellschaft* de que trata Ulrich Beck[53]), servindo o alerta de Herzog (Félix) contra os "riscos do direito penal do risco" para a função de garantia que historicamente compete ao direito penal.[54]

Isso para afirmar que o direito penal deve persistir, ainda quando a realidade que se pretende açambarcar é a modernidade, submetido ao prisma da necessidade (extrema) da tutela penal. As palavras de Portalis, colacionadas por Eduardo Correia, são esclarecedoras: "A função da lei é a de nos proteger contra a fraude de outrem; *mas não a de nos dispensar o uso da nossa própria razão*. Já que de outro modo, a vida dos homens, sob a violência das leis, não seria mais do que uma longa e vergonhosa necessidade; e esta vigilância, ela própria, degeneraria em inquisição", acrescentando que o recurso ao poderio penal "para, especificamente, reprimir condutas antieconómicas corresponderia a uma hipercriminalização contrária às idéias que a política criminal moderna aponta".[55]

Interessante recordar que, após a promulgação das primeiras leis despenalizadoras na Itália, em vista da incoerência entre um e outro diploma legal, foi editada uma circular ministerial (19.12.1983) com um objetivo prático único: fixar um método a ser seguido pelo legislador. Segundo essa circular, os princípios

53. (*Risikogesellschaft*, 1986) *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad, 1998; Cf., também: Apud DIAS, Jorge de Figueiredo. "O comportamento criminal...", cit., p. 71.

54. HERZOG, Félix. "Algunos riesgos del derecho penal del riesgo", p. 54-57.

55. CORREIA, Eduardo. "Notas críticas à penalização de actividades económicas", p. 365.

de proporcionalidade[56] e subsidiariedade devem permitir que se trace uma primeira fronteira entre sanção penal e sanção administrativa.

Tal circular deixa claro que o princípio de proporcionalidade se baseia no grau de interesse protegido e na gravidade da infração, critérios que valem na maior parte dos casos. Nas palavras de De Nauw, o grau de interesse protegido significa que os bens individuais ou coletivos a proteger devem ser classificados, em função de seu valor, em bens de natureza primária (como a vida, a saúde, a liberdade) e bens de natureza secundária. O critério do interesse protegido deve ser combinado ao da gravidade da infração, gravidade suscetível de ser graduada conforme cause, a infração considerada, uma lesão, um perigo direto ou um perigo indireto. Quando o bem protegido é primário e a lesão é relevante, impõe-se uma sanção penal. Inversamente, se o bem protegido é secundário e a lesão mínima, deve-se recorrer à sanção administrativa.[57]

56. Note-se que o princípio da proporcionalidade emerge de um reconhecimento do ordenamento jurídico como sistema, devendo ser admitido e formulado, ao lado do princípio da razoabilidade, independentemente de previsão legal (a exemplo da atual Constituição espanhola, que o prevê). De todo modo, encontra-se previsto, no plano legislativo brasileiro, de forma explícita no Dec. 2.954/1999, que regulamenta a LC 95/1998, dispondo, em seu art. 9.º "que os projetos de lei que contenham normas penais deverão: I – compatibilizar as penas previstas com outras figuras penais existentes no ordenamento jurídico, de modo a evitar a desproporção entre os bens jurídicos protegidos e as penas aplicadas para delitos diversos ou semelhantes".

Como se isso não fora muito, mencionem-se ainda as diretivas construídas pela jurisprudência do Tribunal Criminal europeu de Luxemburgo, a quem incumbe a aproximação da legislação penal dos Estados membros, em nome de valores que transcendem a territorialidade clássica. E isso se deu, conforme ressalta Stefano Manacorda, a partir de uma "concretização jurisprudencial dos princípios de proporcionalidade e de não-discriminação das sanções, atuando de maneira isolada ou em conjunto. O princípio da proporcionalidade, verdadeiro princípio comum aos Estados membros, doravante consagrado pelo art. 5, alínea 3 TCE (exemplo, art. 3B), surgiu a partir dos anos oitenta em número importante de decisões da Corte para afastar sanções nacionais em conflito com as liberdades reconhecidas pelos tratados e não justificadas com base em uma avaliação do objetivo perquirido e do modo utilizado. Da mesma forma, a proporção guiou a avaliação da medida das sanções quase penais e as relações entre sanção penal e sanção quase penal, no caso de concurso entre infrações das duas espécies" ("Le droit pénal et l'Union européenne: esquisse d'un système", p. 111. Trad. do autor). Ainda, sobre a assimilação e harmonização do direito penal na União Européia, pelas interessantes questões que evoca, cf. Klaus Tiedemann, op. cit., p. 385-404; também, Giovanni Grasso (Org.), *Prospettive di un diritto penale europeo.*

57. DE NAUW, Alain. "L'évolution législative vers un système punitif administratif", p. 340-341.

Contudo, nos casos em que ainda haja uma zona cinzenta, o princípio da subsidiariedade é que deve intervir, de modo que a sanção penal seja aplicada somente e tão-somente por ocasião da ausência de técnicas de controle social de um grau análogo de eficácia.[58]

A subsidiariedade do direito penal refere-se, portanto, diretamente à drasticidade da conseqüência prevista para o agente responsável por uma conduta criminal típica, qual seja o sofrimento da pena criminal. Em igual razão, refere-se às finalidades da pena, que deve guardar um sentido alheio a si própria (donde sua finalidade precípua deva ser a prevenção geral positiva, na esteira dos ensinamentos de Dias[59]).

Ora, essa afirmação "traduz exatamente a convicção de que existe uma *medida ótima de tutela dos bens jurídicos e* das expectativas comunitárias que a pena deve se propor alcançar; medida esta que não pode ser excedida (princípio da necessidade) por considerações de qualquer tipo, nomeadamente para exigências (acrescidas) de prevenção especial, derivadas de uma particular perigosidade do delinqüente. É verdade porém que esta 'medida ótima' de prevenção geral positiva não fornece ao juiz um *quantum* exato de pena. Abaixo do ponto ótimo ideal *outros existirão* em que a tutela é ainda efetiva e consistente e onde portanto a pena se pode ainda situar sem que se perca a sua função primordial de tutela dos bens jurídicos. Até se alcançar um *limiar mínimo* – chamado de defesa do ordenamento jurídico –, abaixo do qual já não é comunitariamente suportável a fixação da pena sem se pôr irremediavelmente em causa a sua função tutelar de bens jurídicos".[60]

A intervenção penal passa, dadas essas premissas, a depender, muito mais que da mera identificação de bens jurídico-penais tutelados, da definição do

58. DE NAUW, Alain. Op. cit., p. 340-341.

59. "Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal", p. 87-136; e, ainda, "Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico", p. 375-386.

60. DIAS, Jorge de Figueiredo. "Fundamento, sentido e finalidades...", cit., p. 132.

momento a partir de que o direito penal se deva sentir legitimado a atuar. Isso carece situar-se o mais próximo possível da referida "medida ótima" de prevenção geral positiva, eis que, para além da identificação da necessidade da tutela jurídico-penal, em cada hipótese de conduta, é mister a prévia avaliação concreta do emprego de meios não penais de tutela, na intervenção sobre uma determinada realidade social, e seu insucesso para a prevenção das condutas, desde logo consideradas de conteúdo socialmente danoso. Restaria, então, como *ultima ratio*, a possibilidade de intervenção penal (e nisso reside a subsidiariedade de sua atuação), após avaliação das razões que conduziram ao fracasso do recurso aos aludidos meios extrapenais de intervenção.

A eficácia do direito penal na atualidade está, sem sombra de dúvida, condicionada a que seja utilizado limitadamente, nos casos mais gravosos à sociedade (*v.g.*, "ordem econômica"), e, ainda assim, com temperança conscienciosa. Por sua vez, a falta de eficácia do direito penal moderno se deve, em parte, à não-aplicação, por quaisquer motivos, das leis vigente sobre a matéria; e, em grande medida, pela inadequação de muitos tipos penais às realidades sobre as quais se deveriam voltar,[61] quando não por sua insuficiência. Mas, por ser o direito penal o último recurso, isso não quer dizer que ele deva ser preservado em razão única de sua contundência: sua atuação deve restringir-se a seu âmbito de aplicação (conforme referido por Dias), entre o limiar mínimo de "defesa do ordenamento jurídico" e a "medida ótima" de proteção dos bens jurídicos considerados, o que significa que possui ele um *locus* próprio de atuação, de sutil percepção, cujas estremaduras se fazem sentir pela importância do bem jurídico tutelado e pela ausência de eficácia da intervenção administrativa, aliada ao impacto, que deve ser reduzido, das medidas administrativas sancionadoras sobre os direitos e garantias individuais.

No entanto, se não é custoso reconhecer a existência de *loci* distintos de atuação para o direito penal e para o direito administrativo, tormentoso é o pro-

61. ARROYO ZAPATERO, Luis. "Derecho penal económico y Constitución", p. 1-15.

blema de fixação das fronteiras limítrofes entre o penal e o não-penal. Que os tempos modernos tenham trazido a certeza de não caber ao direito penal a tarefa de tutelar a moral, ou meros costumes sociais, é argumento que já pouco se discute:[62] a intervenção do Estado na vida dos indivíduos não pode ultrapassar as margens da intimidade, salvo raras, fundadas e muito específicas exceções. Contudo, a causar preocupação está o vasto campo de comportamentos delituosos que ocasionalmente se torna centro de atenção da opinião pública, em *reprovação social desproporcionada.*

No que toca ao direito penal moderno (no qual avulta o direito penal econômico, o direito penal do meio ambiente e as questões atinentes aos tráficos de drogas, armas e pessoas, que comumente se utilizam de estruturas criminosas organizadas), essa preocupação é acrescida de outra: a hipertrofia do Estado contemporâneo.[63] A história assistiu, nas diversas etapas de desenvolvimento do Estado moderno, e em seus vários períodos de autoritarismo, ao crescimento do aparelho administrativo do Estado. Mais recentemente, a nova tendência liberalizante, que mantém o Estado no controle, ainda que apenas regulatório e fiscalizatório, dos diversos setores considerados socialmente essenciais, leva a um aumento desmesurado da produção legislativa, trazendo risco de utilização do direito penal como instrumento imediato para cumprimento de normas administrativas.

Há que manter em mente que "a norma tutela sempre um valor, o que evidencia que o sentido de simples desobediência redunda em uma categoria formal, despida de conteúdo, e que, por isso mesmo, se presta a um preenchimento nem sempre conforme com as garantias da liberdade individual, através a normatividade de um Estado que pretenda a subordinação total ético-políti-

62. CORREIA, Eduardo. "Direito penal e direito de mera ordenação social", p. 17.

63. A "hipertrofia do direito penal", "inflação legislativa" ou "banalização do direito penal", leva a crer que a mencionada "hipertrofia do Estado contemporâneo" seja resultado, justamente, do crescimento da máquina estatal.

ca ou que atenda a uma orientação policialesca do direito penal, como bem exprimiu Petrocelli".[64]

Acontece que nem sequer as infrações administrativas podem ser fruto de mero arbítrio. Não é exclusividade do direito penal a tutela de bens, nem tampouco de bens jurídicos.[65] Tanto que, como já tratado, ao direito penal cabe a tutela subsidiária (pois deve ser o último recurso de intervenção Estatal, a ser expendido somente quando houver fracassado a tutela dos bens jurídicos em questão por outros meios) e fragmentária (pois há desnecessidade de que a realidade valorada seja tutelada de forma completa e contínua pelo direito penal) dos bens jurídicos mais relevantes.

Resta, ainda, questionar por que meios se poderia conhecer a referida "medida ótima" de incriminação. Percebe-se, neste passo, a inelidível presença da política criminal, como via adequada para a formulação das margens de criminalização, que também são de descriminalização. Assim, refulge a necessária avaliação do impacto das medidas sancionadoras administrativas sobre os direitos e garantias individuais. O direito penal possui, historicamente, uma série de princípios e garantias informadores, que, como já exposto, dificultam a punição de algumas condutas, relacionadas às modernas formas de criminalidade. Ocorre que o tratamento pelo direito administrativo sancionador, de condutas socialmente danosas, não pode ser uma desculpa para a aplicação de sanções de conteúdo gravíssimo, sob outra denominação que não a de penas criminais.

Para contornar esse obstáculo, e como meio para conter a expansão do direito penal, Hassemer propõe, como já referido, a criação de um ramo do direito, entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, que ele denomina "direito de intervenção". Ele "se caracterizaria por conter garantias e procedimentos menos rigorosos e exigentes que os que acompanham o direito penal, mas, por

64. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. "Direito penal administrativo e ilícito fiscal", p. 138.

65. DIAS, Jorge de Figueiredo. "Do direito penal administrativo ao direito de mera ordenação social: das contravenções às contra-ordenações", p. 177.

outro lado, disporia de sanções de menor gravidade que este último, ou seja, menos lesivas para os direitos individuais".[66]

Reale Jr., conquanto discordando do *nomen* "direito de intervenção",[67] defende que se exija, de fato, um novo ramo do direito, com acento primordial sobre a natureza administrativa da infração, pugnando pela nomenclatura direito administrativo-penal, o qual se deveria distinguir com clareza do direito administrativo disciplinar (que pressupõe uma relação de subordinação do agente perante a Administração Pública).

Poderia ser a busca de uma solução. Entretanto, analisada de perto, a mencionada proposição representa um aumento dos poderes do Estado, em detrimento das liberdades individuais, sem justificativas ou critérios claros e plausíveis. Nas palavras de Hassemer, esse novo ramo do direito é aquele que, contornando os drásticos efeitos da sanção criminal, impondo sanções mais leves, também reduz as garantias do indivíduo, facilitando-se a condenação em muitos casos. E não é faltoso lembrar que grande parte dos crimes que conformam a dita "criminalidade moderna" tem lugar sob as vistas do Estado, em razão dos incipientes mecanismos de controle e fiscalização.

Relevante refletir sobre a real necessidade de formular um ramo híbrido do direito, que poderia resultar em um modo de burlar as garantias que, pelo direito penal (processual e material), conquistaram os membros do corpo social, para impor sanções que possuem pesos quantitativa (uma sanção pecuniária desproporcionada, ou o fechamento de uma pessoa coletiva podem acarretar conseqüências mais gravosas para o condenado do que muitas sanções penais) e qualitativamente (principalmente no que toca à ressonância ética da sanção) próximos

66. HASSEMER, Winfried. "Crisis y características...", cit., p. 645-646. Também: GOMEZ TOMILLO, Manuel. Op. cit., p. 74-75.

67. A nomenclatura seria equivocada, "(...) uma vez que intervenção não será a característica desse novo ramo, mesmo porque não há direito repressivo que não realize uma intervenção" (REALE JR., Miguel. Op. cit., p. 125).

aos do direito penal, tão embora, como já se expôs, destoem entre si os ilícitos penais e administrativos propriamente ditos, porém por outras razões.

Tanto assim que Reale Jr. e os mais que estudam as particularidades conformatórias do direito administrativo sancionador, ao exigirem a presença de "princípios garantísticos próprios do direito penal" e "os princípios ordenadores do conjunto normativo", o fazem exatamente sobre as mais relevantes garantias de direitos individuais, que não podem ser mitigadas, mesmo porque encontram sede constitucional.[68]

A forma mais adequada de lidar com a questão seria repudiar a simples troca de etiquetas: o legislador precisaria seguir os critérios, socialmente considerados (o que, sem dúvida, por um lado, abre margem para discussões intermináveis, mas por outro coopera para a construção – material – de uma democracia), de necessidade (posto que subsidiária, em caráter fragmentário, e visando à proteção de bens jurídicos especialmente relevantes) e de utilidade (eis que devem ser observadas, com vistas a sua consecução, as finalidades de prevenção geral ínsitas à sanção penal) da intervenção penal.

Em outros termos, reduzindo-se o leque de condutas incriminadas pelo direito penal, estar-se-ia definindo as prioridades do sistema punitivo, amplamente considerado. Tal perspectiva, sistemática, não pode ser abandonada, sob pena de violação dos princípios supra-apontados.

Aparelhando-se um direito administrativo sancionador, estar-se-ia optando por aferir um tratamento menos formal a condutas que, *per se*, não danificam ou colocam em risco os bens jurídicos mais relevantes em um Estado Democrático de Direito, ou seja, aqueles que não vulneram a dignidade da pessoa humana, considerada em concreto.

68. Cf., além de Reale Júnior (op. cit.), entre outros, Fábio Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, p. 150-414; Nilson Pinilla Pinilla, op. cit., p. 91-92; Ivan Arostica Maldonado, "Algunos problemas del derecho administrativo penal", p. 78-80. E ainda, Pedro Soria Fernandez-Mayoralas. "Derecho administrativo sancionador y derecho penal: principios comunes", p. 1.985-1.992.

3. Modelos de despenalização e a situação brasileira

Neste passo, pretende-se abordar, de modo sucinto, os modelos de descriminalização substitutiva adotados na Itália e na Alemanha, com o único intuito de, a partir deles, estabelecer a crítica ao caos existente no Brasil, no que toca às relações entre direito penal e direito administrativo sancionador.

3.1 Itália

À parte os notáveis esforços de despenalização, com a integral reformulação de seu sistema de penas, reconhecido como o "baricentro" do ordenamento penal, principalmente no que toca ao gradual abandono do monopólio da pena privativa de liberdade,[69] instituiu o legislador italiano um sistema de infrações administrativas, pela Lei 689, de 24.11.1981.

Essa lei transformou em infrações administrativas, retirando-as do âmbito jurídico-penal, as contravenções e os delitos para os quais se previa unicamente a pena de multa. Os fatos assim previstos passaram a ser passíveis de sanções administrativas pecuniárias. Acresça-se, ainda, a essa regra geral uma série de comportamentos para os quais se previa alternativamente a sanção pecuniária e a pena privativa de liberdade, tais como os maus-tratos a animais, o exercício abusivo da profissão, a não-observância do fechamento de estabelecimentos públicos e a venda ilegal de bebidas alcoólicas. Aplica-se também a sanção administrativa a certas contravenções relativas a trânsito e ao seguro obrigatório de veículos automotores. Por outro lado, determinadas condutas que em tese se destinariam a tornar-se infrações administrativas foram excluídas do campo da ilicitude a partir de juízo valorativo, como é o caso das infrações previstas no Código Penal puníveis unicamente com a pena de multa, de determinadas infrações à lei sobre in-

69. ZANNOTTI, Roberto. "Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio", p. 707-724.

terrupção voluntária da gravidez, infrações sobre armas, saúde, alimentos, poluição hídrica e atmosférica, relações de trabalho e relativas a matéria eleitoral com pena exclusivamente pecuniária.[70]

A Lei 689 sofreu várias alterações desde então, nem sempre fiéis ao espírito que havia guiado o legislador de 1981 (o que deixa antever que a assistematicidade não é privilégio do ordenamento jurídico brasileiro), seja prevendo sanções administrativas em setores excluídos da descriminalização pela Lei de 1981, ou submetendo à sanção penal infrações que a referida lei havia descriminalizado. Diante desse quadro, foi editada a já referida circular ministerial de 19.12.1983, que significou esforço para vincular o legislador a um método sistemático que tomasse em conta critérios de proporcionalidade e de subsidiariedade na construção da lei penal, cujos efeitos se fizeram sentir, embora não de maneira plena.[71]

3.2 Alemanha

A Lei de 1.º.01.1975, relativa aos *Ordnungswidrigkeiten*,[72] define, em seu art. 1.º, a infração ao regulamento, ou a mera ordenação social, como a "conduta ilícita e censurável, que preencha o tipo legal descrito em uma lei, cuja reprimenda comine uma *Geldbusse*".

Geldbusse é o equivalente à expressão *coima* do direito português, mencionada pela primeira vez por Eduardo Correia para referir-se ao pagamento de determinadas quantias em dinheiro, com o sentido de censura ou advertência puramente social, diferenciando-as das multas, designativas das sanções pecuniárias.[73]

70. DE NAUW, Alain. Op. cit., p. 340.

71. Idem, ibidem, p. 340-341.

72. A expressão portuguesa, inspirada em fonte alemã, é a melhor tradução: contra-ordenações; mas a expressão equivale a "infrações a regulamentos".

73. COUTINHO, H. M. de Azevedo. Op. cit., p. 97-99.

Entenda-se por relevante que na Alemanha as infrações devem atingir bens jurídicos, enquanto as infrações a regulamentos alcançam apenas interesses administrativos. A essência, pois, da *Ordnungswidrigkeit* encontra-se em uma forma de desobediência sem conteúdo ético, voltada contra interesses de órgãos administrativos.[74]

A referida lei enumera uma lista considerável de contra-ordenações, envolvendo condutas absolutamente díspares. É o caso do uso de falsa identidade, da incitação pública à comissão de contra-ordenações, da embriaguez, da falta de vigilância de animais perigosos, e mesmo da utilização abusiva de emblemas protegidos pelo Estado.[75] No caso alemão, a marca maior das contra-ordenações, ou infrações administrativas, está em que protegem os domínios de interesses em que o intervencionismo estatal atua com mais vigor.

