

# ALTERNATIVAS AL SISTEMA DE JUSTICIA CRIMINAL LATINOAMERICANO

V Simposio de Jóvenes Penalistas de la  
Asociación Internacional de Derecho Penal

**DIRECTORES:**

Francisco Figueroa  
Eduardo Saad-Diniz

**COORDINADORES:**

Manuela Parra  
Ayelén Trindade  
Hernán Kleiman



THOMSON REUTERS  
**LA LEY**



# ALTERNATIVAS AL SISTEMA DE JUSTICIA CRIMINAL LATINOAMERICANO

V Simposio de Jóvenes Penalistas de la  
Asociación Internacional de Derecho Penal

DIRECTORES:

Francisco Figueroa  
Eduardo Saad-Diniz

COORDINADORES:

Manuela Parra  
Ayelén Trindade  
Hernán Kleiman



THOMSON REUTERS  
**LA LEY**



# SUMARIO

Autoridades del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal

Presentación

Por **Javier A. De Luca** ..... 1

Presentación

Por **Francisco Figueroa y Eduardo Saad-Diniz** ..... 3

A AIDP na América Latina

Por **Carlos Eduardo Adriano Japiassú** ..... 5

Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil

Por **Eduardo Saad-Diniz** ..... 9

Delación premiada: su realidad utilitarista y la debilidad de su legitimación como punto álgido de la participación ciudadana en derecho penal

Por **Víctor Gabriel Rodríguez** ..... 26

Cómo la corrupción llevó las cámaras arbitrales a los programas de *compliance*

Por **Claudia Cristina Barrilari** ..... 39

Extinción de dominio: un análisis de los distintos modelos

Por **Ayelén Trindade y Matías Álvarez** ..... 45

Extinción de dominio: posibles problemas del proceso de extinción de dominio vinculado al proceso penal

Por **Manuela Parra y Francisco Figueroa** ..... 54

Los derechos fundamentales ante las nuevas tecnologías: protección o vulneración a la luz de HART y VALCRI

Por **Lucana M. Estévez Mendoza** ..... 61

Medios tecnológicos para investigar: ¿una inversión necesaria?

Por **María Catalina Ranguini y María Paz Zago** ..... 69

Aplicación de *data science* e inteligencia artificial para producción de información sobre los procesos de desigualdad estructural: la administración de justicia penal como espacio estratégico

Por **Nadia Belén Tolosa** ..... 80

Prevenção y persecução de cibercrimes: ¿un nuevo terreno para la inteligencia artificial? Por <b>Joselina Pastorini</b> .....	92
Procesos judiciales e inteligencia artificial: desafíos de su aplicación El caso "State v. Loomis" Por <b>Malena Maceira</b> .....	100
A prova digital no processo penal e seus efeitos colaterais na preservação dos direitos fundamentais Por <b>Tatiana Lourenço Emmerich de Souza</b> .....	106
Implicações do uso do <i>big data</i> no exercício jurisdiccional penal brasileiro Por <b>Nara Cristina e Silva Rezende y Renato Watanabe de Moraes</b> .....	112
El arrepentido y el colaborador premiado Surgimiento, regulación y práctica Por <b>Gonzalo Guerrero</b> .....	121
Criminalización y seguridad: el caso de los <i>cuidacoches</i> Por <b>Matías E. Eidem</b> .....	128
Participación necesaria de dirigentes deportivos en el marco de delitos cometidos por sociedades delictivas vinculadas a las denominadas "barrabravas" y la necesidad de implementar programas de cumplimiento normativo en el ámbito deportivo Por <b>Nicolás E. Ayestarán</b> .....	136
Torcidas organizadas, violência e comportamento policial Por <b>Luccas Luciano Serafim Maciel y Víctor Gabriel Rodríguez</b> .....	145
Alternativas en el uso de las medidas cautelares para reducir la prisión preventiva en México Por <b>Salvador Molina Gutiérrez</b> .....	150
Análisis de la violencia en las prisiones de la zona metropolitana de Buenos Aires Por <b>Gabriela Gusi</b> .....	159
Procedimento cautelar: a tutela cautelar de natureza pessoal no processo penal brasileiro Por <b>Brunna Laporte Cazabonnet</b> .....	173
Políticas de segurança pública e instituições do sistema de justiça criminal do Brasil: Ineficiência e propostas de atuação Por <b>Ana Carolina De Moraes Colombaroli y Fernando Andrade Fernandes</b> .....	178
Alternativa al encarcelamiento. Perspectiva de reinserción social. Cambio de paradigma y reconocimiento de las personas que deben cumplir pena o prisión preventiva desde el principio <i>pro homine</i> Por <b>Solange J. Capuya</b> .....	189

La justicia restaurativa como alternativa al actual sistema de justicia penal El enfoque de la víctima en el sistema penal peruano Por <b>Andrea Karen Zambrano Carpio</b> .....	200
O sistema de justiça criminal “mano dura” e sua desatenção às vítimas: A justiça restaurativa como alternativa para a América Latina? Por <b>Gustavo de Carvalho Marin</b> .....	208
Las organizaciones destinatarias del trabajo comunitario como indicador de la política criminal en la aplicación de la <i>probation</i> entre los años 2013 y 2015 Por <b>Nicolás Gross</b> .....	220
La reafirmación de la validez de la reparación integral y la conciliación penal Por <b>Camila Clarey y Fernando E. Vásquez Pereda</b> .....	228
Jóvenes en conflicto con la ley penal: necesidad y posibilidad de implementar instancias restaurativas de resolución de conflictos con participación del joven imputado, la víctima y la comunidad afectada Por <b>María Daniela Rezzonico</b> .....	237
Anistia no Estado de Direito: entre Justiça de Transição e Direito Penal Internacional Por <b>Renata da Silva Athayde Barbosa</b> .....	244
Política drogas brasileira, encarceramento materno e vitimização da infância Por <b>Sara Tironi</b> .....	250
A introyeção dos valores morais repressivos às liberdades pessoais na estruturação normativa dos crimes contra a vida Por <b>Jéssica R. Sponchiado</b> .....	260
Orden y progreso Por <b>Mauro Magneschi</b> .....	272
Direito Penal, sociedade e os meios de comunicação: os dilemas quanto ao enfrentamento dos delitos de corrupção Por <b>Fernando Andrade Fernandes, Víctor Gabriel Rodríguez y Ana Cristina Gomes</b> .....	280
A corrupção em transação comercial internacional nos países do Mercosul Por <b>Kaíque Rodrigues de Almeida</b> .....	285
Criminalidade corporativa na indústria farmacêutica: lições de John Braithwaite Por <b>Eduardo Saad-Diniz y Gabrielli Silva Duarte</b> .....	295
A ganância econômica e os crimes ambientais: a sustentabilidade como parâmetro para o risco permitido no direito penal ambiental Por <b>Leonardo Simões Agapito, Matheus De Alencar e Miranda y Túlio Felipe Xavier Januário</b> .....	304