Note-se que o sintoma nevrálgico de inflação legislativa que domina a esfera penal a partir da crise dos paradigmas do direito penal moderno, a que se fez menção no início deste texto, não deixa de estar presente quando se alarga a esfera de intervenção administrativa. Ainda que se tenha sucesso na redução dos limites próprios do direito penal, a falta de uma racionalidade sistemática pode levar, como ocorreu e segue ocorrendo na Alemanha, ao correspondente fenômeno de "inflação regulamentar".[76]

No que toca ao plano da interferência judicial na esfera das decisões administrativas, que é híbrida na Itália, o sistema alemão admite que toda pessoa notificada de uma sanção pela autoridade administrativa, no gozo das garantias do direito comum, de que é exemplo a presunção de inocência, pode interpor recurso perante a primeira instância do direito comum, recurso que suspende a decisão administrativa, para um reexame do procedimento administrativo. Em

74. DE NAUW, Alain. Op. cit., p. 337.

75. Idem, ibidem.

76. Idem, p. 338.

caso de condenação, pode-se interpor apelação nas condições e sob os requisitos do direito comum, sendo, no entanto, esse direito restrito ao controle de regularidade procedimental nos casos de sanções mais graves.[77]

3.3 A situação brasileira. Discursos conflitantes. Ausência de parâmetros normativos para reflexão

Não há disposição legislativa que permita a elaboração de uma teoria geral do direito administrativo sancionador. O que há são previsões típicas esparsas e dispersas, na legislação extravagante, de sanções administrativas para condutas que claramente atentam contra determinados bens jurídicos.

Tome-se como ponto de partida da argumentação o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, que cuida em seu Título VII "dos crimes e infrações administrativas" contra a criança e o adolescente. O Capítulo II desse título traz tipos legais de infrações administrativas, sem qualquer dispositivo geral, a indicar que se trata de condutas consideradas pelo legislador menos relevantes, ou menos lesivas aos bens jurídicos tutelados, cominando, *grosso modo*, penas de multa, e, em alguns casos, penas restritivas de direitos (como fechamento de estabelecimento ou suspensão da programação de emissora). Nesse caso, as condutas elencadas caracterizando infrações administrativas são absolutamente distintas daquelas que caracterizam crimes (previstas no Capítulo I do referido Título), o que permitiria indagações sobre uma distinção qualitativa.

Confrontando-se com a Lei de Meio Ambiente (Lei 9.605/1998), outro *modelo* é detectado. Em seu Capítulo VI, define-se a infração administrativa ambiental com uma norma absolutamente em branco:

"Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente".

77. DE NAUW, Alain. Op. cit., p. 339.

Já no caso do direito penal econômico, as fronteiras parecem ser ainda mais frágeis, a partir do momento em que se divisam infrações criminais a coibir condutas típicas descritas de maneira idêntica em tipos de infrações administrativas. Coteje-se, para fins de verificação, os dispositivos penais dos assim chamados crimes contra a ordem econômica, presentes nos arts. 4.º, 5.º e 6.º da Lei 8.137/1990. As condutas aí previstas como hábeis a acarretar dano ou perigo de dano à concorrência encontram-se previstas, como infrações administrativas à ordem econômica, no corpo da Lei 8.884/1994, em seus arts. 20 e 21.

Limitam-se os preceitos da Lei 8.884/1994 a proteger normas sobre preços, e, principalmente, a livre concorrência, coibindo-se a "concorrência desleal", o "abuso de posição dominante". É mister pôr em relevo os mecanismos administrativos de controle das práticas de concorrência desleal, criadas pela Lei 8.884/1994, com a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão autônomo, ligado ao Ministério da Justiça, que cuida dos processos administrativos contra as pessoas físicas ou jurídicas que incorram em seus preceitos (os quais, muitos, repetem aqueles existentes na Lei 8.137/1990), e a atuação da Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE), órgão diretamente ligado ao Ministério da Justiça. Esse órgão, com o advento da Lei 10.149/2000, adquiriu poderes para celebrar *acordos de leniência* com as pessoas sujeitas a investigação, na vigência dos quais se suspende a possibilidade de instauração de processo administrativo pelo Cade ou ação penal movida pelo Ministério Público, extinguindo-se a punibilidade tanto pelas infrações administrativas como pelos crimes praticados "contra a ordem econômica", desde que cumpridos os termos do acordo de colaboração com a SDE. As incongruências a que essa forma de tratamento de infrações conduz são claras: esvazia-se o desvalor de condutas muitas vezes levadas a efeito mediante ajuste ou acordo entre empresas, com deliberado intuito de causar danos à concorrência, e permite crer que a existência das infrações criminais sobre o assunto constitui mera proteção de desígnios da Administração, sem repercussão social.

Mencione-se, ainda, no que toca ao último modelo apresentado, que a previsão de sanção administrativa para a mesma conduta à qual se impõe pena criminal configura *bis in idem*, inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

Ora, o fato é que, fiel à assistematicidade, ao casuísmo legislativo, às meras e intermináveis boas intenções, o legislador não estabelece um critério específico para o tratamento das infrações legislativas, previstas em leis esparsas.

Assim é que não se pode aceitar a duplicidade de instâncias a apreciar o *mesmo* fato típico, pois isso significa ignorar em absoluto os caracteres subsidiários e de *ultima ratio* que devem assistir à norma penal.

Nota-se da análise dos três subsistemas jurídico-penais considerados que jamais houve por parte do legislador pátrio a preocupação em seguir uma linha coerente de desenvolvimento da disciplina do direito administrativo sancionador. Ao contrário, os "discursos", ou vozes, que deles promanam são em tudo conflituosos e disfuncionais.

O ordenamento jurídico brasileiro carece de tornar-se um todo sistemático, o que, considerando o objeto de estudo, poderia significar a elaboração de uma lei contendo disposições gerais sobre as infrações administrativas, coerentes com a autonomia disciplinar do direito administrativo sancionador, que deve, a partir de uma reorganização do regime jurídico existente nos diversos subsistemas jurídico-penais esparsos, possuir um *locus* próprio de atuação, distinto do direito penal, e não concorrente a ele.

4. Conclusão

As reflexões desenvolvidas não levam a certezas, mas a possibilidades. Assumir a crise com a qual convivem os operadores do direito penal, passando-se a adotar uma postura *crítica* diante dela, é o primeiro passo para um caminho de questionamentos, devendo-se vislumbrar no sistema jurídico-penal um sistema aberto, sem dogmas irrefutáveis. Adotar um dogmatismo fechado, ou simples-

mente aceitar a continuidade do que já se conhece, significa camuflar a referida crise e optar pela inanição.

No atual curso dos acontecimentos históricos, não mais são suficientes para lidar com os problemas vividos pela sociedade moderna os paradigmas do direito penal clássico. Quaisquer inovações, contudo, se devem perfazer tendo por centro o respeito à pessoa humana, pois é em função desse ente e por esse ente, menos abstrato do que pretende a vã filosofia dos demagogos, que o direito existe. Não há indivíduo cuja vontade possa ser tida por desprezível pelo direito penal, e por essa razão não se deve aceitar a imposição de valores, unilateralmente, pelos governos, tampouco a noção de valores *per se* universais.

Ao mesmo tempo, a discussão acerca dos movimentos de descriminalização coloca-se como imperativo dessa nova racionalidade, que deve informar toda intervenção jurídico-penal. De forma ainda mais pujante, a discussão sobre o surgimento de um novo ramo do direito, que possibilite a aplicação do princípio da subsidiariedade e da *ultima ratio* do direito penal, não pode deixar de lado a necessidade de se manterem garantias materiais sobre a esfera de liberdade do indivíduo.

Não é possível, tampouco, tratar de um *sistema* jurídico-penal brasileiro, hoje inexistente, constituindo-se em amontoado de leis que não se interligam senão pela "boa vontade" dos intérpretes (cujo papel não é ter "boa vontade"). E deixar isso em evidência é, talvez, o que haja de menos evidente. Mas é pressuposto necessário para que surjam melhores propostas.

Bibliografia

ANCEL, Marc. "De l'individualisation de la peine à la dépénalisation – Un courant moderne de politique criminelle". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, Estudos em homenagem a Eduardo Correia, n. 3, p. 161-172, 1984.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. "Direito penal administrativo e o ilícito fiscal". *Estudos e pareceres de direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1981.

AROSTICA MALDONADO, Ivan. Algunos problemas del derecho administrativo penal. *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, n. 182, vol. 55, p. 71-81, jul.-dic. 1987.

ARROYO ZAPATERO, Luis. "Derecho penal económico y Constitución". *Revista Penal*, Barcelona, n. 1, p. 1-15, ene. 1998.

BAJO FERNANDEZ, Miguel; MENDOZA BUERGO, Blanca. "Hacia una ley de contravenciones: el modelo português". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. III, t. XXXVI, p. 567-590, sept.-dic. 1983.

BECK, Ulrich. (*Risikogesellschaft*, 1986) *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Trad. Eliana Granja et al. São Paulo: Ed. RT, 1995.

CHRISTIE, Nils. (*Limits to pain*, 1982) *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*. Turim: Abele, 1985.

CORREIA, Eduardo. "Direito penal e direito de mera ordenação social". *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. (Obra coletiva). 1998. vol. I.

_____. "Notas críticas à penalização de actividades económicas". *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. (Obra coletiva). 1998. vol. I.

COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. "Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico". *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. (Obra coletiva). 1998. vol. I.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. "O direito de mera ordenação social no sistema jurídico-penal alemão". *RBCCRIM*, São Paulo: Ed. RT, vol. 2, n. 7, p. 91-102, jul.-set. 1994.

DAVID, Jean-François. "Le juge et l'administration entre la correction et la sanction: l'exemple français". *Déviance et Société*, Liège, vol. 14, n. 1, p. 91-102, mars 1990.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DE NAUW, Alain. "L'évolution législative vers un système punitif administratif". *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelles, vol. 69, n. 4, p. 337-387, avril 1989.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico". *Direito penal económico e europeu:* textos doutrinários. 1998. vol. I.

_____. "Do direito penal administrativo ao direito de mera ordenação social: das contravenções às contra-ordenações". *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____. "Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal". *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____. "O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime". *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____. "O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social". *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. (Obra coletiva). 1998. vol. I.

DOLCINI, Emilio; MARINUCI, Giorgio. "Constituição e escolha dos bens jurídicos". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, vol. 4, n. 2, p. 151-198, abr.-jun. 1994.

FOUCAULT, Michel. "La société punitive". *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. t. II.

_____. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.

_____. "Théories et institutions pénales". *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. t. II.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Problemas actuales de la criminología*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984.

GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, prisões e conventos*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.

GOMEZ TOMILLO, Manuel. "Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal". *Actualidad Penal*, Madrid, n. 4, p. 69-89, ene. 2000.

GRASSO, Giovanni (Org.). *Prospettive di un diritto penale europeo*. Milano: Giuffrè, 1998.

HALL, Stuart. *Identidades culturais na pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A., 1997.

HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal". *Actualidad Penal*, Madrid, n. 43/22, p. 635-646, nov. 1993.

_____. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HEINE, Günther. "Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, vol. 46, n. 1, p. 289-315, ene.-abr. 1993.

HERZOG, Félix. "Algunos riesgos del derecho penal del riesgo". *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 54-57, jul. 1999.

MANACORDA, Stefano. "Le droit pénal et l'Union européenne: esquisse d'un système". *La place du droit pénal dans la société contemporaine*. (Obra coletiva). Paris: Dalloz, 2000.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

ORTEGA Y GASSET, José. *Qué es filosofia?*. Madrid: Alianza, 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

PALAZZO, Francesco C. de. "I confini della tutela penale penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XXXV, n. 2, p. 453-482, 1992.

_____. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PEÑA CABRERA, Raul. "El bien jurídico en los delitos económicos: con referencial al Código Penal peruano". *RBCCRIM*, São Paulo, n. 11, p. 36-49, jul.-set. 1995.

PINILLA PINILLA, Nilson. "Fundamentos de derecho administrativo sancionatorio". *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, n. 39, vol. 11, p. 75-99, sept.-dic. 1989.

REALE JÚNIOR, Miguel. "Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?". *RBCCRIM*, São Paulo: Ed. RT, n. 28, p. 116-129, out.-dez. 1999.

_____. *Instituições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. I.

RIOS, Rodrigo Sánchez. "Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação". *RT*, São Paulo: Ed. RT, n. 775, p. 432-448, maio 2000.

ROBERTSON, Roland. *Globalization*: social theory and global culture. London: Sage Publications, 1992.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUIZ VADILLO, Enrique. "Descriminalización y despenalización. Reforma y descriminalización". *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia*, San Sebastián, número extraordinario 13, p. 97-104, marzo 1999.

_____. "Estado actual de la justicia penal". *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia*, San Sebastián, número extraordinario 13, p. 165-176, marzo 1999.

_____. "La sociología jurídica. La sociedad, determinadora de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal (Hacia un Derecho Penal más enraizado en la sociedad)". *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia*, San Sebastián, número extraordinario 13, p. 243-252, marzo 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

_____. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*: interesses difusos. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SORIA FERNANDEZ-MAYORALAS, Pedro. "Derecho administrativo sancionador y derecho penal: principios comunes". *Actualidad Penal*, Madrid, n. 2, p. 1.985-1.992, 1987.

TAVARES, Juarez. "Critérios de seleção de crimes e cominação de penas". *RBCCRIM*, São Paulo: Ed. RT, número especial de lançamento, p. 75-87, dez. 1992.

TIEDEMANN, Klaus. "La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. II, t. XLIX, p. 385-404, mayo-ago. 1996.

ZANNOTTI, Roberto. "Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio". *L'Indice Penale*. 2000.

El primer Luhmann y la imagen de la sociedad de los juristas alemanes. Una contribución a la historia del derecho alemán del siglo XX

Knut Amelung
Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Teoría del Derecho de la Universidad de Dresden.

Sumário: 1. Una introducción personal – 2. Conceptos fundamentales: 2.1 Sistema social; 2.2 Función social; 2.3 Diferenciación social – 3. Críticos de Luhmann: 3.1 Crítica "conservadora"; 3.2 Crítica "progresista" – 4. Conclusión.

Resumo: O autor analisa a influência do funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmann no debate jurídico alemão, defendendo a teoria contra críticas que lhe são dirigidas. A teoria de Luhmann é entendida como valiosa ampliação dos estreitos horizontes do jurista.

Palavras-chave: funcionalismo; Luhmann; teoria sistêmica; sociologia jurídica; teoria geral do direito.

1. Una introducción personal

Quisiera comenzar esta contribución sobre Niklas Luhmann con un fragmento de mi biografía personal. Creo que ello puede ilustrar el cambio de rumbo

intelectual que en Alemania, si bien no fue provocado por Luhmann, fue esencialmente co-creado y promovido por él.

Mi atención se dirigió a Niklas Luhmann bastante tempranamente, ya en el año 1965. Ese año fue para mí una época formativa. En Julio de 1965 absolví mi primer examen jurídico y comencé, el primero de octubre, como "medio" asistente del constitucionalista Peter Badura, que por entonces enseñaba en Göttingen. Una de mis primeras actividades consistió en la tarea de conseguir dos libros para mi jefe, sobre los que él había oído hablar en el simposio de constitucionalistas. Uno era *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*[1] de Hans-Heinrich Rupp, el otro *Grundrechte als Institution*[2] de Niklas Luhmann. Ante la devolución de ambos libros emprendí inmediatamente, como principiante curioso en la actividad científica, su lectura. El libro de Rupp me impresionó por su lucidez científica. El libro de Luhmann verdaderamente me sorprendió, porque encontré en él respuestas o caminos para las respuestas a preguntas que me habían inquietado a lo largo de mis estudios.

Además de ciencias jurídicas, yo había estudiado sociología algunos semestres y había recibido una formación rigurosa en lo conceptual y exigente en lo teórico por parte del posteriormente sociólogo de Tübingen, en ese entonces de Freiburg, Friedrich Tenbruck. Lo que nos transmitía Tenbruck era sobre todo sociología norteamericana, que en los años cincuenta, bajo la guía de Talcott Parsons, había alcanzado un alto nivel. A lo largo de mis estudios me había asombrado que en la literatura jurídica que yo leía, no se podía encontrar nada de ello. La idea de que un jurista alemán debía haber leído a sociólogos norteamericanos era, naturalmente, completamente ingenua. Pero yo era justamente ingenuo y por eso me sorprendía, por ejemplo, que en la dogmática de los delitos especiales no se hubiera descubierto aún la teoría de los roles, o que

1. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre* (1965).
2. Luhmann, *Grundrechte als Institution* (1965).

se hicieran esfuerzos en la delimitación entre el derecho penal criminal y el derecho contravencional sin tomar conocimiento de la teoría de la socialización primaria y de la internalización de normas.

2. Conceptos fundamentales

2.1 Sistema social

De repente descubrí, en cambio, que el libro de Luhmann sobre el significado sociológico de los derechos fundamentales consideraba todo esto y mucho más. Luhmann no se conformaba allí con trasladar ornamentos aislados de la sociología norteamericana a la teoría de los derechos fundamentales, sino que insertó esta teoría en una concepción abarcadora de lo "social". El concepto clave de esta concepción, tomado de Parsons, es el de "sistema social".[3] Este concepto designa como objeto específico de la sociología a los "sistemas de interacción", que presentan propiedades y están sujetos a leyes que no existen fuera de ellos.

Aunque la ciencia jurídica alemana de ese tiempo hablaba frecuentemente de "lo social", no tenía en realidad una percepción de su objeto. Para el naturalismo de las últimas décadas del siglo XIX, cuya influencia fue muy prolongada al menos en la teoría del derecho penal, en rigor sólo la naturaleza era real. Si bien desde Jhering se hablaba de "intereses",[4] estos intereses señalaban, en sentido estricto, un fenómeno no social, sino psíquico y aun esta referencia psicológica se desvanecía cuando los "intereses" eran trasladados a estructuras sociales como el Estado. Desde que la ciencia jurídica tomó conciencia, bajo la influencia de Dilthey y del neokantismo del sudoeste alemán, de su carácter de ciencia del espíritu, la "naturaleza" de la visión

3. Luhmann, (nota 2) p. 10 y ss., 30 y ss., 189 y ss., con referencia a *Parsons*, The Social System (1951), especialmente p. 3 y ss. Otro enfoque para la comprensión de la peculiaridad de lo social sigue Searle, *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit* (versión alemana 1995).

4. Para el derecho penal compárese v. Liszt, *ZStW* 6 (1886) p. 663 y ss. (673); para el derecho civil, Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914). Sobre el valor para la sociología del derecho actual, compárese Röhl, *Rechtssoziologie* (1987), p. 443 y ss.

naturalística del mundo fue complementada con la "cultura".[5] Pero esta "cultura" no designaba a un equivalente real de la "naturaleza", sino un reino ideal del espíritu, de los valores y de los significados simbólicos. El no reconocimiento de lo social como un sector propio de la realidad se demuestra de forma especialmente clara en la teoría de las capas del filósofo Nikolai Hartmann, que a mitad del siglo XX determinó decisivamente la visión del mundo de los juristas al menos –pero no exclusivamente– en el derecho penal. Hartmann descompone el mundo en cuatro capas que se diferencian según el tipo y la combinación de categorías que predominan en ellas: la capa de lo inorgánico, la capa de lo orgánico, la capa de lo psíquico y la capa de lo espiritual.[6] En Nikolai Hartmann no existe la capa de lo social.

La única categoría teórico-jurídica más o menos corriente que remitía específicamente a relaciones sociales era la categoría de "institución" que, tomada del francés Hauriou, había sido introducida en la teoría constitucional.[7] Esta categoría estaba, sin embargo, sobrecargada con juicios de valor conservadores inconscientes. Instituciones sociales como Estado, familia o propiedad tenían, desde la perspectiva de aquellos que se servían de este concepto, un valor propio derivado de la venerable antigüedad de la estructura que era descripta con este concepto y de su significado supraindividual.

2.2 Función social

También en el escrito de Luhmann sobre los derechos fundamentales surge el concepto de institución.[8] Sin embargo, Luhmann no lo adopta directamente

5. Para el derecho penal es decisivo en primer lugar Rickert, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* (1899). Posteriormente se vuelve muy influyente *Der Aufbau der realen Welt* (segunda edición 1949) de Nicolai Hartmann para todas las ramas de la jurisprudencia. Al respecto Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* (1972) p. 331 y ss. y también inmediatamente en el texto.

6. Nicolai Hartmann (nota 5) p. 188 y ss.

7. Detalladamente al respecto Rüthers, *Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen* (1969).

8. Luhmann (nota 2) p. 12 y ss.

de la teoría constitucional alemana, sino de su maestro Parsons. Para Parsons, las instituciones son conglomerados de normas y patrones culturales similares, a los que los miembros de una sociedad ajustan su conducta.[9] Las instituciones, en su carácter de determinantes de la conducta, son características estructurales de los sistemas sociales que no tienen valor propio, sino que cumplen determinadas funciones. Para Parsons, la función social de una institución consiste en la contribución que presta para el mantenimiento de un sistema social.[10]

Con esto se llega al segundo concepto clave de la teoría sociológica de sistemas, el concepto de "función social". La teoría de las funciones sociales es asimismo más antigua que la sociología de Parsons y Luhmann. Desde la segunda mitad del siglo XVIII los teóricos sociales, en esencia, intentan comprender con su ayuda los efectos sociales específicos de la conducta individual. Ante todo fue fructífera en conocimientos la comprensión de que la conducta individual puede tener consecuencias sociales que el actor individual no se había propuesto. Para esta comprensión fue fundamental Adam Smith con su teoría de que el comportamiento de mercado, caracterizado por el egoísmo individual, de cierto modo genera, como dirigido por una "mano invisible" a espaldas de los actores, un sistema económico que contribuye al bienestar de todos.[11] Lo que en Adam Smith se llamó "invisible hand", se llamó luego en Hegel "astucia de la razón"[12] y en la sociología funcionalista de Durkheim y Malinowski "función latente".[13]

9. Parsons (nota 3) p. 38 y ss.

10. Parsons en Rüschemeyer (editor) *Talcott Parsons. Beiträge zur soziologischen Theorie* (1964) p. 38.

11. Adam Smith, *Der Wohlstand der Nationen* (primera edición 1776, citado aquí según la edición alemana de Recktenwald, sexta edición 1993) p. 371. Véase también el mismo, *Theorie der ethischen Gefühle* (primera edición 1759, aquí citada según la edición alemana de Eckstein 1999) p. 130 y ss.