Los desafíos ante la presencia de nuevos bienes jurídicos con especial atención en las criptomonedas Por <b>Camilo Silvera Méndez</b> .....	324
Construcción de vulnerabilidades y pauperización de la autonomía Hacia una fundamentación del delito de conducción maliciosa de la economía Por <b>Santiago Zurzolo Suárez</b> .....	336
Criptomonedas y lavado de activos Por <b>María Belén Linares</b> .....	344
Los conocimientos especiales del funcionario público Por <b>Ezequiel Vacchelli</b> .....	349
Corrupción y derechos humanos desde la perspectiva reguladora argentina Por <b>Patricio N. Sabadini</b> .....	356



# Autoridades del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal

---

## Autoridades del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal

Président / *President* / Presidente

*Javier Augusto DE LUCA*

Vice-Président / *Vice-President* / Vicepresidente

*Daniel ERBETTA*

Secrétaire Général / *Secretary General* / Secretario general

*Luis María BUNGE CAMPOS*

Secrétaire Général adjoint / *Deputy Secretary General* /

Secretario general adjunto

*María Ángeles RAMOS*

Trésorier / *Treasurer* / Tesorero

*Francisco FIGUEROA*

Trésorier adjoint / *Assistant Treasurer* / Protesorera

*Gabriela GUSIS*

## Autoridades del Grupo Brasileño de la Asociación Internacional de Derecho Penal

Président / *President* / Presidente

*Carlos Eduardo MACHADO*

Vice-Président / *Vice-President* / Vicepresidente

*Arthur GUEIROS*

Vice-Président / *Vice-President* / Vicepresidente

*Mariângela GAMA MAGALHÃES GOMES*

Secrétaire Général / *Secretary General* / Secretario general

*Ana Luiza DE SÁ*

Secrétaire Général adjoint / *Deputy Secretary General* /

Secretario general adjunto

*Rodrigo DE SOUZA COSTA*

Secrétaire Général adjoint / *Deputy Secretary General* /

Secretario general adjunto

Jeunes Pénalistes Coordinateur / *Young Penalists Coordinator* / Coordinador de Jóvenes Penalistas

*Eduardo SAAD-DINIZ*

Trésorier / *Treasurer* / Tesorero

*Natassja CHALUB*

## Autoridades de la Asociación Internacional de Derecho Penal

Président / *President* / Presidente

*John VERVAELE*

Président Honoraire / *Honorary President* / Presidente honorario

*José Luis DE LA CUESTA*

Vice-Président Exécutif / *Executive Vice-President* / Vicepresidente ejecutivo

*Jean François THONY*

Vice-Président Chargé de la Coordination Scientifique / *Vice-President in charge of scientific coordination* /

Vicepresidenta encargada de la coordinación científica

*Katalin LIGETI*

Vice-Président Chargé des relations extérieures / *Vice-*

*President in charge of external relations* / Vicepresidente encargado de las relaciones externas

*Helmut EPP*

Secrétaire Général / *Secretary General* / Secretario general

*Carlos E. A. JAPIASSÚ*

Trésorier / *Treasurer* / Tesorero

Secrétaire Général adjoint / *Deputy Secretary General* / Secretario general adjunto

*Isidoro BLANCO CORDERO*

Vice-Président Honoraire / *Honorary Vice-President* / Vicepresidente honorario

*Reynald OTTENHOF*

Secrétaire Général adjoint / *Deputy Secretary General* /  
Secretario general adjunto  
*Steve BECKER*

Secrétaire Général adjoint / *Deputy Secretary General* /  
Secretario general adjunto  
*Els DE BUSSER*

Secrétaire Général adjoint / *Deputy Secretary General* /  
Secretario general adjunto  
*Zlata DURDEVIC*

Secrétaire Général adjoint / *Deputy Secretary General* /  
Secretario general adjunto  
*Ahmed KHALIFA*

Secrétaire Général adjoint / *Deputy Secretary General* /  
Secretario general adjunto  
*María Ángeles RAMOS*

Secrétaire Général adjoint / *Deputy Secretary General* /  
Secretario general adjunto  
*Ulrika SUNDBERG*

Secrétaire Général adjoint / *Deputy Secretary General* /  
Secretario general adjunto  
*Kanako TAKAYAMA*

Secrétaire Général adjoint / *Deputy Secretary General* /  
Secretario general adjunto  
*Xiumei WANG*

Directeur Général des Publications / *Director General of Publications* / Director general de publicaciones  
*Gert VERMEULEN*

Secrétaire du Comité Scientifique / *Secretary of the Scientific Committee* / Secretario del Comité Científico  
*Stanislaw TOSZA*

Président du Comité des Jeunes Pénalistes / *President of the Young Penalist Committee* / Presidente del Comité de Jóvenes Penalistas  
*Roberto Manuel CARLÉS*

### **Comité de Jóvenes Penalistas de la Asociación Internacional de Derecho Penal**

Roberto Manuel CARLÉS (Argentina) - *President of the Young Penalists Committee*

Manuel ESPINOZA DE LOS MONTEROS (México)

Wendy DE BONDT (Bélgica)

Megumi OCHI (Japón)

Eduardo SAAD-DINIZ (Brasil)

Ersi BOZHEKU (Italia)

Dominik BRODOWSKI (Alemania)

# Presentación

---

POR JAVIER A. DE LUCA

Durante el 5 y el 6 de agosto de 2019 se celebró el V Simposio científico Internacional de los Jóvenes Penalistas de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), en el Salón Azul de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue organizado por los Grupos Nacionales Brasileño y Argentino, y concurrieron juristas de varios países de Latinoamérica y de España. En la ocasión se recordó que los Jóvenes Penalistas habían nacido precisamente 20 años atrás, en el Congreso de AIDP de Budapest, y que allí estábamos dos de sus fundadores, devenidos ahora en viejos penalistas.

Bajo el amplio título de “Alternativas al Sistema de Justicia Criminal Latinoamericano, Sociedad, Economía y Ciencia”, se generó un espacio de conocimiento científico y camaradería. Se realizaron unas 40 ponencias y se generaron discusiones con los asistentes. Muchas de ellas están reflejadas en esta obra.

Los lectores encontrarán una buena muestra del estado actual de diversas cuestiones que nos preocupan a los juristas de estas latitudes, especialmente a los más jóvenes. La idea de los organizadores fue la de cobijar a quienes se están animando a hacer oír sus voces en el concierto internacional, y creemos que el objetivo fue cumplido.

El desafío para los próximos simposios será el de identificar y exponer con mayor precisión las necesidades discursivas específicas de nuestra región, que muchas veces difieren, aunque sea sutilmente, de las concepciones jurídicas que nos vienen de Europa, de los Estados Unidos de América, de Canadá y de otros países muy desarrollados y con realidades sociales diferentes. Esas distinciones, muchas veces hacen inaplicables sus soluciones a nuestras sociedades, sin la debida adaptación, y será nuestra tarea explicarlas y desarrollar los dispositivos necesarios para implementarlas.

La tarea será ardua, por cierto, porque a los juristas de los países centrales les basta con conocer los últimos desarrollos del derecho penal en sus centros de saber, mientras que nosotros, además de estar al tanto de ellos, deberemos desarrollar estudios propios de esta parte de mundo.

El camino es de ida y vuelta, como se ve reflejado cuando asistimos a los congresos internacionales donde, al mostrar nuestros problemas específicos, hacemos notar a los grandes maestros del derecho penal que muchos de sus postulados no son de aplicación universal sin más, lo cual ha permitido un importantísimo intercambio de conocimientos y el perfeccionamiento, desarrollo y hasta la corrección de muchas de sus ideas.

En fin, el desafío está planteado. Nos toca a nosotros tomar la posta.

*Javier Augusto De Luca*

Presidente del Grupo Argentino AIDP.

Profesor titular asociado de la Facultad de Derecho, UBA.

The 5th International Scientific Symposium of Young Penalists of the International Association of Criminal Law (AIDP) was held on August 5 and 6, 2019, in the Blue Room of the University of Buenos Aires Law School. It was organized by the Brazilian and Argentine National Groups, and it was attended by jurists from several countries in Latin America and Spain. On the occasion it was recalled that the Young Penalist were born precisely 20 years ago, at the AIDP Congress in Budapest, and that two of its founders were present, now having become old penalists.

Under the broad title of Alternatives to the Latin American Criminal Justice System, Society, Economy and Science, a space of scientific

knowledge and camaraderie was generated. Around 40 presentations were made and discussions were generated among the attendees. Many of them are reflected in this work.

Readers will find a good sample of the current state of various issues that concern jurists in these latitudes, especially the younger ones. The idea of the organizers was to shelter those who are daring to make their voices heard at the international concert, and we believe that the objective was met.

The challenge for the next Symposia will be to identify and expose more precisely the specific discursive needs of our region, which often differ, even if subtly, from the legal conceptions that come to us from Europe, from the United States of America, from Canada and other highly developed countries with different social realities. These differences often make their solutions inapplicable to our societies without proper adaptation, and it will be our task to explain it to them and develop the necessary devices to implement their theories.

The task will be arduous, by the way, because the jurists of the central countries just have to know the latest developments in Criminal Law in their centers of knowledge, while we, in addition to being aware of them, must develop studies of this part of the world.

The road is a round trip, as it is reflected when we attend international congresses where, when we show our specific problems, we point out to the great masters of Criminal Law that many of their postulates are not universally applicable without further ado, which has allowed a very important exchange of knowledge and the improvement, development and even the correction of many of their ideas.

In short, the challenge is posed. It is up to us to take it.

*Javier Augusto De Luca*

Presidente del Grupo Argentino AIDP.

Profesor titular asociado de la Facultad de Derecho, UBA.

# Presentación

---

POR FRANCISCO FIGUEROA Y EDUARDO SAAD-DINIZ

El lunes 5 y martes 6 de agosto de 2019 se llevó a cabo el V Simposio de Jóvenes Penalistas de la Asociación Internacional de Derecho Penal, “Alternativas al Sistema de Justicia Criminal Latinoamericano”, desde los ejes de Sociedad, Economía y Ciencia, realizado en el Salón Azul de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, organizado por los Grupos Argentino y Brasileño de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

En el marco del encuentro se conmemoró que hace 20 años se crearon los Jóvenes Penalistas dentro de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en 1999 en Budapest.

De la totalidad de las ponencias presentadas para participar en el evento, se seleccionaron 40, de las cuales 35 fueron expuestas durante el V Simposio por sus autores. Lamentablemente, por diversos motivos, no pudimos contar con la presencia del resto de los autores de los trabajos seleccionados.

Las ponencias discutidas durante el evento reflejaron las visiones y problemáticas latinoamericanas actuales de la República Federativa del Brasil, la República Oriental del Uruguay, de la República del Perú, de los Estados Unidos Mexicanos y de la República Argentina y, también, de parte de Europa, puntualmente, del Reino de España.

También contamos con las exposiciones de Carlos A. Japiassú (Brasil), Javier A. De Luca (Argentina), Claudia Barrilari (Brasil) y Víctor Gabriel Rodríguez (Brasil).

A las jornadas asistieron más de 115 personas que participaron en las discusiones que tuvieron lugar al final de cada panel, hicieron sus aportes críticos a los autores y forjaron un interesante debate.

En el libro podrán encontrar las ponencias y conferencias expuestas durante el simposio y

algunas de aquellas que fueron seleccionadas pero que por motivos diversos se vieron imposibilitados de concurrir al evento. Esta edición refleja el éxito del evento, que queremos acercar y compartir con el lector.

Por último, queremos agradecer a quienes de una u otra manera contribuyeron para que el evento haya sido exitoso y este libro se pudiera editar: Carlos Japiassú (secretario general de la AIDP); Javier De Luca (presidente del Grupo Argentino); María Ángeles Ramos (secretaria general adjunta de la AIDP y del Grupo Argentino); Manuela Parra (Argentina); Hernán Kleiman (Argentina); Ayelén Trindade (Argentina); Daniela Mariani (Argentina); Matías Quercia (Argentina); Gonzalo Guerrero (Argentina); Belén Linares (Argentina); Matías Álvarez (Argentina); Gabriela Gusic (Argentina); a las autoridades del Grupo Brasileño de la AIDP; a los integrantes del Grupo Argentino de la AIDP; a la Asociación Internacional de Derecho Penal; a las autoridades e integrantes del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho, UBA; a las autoridades e integrantes de la Dirección de Relaciones Institucionales de la Facultad de Derecho, UBA; y a los directivos de Thomson Reuters - La Ley.