12. Hegel, *Phänomenologie des Geistes* (1807, aquí citado según la edición –alemana oriental– de Hoffmeister 1964) p. 46, 64; véase además el mismo, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820) parágrafos 187, 189.

13. Merton, *Social Theory and Social Structure* (Rev. ed. 1957) p. 19 y ss.; crítico Habermas, *Faktizität und Geltung* (1992) p. 70 y ss., que, sin embargo, sobreestima la capacidad del ser hu-

En su libro de 1965, Luhmann hizo fructífera esta comprensión para la teoría de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son concebidos como libertades de acción individuales. Su ejercicio tiene, según Luhmann, la consecuencia más o menos inconsciente de que se originan subsistemas sociales que siguen respectivamente sus propias reglas sociológicas. Para Luhmann, la función social latente de los derechos fundamentales consiste en constreñir al Estado a respetar estas reglas propias de los subsistemas sociales.[14] Así la libertad de propiedad en el sentido del artículo 14 de la constitución garantiza que en la economía se decida desde puntos de vista económicos y no políticos, y la libertad del científico en el sentido del artículo 5 párrafo 3 de la constitución garantiza que en el sistema científico se tenga en cuenta la verdad y no el poder estatal. La función social de los derechos fundamentales consiste entonces –dicho brevemente– en garantizar la diferenciación social en aquellas sociedades que presentan un centro de poder en la forma de un Estado.

2.3 Diferenciación social

Con ello estoy ya en un tercer teorema sociológico que Luhmann hizo fructífero para la reflexión sobre el derecho. La teoría sociológica de sistemas parte de la base de que la evolución de las sociedades está determinada por el principio de la diferenciación funcional. Según este supuesto, las sociedades se afirman tanto mejor en su entorno, cuanto mayor cantidad de subsistemas especializados para la solución de determinados problemas sociales desarrollen.[15] Los derechos fundamentales, al garantizar tal especialización, contribuyen a la capacidad de autoconfirmación de la sociedad en la que alcanzan validez. Tras el colapso de las

mano para procesar información al pretender fundar la estabilización social de las instituciones jurídicas ("validez social") exclusivamente en el autoentendimiento de los afectados.

14. Luhmann (nota 2) p. 23 y ss., 196 y ss.

15. Parsons (nota 3) p. 167 y ss., especialmente p. 173 y ss.

sociedades de socialismo real no resulta difícil nombrar un ejemplo de esto. Es de suponer que el colapso de estos sistemas se deba ante todo a que el Estado y la economía no estaban suficientemente separados y que la esfera de lo económico estuviera bloqueada con directrices políticas.

La diferenciación social no solamente tiene consecuencias sociales, sino que tiene efectos en el puesto del individuo en la sociedad. La diferenciación social es diferenciación de roles[16] y la diferenciación de roles crea libertad individual.[17] En una sociedad indiferenciada, por ejemplo en una pequeña comunidad rural, los seres humanos se encuentran entre sí portando todas sus posiciones en la vida, es decir por ejemplo como padre de familia, agricultor, guerrero, cazador, bailarín, practicante de la religión etc. La consecuencia es que, en principio, cada uno sabe todo sobre el otro y puede aplicar este conocimiento para influir en él. En la sociedad funcionalmente diferenciada, los seres humanos se encuentran por el contrario exclusivamente en determinados sectores de su comportamiento. En condiciones normales, el Profesor A conoce a la estudiante S solamente como estudiante de derecho y no como deportista, católica o amante. Lo fragmentario de estos contactos se experimenta como libertad. La estudiante S puede convertirse de la fe católica a la protestante sin tener que temer que esto tenga repercusiones en la evaluación de su rendimiento en los estudios de derecho. Si uno de los participantes no se mantiene en esta diferenciación de roles, por ejemplo, si el Profesor A intenta utilizar su rol como evaluador del rendimiento en los estudios de derecho para acercarse a la estudiante S en el rol de amante, esto se percibe en la sociedad moderna y diferenciada como un intrusión en la esfera de libertad de la estudiante. Así como a espaldas del ejercicio de la libertad individual se forman subsistemas sociales diferenciados, a espaldas de la diferenciación social se forma libertad individual.

16. Parsons (nota 3) p. 167 y ss., especialmente p. 173 y ss.; Luhmann (nota 2) p. 84 y ss.

17. Amelung, *GA 1999*, p. 182 y ss. (189 y ss.); compárese también Luhmann (nota 2) p. 53 y ss., especialmente p. 59 y ss.

Esta comprensión de la teoría sociológica de sistemas tuvo consecuencias jurídico-políticas bastante inmediatas. Se dieron cuando a principios de los años setenta se comenzó a reflexionar acerca de las consecuencias sociales del procesamiento automático de datos. El procesamiento automático de datos tiene la capacidad de saltar sin esfuerzo los límites –específicos de los roles– de la comunicación y del intercambio de información. Sin gran esfuerzo, la computadora puede relacionar informaciones sobre un ser humano como conductor de automóvil con datos almacenados sobre él en su rol de pagador de cuentas de electricidad, paciente de una aseguradora de salud estatal, miembro de la iglesia y empleado. El postulado jurídico-político de utilizar la información esencialmente sólo para el fin para la que fue adquirida fue fundado ya en 1971 por Steinmüller, entre otros en su gran dictamen para el parlamento alemán invocando a Luhmann.[18]

Sorprendentemente tomó mucho tiempo para que conclusiones de la teoría de la diferenciación de roles fueran acogidas en otra antigua área jurídica ya consolidada en los tiempos de Luhmann. Me refiero a la teoría de la falta de relación interna entre fin y medio en la coacción antijurídica en sentido del parágrafo 240 párrafo 2 del Código Penal. Como es sabido, una coacción es solamente antijurídica cuando, como decimos, es "inconexa". Por lo tanto no es antijurídico coaccionar a un deudor a satisfacer una deuda mediante la amenaza del oficial de justicia; por el contrario es antijurídico que el encargado de la vigilancia de una tienda induzca a una ladrona de tiendas a mantener contacto sexual mediante la amenaza de una denuncia penal. También la idea de que las coacciones inconexas son antijurídicas asegura la libertad originada mediante la diferenciación de roles.[19] Sin embargo,

18. Steinmüller y otros, *Grundfragen des Datenschutzes BT-Drucksache* VI 3826 (1971) p. 86 y ss. recurriendo a Luhmann (nota 2) p. 53 y ss. La cita se refiere a las esferas privada e íntima, pero en el lugar citado sí ve Luhmann en ellas un reflejo de la diferenciación social, los lugares de descanso para quienes están cansados del rol, las "cabinas para cambiarse de ropas" para quienes necesitan cambiarse de rol.

19. Compárese al respecto en particular Amelung (nota 17) p. 189 y ss.

si no me equivoco, esta relación fue abordada en un trabajo sobre la coacción por primera vez recién en el año 1989.[20]

3. Críticos de Luhmann

Con esto llego a la recepción de Luhmann por parte de la ciencia jurídica alemana. Para ocuparme de ella me gustaría distinguir entre obstáculos "conservadores" y "progresistas" a la recepción.

3.1 Crítica "conservadora"

El núcleo de la crítica "conservadora" a Luhmann puede ser resumido con la aseveración de que Luhmann negaría el valor intrínseco de las instituciones jurídicas. Éstas son legitimadas por Luhmann –así reza el argumento– no éticamente sino técnicamente, a través de su contribución al funcionamiento de la sociedad, y con ello resultan relativizadas.[21] El tratamiento que da Luhmann a los derechos fundamentales parece ofrecer una buena prueba de ello. Para Luhmann, la función social de los derechos fundamentales consiste esencialmente no en la protección de la libertad individual, sino en la garantización de la diferenciación social, es decir –si se quiere– en una utilidad colectiva.[22] Esta orientación produce un extrañamiento de los derechos fundamentales y al mismo tiempo los relativiza, porque, según la teoría de los equivalentes funcionales,[23] es imaginable que las prestaciones específicas que producen los derechos fundamentales en el sistema también podrían ser producidas por otras instituciones sociales.

20. Timpe, *Die Nötigung* (1989) p. 166 y ss. Timpe, sin embargo, pone en duda la relevancia jurídica de esta idea.

21. Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie* (segunda edición 1997) p. 33 y ss., 203, 272.

22. Véase nota 14.

23. Parsons (nota 3) p. 167; Luhmann, *KZfSS* 14 (1962) p. 617 y ss. (624 y ss.).

La crítica bosquejada al tratamiento "tecnicista", por parte de Luhmann, de fenómenos normativos se basa, sin embargo, en una confusión de la perspectiva interna con la perspectiva del observador o –en palabras de H. L. A. Hart– en una confusión del punto de vista "interno" y "externo" respecto de una norma.[24] Quien vive en una sociedad toma regularmente, respecto de sus normas, el punto de vista "interno". Es decir, deja que la norma le dirija su mensaje ético. Esta es también la perspectiva del jurista que trabaja en la interpretación dogmática de textos, que explica el contenido de una norma y busca hacerla comprensible a partir de su legitimación ética. Por el contrario, quien investiga las funciones sociales de las normas, toma en relación con ellas la perspectiva "externa". No considera a la norma desde la perspectiva de un ser humano que tiene que orientar su conducta de acuerdo a ella, sino desde la perspectiva del mero observador a quien no le atañe el mensaje de la norma. Consecuentemente, para él no se trata de la legitimación de la norma, sino de la investigación de las consecuencias fácticas en el sistema social del comportamiento conforme a normas. La verificación de que la norma cumple una función estabilizadora del sistema no tiene, en principio, nada que ver con su legitimidad. Desde el punto de vista sociológico la norma que estabiliza a un sistema social despótico o de alguna otra manera injusto cumple una función social.

La crítica aquí llamada "conservadora", salida de las filas de los juristas que trabajan dogmáticamente, no ha comprendido nunca que los análisis funcionalista y dogmático consideran a las normas desde perspectivas diferentes y que cada una de estas perspectivas tiene su justificación.[25] Esta crítica considera la aproximación

24. En detalle sobre esto Hart, *The Concept of Law* (1961) p. 86 y ss., 244; Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (segunda edición 1994) p. 47 y ss. Algo similar designa la diferenciación reiteradamente mencionada por Luhmann desde "el giro autopoiético" entre la "observación de primer orden" interna al sistema y la "observación de segundo orden" externa al sistema. Compárese al respecto Luhmann, *Soziale Systeme* (1984) p. 244 y ss.

25. Al respecto, también la ciencia jurídica dogmática podría a veces estar obligada a adoptar el punto de vista de la acción derivada de normas de un observador externo. Se alude con ello a

a-moral a la norma por parte del funcionalismo como in-moral. Seguramente Luhmann ha contribuido en algo a este malentendido, por ejemplo con su gusto por las expresiones desilusionantes acerca de las funciones sociales de normas éticas firmemente establecidas.[26] Una parte esencial de la crítica expuesta se basa, sin embargo, en una especie de excesiva susceptibilidad normativa que puede convertirse en una enfermedad profesional para los juristas que trabajan dogmáticamente. Luhmann sólo se mofaba de ellos, sin tomarlos demasiado en serio. En realidad, una postura normativista que no comprende que también se puede investigar a las normas desde la mera perspectiva del observador se revela como una confirmación de la tesis de Luhmann de que la expectativa normativa es "reacia a aprender".[27]

Menos aclarada está la cuestión de si –y dado el caso cómo– pueden reconciliarse de manera controlada las dos perspectivas de consideración de la norma aquí diferenciadas, de tal manera que también la consideración externa de

situaciones en las que se trata de la cuestión acerca de qué es lo que puede incorporarse en el propio derecho proveniente de un sistema de normas externo, ya que en ello también hay que considerar hasta qué punto los efectos de la conducta dirigida por las normas ajenas son compatibles con el orden jurídico propio. Esto fue de interés no sólo en la incorporación del derecho de la *RDA* conforme al parágrafo 315 de la Ley de Introducción al Código Penal, sino que es de interés también, por ejemplo, para la determinación del bien jurídico del honor. Ya que esto último designa un sector de la realidad formado por normas sociales que solamente está bajo la protección del derecho penal en tanto éste reconozca a las normas sociales constitutivas del honor y sus repercusiones o bien pueda, por fundamentos de derecho constitucional, reconocerlas. Compárese al respecto próximamente Amelung, *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung*, tercera parte.

26. Con ponderaciones al respecto Röhl, *Rechtssoziologie* (1987) p. 418 nota 10.

27. Luhmann, *Rechtssoziologie* (segunda edición 1983) p. 43. Para la comprensión adecuada de estas resistencias debe agregarse que la asunción de un punto de vista externo al sistema presupone lo que se llama –no casualmente desde el romanticismo– "alienación". La alienación es ciertamente un efecto colateral de la vida en una sociedad diferenciada, en la que casi todo ser humano debe actuar en diferentes subsistemas sociales y en sus roles correspondientes, por lo que tiene frecuentemente motivo y oportunidad de observarse desde fuera. Pero las contradicciones a la perspectiva interna (dogmática) del sistema jurídico observado desde fuera, que en ello eventualmente deben ser tomadas en cuenta, ocasionan, en tanto "disonancias cognitivas", malestares que sugieren evitar o reprimir percepciones de ese tipo.

la norma pueda volverse provechosa para su aplicación.[28] Es seguro que en la llamada interpretación "objetiva" recurrimos a funciones sociales que no fueron propuestas por el legislador.[29] Cuándo es legítimo recurrir a la función social de la norma y cuándo se trata de una "reacción refleja" irrelevante para la aplicación de la misma es algo que hasta ahora no puede ser contestado metódicamente de manera satisfactoria. También existe otra razón por la cual sería erróneo asumir que el descubrimiento de las funciones sociales de una norma siempre podría volverse provechoso para su interpretación objetiva. Las funciones latentes de las normas pueden consistir en mantener partes de sistemas sociales cuya estructura experimentamos como injusta. Así como descubrir la función social puede fortalecer la legitimación de una norma, también puede conducir, a la inversa, a su deslegitimación.[30] Por eso la utilidad jurídica de los conocimientos de la teoría de sistemas necesita siempre una valoración que el análisis sociológico, en tanto investigación empírica, no puede proporcionar.

3.2 Crítica "progresista"

La crítica "progresista" a Luhmann tiene varios enfoques diferentes.

Un reproche típico de la segunda mitad de los años sesenta rezaba que la imagen de la sociedad obtenida a través de la teoría de sistemas era demasiado armónica. La teoría de sistemas se interesaría por la puesta en marcha enigmática y para el ser humano sólo en parte consciente del funcionamiento de sus instituciones, pero no por el fenómeno, por lo menos igualmente llamativo, de los conflictos sociales.[31] En principio este reproche no es injustificado pero, sin

28. Compárese al respecto Luhmann, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, en el mismo, *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981) p. 273 y ss.

29. Compárese por todos Fikentscher, *Methoden des Rechts* III (1976) p. 678 y ss., con otras referencias.

30. Luhmann (nota 2) p. 210 y ss.

31. Fundamental Coser, *Theorie sozialer Konflikte* (versión alemana 1965).

embargo, no justifica la descalificación total de la teoría de sistemas que han llevado a cabo parte de los representantes de esta postura. No puede discutirse que al principio de la teoría de sistemas se encuentra la pregunta de Hobbes acerca de cómo es posible el orden humano.[32] Este planteamiento le da en principio la prioridad a la búsqueda de factores estabilizadores del sistema. El descubrimiento de tales factores afina al mismo tiempo la mirada sobre qué sucede cuando éstos faltan. La consideración funcional de la institución social afina por lo tanto al mismo tiempo la mirada sobre las disfunciones, es decir sobre factores que conducen a la desestabilización de un sistema social y a conflictos derivados de esta desestabilización. Una muestra aclarativa característica de este tipo es por ejemplo la referencia a que los subsistemas de una sociedad concreta se desarrollan con diferente rapidez y de ello resultan tensiones sociales.[33]

Una segunda objeción en contra de la teoría de sistemas de Luhmann, formulada desde el "progresismo", consiste en que la teoría de sistemas no contribuye nada, o en todo caso muy poco, a la explicación de la desigualdad social y, por lo tanto, tampoco contribuye a su eliminación.[34] Con ello se le reprocha a la teoría de sistemas que deja insatisfecho un campo de conocimiento que con seguridad aportaría uno de los impulsos más fuertes para el desarrollo de las reflexiones empíricas sobre la sociedad. En este sentido, es correcto que Luhmann le asigna al principio de igualdad funciones que divergen ampliamente de la perspectiva tradicional que se caracteriza por la indignación frente a la desigualdad social. Para Luhmann, el principio de igualdad como prohibición de la arbitrariedad es una instrucción al sistema político para que realice exclusivamente las diferenciaciones que sean adecuadas, es decir, conformes al subsistema.[35]

32. Parsons (nota 3) p. 36 y ss.

33. Ejemplos en Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* (1972) p. 365 nota 83.

34. Compárese por ejemplo Tjaden en Maciejewski (editor), *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie* (1973) p. 78 y ss. (84 y ss.).

35. Luhmann (nota 2) p. 162 y ss.

A la pregunta sobre la razón por la cual una viuda de setenta años sólo recibe ayuda social mientras que un banquero de 30 años conduce un BMW clase 7, y cómo se puede cambiar esto, la teoría de sistemas no puede dar inmediatamente ninguna respuesta satisfactoria. Menos aún si se considera que las personas concretas como "sistemas psíquicos" son para los sistemas sociales, en sentido estricto, sólo "entorno".[36] Si uno se introduce en su complicado análisis de sistemas y subsistemas, entonces la teoría de sistemas seguramente puede decir algo útil para explicar la distribución desigual de bienes económicos, sobre todo en tanto incorpore análisis económicos en la forma de análisis del sistema económico. Por supuesto que las respuestas que aquí son de esperar no serán sencillas, pero esto no es necesariamente una desventaja.

Finalmente, Luhmann ha causado una gran decepción a los sociólogos del derecho progresistas de los años sesenta y setenta. El postulado de que los juristas, especialmente los jueces, debían reflexionar con mayor precisión sobre las consecuencias de sus decisiones fue un impulso importante para la investigación en la sociología del derecho. Este postulado no encuentra en Luhmann ninguna confirmación.[37] Para Luhmann, las leyes constituyen en general lo que se denomina programas condicionales, es decir, instrucciones a los encargados de aplicar el derecho para que tomen una determinada decisión ante la presencia de determinadas condiciones. En el campo de la programación condicional, examinar si una decisión conduce a la meta no es competencia de los programados, es decir, de los encargados de aplicar el derecho, sino de los programadores, es decir, de quienes legislan. Para Luhmann, quien aplica un programa condicional ni está legitimado, ni tiene la formación para estimar las consecuencias reales de sus

36. Luhmann, *Soziale Welt* 15 (1964) p. 1 y ss., 20.

37. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974) p. 31 y ss. Una visión general sobre la literatura acerca de la discusión desencadenada decisivamente por Luhmann sobre la orientación a las consecuencias de la aplicación del derecho da Rehbinder, Rechtssoziologie (cuarta edición 2000), p. 21 nota 40.

decisiones, ya que ese cálculo exige conocimientos de ciencias sociales, económicos o psicológicos de los que el jurista como encargado de aplicar el derecho generalmente no dispone. El jurista puede solamente calcular las consecuencias que sus decisiones tendrán en el sistema jurídico mismo.[38] Luhmann ha defendido esta opinión con gran énfasis, quizás a veces con demasiado énfasis, ya que no todas las normas jurídicas están expresadas en forma de un programa condicional.[39] Piénsese, por ejemplo, en normas del derecho de familia que le indican al juez que tome en consideración el bienestar del niño; en tales normas el legislador elige la forma de un programa de fin que le indica a quien aplica el derecho que examine en el caso concreto qué consecuencias reales tiene su decisión. Sin embargo, la programación final es en suma menos frecuente en la legislación moderna que la programación condicional y en la praxis regularmente conduce a que la decisión del juez, orientada por las consecuencias, no sea tomada exclusivamente por él, sino con la ayuda de expertos no juristas que, en tanto psicólogos, economistas, urbanistas etc. están formados para determinar tales consecuencias. En su rol típico, el jurista permanece esencialmente como alguien que aplica programas condicionales.