Septiembre de 2019.

*Francisco Figueroa*

Tesorero del Grupo Argentino de la AIDP.

Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho, UBA.

*Eduardo Saad-Diniz*

Miembro del Comité de los Jóvenes Penalistas de la AIDP.

Profesor de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto.

Programa de Integración Latinoamericana de la Universidad de São Paulo, Brasil.

On Monday, August 5th and Tuesday, August 6th, 2019, the V Symposium of Young Penalists of the International Association of Criminal Law “Alternatives to the Latin American Criminal Justice System” was celebrated, under the topics of Society, Economy and Science. It was held in the Blue Room of the School of Law of Buenos Aires University, organized by the Argentine and Brazilian Groups of the International Association of Criminal Law.

In the meeting, it was commemorated that 20 years ago the Young Penalists were created within the International Criminal Law Association, in 1999 in Budapest.

Of all the papers submitted to participate in the event, 40 were selected, of which 35 were presented during the V Symposium by their authors. Unfortunately, for various reasons, we could not count with the presence of the rest of the authors of the selected works.

The papers discussed during the event reflected the current Latin American visions and problems of the Federative Republic of Brazil, the Eastern Republic of Uruguay, the Republic of Peru, the United Mexican States and the Argentine Republic and, also, part of Europe, punctually, of the Kingdom of Spain.

We also had the exhibitions of Carlos A. Japiassú (Brazil), Javier A. De Luca (Argentina), Claudia Barrilari (Brazil) and Víctor Gabriel Rodríguez (Brazil).

The conference was attended by more than 115 people who participated in the discussions that took place at the end of each panel, made their critical contributions to the authors and forged an interesting debate.

In the book you can find the presentations and conferences exposed during the symposium

and some of those that were selected but for various reasons were not presented at the event. This edition reflects the success of the event, which we want to present to and share with the reader.

Finally, we would like to thank those who in one way or another contributed so that the event was successful and this book could be edited: Carlos Japiassu (General Secretary of the AIDP); Javier De Luca (President of the Argentine Group); María Ángeles Ramos (Deputy General Secretary of the AIDP and the Argentine Group); Manuela Parra (Argentina); Hernán Kleiman (Argentina); Ayelén Trindade (Argentina); Daniela Mariani (Argentina); Matías Quercia (Argentina); Gonzalo Guerrero (Argentina); Belén Linares (Argentina); Matías Álvarez (Argentina); Gabriela Gusic (Argentina); to the authorities of the Brazilian AIDP Group; to the members of the Argentine Group of the AIDP; to the International Association of Criminal Law; to the authorities and members of the Department of Criminal Law and Criminology of the School of Law, U.B.A.; to the authorities and members of the Directorate of Institutional Relations of the School of Law, U.B.A.; and to the directors of Thomson Reuters - La Ley.

Septiembre de 2019.

*Francisco Figueroa*

Tesorero del Grupo Argentino de la AIDP.

Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho, UBA.

*Eduardo Saad-Diniz*

Miembro del Comité de los Jóvenes Penalistas de la AIDP.

Profesor de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto.

Programa de Integración Latinoamericana de la Universidad de São Paulo, Brasil.

# A AIDP na América Latina

---

POR CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ <sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. Introdução.— II. A AIDP.— III. A AIDP na América Latina.— IV. A influência da AIDP na América Latina.**

## **I. Introdução**

A Associação Internacional de Direito Penal é a maior e a mais antiga associação científica destinada ao estudo das ciências penais do mundo.

Foi criada como uma “Société des Savants”, mas com o tempo, foram criados os Grupos Nacionais, para ampliar e difundir as atividades da Associação.

Do mesmo modo, foi criado o Grupo de Jovens Penalistas, para permitir a atuação de jovens juristas no âmbito da AIDP.

Assim, o Grupo Argentino e o Grupo Brasileiro estão entre os mais importantes e esse seminário é a prova viva de tudo isso.

## **II. A AIDP**

A Associação Internacional de Direito Penal é a maior e a mais antiga associação científica destinada ao estudo das ciências penais do mundo.

Foi fundada em 1889, na cidade austríaca de Viena, pelos professores Franz von Liszt (Marburgo/ Alemanha), Gerard van Hamel (Amsterdan/ Países Baixos) e Adolphe Prins (Bruxelas/ Bélgica).

Àquele tempo, denominava-se União Internacional de Direito Penal.

Com a Primeira Guerra Mundial, a União foi dissolvida, e, em 24 de março de 1924, foi

fundada a AIDP, sucessora da União, em Paris, onde até hoje tem a sua sede.

Ressalte-se que a AIDP surgiu como uma *société des savants*, já que somente os grandes penalistas podiam dela fazer parte. Ao longo século XX, isto foi se modificando, com a criação dos Grupos Nacionais após o Congresso de Roma, em 1969.

No processo de modificação da AIDP a partir daí, começaram, já na década de 1970, atividades dirigidas aos jovens penalistas, até que, no Congresso de Budapeste (1999), o, à época, Presidente da AIDP e, depois, Presidente Honorário, M. Cherif Bassiouni decidiu criar o Comitê de Jovens Penalistas, que tem funcionado ininterruptamente desde então.

Uma de suas atividades regulares mais importantes, por certo, é a organização de seu Simpósio, que se realiza, ao menos, anualmente, em locais distintos, como Itália, Alemanha, França e, desta feita, no Brasil.

Para que se tenha uma ideia da relevância do Comitê de Jovens Penalistas para a vida da AIDP, basta mencionar que, por exemplo, o presidente honorário José Luis de la Cuesta Arzamendi e os vice-presidentes Helmut Epp e Katalin Ligeti, o tesoureiro Isidoro Blanco Cordero, o diretor geral de publicações Gert Vermeulen e eu próprio, que sou secretário-geral, participamos de atividades de jovens penalistas no começo de nossas participações na AIDP.

A AIDP é órgão consultivo das Nações Unidas em matéria penal, e congrega cerca de 3.000 membros em 50 países.

O objetivo da associação é estabelecer a aproximação e a colaboração entre aqueles que, em

---

<sup>(\*)</sup> Professor de Direito Penal UERJ/UFRJ. Coordenador PPGD/UNESA. Secretário Geral da AIDP. Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da AIDP.



diferentes países, se dediquem ao estudo do Direito Penal, e da criminalidade, para promover o desenvolvimento teórico e prático de um Direito Penal Internacional.

As línguas oficiais são o inglês e o francês, mas o espanhol é língua de trabalho.

Dentre suas atividades científicas está a publicação da *Révue Internationale de Droit Penal* (International Review of Penal Law), cujo primeiro número surgiu justamente em 1924, dos *Nouvelles Études Pénales*, *Electronic Review of Penal Law* e, mais recentemente, da série AIDP Libri.

O seu maior evento é o Congresso Internacional de Direito Penal, que, após 1964, passou a ter um intervalo de cinco anos.

Já foram realizados os seguintes Congressos: Bruxelas/ Bélgica (1926), Bucareste/ Romênia (1929), Palermo/ Itália (1933), Paris/ França (1937), Genebra/ Suíça (1947), Roma/ Itália (1953), Atenas/ Grécia (1957), Lisboa/ Portugal (1961), Haia/ Países Baixos (1964), Roma/ Itália (1969), Budapeste/ Hungria (1974), Hamburgo/ Alemanha (1979), Cairo/ Egito (1984), Viena/ Áustria (1989), Rio de Janeiro/ Brasil (1994), Budapeste/ Hungria (1999), Pequim/ China (2004), Istambul/ Turquia (2009) e Rio de Janeiro/Brasil (2014).

O próximo Congresso da AIDP será realizado em Roma/ Itália, de 13 a 16 de novembro de 2019.

Além do Congresso, a AIDP realiza Colóquios Preparatórios, Conferências Mundiais, Conferências Regionais (como a de Buenos Aires, em 2008, e em Salvador, em 2010), além das atividades dos Jovens Penalistas.

A AIDP está direcionada a juristas, e em especial aos penalistas, criminólogos e a todos aqueles que se ocupam ou se interessam pelas Ciências Criminais em geral, e conta com 43 Grupos nacionais ativos que representam a Associação em seus países de origem, dentre eles o Grupo Brasileiro.

As quatro áreas de atuação da AIDP são as seguintes: Política Criminal e Codificação do

Direito Penal; Justiça Penal Comparada; Direito Penal Internacional; Direitos Humanos e Administração da Justiça Penal.

Os Congressos da AIDP se dividem em quatro seções, que tratam, respectivamente, de Direito Penal — Parte Geral, Direito Penal — Parte Especial, Direito Processual Penal e Direito Penal Internacional.

A AIDP mantém relações com outras instituições, como a Sociedade Internacional de Criminologia, a Sociedade Internacional de Defesa Social e a Fundação Internacional Penal e Penitenciária, formando as Quatro Grandes Associações.

Além de ser órgão consultivo das Nações Unidas, mantém uma relação muito próxima com o Instituto Internacional de Direitos Humanos e Justiça Criminal de Siracusa (Itália).

### III. A AIDP na América Latina

Latino-americanos, há muito tempo, têm presença destacada na AIDP.

Há, na região, quatro grupos nacionais ativos: Brasil, Argentina, México e Chile. Além desses, já houve outros três: Peru, Colômbia e República Dominicana.

Já foram realizados dois Congressos Internacionais no Rio de Janeiro (1994 e 2014) e uma Conferência Mundial em Guadalajara (2007), além de Colóquios Preparatórios (Guadalajara, Santiago, Rio de Janeiro e Buenos Aires) e Conferências Regionais (Buenos Aires e Salvador).

Diversos latino-americanos têm participado dos órgãos diretivos da Associação. São eles:

Membros do Comitê Executivo (COEX):

1. Heleno Claudio Fragoso (Brasil)
2. João Marcello de Araujo Jr. (Brasil)
3. Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)
4. Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Brasil)
5. María Ángeles Ramos (Argentina)



Membros do Comitê de Jovens Penalistas:

1. Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Brasil)
2. Luciana Boiteux (Brasil)
3. Manuel Expinoza de los Monteros (México)
4. Roberto Carlés (Argentina)
5. Eduardo Saad-Diniz (Brasil)

Membros do Conselho de Direção

1. Nelson Hungria (Brasil)
2. Heleno Claudio Fragoso (Brasil)
3. João Marcello de Araujo Jr. (Brasil)
4. Evandro Lins e Silva (Brasil)
5. René Ariel Dotti (Brasil)
6. Sergio Salomão Shecaira (Brasil)
7. Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)
8. Javier de Luca (Argentina)
9. Eduardo Novoa Monreal (Chile)
10. José Mendoza (Venezuela)
11. Fernando Espinoza de los Monteros (México)
12. Alfredo Etcheberry (Chile)

#### IV. A influência da AIDP na América Latina

A União Internacional de Direito Penal surgiu num contexto de modificações sociais decorrentes da industrialização no final do século XIX na Europa, de reforma penal e insatisfação com os sistemas penitenciários estabelecidos.

A UIDP reunião não só acadêmicos, mas também a membros de Parlamentos (von Liszt e van Hamel) ou Diretores de Instituições Penitenciárias (Prins), sob influência da Escola Positiva.

Em seu Estatuto de 1898, a missão da UIDP foi estabelecido em nove pontos no artigo II:

1. La mission du droit pénal c'est la lutte contre la criminalité envisagée comme phénomène social.

2. La science pénale et la législation pénale doivent donc tenir compte des résultats des études anthropologiques et sociologiques.

3. La peine est un des moyens les plus efficaces dont l'Etat dispose contre la criminalité. Elle n'est pas le moyen unique. Elle ne doit donc pas être isolée des autres remèdes sociaux et notamment pas oublier les mesures préventives.

4. La distinction entre les délinquants d'accidents et les délinquants d'habitude est essentielle en pratique comme en théorie: elle doit être la base des dispositions de la loi pénale.

5. Comme les tribunaux répressif et l'administration pénitentiaire concourent au même but et que la condamnation ne vaut que par sa mode d'exécution, la séparation consacrée par notre droit moderne entre la fonction répressive et la fonction pénitentiaire est irrationnelle et nuisible.

6. La peine privative de liberté occupe à juste titre la première place dans notre système de peines, L'Union accorde une attention spéciale à tout ce qui concerne l'amélioration des prisons et des institutions qui s'y rattachent.