4. Conclusión

En resumen: Niklas Luhmann ha contribuido de manera decisiva a que una ciencia del derecho que amenazaba perderse en los sofocantes terrenos bajos del naturalismo o en el aire fino de un idealismo vulgar reciba una contemplación vivaz de lo social como contexto de la acción. Los conceptos de "sistema social", "función social", "diferenciación social" están aquí sólo *pars pro toto*. Estos conceptos pueden ser complementados por muchos otros, como "autopresentación",[40] "expec-

38. Luhmann (nota 37) p. 40 y ss.

39. Compárese sobre el problema en general Röhl, *Rechtssoziologie* (1987) p. 93 y ss., 406 y ss.

40. Luhmann (nota 2) p. 21, 53 y ss. en conexión a Goffman, *The Presentation of Self in Every Day Life* (segunda edición 1959). Valorado para la protección de los secretos profesionales por ejemplo por Rogall, *NStZ* 1983, p. 1 (4), para la protección del imputado en el procedimiento

tativa resistente a defraudación",[41] "comunicación"[42] entre otros semejantes. Los conocimientos y descripciones que Luhmann proporciona son desde luego voluminosos. Con frecuencia no se dejan traducir directamente en lo que llamamos "jurisprudencia práctica" o incluso "ética social". Pero Luhmann sí enseña a los juristas a ampliar su punto de vista. Esto significa un gran beneficio, aunque más no fuera porque de esta manera aprendemos a reconocer las limitaciones de nuestra actividad.

penal por ejemplo por Müssig, *GA 1999*, p. 118 y ss. (125 y ss.); Böse, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Prinzips "nemo tenetur se ipsum accusare"* (en preparación).

41. Luhmann (nota 27), en el lugar citado. Tomado en especial por Jakobs, *Strafrecht AT* (segunda edición 1991) p. 7.

42. Fundamental Luhmann, *Einführende Bemerkungen zu einer Theorie symbolisch generalisierter Kommunikationsmedien*, en el mismo, *Soziologische Aufklärung* tomo 2 (1975) p. 170 y ss. (172 y ss.). Recogido para la teoría del principio nemo tenetur por ejemplo por Pawlik, *GA 1998*, p. 378 y ss. (385 y ss.); para la teoría del honor próximamente por Amelung (nota 25); cuarta parte.

4. O Direito em Ação

4.1 Jurisprudência Comentada

A prestação de *Desserviço* à comunidade nos delitos ambientais

Alexandre Lima Raslan
Promotor de justiça em Campo Grande-MS.
Especialista em direito processual penal e em direito civil – Interesses difusos.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Caso concreto – 3. Ofensas à Constituição Federal: 3.1 Juiz natural; 3.2 O princípio da legalidade e o da cominação prévia da pena (incisos II e XXXIV); 3.3 A liberdade de crença (inc. VI) – 4. Conclusões.

Resumo: A Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) restringe de modo especial o conteúdo da prestação de serviço à comunidade em matéria de delitos ambientais, dirigindo-a para tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, além da restauração da coisa particular, pública ou tombada, se possível. Porém, essa salutar medida alternativa à pena corporal nem sempre é fixada judicialmente com respeito aos limites constitucionais ou infraconstitucionais, transbordando em desrespeito ao procedimento aplicável, na inadequação da forma, exacerbação do conteúdo, na ausência total da ética que sempre deve iluminar a aplicação da lei etc.

Palavras-chave: delito; ambiental; prestação; serviço; limites.

1. Introdução

Não é original, nem desautorizado, dizer que a produção legislativa no Brasil é assombrosa, o que pode ser explicado pelo perfil não consuetudinário de nosso sistema jurídico. Mesmo diante de inúmeras normas, algumas revolucionárias como o Código de Defesa do Consumidor, o cidadão pouco afeto ao trato de questões jurídicas não está livre de ser alvejado por ilegalidades e arbitrariedades praticadas por quem tem a obrigação – ao menos técnica – de conhecer as leis e, sobretudo, bem aplicá-las.

De igual forma, pode ser dito que a criatividade brasileira deixou de ser atributo tão-somente dos que se valem do *senso comum* para driblar dificuldades cotidianas, ou até mesmo de segmentos empresariais na busca de sucesso em seus empreendimentos.

A evolução normativa brasileira, quantitativa ou qualitativa, sofre influência direta desta *criatividade* que, aos poucos, parece querer avançar sobre algumas conquistas advindas desta própria evolução, em verdadeira autofagia, corroendo silenciosamente direitos e garantias individuais.

Um exemplo claro disso é o da desobediência àquilo que determina a Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) quanto à *prestação de serviços à comunidade*, que na exegese restritiva do art. 9.º "consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação e, no caso de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível".

Não raro, infelizmente, as *prestações de serviço à comunidade* se revestem de caráter nitidamente diverso, passando o infrator da legislação ambiental, inclusive, da posição de sujeito passivo para a de provedor de *materiais permanentes* (microcomputadores, impressoras etc.) ou na *doação* de recursos financeiros destinados aos Poderes Executivo e Judiciário, bem como ao Ministério Público e à Defensoria Pública, ainda que todos tenham previsão orçamentária fixada em lei.

2. Caso concreto

Exemplo do apontado desalento é o contido nos Autos 012/2000, que tramitou pelo Juizado Especial Criminal da Comarca de Maracaju-MS, tendo como fato sob apuração aquele descrito no par. ún. do art. 46[1] da Lei 9.605/1998, objeto de pedido de audiência preliminar, nos termos da Lei 9.099/1995.

No momento da propositura do pedido de audiência preliminar, o Ministério Público, por intermédio do promotor de justiça de Maracaju-MS, requereu: a) fosse deprecada a realização da transação penal prevista na Lei 9.605/1998, com as limitações cogentes do art. 8.º et seq.; b) fosse avaliado o produto vegetal apreendido para os fins do art. 25, § 2.º, da Lei 9.605/1998.

Em seguida, foi expedida carta precatória para a Comarca de Fátima do Sul-MS,[2] tendo a audiência preliminar sido realizada com o oferecimento de proposta de transação, que foi aceita, com o conseqüente cumprimento por parte dos autores do fato J. F. M. e A. G. S. F.

Merece transcrição a sentença que homologou a transação, constante de termo de assentada elaborado pelo juízo deprecado: "Aberta a audiência, o Ministério Público propôs a transação, a qual foi aceita pelos infratores e sua defensora, nos seguintes termos: prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 90 (noventa) dias. O Ministério Público pede acolhimento da transação. Decisão: Acolhe-se a transação efetuada entre as partes, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, determinando *prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 90 (noventa) dias, para os dois infratores, junto à Igreja Católica Matriz, desta localidade, por (1) uma hora diária, no máximo (7) sete horas semanais. Os serviços compreendem os de limpeza e participação nos cultos religiosos.* Deverão entregar, mensalmente,

1. "Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente".

2. A identificação dos autores do fato foi omitida propositadamente em razão da irrelevância para publicação e conclusão deste estudo.

na Secretaria do Jeapc, comprovante do cumprimento da obrigação. Os infratores foram advertidos quanto ao descumprimento. *Faculta-se aos infratores a substituição da prestação de serviços à comunidade pela doação da importância de R$ 200,00 (duzentos reais), para cada um, em duas parcelas iguais, de R$ 100,00 (cem reais) cada, a primeira a vencer no dia 1.º.09.2000 e a segunda e última, dia 02.10.2000. A importância deverá ser entregue na Secretaria do Fórum e será destinada à reforma das 1.ª e 2.ª Varas deste Juízo. Com o pagamento, fica extinta a punibilidade*, devendo ser devolvida a deprecada. Publicada em audiência, dando as partes por intimadas, que desistem do prazo recursal. Registre-se. Nada mais".

Não se duvide que essa decisão jurídica, que pode ser equiparada a uma Quimera, monstro mitológico formado por cabeça de leão, corpo de cabra e cauda de dragão, de surrealismo que causaria desconforto ao escritor francês André Breton, é inacreditável produto das intervenções de um Juiz de Direito, de um promotor de justiça e de um defensor público.

A negligência revelada neste ato processual desnuda o desprezo com que os técnicos do direito trataram a questão, sem se falar na inegável ausência ética que, com certeza, tem justificativa na satisfação de *interesses não comunitários*. Tudo isso resultando na conclusão de que o cidadão, deveras desprotegido na eficiente defesa de seus direitos e garantias individuais, pode estar sendo subjugado diariamente por quem deveria livrá-lo da opressão ilegal, por mínima que seja.

3. Ofensas à Constituição Federal

A decisão examinada, com meridional clareza, arrepiou comezinhos princípios constitucionais insculpidos no art. 5.º da CF, tais como, por exemplo, o *da legalidade* (inc. II), o *da liberdade de crença* (inc. VI), o *da cominação prévia da pena* (inc. XXXIV) e o *do juiz natural* (inc. LIII). Vejamos.

3.1 Juiz natural

Merece a primeira observação a ofensa ao *princípio do juiz natural.*

A dicção constitucional a respeito dessa garantia está inscrita no inc. LIII do art. 5.º da CF, em que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

Esse dispositivo não comporta exceção de qualquer espécie, sendo seu conteúdo uma das mais importantes garantias do Estado Democrático de Direito.

No processo penal, segundo a doutrina, a incompetência absoluta e a incompetência relativa podem ser reconhecidas e invocadas de ofício pela autoridade judiciária (o que não ocorre no cível), em razão de que o interesse público na busca da satisfação do princípio da verdade real se sobrepõe ao interesse das partes (acusação ou defesa), nos moldes da regra geral do art. 70 do CPP (local da consumação do delito), segundo Ada Pellegrini Grinover et al.[3]

Excepcionando a regra geral, dita o art. 63 da Lei 9.099/1995 que "a competência do juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal".

No caso da decisão em exame, o crime ambiental respectivo tem *natureza permanente* e foi praticado pelos autores do fato em Maracaju-MS, tanto é que se deprecou, exclusivamente, a proposta de transação.

Deveria o juízo deprecado, por ser absolutamente incompetente e por não estar autorizado a homologar a transação ou extinguir a punibilidade dos autores do fato, remeter a carta precatória ao juízo deprecante para a homologação ou não, sendo que somente depois da homologação por essa autoridade judiciária – competente – é que poderia ser exigido o cumprimento do pactuado, ficando a extinção da punibilidade condicionada ao adimplemento das condições.

O *princípio da informalidade* que incrementa os Juizados Especiais Criminais não tem o condão de fundir jurisdições ou de subverter a ordem estabelecida pelo Código de Processo Penal, posto que quando aplicado subsidiariamente não autoriza mitigação das regras de competência.

3. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 43-44.

A confirmar as afirmações acima, invoca-se a lição de Ada Pellegrini Grinover et al[4] no sentido de que "a lei não estabeleceu todas as regras de competência do Juizado Especial Criminal, devendo por isso, naquilo que ela não regula, ser observadas as disposições constantes do Código de Processo Penal (arts. 69 a 91), que têm aplicação subsidiária segundo o art. 92 (...). A lei inovou. Segundo o Código de Processo Penal (art. 70, *caput*), a competência é, de regra, determinada pelo lugar em que a infração se consumou. Aqui, não. A competência de foro será estabelecida pelo lugar em que for praticada a infração penal, ou seja, onde esgotados todos os meios ao alcance do autor do fato, independentemente do lugar em que venha a ocorrer o resultado".

A reforçar a tese da incompetência do juízo deprecado no caso em estudo, coleciona-se o julgamento do STJ, no CComp 17.193-SP, que teve como relator o Min. Vicente Leal, figurando como suscitante o Juízo de Direito do Setor de Unificação de Cartas Precatórias Criminais de São Paulo-SP e como suscitado o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Pequenas Causas de Corumbá-MS, decidindo-se: "Constitucional. Processual penal. Carta precatória. Limites. Delegação de jurisdição. Impossibilidade. O exercício da jurisdição é indelegável, sob pena de quebra do princípio do juízo natural, em razão do que é de se conceber que o conteúdo da carta precatória deve restringir-se à comunicação dos atos processuais ou ao cumprimento de ordem judicial, afastada a possibilidade de deprecação de provisão judicial a ser decidida pelo juízo deprecado. Conflito conhecido. Competência do Juizado Especial Criminal de Corumbá, o suscitado".

E para que não pairem dúvidas sobre a importância do respeito à competência e ao *juiz natural*, sobretudo para a emissão de decisões em sede de cartas precatórias, examine-se o CComp 30.254-MS, relatado pelo Min. Barros Monteiro, tendo a 2.ª Seção do STJ decidido que "o juízo deprecado não é o da

4. *Juizados Especiais Criminais, comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 79-81.

causa, mas mero executor dos atos deprecados. A defesa oposta ao cumprimento da diligência deve ser apreciada, em sua oportunidade e merecimento, pelo juízo deprecante. Precedentes".

Portanto, examinando as normas postas, vê-se claramente que *a decisão que homologou a transação e a sentença que extinguiu a punibilidade são nulas* por terem sido proferidas por autoridade judiciária absolutamente incompetente.

De outra parte, sendo indelegável o exercício da jurisdição, obviedade ratificada nos julgamentos acima referidos, deveria o juízo deprecado, nesta ordem: a) proceder às intimações dos autores do fato para a audiência preliminar onde seria feita a proposta de transação; b) aceita a proposta de transação, a carta deveria retornar ao juízo deprecante (juízo natural constitucional) para a homologação; c) depois de homologada a transação, retornaria a carta precatória para o juízo deprecado para a fiscalização do cumprimento; d) escoado o prazo para cumprimento da prestação objeto da transação, cumprida ou não, deveriam os autos retornar ao juízo deprecante para extinguir a punibilidade ou encaminhamento dos autos ao promotor de justiça atuante no juízo deprecante (princípio do promotor natural) para ajuizamento de denúncia, eventualmente.

Agindo nos moldes do parágrafo anterior, estar-se-á respeitando a indisponível *garantia do juiz natural* que, segundo decidiu o STF[5] na Rcl 1.861-0-MA, relatada pelo Min. Celso de Mello, "o respeito ao princípio do *juiz natural* – que se impõe à observância dos órgãos do Poder Judiciário – traduz indisponível garantia constitucional outorgada a qualquer acusado, em sede penal".

3.2 O princípio da legalidade e o da cominação prévia da pena (incisos II e XXXIV)

Diz o art. 9.º da Lei 9.605/1998 que "a prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jar-

5. *Boletim IBCCrim* 117/632, jurisprudência.

dins públicos e unidades de conservação, e, no caso de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível".

Vê-se, portanto, que o disposto na assentada homologada pelo juízo deprecado como *prestação de serviço à comunidade* não se encaixa no que deseja e compulsoriamente impõe a Lei 9.605/1998.

A Lei 9.099/1995 é *lei especial* para os casos de sua competência quando contraposta aos Códigos Penal e de Processo Penal, isso não se discute.

Pelos mesmos fundamentos, a Lei 9.605/1998 deve ser considerada *lei especial* não somente quando contrastada com o Código Penal e o Código de Processo Penal, mas, também, em relação à Lei 9.099/1995, precisamente porque restringe, de modo especialíssimo, o *conteúdo* da pena restritiva de direito prevista no seu art. 9.º.

A reforçar este entendimento, confira-se o rol do art. 8.º da Lei 9.605/1998 em que há previsão de penas restritivas não existentes no Código Penal, na Lei 9.099/1995 ou em qualquer outra norma.

Sem dificuldade, então, a *especialidade* da Lei dos Crimes Ambientais pode ser conferida, mesmo pelos menos crédulos, nas disposições dos seus Capítulos IV e VIII.

Com base nisso, a prestação de serviços à comunidade nos casos de crimes ambientais, prevista na Lei 9.605/1998 ou não, deve se circunscrever aos limites do citado art. 9.º, sob pena de se ofender o princípio constitucional que veda a cominação de pena sem prévia previsão legal (art. 5.º, XXXIX).

Por mais esforço que se faça não se encontrará previsão legal condenando ou sequer possibilitando o "ajuste" para o cidadão colaborar com a construção do edifício do Fórum ou na compra de equipamentos para seu funcionamento, por exemplo. Nem se invoque, por soar ridículo, que a Lei 9.605/1998 permitiu a prestação de serviços para entidades públicas sem qualquer especificidade, mas, ao contrário, expressamente diz parques e jardins públicos etc.

De sabença obrigatória que o *devido processo legal* não se finda com a sentença, mas, sim, estende-se até o fim da execução da pena, abrangendo o procedimento e o conteúdo da sanção.

Sobre o tema da garantia da legalidade na execução da pena vale acrescentar a estas razões a lição de Rogério Lauria Tucci,[6] que diz: "E, como explicitado por René Ariel Dotti, a estrita legalidade da execução penal constitui um 'desdobramento lógico' do postulado da 'anterioridade dos delitos e das penas, tão caro às tradições democráticas do direito penal liberal'. (...) Essa, enfim, é a orientação expressamente adotada pela Lei de Execução Penal editada em 11.07.1984, cuja Exposição de Motivos expressa, n. 19, *verbis*: 'O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do direito penal'".

Adiante, imediatamente, especificando ainda mais, consagra o referido autor:[7] "Manoel Gonçalves Ferreira Filho, após relembrar, com Montesquieu, que 'a liberdade é o espírito de fazer tudo aquilo que as leis permitem', analisa o inc. II do art. 5.º da CF/1988 ('ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'), expressando, *verbis*: 'Se é reservado à lei determinar que se faça ou que não se faça alguma coisa, forçoso é reconhecer que os próprios poderes do Estado somente podem atuar dentro do campo estabelecido pela lei e segundo seus ditames. A Administração Pública e os órgãos jurisdicionais hão de aplicar a lei, o que significa que sua função vai, essencialmente, resumir-se em transformar em comandos individuais as ordens genéricas da lei, do legislador. Assim, Executivo e Judiciário não podem criar obrigações novas nem reconhecer direitos novos. Sua ação se limita ao cumprimento da lei' ".

Desta forma, a entrega de pecúnia em favor do Poder Judiciário, no caso específico para a reforma do prédio do Fórum, trata-se de ilegalidade quando

6. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva. p. 299-300.
7. Op. cit., p. 301.

testada frontalmente com a Constituição Federal, com a Lei 9.099/1995 e com a Lei 9.605/1998, conforme demonstrado.

Mais do que ilegal, é "metailegal", em razão de que o Poder Judiciário recebe repasses constitucionais do Poder Executivo, além de incrementar suas receitas com lei estadual instituidora do Fundo Especial para Instalação, Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Funjecc), instituído pela Lei 1.071/1990, que em seu art. 102 diz: "Art. 102. Fica instituído o Fundo Especial para o Desenvolvimento e o Aperfeiçoamento das Atividades dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, destinado a centralizar recursos relacionados com a instalação, o funcionamento e o aperfeiçoamento de pessoal, das atividades dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e da Escola Superior da Magistratura, inclusive para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, com equipamentos e materiais permanentes de qualquer órgão do Poder Judiciário, com a construção, reconstrução, remodelação e reforma dos edifícios de Fórum das comarcas do Estado, além de outros próprios destinados a atividades forenses, bem como despesas de capital e custeio, com exceção da folha de pagamentos de pessoal e seus encargos".

A ilustrar a desnecessidade de se arrecadar de forma diversa da prevista na Lei 1.071/1990, confira-se o valor arrecadado pelo Funjecc no mês de dezembro de 2000: total no Estado de Mato Grosso do Sul – R$ 629.693,65; comarca deprecada, aproximadamente R$ 11.000,00.[8]

Não há dúvidas, então, que a prestação de serviço à comunidade consistente em doação de bens ou valores para o Poder Judiciário – o mesmo podendo se dizer do Legislativo, Executivo, Ministério Público e Defensoria Pública – é absolutamente ilegal, configurando-se em invenção das mais odiosas, e porque não dizer de modalidade expropriante sem previsão legal, de nítido contorno confiscatório.

8. *Diário da Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul* 5.426, 15.01.2001, p. 2.

Sobre a possibilidade de o Poder Judiciário ser beneficiário de prestações de serviço à comunidade, o STJ decidiu, recentemente, no HC 17.142-PE, j. 20.11.2001, relatado pelo Min. Fernando Gonçalves: "*Habeas corpus*. Pena restritiva de direitos. Prestação de serviço à comunidade. Prestação pecuniária. Audiência admonitória. Condições. Entidades beneficiárias. 1. O Poder Judiciário não pode ser destinatário de pena de prestação pecuniária prevista no art. 45, § 1.º, do CP. 2. Nos termos do art. 46, § 2.º, a pena de prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. 3. O horário de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade deverá ser fixado de forma a não prejudicar a atividade profissional do condenado. 4. Ordem concedida".

No caso acima exposto, a concessão da ordem de *habeas corpus* livrou o paciente do constrangimento ilegal consistente em: a) prestar serviços pessoalmente, a cada quinze dias, no edifício do Fórum; b) adquirir e depositar no Fórum material de construção para edificação de banheiros públicos nesse local; c) adquirir e doar para uma das Varas Judiciais uma impressora laser.

Conforme leciona Fernando Capez,[9] "o Poder Judiciário não pode ser o destinatário da prestação, pois apesar de ter destinação social, não é entidade".

Cabe dizer: não se pode, a qualquer pretexto, onerar o cidadão, ainda que infrator, com parcela complementar de responsabilidade exclusiva dos agentes públicos no gerenciar e aplicar os recursos legalmente arrecadados.[10]

E, mais especialmente, diga-se que pelo prisma da Lei 9.605/1998, *apriori*, nem mesmo as entidades do § 2.º do art. 46 do CP podem ser beneficiadas, devendo ser prestigiadas as atividades imperativamente previstas e restritas ao ansiado pelo art. 9.º da Lei dos Crimes Ambientais.

9. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. vol. I, p. 358.

10. DOTTI, René Ariel. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 118.

Assim, mesmo que na citada Lei Estadual 1.071/1990, precisamente nas alíneas *d* e *e* do art. 104, conste que "constituem recursos do Fundo: (...) *d*) doações e legados; *e*) auxílios, subvenções e contribuições de entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, desde que destinados especificamente ao Fundo; (...)", tais "doações", "auxílios" e "contribuições" não se confundem com a pecúnia, os bens materiais ou até mesmo prestação de serviços pessoais provenientes de processos criminais, seja no âmbito do Juizado Especial ou não.