7. En ce qui concerne toutefois les peines d'emprisonnement de courte durée, l'Union considère que la substitution à l'emprisonnement de mesures d'une efficacité équivalente est possible et désirable.

8. En ce qui concerne les peines d'emprisonnement de longue durée, L'Union estime qu'il faut faire dépendre la durée de l'emprisonnement, non pas uniquement de la gravité matérielle et morale de l'infraction commise, mais aussi des résultats obtenus par le régime pénitentiaire.

9. En ce qui concerne les délinquants d'habitude incorrigibles, L'Union estime qu'indépendamment de la gravité de l'infraction, et quand même il s'agit que de la réitération des petits délits, le système pénal doit avant tout avoir

comme objectif de mettre ces délinquants hors d'état de nuire, le plus longtemps possible.

O que se pode constatar nesses 130 anos de UIDP e 95 da AIDP é que a sua influência segue marcante, sendo um fórum privilegiado para o debate e a troca de ideias entre acadêmicos e profissionais de diversos continentes.

Essa atuação permitiu o desenvolvimento de estudos de direito comparado, tão necessários à compreensão do nosso tempo, particularmente em uma região como a América Latina.

Por tudo isso, é tão importante a realização de eventos para Jovens Penalistas, que serão o futuro da Associação e das Ciências Penais.

# Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil <sup>(\*)</sup>

POR EDUARDO SAAD-DINIZ <sup>(\*\*)</sup>

**Sumario: I. Lecciones históricas del *Africa Undermined* y de la maldicción de las mineras.— II. La preocupación con la víctima y la justicia restaurativa.— III. Revisión de las prácticas restaurativas.— IV. Problemas de responsabilidad y la dependencia comunitaria.— V. Interrogantes teóricos: el giro del valor de los *shareholders* hacia el de los *stakeholders*.— VI. La crítica interna a la teoría de los *shareholders*.— VII. La crítica externa: *shareholders* vs. *stakeholders*.— VIII. ¿Es posible pensar en los *stakeholders* como víctimas?— IX. A título de colofón: más allá de los *stakeholders*.**

Después de poco más de tres años, la atribución de responsabilidad, empresarial o individual, a la catástrofe de las represas de Samarco o a la “Tragedia de Mariana” sigue siendo una página en blanco. El proceso penal contra de la empresa se encuentra suspendido (en su mayoría, miembros del Consejo de Administración) (1). Con eso, se crea la sensación de que no hay culpable por la tragedia. La débil política regulatoria, estrategias de enforcement desarticuladas e iniciativas corporativas resistentes a la cooperación se encuentran bastante lejos de expresar prácticas restaurativas mínimamente fiables y pasibles de métrica en relación con su efectivo beneficio para todos los *stakeholders* comprometidos con el contexto empresarial. Lo más curioso de todo esto es que, en Brasil, es tan grande la insuficiencia de los instrumentos de control que Samarco sigue siendo una empresa líder en responsabilidad social corporativa: la compañía fue de las primeras mineras a recibir la certificación del ISO 14001, desde el año 1998. Como si eso no fuera suficiente, dos años

después una nueva catástrofe en una empresa gestionada por el mismo grupo económico dio lugar a la “Tragedia de Brumadinho”. A pesar de los múltiples niveles de victimización, o, a pesar de que las sucesivas tragedias hayan destrozado el ambiente y reducido comunidades locales a la vulnerabilidad en distintas formas e intensidad, el diagnóstico de las autoridades públicas es que hay casi una centena de mineras bajo amenaza de nuevos rompimientos en Brasil (2).

Parece que las recientes tragedias ambientales aportan desafíos que exponen la incapacidad que el ordenamiento jurídico brasileiro tiene para lidiar con ellos. Definitivamente, se trata de un ambiente regulatorio demasiado frágil y capturado por algunas décadas de estrategias corporativas. Las dimensiones de la victimización corporativa producidas por la actividad minera amenazan, sistemática y rutineramente, a producir daños irreversibles, procesos de múltiples victimizaciones, insuficiencia de recursos públicos para restaurar el conflicto y falta de gobernanza en la explotación de nuestros propios recursos naturales.

(<sup>1</sup>) Texto presentado en el marco del Proyecto REPMULT - La responsabilidad penal de las empresas multinacionales por violación a los derechos humanos y al medio ambiente (Universidad Castilla La Mancha/Universidad Carlos 3, Madrid, España - Coord. Adán Nieto Martín y Jacobo Dopico).

(<sup>2</sup>) Profesor de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto y Programa de Integración Latinoamericana de la Universidad de São Paulo, Brasil.

(1) HC 1033377-47.2018, TRF 1ª Região, 16/11/2018.

(2) Para la contextualización del caso Samarco en Brasil, la investigación empírica organizada por PRATA, Daniela Arantes, “Criminalidade corporativa e vitimização ambiental: análise do Caso Samarco”, LiberArs, 2019, São Paulo, ps. 39 y ss.

A pesar de eso, la explotación minera no es un problema por sí sola. Caroline Kaeb, en estudio comparado sobre distintos sectores de la industria, identifica con precisión el “daño ‘especial’” causado por la industria extractivista, con especial referencia a la violación de derechos humanos: “en lo que respecta a las violaciones de los derechos humanos en el sector extractivo derivadas principalmente de actos excesivos en virtud de los acuerdos de seguridad corporativa, los del sector manufacturero se producen principalmente dentro de la cadena de suministro e infringe las normas laborales en el lugar de trabajo”. En los sectores más descentralizados, como el textil, la atribución de responsabilidad en la cadena productiva es mucho más fácilmente aprehensible. Kaeb incluso hace hincapié en el hecho de que la concentración de poder en las estructuras corporativas refuerza la complicidad corporativa con articulaciones políticas antidemocráticas (3). Hay una cantidad impresionante de casos en todo el mundo donde la complicidad de las empresas con violaciones de derechos humanos afecta la legitimidad de la explotación minera (4).

---

(3) KAEB, Caroline, “Emerging Issues of Human Rights Responsibility in the Extractive and Manufacturing Industries: Patterns and Liability Risks”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6/2008, p. 343-344.

(4) Kaeb discute, en detalles, las diferentes formas de complicidad: “direct knowingly; indirect silent; systematic”, KAEB, Caroline, “Emerging Issues of Human Rights...”, cit., p. 344.