3.3 A liberdade de crença (inc. VI)

Outra violência que anima a decisão em exame é a obrigatoriedade de freqüência em culto religioso da Igreja Católica. Teratologia como esta não mais tem lugar na sociedade brasileira, não somente pela dicção constitucional, mas, sobretudo, por características culturais que resultaram em miscigenação de raças e credos que não pode ser ignorada.

A garantia de exercício livre de qualquer crença religiosa não admite exceção, revestindo-se, portanto, de caráter absoluto.

Não foi inovação da Constituição Federal de 1988 a liberdade de crença, posto que já na Constituição Federal anterior, no art. 153, § 5.º, "obrigar alguém, ainda mesmo que seja condenado, a prestar serviços ou permanecer em algum templo religioso, seja espírita, católico, protestante ou outro qualquer, é manifestamente inconstitucional", havendo reprovação da jurisprudência:[11] "Pena – Restrição de direitos – Prestação de serviços à comunidade – Realização de tarefas junto a templo religioso – Inadmissibilidade – Determinação manifestamente inconstitucional – Ofensa à garantia constitucional da liberdade de prestar culto – Substituição determinada – Inteligência do art. 46 do CP e aplicação do art. 153, § 5.º, da CF. Prestação de serviços à comunidade. Templo religioso. Incons-

11. *RT* 620/353-355.

titucionalidade. Ainda que provada a culpa e condenado o réu, ao juiz não é permitido obrigá-lo a prestar serviços em templo religioso, sendo tal determinação manifestamente inconstitucional, pois a liberdade de prestar culto é garantia individual assegurada pela Constituição Federal em seu art. 153, § 5.º".

Sem dificuldade, portanto, constata-se que a decisão em exame expedida pelo juízo deprecado é inconstitucional e, por ser assim, intolerável.

4. Conclusões

A primeira das conclusões vem ratificar o incondicional respeito ao princípio constitucional do juiz natural. Sendo o juízo natural para o processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo o do local onde foram praticadas, cometida a infração, nas hipóteses em que se depreque a realização de audiência preliminar, por exemplo, nenhum ato decisório deve ser proferido pelo juízo deprecado em razão de sua absoluta incompetência, nos termos do art. 63 da Lei 9.099/1995.

A segunda conclusão respeita ao art. 9.º da Lei 9.605/1998 que, sem dúvidas, restringe a amplitude das *prestações de serviços à comunidade relativas aos delitos ambientais*, determinando que sejam atribuídas ao agente tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, e, no caso de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível. Este artigo delimita e vincula a aplicação da sanção, consoante o princípio constitucional da legalidade e da cominação prévia da pena. Assim, soam arbitrárias e ilegais as propostas e inconstitucionais as homologações judiciais que imponham, não somente no âmbito da Lei 9.605/1998, prestações de serviços que beneficiem os Poderes Judiciário, Executivo (administração direta ou indireta) e Legislativo, o Ministério Público e a Defensoria Pública, uma vez que, além de não se enquadrarem na exegese do art. 46, § 2.º, do CP, possuem previsão orçamentária e receita próprias.

A terceira conclusão atenta para a reafirmação constitucional da liberdade de crença, garantia presente, inclusive, na Constituição Federal anterior, que somente veio reforçada na Carta Maior vigente. Sem dificuldade constata-se a teratologia das indignas imposições judiciais de se prestar serviços de limpeza, por exemplo, em templo religioso, ou, ainda, de participação nos cultos. Inconstitucional, portanto, a decisão que interfira na opção de crença do cidadão.

A derradeira conclusão se liga ao fato de que não basta aplicar a lei para prestar eficiente serviço ao sistema de Justiça, mas, sim, que é necessário repensar diariamente o modo como fazemos, sob pena de estarmos desservindo.

Legítima defesa da honra: legislação e jurisprudência da América Latina*

Silvia Pimentel

Silvia Pimentel – Professora doutora de filosofia do direito na PUC-SP. Coordenadora Nacional do Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem).

Juliana Belloque

Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre e doutoranda em direito processual penal pela USP. Professora da UniFMU.

Valéria Pandjiarjian

Advogada feminista. Coordenadora da área regional de violência do Cladem. Consultora para Agende – Ações em Gênero, Cidadania e Desenvolvimento.

Sumário: 1. Introdução – 2. Panorama da legislação penal discriminatória na América Latina – 3. O cenário jurídico brasileiro: 3.1 Disposições discriminatórias do Código Penal; 3.2 Discriminação nos tribunais – 4. Pesquisa de jurisprudência: 4.1 Metodologia; 4.2 Resultados colhidos com a pesquisa – 5. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: A partir de uma larga pesquisa de jurisprudência, abrangendo os acórdãos proferidos na última década que aceitam ou repelem a tese de legítima

* Esse artigo foi produzido originalmente para o projeto sobre "Crimes de honra" de Cimel/ Interights (Project on Strategies to Address "Crimes of honor". Cimel – Centre of Islamic and Middle Eastern Law, School of African and Oriental Studies, London University, UK. Intergiths – International Centre for the Legal Protection of Human Rights).

defesa da honra para a absolvição de homens que matam ou ferem suas companheiras, o presente trabalho faz uma análise crítica da discriminação contra a mulher ainda presente na cultura jurídica brasileira, desenvolvendo, inicialmente, um breve panorama dos conteúdos discriminatórios dos Códigos Penais em diversos países da América Latina.

Palavras-chave: legítima defesa da honra; discriminação contra a mulher; Tribunal do Júri.

1. Introdução

O tema referente aos "crimes de honra" – a partir de uma perspectiva feminista, sociojurídica de gênero e de direitos humanos – envolve diversos aspectos relacionados à forma pela qual a legislação interna trata a discriminação e, em especial, os crimes de violência contra as mulheres, bem como, mais especificamente, à forma pela qual os tribunais nacionais aplicam essa legislação em casos concretos.

Em que pese os avanços internacionais, regionais e nacionais logrados em relação ao tema, em especial na década de 90, ainda persistem, em pleno século XXI, leis e decisões jurisprudenciais violadoras dos direitos humanos das mulheres, marcadas pela impunidade dos agressores e pela incorporação de estereótipos e discriminações contra as mulheres vítimas de violência.

Essas violações encontram-se – em especial no Brasil e em demais países da América Latina e Caribe – refletidas, entre outros aspectos, em certos dispositivos legais penais discriminatórios referentes à violência sexual. Encontram-se também em teorias, argumentos jurídicos e sentenças judiciais que, por exemplo, constroem e se valem da figura da *legítima defesa da honra* ou da *violenta emoção* para – de forma direta ou indireta – justificar o crime, culpabilizar a vítima e garantir a total impunidade ou a diminuição de pena em casos de agressões e assassinatos de mulheres, em geral praticados por seus maridos, companheiros, namorados ou respectivos *ex*.

É exatamente sob esses aspectos legais e jurisprudenciais que o presente artigo centrará sua abordagem descritiva e analítica, buscando prover, em sua primeira parte, um breve panorama sobre o tema na América Latina e, em sua segunda parte, um estudo crítico, mais aprofundado, da realidade brasileira, focando em casos exemplares sobre a aplicação da tese da legítima defesa da honra nessa última década.

2. Panorama da legislação penal discriminatória na América Latina

Diversos e inúmeros são os conteúdos discriminatórios na legislação referente à violência contra as mulheres em vários países da América Latina. Contudo, para efeitos de análise do contexto sobre os "crimes de honra" na região, centraremos a abordagem do tema em relação a certos aspectos de dispositivos legais penais referentes à violência sexual.[1]

Vale mencionar que, de acordo com os principais tratados e declarações internacionais de direitos humanos das mulheres,[2] os Estados se comprometeram a garantir a igualdade e a não discriminação perante a lei e na prática. Com-

1. A Parte I desse artigo baseia-se em informações providas pelo Cladem: "Chamado à Ação 'Beijing + 10'", Cladem/Equality Now (Lima/Nova Iorque, 2004. Disponível em: <http://www.cladem.org>), *Balances nacionales*: esfuerzos y actividades dirigidas a erradicar la violencia contra las mujeres (16 países). Cladem/Unifem, região da América Latina e Caribe (Lima, 2002/2004. Disponível em: <http://www.cladem.org>). V., também, Giulia Leon Tamayo. *Questão de vida*: balanço regional e desafios sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência. São Paulo: Cladem/Oxfam, 2001, p. 180-181. Agradecemos também o envio de informações sobre o tema, recebidas do Centro de Documentação do Cladem (Cendoc Cladem), de Susy Garbay, coordenadora do Cladem Equador e de Moriana Hernández Valentini, coordenadora do Cladem Uruguai.

2. Em especial a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw, ONU, 1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, OEA, 1994), ambas ratificadas por praticamente todos os países da América Latina – bem como em atenção à Plataforma de Ação de Beijing, da IV Conferência Mundial da Mulher (ONU, 1995). V. § 232 (d) da Plataforma de Ação de Beijing, IV Conferência Mundial da Mulher, no documento *Call for Action "Beijing + 10"*, Cladem/Equality Now, 2004.

prometeram-se, ainda, especialmente, a assegurar que se revogue quaisquer leis que discriminem por motivo de sexo, bem como que se elimine o preconceito de gênero na administração da Justiça.

Este mandato não tem sido cumprido, já que alguns países da região ainda mantêm leis que vulneram de maneira flagrante os direitos humanos das mulheres. Entre eles, merecem destaque os que mantêm em seus Códigos Penais normas que permitem ao estuprador ou abusador sexual livrar-se da pena por meio do casamento com a vítima ou, ainda, do casamento desta com terceiro.[3]

Por um lado é certo que vários países da região reformularam em seus Códigos Penais a qualificação dos ilícitos relativos à violência sexual. Em muitos casos, em que eram considerados como "delitos contra a honra e os bons costumes", passaram a ser qualificados como "delitos contra a liberdade sexual ou a integridade sexual". Em certos países, todavia, tal reforma não se operou, e entre outros aspectos discriminatórios, algumas leis penais, por exemplo, ainda conservaram o adultério como crime e mantiveram termos relativos à honestidade da mulher para configuração de delitos.

Nesse sentido, examinemos, pois, alguns destes aspectos em relação a vários países, destacando avanços, rupturas ou retrocessos no tema, em um breve panorama legal da região.

Na Argentina, em 1998, por força da Lei 25.087, o título de "Delitos contra a honestidade" foi substituído por "Delitos contra a integridade sexual". Embora tenha se eliminado a isenção da pena do agressor sexual por matrimônio subseqüente com a vítima, criou-se a figura do *avenimiento*, uma espécie de acordo entre vítima e violador, possível nos delitos sexuais em que tenha havido uma relação afetiva prévia entre ambos (art. 132 do CP). Assim, as vítimas maiores de 16 anos podem propor um acordo com o agressor, em cujo caso o tribunal poderá excepcionalmente aceitar a proposta – desde que formulada livremente e em con-

3. Idem final da nota anterior. *Call for action "Beijing + 10"*.

dições de plena igualdade –, quando, levando em conta a especial e comprovada relação afetiva preexistente, considere que é um modo mais eqüitativo de harmonizar o conflito, com melhor resguardo para o interesse da vítima. O efeito do acordo é a extinção do processo penal ou a sua suspensão mediante período de prova. Essa possibilidade de se chegar a um acordo entre a vítima e o agressor, caso tenham se conhecido anteriormente, minimiza a importância da violência sexual por pessoas conhecidas da vítima e dificulta a punição do estupro no casamento,[4] encontrando-se associada ao conceito de reparação da honra.[5]

Na Bolívia, a Lei 1.768, de 1997, modificou a denominação no Código Penal de "Delitos contra os bons costumes" para "Delitos contra a liberdade sexual". Aumentou as penas para todos estes crimes e suprimiu o termo "honesta" em delitos como o estupro e o rapto impróprio (arts. 309, 311 e 314 do CP/1972). Todavia, manteve-se a disposição que outorga impunidade ao agressor por matrimônio com a vítima, sempre que seja livremente por ela consentido, conforme a Lei 2.033, de 1999.[6] A referida Lei de Proteção a Vítimas de Delitos contra a liberdade sexual estabelece, em seu art. 8.º, que o art. 317 do CP se modifica no sentido de que não haverá punição quando os imputados, não tendo impedimento algum, contraírem matrimônio com as vítimas, sempre que exista livre consentimento destas.

No Chile, em 1999, por força da Lei 19.617,[7] foi modificado o Código Penal em matéria de delitos sexuais, levando em conta a liberdade sexual como bem jurídico protegido no caso de mulheres adultas, e a identidade sexual quan-

4. Idem final da nota 2. *Call for action "Beijing + 10"*.

5. V. Privado/público: variações sobre o mesmo tema, na referida publicação *Questão de vida*.

6. Cf. *Questão de vida*, cit., p. 235, e *Reporte de mecanismos nacionales para la prevención de la violencia domestica* – Bolívia. In: CLADEM. *Balances nacionales*: esfuerzos y actividades dirigidas a erradicar la violencia contra las mujeres (16 países). Lima: Cladem/Unifem, 2002/2004. Disponível em: <http://www.cladem.org>.

7. A Lei 19.617/1999 modificou o Código Penal, o Código de Processo Penal e outros diplomas legais em matérias relativas ao delito de *violación*.

do se trata de menores. O delito de estupro e *violación* sofreram significativas alterações conceituais nessa reforma. Ademais, faz-se referência à *violación* ou ao abuso sexual cometidos entre cônjuges ou conviventes, outorgando-lhe um tratamento expresso no art. 369. A propósito, o § 2.º deste dispositivo contemplou a possibilidade de desistência da ação por parte do ofendido, qualquer que seja a circunstância sob a qual se haja perpetrado o delito. Contudo, tal desistência deve ser examinada pelo tribunal, estando este facultado a não aceitar a solicitação por motivos fundados. Esta normativa constitui um avanço na matéria, pois difere substancialmente do critério patriarcal que primava sob a vigência da lei anterior, manifestada pela então existência do inc. 4.º do art. 369, hoje derrogado, o qual permitia a suspensão do procedimento ou a remissão da pena se o agressor se casava com a vítima.[8]

Na Colômbia, em 1997, por força da Lei 360, foi reformado o Código Penal em matéria de delitos sexuais, os quais deixaram de ser considerados como "Delitos contra a liberdade e o pudor sexual" e passaram a ser "Delitos contra a liberdade sexual e a dignidade humana". Nessa reforma, contemplou-se o aumento de penas e a atenção às vítimas, agravando-se a punição quando cometidos contra o cônjuge ou com quem coabite ou tenha coabitado com o agressor, ou ainda com quem se tenha um filho. Eliminou-se também a extinção da punibilidade nos casos em que o autor do delito se case com a vítima.[9]

Na Costa Rica, por força da Lei 4.573 e suas reformas, o art. 92 estabelece como causa da extinção da punibilidade o matrimônio do processado ou condenado com a ofendida, sempre que legalmente possível e desde que não haja oposição dos representantes legais da menor e do Patronato Nacional da Infância. Também, segundo o art. 93, pode ser concedido perdão judicial ao autor

8. *Balance en profundidad en Chile sobre cambios institucionales en el sistema de administración de justicia y servicios conexos, alianzas y estrategias para la erradicación de la violencia domestica* (Projeto Cladem/Unifem).

9. *Balance nacional sobre violencia doméstica* – Colombia (Projeto Cladem/Unifem).

de delitos sexuais, incluindo o estupro, caso a pessoa ofendida ou seu representante legal, conjuntamente com o ofensor, assim o solicitem, e desde que não haja oposição do Patronato da Infância. Da mesma forma, poderá ser concedido o perdão quando o autor desses crimes manifeste intenção de casar com a ofendida maior de quinze anos, desde que esta e o Patronato da Infância expressamente consintam, bem como desde que todas as circunstâncias do caso indiquem que a oposição ao matrimônio, por parte de quem exerça o poder familiar, é infundada e injusta (incisos 7 e 8).

No Equador, apesar das modificações aos delitos sexuais no Código Penal, a expressão "mulher honesta" permaneceu na disposição que se refere ao delito de estupro.[10] Mediante a Lei 105, de 1998, sobre Emendas ao Código Penal,[11] foi derrogado o art. 27, o qual, invocando a honra, eximia de responsabilidade penal o autor de homicídio ou lesões na pessoa que mantinha relação sexual qualificada de "ilegítima". Contudo, o art. 22 do CP equatoriano[12] estabelece, quanto à "legítima defesa da honra conjugal e do pudor", que não há infração alguma quando um dos cônjuges mata, fere ou golpeia o outro, ou "ao correspondente amante", no instante de surpreendê-los em flagrante adultério, ou quando uma mulher comete os mesmos atos em defesa de seu pudor, gravemente ameaçado. Este artigo não se logrou modificar, em que pese a reforma do Código Penal, em 1998, ter descriminalizado o adultério, bem como incluído novos tipos penais de delitos sexuais e novos elementos na tipificação do delito de estupro. Não é uma norma que seja alegada de forma comum ou freqüente, entretanto, sua permanência no Código Penal traduz uma visão política (sexista) da idéia de honra, ademais de constituir uma por-

10. "Art. 509. Chama-se estupro a cópula com uma mulher honesta, empregando a sedução ou engano para alcançar seu consentimento."

11. Conforme Resolução do Tribunal de Garantias Constitucionais publicada no Registro Oficial 224, de 03.07.1989, *Questão de vida*, cit., p. 270.

12. No Título II "Das infrações em geral", Capítulo II, referente às "Circunstâncias da infração".

ta aberta para que muitos delitos, especialmente contra as mulheres, fiquem na impunidade.[13]

Em El Salvador, com a promulgação do Dec. Leg. 345, de 1998, foram revogados tipos penais obsoletos como o adultério.[14]

Na Guatemala, permanece o dispositivo legal que permite ao violador livrar-se da pena por meio do casamento com a vítima, conforme art. 200 do CP vigente, sempre que a vítima seja maior de 12 anos.[15]

Em Honduras, entre as reformas que se operaram no Código Penal,[16] derrogou-se o item que eximia de responsabilidade o homem que, ao surpreender sua cônjuge ou convivente em flagrante união carnal com outro, matava ou feria qualquer um deles. De acordo com o art. 122, agora "será sancionado de 4 a 6 anos quem, no ato de surpreender seu cônjuge ou pessoa com quem viva maritalmente em flagrante união carnal com outro, matar ou ferir qualquer um deles ou os dois, sempre que o culpado tiver bons antecedentes e que a oportunidade para cometer o delito não tenha sido provocada ou simplesmente facilitada mediante conhecimento da infidelidade conjugal ou marital". Essa disposição é aplicável, em igualdade de circunstâncias, aos pais que abusarem sexualmente de suas filhas menores de 21 anos, enquanto elas viverem na casa paterna. Entretanto, o autor ficará isento de responsabilidade se as lesões causadas forem algumas das compreendidas no art. 138 (lesões culposas). Apesar da tendência a incrementar as penas para todos os delitos, a pena atribuída aos referidos delitos não foi modificada, permanecendo vigente uma pena de 4 a 6 anos para o homicídio em razão de adultério, muito inferior à aplicada ao homicídio simples, que é de 10 a 16 anos. Isso reflete, de alguma maneira, uma cultura que favorece essa forma de agressão. Por outro lado, a violação sexual converteu-se em um delito de ordem pública.

13. Cf. expressado por Susy Garbay, coordenadora do Cladem Equador.
14. *Balanço nacional sobre violencia domestica en El Salvador* (Projeto Cladem/Unifem).
15. *Call for Action "Beijing + 10"*.
16. Dec. 144/1983, Dec. 191/1996 e Dec. 59/1997, cf. *Questão de vida*, cit., p. 289.

No México, o Código Penal Federal[17] trata dos crimes sexuais em seu Título XV "Delitos contra a liberdade e o normal desenvolvimento psicossocial". Entre estes, inclui-se a punição de crimes como *hostigamiento sexual*, abuso sexual, estupro e *violación* (Capítulo I, art. 260 a 266), bem como incesto (Capítulo III, art. 272) e adultério (Capítulo IV, art. 273 a 276). Castiga, com pena de até 2 anos de prisão e privação de direitos civis, os culpáveis por adultério consumado cometido no domicílio conjugal ou com escândalo. Somente se procede mediante pedido do cônjuge ofendido e, se houver perdão deste ao ofensor, cessa o procedimento criminal em favor de todos os responsáveis. No Título XIX, dos "Delitos contra a vida e a integridade corporal", o art. 310 (Capítulo II, sobre regras comuns para lesões e homicídio), por sua vez, estabelece a pena de 2 a 7 anos para o homicídio praticado em estado de "emoção violenta", em circunstâncias que atenuem sua culpabilidade; no caso de lesão, aplica-se a terça parte da pena a que corresponderia.

No Paraguai, o Código Penal, reformulado pela Lei 1.160/1997, inclui a tipificação de delitos sexuais no Título I dos "Fatos puníveis contra a pessoa". Sob tal título, os delitos sexuais estão tratados ainda dentro do Capítulo V sobre "Fatos puníveis contra a autonomia sexual" (coação sexual, tráfico de pessoas, abuso sexual em pessoas indefesas ou internadas, atos exibicionistas e assédio sexual) e dentro do Capítulo VI sobre "Fatos puníveis contra menores" (abuso sexual de crianças, de pessoas sob tutela, estupro, atos homossexuais com menores, proxenetismo e rufianismo, incluindo-se neste capítulo também o maltrato de menores).

No Peru, foi substituída, em 1991, a denominação de "Delitos contra a honra e os bons costumes" por "Delitos contra a liberdade sexual". O Código Penal de 1991 contemplou modificações importantes no tratamento dos delitos de violência sexual (proteção da liberdade sexual e maior precisão na descrição dos ti-

17. Código Penal para o Distrito Federal em matéria de foro comum e para toda a República em matéria de Foro Federal. Disponível em: <http://www.oas.org>. Última reforma operada em 12.06.2003.

pos penais), mas subsistiam até então outras disposições discriminatórias. Em 1996, o Comitê de Direitos Humanos (Comitê que monitora o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) recomendou modificações em atenção a uma informação fornecida por uma organização não-governamental peruana, algumas delas efetivamente promovidas: primeiramente, sobre a norma que eximia de pena o estuprador por subseqüente matrimônio com a vítima (modificação parcial sancionada pela Lei 26.770, de 1997) e, depois, a relativa à ação penal pública para os delitos sexuais, que constituía a mudança efetiva demandada pelas organizações de mulheres, trazida pela Lei 27.115, de 1999.

Em Porto Rico, a Lei 6, de 1979, emendou a Regra 154 de Processo Criminal, proibindo, em qualquer procedimento por delito de violência sexual ou por sua tentativa, que se admita a produção de prova acerca da conduta prévia ou da história sexual da vítima ou, ainda, acerca de opinião ou reputação sobre essa conduta ou história sexual para atacar sua credibilidade ou para estabelecer seu consentimento, a menos que existam circunstâncias especiais que indiquem que tal prova seja relevante.[18] Ainda, a Lei 123, de 1994, também emendou a Regra 154 de processo criminal, eliminando o requisito de "prova de corroboração", em um processo por delito de violência sexual ou de sua tentativa, quando da prova surja a existência de relações amistosas, amorosas ou íntimas da vítima com o acusado.[19]

Na República Dominicana, o Código Penal,[20] de 1998, é bastante severo de uma maneira geral, e mais especificamente em relação aos delitos de natureza sexual, inclusive quando praticados no âmbito das relações familiares. Na Seção 4.ª, sobre "atentados à integridade física ou psíquica das pessoas", estabelece que

18. GUERRERO CAVIEDES, Elizabeth. *Violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe español*: 1990-2000: balance de una década. Santiago de Chile: Isis International/Unifem, 2002. Disponível em: <http://www.isis.cl> e <http://www.oas.org>.

19. Idem, ibidem.

20. Disponível em: <http://www.oas.org>.

em nenhum dos casos previstos no § I das "Agressões sexuais" poder-se-á acolher circunstâncias atenuantes em proveito do agressor ou agressora.

No Uruguai, o art. 116 do CP vigente conserva a possibilidade de extinção de certos delitos ou penas por meio do matrimônio do agressor com a vítima, por exemplo, de *violación*, atentado violento ao pudor, estupro e rapto. Assim, a honra, conceito com forte carga de moralidade, tem estado presente e, portanto, tem sido também protegida sob várias disposições estabelecidas nos "Delitos contra os bons costumes e a ordem da família", que incluem supressão do estado civil, *violación*, rapto, atentado violento ao pudor, estupro, corrupção, incesto e aborto. A honra, inclusive, tem sido protegida até mesmo em casos de homicídio e lesões. Nesse sentido, por exemplo, a paixão provocada pelo adultério nos delitos de homicídio e lesões apresenta-se como causa de impunidade, através do perdão judicial. Para tanto, requer-se que: 1. o delito seja cometido pelo cônjuge que surpreenda *in fraganti* ao outro cônjuge e que a vítima seja este ou o seu amante, e 2. o autor tenha bons antecedentes e que a oportunidade para cometer o delito não haja sido provocada ou simplesmente facilitada, mediante conhecimento anterior da infidelidade conjugal. É atenuante do delito a provocação, que consiste em haver ocorrido sob o impulso da cólera, produzido por um fato injusto, ou em estado de intensa emoção, determinado por uma grande desventura. Tem-se recebido como atenuante a infidelidade ou o fim da relação amorosa.[21]

Na Venezuela, o Código Penal ostenta um Título sobre "Delitos contra os bons costumes e a boa ordem das famílias". O art. 393 dispõe que as penas estabelecidas pela lei serão reduzidas à sua quinta parte quando o crime seja cometido contra prostituta (nos delitos dos arts. 375, 376, 377, 384 e 385). O art. 395, por sua vez, prevê a extinção da pena se antes da condenação o agressor contrai matrimônio com a pessoa ofendida. Se o matrimônio efetua-se depois da condenação, cessarão a execução das penas e suas conseqüências penais. Os réus de sedu-

21. Cf. informação de Cladem-Uruguai, fornecida pela coordenadora nacional Mariana Hernández Valentini.

ção, estupro ou rapto serão condenados a indenizar civilmente a ofendida, se solteira ou viúva, e em todo caso honesta, se não se efetuar o matrimônio. Como se não bastasse a discriminação dos preceitos acima, o Capítulo V trata do crime de adultério (arts. 396 a 401), estabelecendo um tratamento absolutamente desigual para homens e mulheres, ao se referir somente à mulher como adúltera e penalizá-la – assim como ao co-autor – com prisão de seis meses a três anos e, por sua vez, ao se referir ao marido como aquele que mantenha concubina na casa conjugal, ou também fora dela, castigando-o, tão-somente se o fato é notório, com prisão de três a dezoito meses, e à sua concubina com prisão de três meses a um ano.[22]

3. O cenário jurídico brasileiro

3.1 Disposições discriminatórias do Código Penal

A inércia do legislador brasileiro em alterar disposições discriminatórias, enraizadas há séculos no nosso direito penal, em muito colabora para a perpetuação de decisões judiciais que vão de encontro à evolução dos direitos humanos e ignoram os princípios constitucionais de 1988.

O Código Penal constitui a principal expressão do direito penal positivo brasileiro. Diploma antigo, com mais de sessenta anos, elaborado por uma e para uma sociedade patriarcal, ainda carrega em seu corpo preceitos discriminatórios que têm a força de produzir uma *contaminação sistêmica* no direito brasileiro.

Mesmo com a reforma de sua Parte Geral, que se deu em 1984, remanescem normas inconcebíveis numa democracia que consagrou a igualdade entre homens

22. "Art. 396. A mulher adúltera será castigada com prisão de seis meses a três anos. A mesma pena é aplicável ao co-autor do adultério." "Art. 397. O marido que mantenha concubina na casa conjugal, ou também fora dela, se o fato é notório, será castigado com prisão de três a dezoito meses. A condenação produz de direito a perda do poder marital. A concubina será punida com prisão de três meses a um ano." "Art. 398. Se os cônjuges estavam legalmente separados, ou se o cônjuge culpável havia sido abandonado pelo outro, a pena dos delitos, a que se referem os dois artigos anteriores, será, para cada um dos culpáveis, prisão de quinze dias a três meses."

e mulheres[23] e assumiu como compromisso jurídico internacional e nacional a proteção das mulheres contra qualquer conduta que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, seja na esfera pública ou privada, considerando que o direito de toda mulher de viver livre de violência abrange, entre outros, o direito a ser livre de todas as formas de discriminação.[24]

Como um dos mais contundentes exemplos, o art. 107, VII, do CP determina a extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a vítima em todos os chamados crimes contra os costumes. Entre estes, o estupro e o atentado violento ao pudor, nos quais o agente, mediante violência ou grave ameaça, constrange a vítima a praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

Ainda, o mesmo art. 107, em seu inc. VIII, descreve o casamento da vítima com terceiro como causa extintiva da punibilidade nos crimes contra os costumes praticados sem violência real ou grave ameaça, desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração do casamento.

Resta claro que a intenção do legislador é proteger a honra da vítima e de sua família, ficando em absoluto segundo plano o direito à integridade física da mulher e, principalmente, à liberdade no exercício de sua sexualidade. O casamento repararia a violação à "pureza" da mulher.

Essas disposições discriminatórias auxiliaram, por décadas, a sustentação de entendimento jurisprudencial no sentido de que o constrangimento da prática de atos sexuais dentro do casamento não se configura como crime de estupro ou atentado violento ao pudor. A conduta do marido que subjuga sua mulher, compelindo-a pela violência à prática de atos sexuais, foi por muito tempo considerada legítima, respaldada pelo regime de direitos e deveres do

23. Art. 5.º, I, da Constituição da República de 1988.

24. Arts. 1.º e 6.º, *a*, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, aprovada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 09.06.1994 e ratificada pelo Brasil em 27.11.1995.

casamento. Apenas mais recentemente, as decisões dos tribunais reverteram esse quadro, punindo maridos pelo cometimento de estupro e atentado violento ao pudor contra suas esposas.

Os conceitos e expressões utilizados pelo Código Penal em sua Parte Especial – que tipifica as condutas criminosas – também acompanham esse cenário discriminatório. Os crimes contra a liberdade sexual estão dispostos no título denominado "Dos crimes contra os costumes".

O bem jurídico tutelado, como entendem diversos autores,[25] é o pudor, as regras sociais estabelecidas em nome da moral e dos bons costumes.

De outra parte, alguns dos tipos penais da indigitada seção do Código acrescem à conduta do agente expressões discriminatórias referentes a características da vítima mulher. São os chamados elementos normativos do tipo, circunstâncias cuja demonstração é indispensável para a configuração do crime.

Assim estabelece, por exemplo, o art. 215 do CP brasileiro que criminaliza a posse sexual mediante fraude: "ter conjunção carnal como *mulher honesta* mediante fraude. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. Se o crime é praticado contra *mulher virgem*, menos de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos" (grifos nossos).

As expressões "mulher honesta" e "mulher virgem" – repetidas nos crimes de atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), sedução (art. 217) e rapto violento ou mediante fraude (art. 219) – representam um desrespeito à liberdade sexual da mulher e colaboram com a permanência de uma cultura jurídica que infelizmente ainda tolera várias formas de violência praticadas contra as mulheres na sua vida íntima, familiar e social.

25. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1956. vol. VIII, p. 88. O autor assevera que o termo "costumes" inserido na rubrica "Dos crimes contra os costumes" significa "os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais", p. 103. No mesmo sentido: NORONHA, Magalhães. *Direito penal.* 23. ed. rev. Atual. por Adalberto de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3.

3.2 Discriminação nos tribunais

A prática da reprodução da violência de gênero contra a mulher encontra-se presente, para além de certos aspectos da legislação, no conteúdo de argumentos jurídicos e decisões judiciais que incorporam estereótipos, preconceitos e discriminações contra as mulheres que sofrem violência, desqualificando-as e convertendo-as em verdadeiras rés dos crimes nos quais são vítimas. Infelizmente, essa prática ainda é bastante comum e se apresenta com freqüência em processos de delitos sexuais praticados contra mulheres, especialmente o estupro.[26]

Contudo, é nos chamados "crimes de honra" e, em geral, em casos de agressões e homicídios contra mulheres, praticados por seus maridos, companheiros, namorados ou respectivos *ex* – sob a alegação da prática de adultério e/ou do desejo de separação por parte da mulher – que a discriminação e violência contra as mulheres ganha máxima expressão. A título de "defender a honra conjugal e/ou do acusado", buscando justificar o crime, garantir a impunidade ou a diminuição da pena, operadores(as) do direito lançam mão da tese da legítima defesa da honra ou da violenta emoção, e de todo e qualquer recurso para desqualificar e culpabilizar a vítima pelo crime, em um verdadeiro julgamento não do crime em si, mas do comportamento da mulher, com base em uma dupla moral sexual.

Nos argumentos de juízes(as), o privado tende a ser o secreto, a violência privada deve ser tratada com menor severidade. O ciúme, o desamor ou o descumprimento dos deveres conjugais oferecem razões capazes de justificar uma conduta agressiva, e por isso levam à atenuação das penas. São vários os casos decididos por tribunais nesse sentido.

O Brasil talvez seja um dos países da região latino-americana com o mais tradicional, largo e profundo histórico de decisões jurisprudenciais que

26. A propósito desse tema: PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro:* crime ou "cortesia"? Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Fabris. 1998. Coleção Perspectivas Jurídicas da Mulher.

acolheram – e muitas vezes ainda acolhem – a tese da legítima defesa da honra em crimes de homicídios e agressões praticados contra mulheres por seus companheiros e ex-companheiros, ainda que não haja expressa previsão na lei penal a esse respeito.

É sobre estas decisões concretas que centraremos nossa atenção na parte seguinte desse artigo, demonstrando os diferentes argumentos e aspectos sociojurídicos que de forma direta ou indireta se valem da referida tese, acolhendo-a ou rejeitando-a.

3.2.1 "Legítima defesa da honra"

Neste caldo da cultura jurídica discriminatória, chama a atenção a absolvição de homens que ferem e matam suas esposas, companheiras ou namoradas – ou mesmo ex-esposas, ex-companheiras e ex-namoradas – agindo em "legítima defesa da honra".

O Código Penal brasileiro, em seu art. 25, alberga a figura da legítima defesa enquanto uma excludente de ilicitude ou antijuridicidade. Para que ela se configure importa que a reação não seja exagerada e desproporcional e seja imediata à ameaça iminente ou agressão atual e injusta a direito próprio ou de terceiro.

A doutrina jurídica, de forma consensual, entende que todo e qualquer bem jurídico pode ser defendido legitimamente, incluindo-se a honra.

Não há consenso, entretanto, em relação ao uso desta figura nos casos em que o homicídio ou a agressão são praticados para defender suposta honra por parte do cônjuge (concubino/companheiro/namorado) traído. Importa ressaltar que são poucos os casos em que a mulher faz uso de tal alegação, pois se trata de cultura que não foi construída para lhe favorecer.

Assim sendo, a figura da "legítima defesa da honra" consiste em tese jurídica que visa tornar impune a prática de maridos, irmãos pais ou ex-companheiros e namorados que matam ou agridem suas esposas, irmãs, filhas, ex-mulheres

e namoradas fundada ou "justificada" na defesa da honra da família ou da honra conjugal. Entretanto, frise-se que, no entender de grande parte da doutrina e jurisprudência, não há honra conjugal ou da família a ser protegida, na medida em que a honra é atributo próprio e personalíssimo, referente a um indivíduo e não a dois ou mais indivíduos.

No final dos anos 70 e início de 80, o movimento de mulheres brasileiro mobilizou-se contra a tradicional invocação da tese da "legítima defesa da honra" nos crimes passionais, criando o *slogan* que se tornou famoso em todo o país: "Quem ama não mata".

Entretanto, nestes últimos 15 anos, pouco se tem dado atenção ao tema, não se podendo avaliar em que medida, ainda hoje, esta tese tem sido invocada e acolhida pelo Poder Judiciário brasileiro. Com tal preocupação, realizou-se uma primeira aproximação do objeto a ser estudado: as decisões dos tribunais brasileiros sobre "legítima defesa da honra".

Este esforço inicial já permitiu colher dados significativos sobre o tema. Constata-se que, ainda hoje, não é pacífica a jurisprudência a respeito, havendo acórdãos, em menor número, que admitem a "legítima defesa da honra". Esta tese, portanto, nestas duas últimas décadas, continua a ser invocada, às vezes com sucesso, em todas as regiões do país.

Vale destacar que, como os crimes dolosos contra a vida, por força de dispositivo constitucional (art. 5.º, XXXVIII, da CF), são julgados pelo Tribunal do Júri e, em função da soberania dos veredictos do Júri Popular, os Tribunais de Justiça dos Estados apenas podem anular a decisão dos jurados considerada manifestamente contrária à prova dos autos, determinando a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, com novos jurados; não sendo permitido aos juízes togados, neste caso, substituir a decisão recorrida.

Neste contexto, é muito comum a situação em que, mesmo após a anulação da absolvição, o Tribunal do Júri, em segundo julgamento, novamente aceita a aplicação da tese da "legítima defesa da honra" e acaba por absolver o homicida.

Esta impunidade choca-se com o que tem manifestado a comunidade internacional reunida na Organização das Nações Unidas (ONU), que, por mais de uma vez, expressou a não aceitação, e mesmo o repúdio, às *práticas culturais* desrespeitadoras dos direitos humanos das mulheres.

Outrossim, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, 1995, em sua Plataforma de Ação, Item 224, estabeleceu que a violência contra as mulheres constitui ao mesmo tempo uma violação aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais e um óbice e impedimento a que desfrute deste direito. Ressalta a violência contra as mulheres derivada dos *preconceitos culturais* e declara que é preciso proibir e eliminar todo aspecto nocivo de certas *práticas tradicionais, habituais ou modernas*, que violam os direitos das mulheres.

4. Pesquisa de jurisprudência

4.1 Metodologia

Para comprovar a hipótese desta pesquisa, foram coletados acórdãos publicados entre os anos de 1998 e 2003 disponíveis nas principais revistas de jurisprudência do país e, principalmente, nos *sites* dos tribunais brasileiros. Assim, a fonte da pesquisa já significou uma limitação dos resultados, já que em alguns Estados da federação brasileira os Tribunais de Justiça não disponibilizam pesquisa de jurisprudência pela *internet*. Na verdade, para uma precisa visualização do cenário de aplicação da tese de "legítima defesa da honra", seria necessário o acesso a decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, em primeira instância, muitas das quais não são atacadas por recurso, o que demandaria uma pesquisa de campo mais aprofundada.

Como não se tem, por enquanto, informações a respeito das decisões dos Tribunais de Júri do país que não receberam recursos, e como esses acórdãos não representam a totalidade dos acórdãos proferidos no país nos últimos anos, não se pode nem de longe quantificar ou mesmo estimar sua fre-

qüência. Mas, é possível afirmar que a "legítima defesa da honra", avocada para absolver homens assassinos de suas respectivas mulheres ou ex-mulheres, é, incontestavelmente, ainda, uma *prática cultural*, por vezes presente em nossos tribunais, como se pode verificar por meio do presente estudo. Esta prática revela a existência de preconceitos e estereótipos que necessitam ser enfrentados criticamente.

Destarte, o presente trabalho se busca qualitativo e não quantitativo. A intenção é demonstrar que, contrariamente ao que muitos devem pensar, a cultura da sociedade brasileira, que ingressa no século XXI, ainda entende como não recriminável a conduta de homens que matam ou ferem suas esposas, companheiras ou namoradas em nome de uma suposta honra conjugal ou familiar.

A pesquisa visa salientar que, apesar deste conceito de honra conjugal ou familiar não existir na lei ou nos manuais, a cultura jurídica brasileira permite a impunidade de assassinos em defesa de um modelo de relacionamento interpessoal no qual a mulher permanece submissa ao homem e aos valores de uma sociedade patriarcal.

As decisões foram agrupadas em quatro categorias: acolhimento da tese de "legítima defesa da honra" ultrajada por conduta sexual de parceiro com terceiro, não acolhimento por falta de requisitos formais do art. 25 do CP, rejeição absoluta da tese com voto vencido em sentido contrário e rejeição unânime.

O conteúdo discriminatório dos votos foi o que mais chamou atenção no decorrer do trabalho, por isso a motivação das decisões foram ressaltadas.

A seguir, são apresentadas algumas das argumentações mais relevantes encontradas nos 55 acórdãos pesquisados.

4.2 Resultados colhidos com a pesquisa

I – Acolhimento da tese de legítima defesa da honra ultrajada por conduta sexual de parceiro com terceiro:

TJSP, Ap 137.157-3/1, 23.02.1995.

Resumo: acusado que, surpreendendo a mulher em situação de adultério, mata-a juntamente com seu acompanhante. A tese da legítima defesa da honra foi aceita por expressiva maioria do Tribunal do Júri e confirmada pelo TJSP.

Motivação da decisão: "Antonio, já antes ferido na sua honra, objeto de caçoada, chamado, agora sem rodeios, de chifrudo por pessoas daquela localidade (...) mal sabia o que o esperava.

Entrou em casa e viu sua esposa e J. J. dormindo a sono solto, seminus, em sua própria cama e na presença de seu filho, cujo berço estava no mesmo quarto (...).

Saísse ele daquela casa sem fazer o que fez e sua honra estaria indelevelmente comprometida.

Não se pode esquecer que o réu foi educado em outra época, nas décadas de 20 e 30, quando a moral e os costumes ainda eram outros e mais rígidos talvez que os de agora, mas que por certo estavam incrustados em seu caráter de maneira a moldar sua personalidade com reflexos futuros perenes.

Tudo isso, à evidência, deve ter sido aos jurados ou pelo menos por eles analisado, sem contar, ademais, que os juízes de fato, retirados que são do seio da sociedade, representam, no Tribunal do Júri a moral média desta (...).

Sabe-se, é claro, que a questão relativa à legítima defesa da honra não é nova. Nem por isso, contudo, perde a atualidade. (...)

O adultério, em geral, em todos os tempos, em todas as leis, as mais primitivas e modernas, sempre foi considerado um delito, uma ação imoral e antisocial. (...)

As ofensas à honra, comumente, se exteriorizam de mil maneiras, numa infinidade de atos, palavras, símbolos, formas morais ou materiais, porém, nenhuma a atinge tão intensamente como a relação adulterina, como as ações libidinosas ou conjunção carnal com outrem que não o cônjuge. Traduz, em realidade, em nossa opinião, uma dupla agressão dos adúlteros, moral e física, ao cônju-

ge inocente, sendo a primeira mais grave, perturbadora, profunda e injusta que a materialidade que se descobre na cena do flagrante.