Hoy día, me parece que tiene poco sentido el sentimiento anticorporativo de los años ‘70 del siglo pasado (5). El problema cíclico de la gestión de desastres ambientales, desde una inequívoca objetividad, es que la construcción sistemática de represas low cost representa una fuente intolerable de comportamiento corporativo socialmente dañoso. Según fue informado por el periódico *Folha de S. Paulo*, la empresa Samarco, a indiferencia de las consecuencias altamente peligrosas de su decisión empresarial, “utilizó un modelo más barato e inseguro de barrera”. La construcción de barreras de la forma más vulnerable elimina el delicado interrogante sobre la mens rea (intencionalidad) de las corporaciones, ya que permite fácilmente reconocer la indiferencia a las consecuencias altamente peligrosas de un comportamiento empresarial arriesgado. A pesar de todos sus recursos para construir una barrera sólida y segura a la “jusante”, las mineras regularmente eligen la opción a “montante”, “la más barata e insegura”, tal como se representa en el cuadro infra (6).

---

(5) Icónico, NADER, Ralph, “Unsafe at any speed: the designed-in dangers of the American Automobile”, Grossman, Detroit, 1965; NADER, Ralph et al., “Taming the giant corporation: how the largest corporations control our lives”, Norton, New York, 1977; CLINARD, Marshal - YEAGER, Peter, “Corporate crime”, The Free Press, London, 1980. Más actual es la crítica a posiciones extremas y poco concluyentes sobre el rol de las corporaciones en la sociedad moderna, LAUFER, William, “Demonizing Wall Street”, *Yale Journal of Regulation Bulletin*, 2019 (breve publicación).

(6) “Samarco utilizou modelo mais barato e inseguro de barragem”, *Folha de S. Paulo*, 09/09/2019.

## O BARATO QUE PODE SAIR CARO

Maioria das barragens no país é feita pelo método mais simples e inseguro

### AS QUATRO FORMAS DE MONTAR UMA BARRAGEM

#### Primeiro passo

É feita uma barreira inicial, construída com terra. Quando os rejeitos chegam próximo da capacidade máxima, mais um “degrau” é acrescentado à barragem



**1 Montante**  
A barragem cresce por meio de degraus (caso de Mariana - MG), o que a torna **menos segura**. É o método mais barato

**2 Jusante**  
Barragem cresce sobre ela mesma, formando uma espécie de pirâmide única

**3 No centro**  
Os ‘degraus’ da barragem são feitos exatamente um sobre os outros

**4 Barragem seca**  
Uma espécie de piscina, que pode ser de concreto, é enchida com os rejeitos da mineração. É a opção **mais segura**



**Tamanho**  
A barragem de Fundão, que cedeu em Mariana, estava projetada para atingir 150 m de altura. No dia da tragédia, ela tinha entre 130 e 140 m

Más que razonable, es cuestión de justicia determinar los niveles de complicidad corporativa con semejante nivel de victimización. Si pensamos en la capacidad económica de las mineras, ¿cómo sería posible tolerar un nivel tan bajo de seguridad en la explotación de los recursos naturales? ¿Por qué razón las empresas deben ser tan agresivas en sus actividades económicas? Es extraordinario el nivel de indiferencia moral frente a las consecuencias de decisiones corporativas, pero son todavía aún

más obscuras las motivaciones éticas bajo las que las corporaciones movilizan su libertad de acción empresarial para generar efectos sociales tan dañosos. Tomando por base estos presupuestos, la investigación científica en ese campo debería revelar cuánto abuso de poder corporativo debería tolerar la política regulatoria doméstica. A partir de esa fundamentación empírica es que sería posible reconocer el nivel de victimización insostenible de la actividad minera.

La necesidad de “reimaginación” del problema, sin embargo, exige razonamiento más allá de la formulación de alternativas viables para imputar responsabilidad a las mineras. La arquitectura jurídica que ejerce el control social formal de las mineras debe llevar en consideración el hecho de que las comunidades locales presentan un alto nivel de *dependencia comunitaria* frente a la actividad minera, remontando a la anécdota histórica de la “maldición minera”. Por su parte, además de interrogar las formas a partir de las cuales semejantes tragedias ambientales podrían ser prevenidas, lo que de hecho más importa es inaugurar una nueva suerte de orientación normativa, determinando lo que exactamente puede ser hecho para restaurar el conflicto y darles voz a quien fue efectivamente victimizado. El desafío científico consiste en utilizar el conocimiento científico a servicio de la “desvictimización” de las comunidades locales, tornándolas menos dependientes de las gigantes compañías mineras.

En función de eso, este ensayo, luego de una breve contextualización histórica, se dedica a analizar los desarrollos recientes de la justicia corporativa en ese campo, las nociones de comportamiento corporativo socialmente dañoso y los recientes desarrollos de la victimología corporativa (Laufer) y de la ética en los negocios, netamente basados en el análisis de los programas de *compliance* de derechos humanos. De una forma un tanto optimista, una revisión de la orientación normativa podría reconectar los regímenes corporativos y la justicia basada en la comunidad, direccionando los recursos económicos de las mineras, que por décadas se valieron de la desgobernanza de la explotación de recursos naturales.

### **I. Lecciones históricas del *Africa Undermined* y de la maldición de las mineras**

Nuestra negligencia en relación con la histórica de la industria extractivista es olímpica. Somos cómplices de las violaciones sistemáticas en el continente africano. Impresiona negativamente nuestra negligencia con relación a la brutal experiencia de explotación de los recursos naturales en las últimas cuatro o cin-

co décadas en África, en lo que se conoce en la literatura como *Africa Undermined* (7). Comparadas a otras actividades empresariales, el sector minero opera en escala mucho más amplia y requiere no solamente menos recursos laborales, sino que, además, dispensa la creación de una red empresarial de proveedores local. La historia de las mineras en África se destinó casi exclusivamente para exportación, recurriendo a métodos carísimos de explotación de las minas. Consecuencia de eso es el empleo de poquísimas personas de las comunidades locales, sin vínculos más consistentes con la formación de una economía local. La verdad es que la forma agresiva de explotación minera hace que los países en desarrollo se encuentren *undermined*, reproduciendo una sociedad inmersa en pobreza extrema, marginalización y dependencia comunitaria (8).