É incontestável, ademais, que um cônjuge tem em referência ao outro, na constância do casamento, o absoluto direito à fidelidade, de exigir-lhe tal, direito que vai a implicar numa honra como um bem jurídico a ser respeitado e a dever ser mantido.(...)

A ofensa do adultério não ocorre somente em relação ao indivíduo mas, também, às normas de conduta do grupo social; a reação pessoal é algo que possui e é movido por uma visível carga social. Reage o indivíduo em função de sua dignidade e em função do sentimento comum de valorização da coletividade. Reage porque a honra só pode ser entendida e existir sob um duplo caráter e sob o dever para consigo mesmo e para com a sociedade. *Na luta por seu direito, outra não pode ser a sua atitude ou conduta como pessoa e como membro de um grupo numa dada coletividade organizada.*

Quem age em defesa de sua personalidade moral, em qualquer dos seus perfis, atua como um verdadeiro instrumento de defesa da própria sociedade ao combater o delito, a violência, a injustiça, no próprio ato em que se manifestam.(...)

Eis uma das razões pelas quais se têm asseverado, constantemente, que a justiça penal, no Estado, e a legítima defesa, no particular, são um dos contramotivos para o crime, duas formas da luta contra o delito, aparecendo o instituto com tonalidades repressivas e preventivas. Daria ensejo, até, à conservação da ordem e da paz social e jurídica (...).

Instituto, aliás, anterior e superior ao direito legislado, positivo, acima dos Códigos... um direito natural e inalienável, misto de conteúdo individual e social. Instituto que por sua humanização e simplificação moderna tornou-se mais eficiente com a realidade humana e social" (grifos nossos).

TACrimSP, Ap 633.061-7, 06.12.1990.

Resumo: ofensa à integridade física de companheira em razão desta ter-lhe confessado infidelidade. Foi mantida a decisão do juiz que em primeira ins-

tância acolheu a tese da legítima defesa da honra pelo acusado que, dominado por violenta emoção, com moderada repulsa e em consonância com sua realidade, lesou a integridade corporal de sua companheira, aplicando-lhe alguns socos.

Motivação da decisão: "Ora, diante do confessório da infidelidade da mulher, não se pode vislumbrar nenhum arbítrio do julgamento do MM. Juiz de primeiro grau admitindo o reconhecimento da legítima defesa da honra.

O *decisum* recorrido não está alheado da realidade social, não comportando um juízo de reforma.

O complexo probatório é determinado no sentido de evidenciar que N. era adúltera, inobstante o concubinato que não exclui o dever de fidelidade recíproca. (...)

Embora hodiernamente se possa reconhecer a atitude de quem mata ou fere a esposa ou companheira que trai, como um preconceito arcaico, *in casu*, a honra do apelado foi maculada pela declaração da amásia, com quem vivia a longos anos, de que o traía com outro homem, não se podendo olvidar que, apesar da ilicitude da união, o casal possui quatro filhos".

TJAC, Recurso de Ofício 01.001650-3-Rio Branco, 1.º.03.2002.

Resumo: o réu foi absolvido sumariamente da acusação de tentativa de homicídio praticada contra o amante de sua companheira porque teria desferido um golpe de faca na vítima quando o encontrou, em seu quarto, logo após ter cometido adultério com sua companheira, agindo amparado pela "legítima defesa da honra".

É importante dizer que *não houve recurso do Ministério Público*, sendo que o caso apenas foi analisado pelo tribunal porque exige o art. 411, *in fine*, do CPP o reexame da decisão que absolve sumariamente o acusado na primeira fase do procedimento do Júri.

Motivação da decisão: o juiz togado da primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri assim fundamentou sua decisão: "verifica-se que o acusado, che-

gando em sua residência, encontrou sua companheira com a vítima em seu quarto, demonstrando cabalmente o adultério, o que naturalmente incitou no increpado um sentimento de ferida em seu interior, *o que o fez reagir para a proteção de sua integridade moral, de sua família e de seu casamento, configurando desta forma a excludente criminal de legítima defesa*" (grifos nossos).

O Tribunal de Justiça, respondendo à remessa de ofício, por unanimidade, manteve a absolvição sumária, entendendo presentes os pressupostos do art. 25 do CP, que tipifica a legítima defesa como excludente de ilicitude.

Descreve-se o principal fundamento da decisão: "tendo em vista que o acusado usou moderadamente do meio empregado, ferindo o amante de sua companheira com apenas um golpe de faca, não vejo motivo suficiente para que seja condenado por tentativa de homicídio".

O acórdão, ainda, traz à colação decisão do TACrimSP, na qual se assenta: "É muito fácil alegar-se que a honra ultrajada será a do cônjuge infiel e que a conduta deste não fere a honra do outro cônjuge. Mas tal questão fica assim colocada nos livros, longe da realidade, sabido que, especialmente entre nós, latinos, não é esse o conceito popular: a honra ultrajada é a do cônjuge não culpado".

– Considerações críticas:

Nesses casos, houve acolhimento da tese da legítima defesa da honra por Tribunais dos Estados de São Paulo e do Acre.

Um dos acórdãos paulistas chama especial atenção porque o homicídio por parte do marido traído é visto como a única forma deste ter evitado que sua honra ficasse indelevelmente comprometida. A argumentação da decisão é preocupante, pois significa mais do que uma *justificativa* da ação homicida. Significa mesmo uma *louvação* a ela, pois considera seu agente "um verdadeiro instrumento da própria sociedade"; ressalta não só o aspecto repressivo, mas o preventivo da legítima defesa da honra.

Em termos filosóficos jurídicos, esta decisão, contrária à lei, apresenta referências ao culturalismo jurídico e ao direito natural.

Em país como o Brasil – aliás, em toda a América Latina – que apresenta uma tradição jurídica marcada pelo positivismo formalista de Hans Kelsen, este aparente esforço de humanização é extremamente insidioso. *In casu*, serve para justificar e louvar o ato que tira a vida de mulheres. Importa registrar que as teorias críticas ao positivismo jurídico formalista só propõem uma expansão interpretativa da lei e, por vezes, mesmo uma decisão contrária a ela, nos casos em que, se aplicada, exegeticamente, vier a propiciar decisões injustas e absurdas.

Importa esclarecer que as várias correntes do pensamento jurídico deste século, incluindo o positivismo em suas várias manifestações, representam esforços no sentido de melhor resguardar os direitos das pessoas. Mesmo que, por vezes, isto se dê de forma explícita ou implícita. A grande crítica ao positivismo formalista é que ele é insuficiente para tal. Assim sendo, transcender-se o direito positivo, captando-se valores sociais e culturais não constituídos pelo ordenamento jurídico, seria apenas legítimo nos casos em que estes valores servissem para melhor e maior garantia dos direitos humanos.

Fica evidente que é a desvalorização da mulher, de sua vida, que está subjacente a decisões dessa ordem.

Princípios e normas de proteção aos direitos humanos estabelecidos pela ONU e pela OEA, em vários de seus documentos, servem de embasamento à firme rejeição de posturas como a desta decisão.

Este acórdão fere, entre outros, o art. 3.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelece que "toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal"; o art. 5.º, *a*, da Convenção da Mulher[27] que estabelece que "os Estados-parte tomarão todas as medidas apropriadas para modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer

27. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979.

dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres"; fere, ainda, o art. 1.º da Convenção de Belém do Pará[28] que preceitua: "Para o efeitos desta Convenção deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta baseada no gênero, que cause a morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado".

No marco nacional, fere a Constituição brasileira, em seu art. 5.º, *caput*, o qual estabelece que todos são iguais perante a lei, garantindo-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e, em seu inc. I, segundo o qual homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Fere, também, o art. 25 do CP brasileiro que tipifica a excludente da legítima defesa.

O caso julgado em Rio Branco, Acre, por seu turno, chama a atenção pela inércia do Ministério Público diante da postura do juiz togado que sequer permitiu uma avaliação do caso pelos jurados populares, absolvendo sumariamente o denunciado – já na primeira fase do procedimento do Júri – sob a alegação da tese de legítima defesa da honra. A unanimidade da decisão no Tribunal de Justiça também surpreende, principalmente considerando que se trata de acórdão de 2002.

II – Não acolhimento da tese de legítima defesa da honra ultrajada por conduta sexual de parceiro com terceiro por falta de requisitos formais do art. 25 do CP:

STJ, REsp 203632-MS, *DJ* 19.12.2002.

Resumo: o TJMS manteve a decisão do Tribunal do Júri que absolveu o marido da acusação de homicídio de sua mulher, de quem estava separado de fato há mais de 30 dias, motivado pela tentativa frustrada de reconciliação. Assim dispunha a ementa do acórdão recorrido: "se a versão do réu encontra-se amparada, mesmo que razoavelmente, nas provas, onde testemunhas afirmam que a vítima tinha comportamento desregrado e em desacordo com a vida de casada, há que se dar crédito à motivação da prática do delito aludida pelo agente, mantendo-se a absolvição"

28. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994.

(2.ª T. Criminal, ApCrim 1000.057290-7, *DJ* 16.04.1998). Entendeu o Tribunal de Justiça que a separação de fato não desnatura a excludente da legítima defesa da honra, enfatizando que "a vítima não tinha comportamento recatado".

Motivação da decisão: o STJ, em votação não unânime, vencido o relator – que não conheceu do recurso pela necessidade de re-análise fática – reformou a decisão, por afronta ao art. 25 do CP brasileiro, pois ausente, no caso concreto, o requisito de atualidade da agressão, necessário à configuração da legítima defesa.

Acentuou o Min. Fernando Gonçalves: "É patente, então, representar o acórdão em debate violação à letra do art. 25 do CP, no ponto em que empresta referendo à tese da legítima defesa da honra, sem embargo de se encontrar o casal separado há mais de trinta dias, com atropelo do requisito relativo à atualidade da agressão por parte da vítima. Entende-se em legítima defesa, reza a lei, quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Ora, na espécie, sem adentrar ao contexto probatório, *o fato da separação atribui ao caso mais o caráter de revide do que de defesa*" (grifos nosso).

Já o voto do Min. Paulo Gallotti foi mais enfático, refutando de modo absoluto a tese da legítima defesa da honra. Declarou ser este "um julgamento histórico, em que o STJ está afirmando que a tese da legítima defesa da honra, pelo menos no âmbito da 6.ª T., não é aceita". Acrescenta que este tipo de fundamento à absolvição de criminosos deve ser banido do sistema jurídico-penal da seguinte forma: "Não podemos afirmar que não possa o Tribunal do Júri vir a reconhecer a tese da legítima defesa da honra, mas talvez o magistrado venha a se recusar a elaborar o quesito respectivo [referindo-se ao quesito 'O réu, assim agindo, repeliu agressão a sua honra?'], com a devida justificativa, o que temos entendido ser possível".

TJMS, Ap 38.420-3, 17.08.1994.

Resumo: o réu cometeu homicídio contra o suposto amante de sua esposa em razão de meros boatos ou suspeita de adultério. O Tribunal do Júri acolheu a

tese de legítima defesa da honra e o TJMS, descaracterizando-a, determinou que o réu seja submetido a novo Júri.

Motivação da decisão: "A defesa postulou perante o Plenário do Tribunal do Júri a tese da legítima defesa da honra, uma vez que a vítima vinha espalhando em toda cidade de Três Lagoas, que o acusado era um 'corno', porque ele vítima vinha mantendo relacionamento amoroso com a ex-esposa do apelado.

(...) tese manifestamente alheia à realidade processual, porque a situação fática é a de que 'na época dos fatos o réu estava separado da mulher, embora o tivesse negado, mas afirma que perdera a confiança nela depois dos comentários a respeito de sua infidelidade consistente em um caso amoroso que teria tido com a vítima'".

No mesmo sentido, com base na separação prévia do casal: TJSP, Ap 297.909-3/2-00-Caconde, 1.º.09.2003; Ap 279.749-3/0-Assis, 19.12.2001; Ap 250.140-3/9-Batatais, 13.10.1999; TJRJ, Ap 2001.050.02707, 26.02.2002; TJES, Ap 11.266, 02.03.1988; TJPB, Ap 2001.003790-7-Campina Grande, 2001.

TJSP, Ap 279.800-3/3-00-Suzano, 20.03.2002.

Resumo: o réu foi absolvido do homicídio praticado contra sua esposa, tendo reconhecido o Júri Popular a excludente de legítima defesa da honra porque o mesmo tomara conhecimento de um relacionamento extraconjugal mantido pela vítima.

Motivação da decisão: o tribunal anulou o julgamento por manifesta contrariedade à prova dos autos, acatando as seguintes alegações do promotor de justiça: "tendo em vista que o apelado aguardou um momento muito posterior ao que ele confirmou que estava sendo traído, premeditando o crime (tanto que no dia dos fatos levou sua filha para a casa dos seus pais e comprou gasolina usada posteriormente para queimar o corpo), para surpreender a vítima desarmada, amarrá-la e atear-lhe fogo, é inequívoca a vontade de matar e impossível a alegada legítima defesa da honra, posto que não estão presentes nenhum dos requisitos legais".

TJSP, Ap 269.617-3/0-São José do Rio Preto, 31.05.2001.

Resumo: o réu foi condenado pela prática de homicídio qualificado contra sua esposa, mediante golpes de faca, alegando em seu recurso ter agido em legítima defesa da honra.

Motivação da decisão: o Tribunal manteve a condenação, fundamentando sua decisão principalmente na ausência, no caso concreto, do requisito da atualidade da agressão para a configuração da legítima defesa. Assim dispõe o voto vencedor do relator: "Ainda que se admita a sua versão de que a vítima o traísse com outros homens, a excludente invocada não teria aplicação no caso presente.

Em primeiro lugar porque, como afirmou o próprio apelante em seus vários interrogatórios, tinha ele conhecimento de tal situação (das traições da vítima) há vários anos e com ela concordava, tanto que continuou a coabitar com a ofendida e sempre a perdoou.

Em segundo lugar porque, quando do homicídio, a vítima não estava praticando adultério e, assim, eventual agressão anterior à honra do apelante pecaria por falta do elemento atualidade".

TJRO, Ap 99.002591-8-Porto Velho, 16.03.2000.

Resumo: o réu foi condenado pela prática de homicídio qualificado pela torpeza por ter desferido golpes de faca contra sua convivente. Pretendeu a reversão da decisão, utilizando-se, no recurso de apelação, da alegação de ter agido em legítima defesa da honra, pois "a vítima, com seus procedimentos anti-sociais, violou uma união estável, sendo surpreendida com o amante aos abraços e beijos".

Motivação da decisão: o tribunal não acolheu a tese da legítima defesa da honra principalmente por falta do requisito de reação imediata. Assim: "ele, o apelante, ainda que estivesse convivendo com a vítima, não seria alcançado pelas teses, porque, após ver a vítima abraçando Dino, mesmo estando armado, deixou o local, lá retornando pouco depois com o objetivo de eliminá-la. Agiu movido pela vingança, que é, sem dúvida, motivo torpe".

No mesmo sentido: TJSC, RSE 97.006669-4, 23.09.1997; TJSP, Ap 75.026-3, 02.05.1990; TJRJ, Ap 2002.050.02092, 19.11.2002.

E, alicerçado na falta de provas, TJSP, Ap 263.415-3/4-Juquiá, 27.05.2000.

– Considerações críticas:

Estes acórdãos demonstram uma grande relutância por parte dos Tribunais de Justiça de todas as regiões do Brasil em afastar por completo a aplicação da tese de "legítima defesa da honra".

As decisões anulam a absolvição nos casos concretos, mas não afirmam a ilegalidade da tese em abstrato. Preferem invocar o não preenchimento dos requisitos legais para a configuração da legítima defesa, sendo estes a atualidade da repulsa à injusta agressão e a moderação dos meios utilizados.

III – Rejeição absoluta da tese de legítima defesa da honra, com voto vencido em sentido contrário:

STJ, REsp 1.517, 11.03.1991.

Resumo: em duplo homicídio praticado pelo marido que surpreendeu sua esposa em flagrante adultério, o Tribunal do Júri absolveu o réu, acatando a legítima defesa da honra. O TJPR confirmou a decisão do Júri de Apucarana, mas a Procuradoria-Geral de Justiça interpôs recurso especial e o STJ rejeitou a tese da legítima defesa da honra por manifestamente contrária à prova dos autos, de modo a submeter o réu a novo julgamento.[29]

Motivação da decisão: "(...) a figura da legítima defesa, tipificada no art. 25 do CP, apresenta regras inflexíveis e só se efetiva quando o fato concreto revela a ação do agente que 'usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem'.

Ora, a hipótese dos autos jamais comportaria reação de quem, supondo ofendido em sua honra, deixa de recorrer aos atos civis da separação e do divórcio,

29. Informação quanto ao desfecho posterior deste caso: em segundo julgamento pelo Tribunal do Júri, foi o réu novamente absolvido pelo acolhimento da legítima defesa da honra.

preferindo abater a mulher, ou o comparsa, ou a ambos, procedendo de modo absolutamente reprovável, desde que foi ela que, ao adulterar, não preservou a sua própria honra. (...)

Ora, no Brasil não fazemos uso do direito costumeiro, a pretender justificar a ação do marido na hipótese dos autos, tão-só, porque assim entendem os jurados simples pessoas do povo. O direito positivo, ao dispor sobre o instituto da legítima defesa, delimitou as hipóteses de seu emprego não sendo elástico a ponto de se prestar para cobrir qualquer ação delituosa".

Voto vencido: "A norma jurídica há de ser interpretada culturalmente. É verdade, há de obedecer à coerência do ponto de vista dogmático, não é possível, porém, esquecer o aspecto valorativo que o tipo penal encerra (...) alguns autores e até decisões jurisprudenciais entendem ser possível a legítima defesa da honra quando o titular desta honra, no momento em que este valor está sendo afetado, reage a fim de fazer cessar a agressão. *Data venia*, o casamento acarreta obrigações recíprocas. Uma delas, a fidelidade do ponto de vista conjugal (...).

Enquanto os juízes togados se vinculam mais ao aspecto formal, dogmático da norma jurídica, os jurados, leigos – não são necessários especialistas em direito – julgam de acordo com as normas da vida, com as normas culturais, com as exigências históricas de um determinado instante.

Os magistrados ajustam o homem à lei. Os jurados adaptam a lei ao homem. (...)

O aspecto cultural há de ser interpretado de acordo com o lugar do fato. Se ainda, neste local, se entende que a honra do marido maculada desta forma enseja ou autoriza reação violenta, extrema – individualmente contrasta com meu pensamento – entretanto esse é o entendimento do Júri.

Não podemos dizer que o Tribunal do Júri tenha errado. Podemos dizer que julgou mal. Ele está manifestando uma cultura brasileira. (...)"

TJMS, Ap 2001.000766-8/0000-00-Campo Grande, 08.05.2001.

Resumo: o acusado foi absolvido da prática de lesões corporais contra sua esposa e homicídio contra seu amante, motivado pelo flagrante adultério de ambas as vítimas. O Tribunal cassou a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, determinando a realização de novo julgamento. Todavia, o voto vencido do relator da apelação mantinha a absolvição do Júri Popular.

Motivação da decisão: a maioria dos desembargadores votantes negou acolhimento à tese da legítima defesa da honra por reconhecer sua incompatibilidade com a cultura atual, tendo sido refutada pela jurisprudência dominante dos tribunais brasileiros. Assim entoou o voto revisor: "Hoje, quando se prega e apregoa, por todos os cantos, um Estado Democrático de Direito, em que se busca dar proteção à cidadania, permitir que o homicida fique impune ao sacrificar a vida daquele que passa a desfrutar do carinho da mulher, que não mais vive bem com o marido, ao argumento que sua honra fora ultrajada, não mais tem razão de ser".

O desembargador revisor cita acórdão do TJPR, do qual sobressai o trecho que vislumbra na alegação de legítima defesa da honra o "mais deslavado machismo, atitude moral e intelectual retrógrada e anacrônica, incompatível com a concepção hodierna da dignidade própria da mulher, como de cada ser humano individualmente" (*RT* 681/375).

Voto vencido: "O art. 231, I, do CC [referência ao revogado Código Civil de 1916] estatui que os cônjuges têm o dever recíproco de fidelidade. Assim, considerando que o bem jurídico ofendido é a instituição do matrimônio, que tem a paz violada, a moral em discussão não é a do cônjuge infrator, a mulher, mas a moral social, mesmo porque sujeitos passivos do crime são o Estado e o cônjuge enganado. Logo, o agente que mata o rival está repelindo agressão injusta e atual a um direito seu que é o direito de fidelidade do seu cônjuge. O dever de fidelidade da mulher, no caso, é obrigação legal e moral porquanto objetiva a preservação dos costumes, inclusive a legitimidade da prole. Acresça-se que *não é justo à sociedade exigir que o cônjuge enganado se submeta ao escár-*

nio dos seus concidadãos, carregando o epíteto de corno com visível prejuízo à sua honra pessoal, mormente nas comunidades interioranas, onde esse efeito psicológico é deveras acachapante" (grifos nossos).[30]

TJAC, Ap 98.000951-0-Rio Branco, 29.06.2001.

Resumo: o réu, que teria desferido 17 (dezessete) golpes de faca em sua companheira depois de tê-la surpreendido com outro homem, foi absolvido pelo Júri Popular sob alegação de que agiu em legítima defesa da honra.

Motivação da decisão: pronunciou-se o promotor de justiça nas razões recursais: "o Conselho de Sentença, por maioria, aceitou uma tese que não mais se coaduna com o atual estágio cultural da sociedade brasileira, que não admite ninguém tirar a vida de uma mulher sob a justificativa de defender sua honra".

O Tribunal de Justiça decidiu, por maioria, cassar a absolvição do Júri por manifestamente contrária à prova dos autos, determinando seja realizado novo julgamento. Assim se manifestou o voto revisor: "configurado está o excesso doloso, desconstituindo a tese da 'legítima defesa da honra', uma vez que o apelado executou sua companheira com dezessete facadas, sem que houvesse no conjunto probatório trazido aos autos a confirmação da injusta agressão da vítima ou que esta fosse repelida, com os meios necessários, de forma moderada; não havendo amparo legal ou jurisprudencial no direito hodierno que sustente a legítima defesa da honra conjugal como causa excludente de ilicitude no crime de homicídio doloso". Acrescenta, ainda: "o bem jurídico honra é um atributo personalíssimo, no caso da companheira e vítima, e não do apelado".

Voto vencido (do relator): "os senhores jurados decidiram de acordo com a consciência de cada um e os ditames da justiça, acatando a versão que mais lhes

30. Do acórdão, não unânime, foram opostos embargos infringentes (2001.006655-6/0000-0, j. 03.09.2001), enfileirando-se ao voto vencido mais um desembargador da respectiva Turma Criminal, que fundamentou sua decisão na soberania dos veredictos populares, asseverando: "O Júri tem muito mais capacidade, se formos considerar individualmente, para decidir se naquele momento houve uma autorização psicológica e, portanto, aceita pela sociedade, para que a pessoa praticasse o ato. Ninguém mais pode dizer isto, nem a técnica ou os doutrinadores".

pareceu conveniente". O voto exalta a soberania dos veredictos e a amplitude do direito de defesa e termina por entender como os únicos testemunhos relevantes aqueles que versam sobre o *comportamento da vítima*.

– Considerações críticas:

Apesar de já representarem um avanço pela postura mais incisiva em respeito aos direitos humanos das mulheres, estes acórdãos – em função precisamente da existência de votos vencidos que aceitam a aplicação da tese da legítima defesa da honra – demonstram que a tese não está superada, mas se mostra viva na cultura jurídica brasileira.

IV – Rejeição absoluta da tese de legítima defesa da honra.

TJSC, Ap 01.018426-5-Turvo, 30.10.2001.

Resumo: desconfiado da traição da mulher, o réu teria lhe desferido um tiro pelas costas, após terem anunciado a separação, circunstância que lhe rendeu a absolvição por acolhimento da tese de legítima defesa da honra pelo Júri Popular.

Motivação da decisão: cassou o tribunal a decisão, considerando-a como manifestamente contrária à prova dos autos, pois "a honra é atributo pessoal, que não se transfere a terceiro, não podendo ser maculada pela conduta desonrosa de outrem. (...) No Brasil, não fazemos uso do direito costumeiro, a pretender justificar a ação do marido, como na hipótese dos autos, tão-só porque assim entendem os jurados, leigos, pessoas simples do povo. O direito positivo, ao dispor sobre o instituto da legítima defesa, delimitou as hipóteses de seu emprego, não sendo elástico a ponto de se prestar para cobrir qualquer ação delituosa".

TJPR, Ap 120.695-7-União da Vitória, 23.05.2002.

Resumo: o acusado, em razão da traição de sua companheira, desferiu-lhe golpes de foice que lhe causaram a morte, tendo, ainda, disparado arma de fogo

contra seu amante. Pela primeira conduta foi condenado às penas do homicídio privilegiado e, pela segunda, foi absolvido, recorrendo, assim, o Ministério Público, com fulcro no art. 593, § 3.º, do CPP.

Motivação da decisão: o tribunal anulou a decisão entoando: "Sendo atributo personalíssimo a honra, não pode ser maculada pela conduta desonrosa de outrem, isto é, no caso, a honra atingida foi a da vítima mulher e não a do marido, portanto, assim sendo, não pode se considerar em estado de legítima defesa o marido que pratica violência contra a mulher adúltera e seu cúmplice". Como pronunciou o procurador de justiça: "heresia total permitir que o amásio ultrajado tenha o direito de matar em nome da honra. Enfim, lavar a alma com sangue, de uma vida que, nem por mal vivida, é vida que lhe pertence".

TJPR, Ap 84677-1-Ibaiti, 09.03.2000.

Resumo: o acusado teria desferido golpes de faca em sua companheira em razão de tê-la encontrado abraçada com seu irmão, na cama, sendo que este estava de cuecas, fato que lhe rendeu a absolvição pelo acolhimento da alegação de legítima defesa da hora.

Motivação da decisão: anulando a decisão, decidiu o Tribunal de Justiça: "Não há ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. (...) A lei civil aponta os caminhos da separação e do divórcio. Nada justifica matar a mulher que, ao adulterar, não preservou a sua própria honra".

TJSP, Ap 73966-3, 28.03.1990.

Resumo: O acusado matou concubina com quem vivia há pouco tempo. Informado pelo irmão da vítima de que esta iria se encontrar com outro homem, perdeu a cabeça, foi até o bar onde a vítima se encontrava e contra ela efetuou disparos. O Tribunal de Júri acatou a tese da legítima defesa da honra absolvendo o réu. O Tribunal de Justiça, entendendo estar diante de

decisão manifestamente contrária às provas dos autos, determinou a realização de novo julgamento.

Motivação da decisão: "De há muito a doutrina e jurisprudência vêm entendendo que a honra é atributo personalíssimo, não se deslocando da pessoa de seu titular, para a de quem, de forma regular ou não, viva em sua companhia. Esse entendimento, já consagrado no passado, ganha maior relevo nos dias presentes, após a promulgação da Constituição de 1988, na qual, no relacionamento entre os casais, os direitos e deveres entre homens e mulheres são absolutamente iguais".

No mesmo sentido: TJSC, Ap 99.017808-0-Braço do Norte, 09.11.1999 e Ap 30.177 (88.065404-1), Jaraguá do Sul, 02.03.1999; TJPR, Ap 9.029-1, 03.03.1994 e Ap 279/81, 11.10.1989; TJSP, Ap 315.014.3/7-Piracicaba, 06.02.2001, Ap 249.183-3/1-00-Batatais, 08.11.1999; TJES, Ap 048019000354, Comarca da Capital – Juízo da Serra, 07.11.2001; Ap 047009000408-São Mateus, 04.10.2000; TJPB, Ap 1999.002786-3, Capital, 1999; TJPE, Ap 69269-3-São José do Belmonte, 06.04.2001, Ap 81828-6-Palmares, 23.08.2002; TJAL, Ap 98.000047-5, 18.06.1998.

TJPR, Ap 106.983-0-Rio Branco do Sul, 06.12.2001.

Resumo: o acusado teria matado sua mulher e seu amante, logo após ter descoberto o adultério, sendo que o Júri Popular acolheu a tese da legítima defesa da honra e, reconhecendo o excesso na modalidade culposa, desclassificou o crime para homicídio culposo. Da decisão recorreu o Ministério Público, entendendo-a como manifestamente contrária à prova dos autos.

Motivação da decisão: o Tribunal de Justiça conclui que não há legítima defesa da honra na conduta do marido que mata a mulher surpreendida em ato de adultério, o que há é "orgulho de macho ofendido, com a complementação de que, em regra, *esses pseudodefendentes da honra não passam de meros matadores de mulheres*" (grifos nossos), ou seja, age o homem por vingança, não acobertado, portanto, pela excludente de ilicitude.

TJMT, Ap 3.129/99-Cuiabá, 22.08.2000.

Resumo: o acusado foi absolvido da tentativa de homicídio praticada contra sua namorada, mediante vários golpes de faca, motivado por suspeita de traição da vítima.

Motivação da decisão: diante da alegação de legítima defesa da honra, a qual prosperou no Júri Popular, asseverou, à unanimidade e de forma contundente, o tribunal: "*quem está submetido a julgamento não é a vítima ou sua conduta moral, e sim o réu*, inclusive confesso quanto às atrocidades por si perpetradas.

Dos fatos apurados nos autos, encontra-se perfeitamente claro que o acusado freqüentemente espancava a vítima e que tentou matá-la, motivado por ciúme exacerbado e por suposta traição, esta, provável fruto de sua imaginação, não comprovada nos autos e, *mesmo se existisse, jamais poderia servir como fundamento para atentar contra a vida de quem quer que seja*" (grifos nossos).

No mesmo sentido: TJSP, Ap 272.523-3/8-São José do Rio Preto, 18.12.2000, Ap 234.433-3/9-Jaboticabal, de 05.08.1999 e Ap 264.474-3/0-Guaratinguetá, 08.03.1999; TJES, Ap 032940001707-Mimoso do Sul, 09.06.1999; TJMT, RSE 000.307.142-0/00-Timóteo, 13.01.2003; TJGO, Ap 19094-0/213-Rubiataba, 20.05.1999.

TJSP, Ap 289.919-3/2-Tatuí, 16.09.2002.

Resumo: o réu foi condenado pela prática de homicídio, mediante emprego de uma faca, praticado contra o novo namorado de sua ex-companheira, circunstância que usa como justificativa de seus atos nas razões recursais, buscando o reconhecimento da legítima defesa da honra.

Motivação da decisão: mantendo a condenação, o acórdão se utiliza na fundamentação de alguns arestos de outros tribunais, sobressaindo o ora transcrito: "Legítima defesa da honra insustentável. O amor que mata, o amor açougueiro, é uma contrafação monstruosa do amor. O passionalismo que vai até o assassinato muito pouco tem a ver com o amor. *A moderna sistemática jurídica não mais aceita*

a mal projetada e inventada legítima defesa da honra, pois antes de se fortalecer torna-se arcaica (...)" (grifos nossos).

TJSP, Ap 274.634.3/9-00-Panorama-Tupi, 05.02.2002.

Resumo: o réu foi acusado de ter proferido disparos de arma de fogo contra sua esposa e seu amante, sendo que, em relação à esposa, a tentativa de homicídio foi desclassificada para crime de lesão corporal, de competência do juiz singular e, em relação ao amante, o réu foi absolvido pelo Tribunal do Júri, que acolheu a tese da legítima defesa da honra. O Tribunal de Justiça reformou a decisão, entendendo-a como manifestamente contrária à prova dos autos, de modo a submeter o absolvido a novo julgamento.

Motivação da decisão: o acórdão abraça o parecer da Procuradora de Justiça Luiza Nagib Eluf, que assim entoa: "A legítima defesa da honra não é excludente de antijuridicidade, pois não se encontra prevista no Código Penal. *Essa tese é uma invenção preconceituosa, discriminatória e, portanto, equivocada*, que precariamente prosperou há duas décadas em nosso País. As reações contrárias foram de tamanha monta que essa argumentação acabou por ser sepultada. Surpreendentemente, o julgamento em Panorama ressuscitou essa monstruosidade, mas o equívoco é de ser corrigido. O STF já se manifestou no sentido de que honra é bem personalíssimo e intransferível, não podendo ser aceita qualquer absolvição fundada na tese da defesa de honra maculada por ato de terceiro.

O adultério cometido pela mulher é de responsabilidade dela, não do marido. *A idéia de que a conduta da esposa infiel fere a honra do cônjuge que, por isso, pode matá-la ou a seu parceiro, é ultrapassada e inadmissível.* Os preconceitos estão proibidos pela Constituição Federal de 1988 e, da mesma forma, *a igualdade entre homens e mulheres encontra-se definitivamente estabelecida na Lei Maior*. Assim, a tese da legítima defesa da honra encontra-se banida de nosso ordenamento jurídico e sua aceitação pelo Tribunal do Júri não apenas contraria, manifestamente, a prova dos autos, como fere os princípios mais fundamentais de Justiça" (grifos nossos).

TJES, Ap 048989000376, Capital-Juízo da Serra, 1.º.12.1999.

Resumo: o réu foi condenado pela prática de homicídio qualificado contra sua mulher, motivada a sua conduta pela suspeita de adultério da vítima.

Motivação da decisão: sem alterar a decisão condenatória, o acórdão fundamentou-se no sopesar dos interesses em conflito, considerando ser "inadmissível em nosso ordenamento jurídico sacrifício de um bem supremo – a vida – visando à reparação de uma suposta ofensa da honra, notadamente havendo provas de premeditação e crueldade na prática do crime".

TJRN, Ap 03.000712-7-Alexandria, 08.07.2003.

Resumo: o réu, homem casado, foi absolvido pelo Júri Popular da acusação de homicídio praticado contra sua concubina, por meio de disparos de arma de fogo, motivado pela recusa da vítima em reatar o relacionamento entre ambos.

Motivação da decisão: o Tribunal anulou a absolvição do Júri por manifestamente contrária à prova dos autos, assim preceituando: "*Admitir o reconhecimento da legítima defesa da honra em casos como o dos presentes autos seria relegar o valor da vida humana, direito supremo reconhecido constitucionalmente, em detrimento de sentimentos mesquinhos de posse e de controle sobre a pessoa com quem se mantém um relacionamento afetivo.* Além disso, significaria *uma abertura espaçosa para a impunidade* de delitos praticados sob razões inaceitáveis e sem amparo jurídico-legal que a acoberte e, dessa forma, a exclua de seu enquadramento no tipo penal previsto" (grifos nossos).

No mesmo sentido: TJMA, Ap 4931999-São Bernardo, 26.07.1999.

TJMG, Ap 000.270.179-5/00-Barbacena, 09.05.2002.

Resumo: o recorrido foi absolvido da tentativa de homicídio praticado contra o novo companheiro de sua ex-namorada com base na legítima defesa da honra, tendo o Tribunal de Justiça cassado a decisão manifestamente contrária à prova dos autos para submetê-lo a novo julgamento pelo Júri Popular.

Motivação da decisão: a acusação alegou no recurso que "o réu mantinha apenas um namoro com aquela que teria sido o pivô da agressão, não havendo, por óbvio, qualquer relação de dependência que em tese pudesse justificar a invocação da tese da legítima defesa da honra", além do que "a honra seria um atributo pessoal e, como tal, insuscetível de ser violada por ato de terceiro".

O acórdão assenta que ao Tribunal do Júri não é dado "proferir decisões teratológicas, em desacordo com o próprio senso comum que, neste caso, é firme no sentido de impedir o reconhecimento da tese da legítima defesa da honra, que se confronta não só com a evolução de nossos costumes, mas principalmente porque o seu acolhimento representaria o sobrepujo da honra sobre a vida. (...) *o que realmente torna aberrante o reconhecimento da referida excludente de ilicitude é o fato de se justificar a utilização da 'pena de morte' para as hipóteses de infidelidade conjugal, sobrelevando-se a honra sobre o bem maior do ser humano, que é a vida*, conquanto não se olvide de preconceitos sociais ainda arraigados em nosso povo" (grifos nossos).

No mesmo sentido: TJES, Ap 001989000086-Afonso Cláudio, 03.03.1999; TJPA, Ap 463000-São Caetano de Odivelas, 27.06.2002.

5. Conclusões

1. Em primeiro lugar, faz-se mister a reprodução de uma síntese dos principais argumentos encontrados nos acórdãos pesquisados.

O acolhimento da tese de legítima defesa da honra para manter absolvições de homens que mataram ou feriram suas companheiras vem fundamentado por construções jurídicas que misturam ao direito a moral patriarcal, ao resgatar entendimentos já superados nas academias, no sentido de proteção do casamento e da família patriarcal em detrimento das pessoas que a integram; de defesa da moral social e tutela da honra ultrajada pelo ato adúltero da mulher, que vitimizaria não só o cônjuge ou companheiro traído, como o próprio Estado.

Em uma posição intermediária, que não enfrenta a problemática com coragem e consistência principiológica, os tribunais têm afastado a tese da legítima defesa da honra apenas por falta dos requisitos formais configuradores da excludente de ilicitude nos casos concretos. Fala-se em excesso de legítima defesa, quando o homem, ao matar ou ferir, não usou moderadamente dos meios necessários para repelir a injusta agressão da mulher que o traiu ou repeliu. Há, também, argumento no sentido de que o homem soube da traição e depois premeditou o crime, estando ausente o requisito da reação imediata.[31] Por outro lado, a separação prévia do casal motiva a não aceitação da legítima defesa da honra em função do rompimento anterior dos deveres do casamento.

De outra forma, uma postura mais firme, em consonância com os direitos humanos fundamentais de homens e mulheres, rejeita de forma abstrata e absoluta a tese da legítima defesa da honra, com apoio na cidadania e nos princípios basilares do Estado de Direito brasileiro, declarando o "primitivismo" desta tese e a sua incompatibilidade com o estágio da cultura brasileira na atualidade. Os acórdãos ressaltam a igualdade entre homens e mulheres consagrada na Constituição de 1988 e acentuam que não há juridicamente a idéia de honra conjugal, sendo a honra atributo personalíssimo e intransferível, de modo que, se a mulher trai o seu marido ou companheiro, é a sua honra que resta maculada e não a do homem traído. Por fim, as decisões enfatizam que no sopesar dos bens jurídicos honra e vida, seguramente é este último valor protegido pelo direito que deve prevalecer.

2. Em segundo lugar, o trabalho que se encerra consistiu em um projeto piloto de orientação, tendo como escopo a revelação de que o tema proposto – a impunidade de homens que matam e ferem mulheres em razão da aplicação da

31. São requisitos da legítima defesa, consoante o art. 25 do CP brasileiro, a injusta agressão, o uso moderado dos meios necessários para repeli-la e a atualidade ou iminência da agressão. Note-se que nenhum acórdão levanta a tese de que o homem não estaria repelindo injusta agressão da mulher ao matá-la em razão de sua traição, mas a idéia fica implicitamente colocada nos casos de prévia separação do casal.

tese de legítima defesa da honra – ainda é um problema, sendo que a tese ainda não se encontra superada na jurisprudência nacional.

E, como um problema político-social de gênero, precisa ser enfrentado, sendo, para tanto, necessário que se desvendem suas verdadeiras dimensões.

Os principais valores subjacentes à análise apresentada são a igualdade de gênero e a dignidade da pessoa humana, inerente a homens e mulheres. Os marcos jurídicos que fundamentam as considerações críticas expressadas são a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1979), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (OEA, 1994), e a Constituição brasileira de 1988.

Por fim, é importante frisar que se trata de um estudo teórico-prático-militante porque representa parte de uma luta pelo reconhecimento e efetivação dos direitos humanos das mulheres e tem como objetivo servir de alerta à sociedade, e especialmente à comunidade jurídica, em relação à permanência de uma postura das instituições brasileiras que, desavisadamente, muitos tomam por superada.

Não há como não enxergar que o valor de humanidade das mulheres ainda é subestimado ou mesmo, por muitos, não estimado, o sentimento ainda presente entre os homens brasileiros de que a mulher é *algo* que lhes pertence, do qual eles podem dispor quando não mais lhes servir, representa inaceitável coisificação do ser humano do gênero feminino.

Repugna que as instituições judiciárias, cujo precípuo papel constitucional é a guarda dos direitos humanos fundamentais, acabem por reproduzir esta irracionalidade injusta e aviltante.

Bibliografia

CIMAC – Comunicación y Información de la Mujer. *La ley contra la violencia intrafamiliar, logro de las oaxaqueñas y el IMO*. Cidade do México: Cimac. Disponível em: <http://www.cimac.org.mx>. Acesso em: 9 ago. 2001.

CLADEM – Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher. *Declaração universal dos direitos humanos desde uma perspectiva de gênero.* Lima: Cladem, 2002.

_____. *Balances nacionales*: esfuerzos y actividades dirigidas a erradicar la violencia contra las mujeres (16 países). Lima: Cladem/Unifem, 2002/2004.

_____; EQUALITY NOW. *Call for Action "Beijing + 10"*. Lima/Nova Iorque: Cladem/Equality Now, 2004.

COTES, Paloma. "Justiça. Defesa ilegítima: em pleno século XXI, assassinos ainda lavam a honra com sangue e são absolvidos por júris populares". *Revista Época*, São Paulo: Globo, p. 44-48, 2004.

ELUF, Luiz Nagib. "Homens que matam". *Folha de S. Paulo*, p. A-3, 30 ago. 2000.

GONZÁLES, Román. *Vetusto el Codigo Civil vigente que regula las relaciones familiares*: perspectiva machista justifica la violencia de género en Edomex. Cidade do México: Cimac. Disponível em: <http://www.cimacnoticias.com/noticias>. Acesso em: 10 set. 2002.

GUERRERO CAVIEDES, Elizabeth. *Violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe español, 1990-2000:* balance de una década. Santiago de Chile: Isis International/Unifem, 2002. Disponível em: <http://www.isis.cl>.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1956. vol. VIII.

MOTTA, Cristina; RODRÍGUEZ, Marcela. *Mujer y justicia*: el caso argentino. Banco Mundial.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal.* 23. ed. rev. Atual. por Adalberto de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3.

PIMENTEL, Silvia. *Evolução dos direitos da mulher*: norma, fato, valor. São Paulo: Ed. RT, 1978.

_____; PANDJIARJIAN, Valéria. "Defesa da honra: tese superada?". *Folha de S. Paulo*, p. A-3, 12 set. 2000.

_____; _____; SCHIRITZMEYER, Ana Lucia. *Estupro*: crime ou cortesia?: abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Fabris, 1998.

TAMAYO, Giulia León. *Questão de vida*: balanço regional e desafios sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência. São Paulo: Cladem/ Oxfam, 2001.