La lección histórica del continente africano, para decir lo mínimo, enseña que la relación entre semejante forma de producción y el desarrollo socioeconómico es casi inexistente (9). Tal como lo problematizan Lanning y Mueller, “cuando esas corporaciones agoten los depósitos de minería de África, ¿tendrá el continente algo más que mostrar que no sean enormes agujeros en el piso?” (10). De te fabula narratur tal vez sea lo más razonable para ser pensado sobre Latinoamérica.

En Latinoamérica, ya es sentido común hablar de la “maldición de las mineras”. El esfuerzo de las autoridades locales es insuficiente y no demuestra capacidad de formular técnicas de gobernanza de la explotación de los recursos naturales más consistentes. Además de cierto desinterés o conveniencia por parte de reguladores y fiscalizadores, convencen muy poco los

---

(7) LANNING, Greg - MUELLER, Marti, “Africa Undermined: mining companies and the underdevelopment of Africa”, Penguin, Middlesex, 1979, ps. 23-24.

(8) SPAR, Debora, “The spotlight and the bottom line: how MNCs export human rights”, *Foreign Affairs*, 3/4, 1998.

(9) Véase también EZEONU, Ifeanyi, «Market criminology: State-corporate crime in the Petroleum Extraction Industry», Routledge, New York, 2018, ps. 85 y ss.

(10) LANNING, Greg - MUELLER, Marti, “Africa Undermined...”, cit., p. 24.



mecanismos de ejercicio del control social formal, netamente las medidas sancionadoras (11).

De hecho, las mineras se valen de una “combinación explosiva”: desgobernanza de la extracción de recursos naturales; retórica neoextractivista; complicidad de autoridades locales (sobre todo a partir de la financiación de campaña electoral); complicidad de las autoridades de *enforcement* (fiscalización como instrumento de extorsión, falta de utilidad de las sanciones) y, por ende, la fragilidad de la política regulatoria y de *royalties*. No es tarea fácil subrayar una naturaleza *particular* del sector, especialmente en lo que concierne a la experiencia brasileña. La literatura científica en ese campo es escasa, y la búsqueda por información más concreta fracasa frente a la falta de elementos empíricos más substanciales sobre las víctimas de las mineras. Hay algunos estudios relevantes recomendando una mejor estructura regulatoria del comportamiento corporativo de las mineras, pero no son acompañados por estudios correlativos sobre estrategias de *enforcement* más consistentes. Y no es distinto en términos de iniciativas proactivas, orientadas a compartir los beneficios de la explotación minera con las comunidades locales.

Una estrategia de control social especializada podría encontrar sus fundamentos en la comprensión de la especificidad de los procesos de victimización que se deducen de la actividad minera. Su violencia corporativa, más que cualquier otra, resulta en una cantidad intolerable de comportamiento corporativo socialmente

dañoso (12). Lo que hace que las mineras sean tan especiales —y quizás justifiquen el sentido de “demonización” en su contra— es el hecho de que su comportamiento socialmente dañoso representa el más intensivo entre todos los comportamientos corporativos violentos. Ningún otro sector de la industria distribuye menos los beneficios con las comunidades locales o emplea tan pocas personas, o aun captura frágiles autoridades públicas locales como lo hace el sector extractivista. El argumento de que las multinacionales son sometidas o forzadas a “extorsión” o “esquemas corruptos” es moralmente injustificable; sería una injusticia atribuir la culpa por estrategias corporativas agresivas a una población vulnerable en su entorno. Tal como ya lo puntuaba Kaeb, ninguna otra cadena productiva vulnera tan profundamente el ambiente y desintegra las formaciones de cohesión social en comunidades locales vulnerables como suelen hacerlo las empresas mineras. El verdadero benchmark de las mineras en África coincidió con la reproducción de relaciones asimétricas de poder entre las multinacionales y los ordenamientos domésticos, sobre todo en contra de los países con menos recursos, con elevados riesgos ambientales y la mínima distribución de los shares con las comunidades locales.

O sea, la victimización puesta en el sector extractivista se extiende mucho más allá de la simple detección del comportamiento corporativo socialmente dañoso, así como gran parte de los internacional legal advisors o consultoras internacionales están explotando como un “lucrativo producto de mercado” o aún como otra forma más de hacer negocios a partir de gastos de compliance (compliance expenditures) (13). Solamente a modo de ilustración, la tributación

(11) La discusión colombiana parece un tanto más detallada. Véase, por ejemplo, FIERRO MORALES, Julio, “Políticas mineras en Colombia”, ILSA, Bogotá, 2012, p. 41; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando, “La eficacia de las sanciones administrativas, en materia minera”, HENAO, Juan Carlos - GONZÁLEZ ESPINOSA, Ana Carolina (org.), “Minería y desarrollo”, Externado, Bogotá, 2016, v. 2, ps. 407-436; ROJAS Q., Claudia - MONTES, Carolina, “El uso del mercurio y sus repercusiones en el ambiente y la salud pública en Colombia”, HENAO, Juan Carlos - GONZÁLEZ ESPINOSA, Ana Carolina (org.), Minería y desarrollo, cit., v. 2, ps. 37-70; críticas a las “zonas de exclusión de minería”, GÓMEZ LEE, Martha Isabel, “Colombia megadiversa: entre biodiversidad o minería?”, HENAO, Juan Carlos - GONZÁLEZ ESPINOSA, Ana Carolina (org.), Minería y desarrollo, cit., v. 2, ps. 71-106.

(12) Tradicionalmente, la violencia corporativa se refiere al daño inmediato y riesgo de daño al consumidor, empleados y público en general, deducido de decisiones advenidas de personas que ocupan jerarquía relevante en la empresa. La noción de violencia corporativa puede ser resultado tanto de violaciones intencionales (willfull violation) cuanto de conducta negligente (corporate negligence) por parte de la corporación, orientada por la noción lucro a cualquier costo, HILLS, Stuart, “Corporate violence: injury and death for profit”, Rowman&Littlefield, New Jersey, 1987, p. vii. Un concepto moderno de violencia corporativa está, todavía, por ser desarrollado.

(13) El análisis sobre la aplicación extraterritorial del Dodd-Frank Act, EE.UU., en África, es bien representativo.

de las corporaciones de la industria extractivista se refiere a contextos delicados de elusión fiscal o planeamiento agresivo, o aun al sistema de royalties basado en los ingresos (revenue-based royalties system) (14) y concesión abusiva de ventajitas fiscales en negocios trasfronterizos. Peor que eso, no es solamente una cuestión de asegurar que el gobierno reciba una parcela justa de los resultados de las multinacionales. La capacidad de formulación de políticas públicas por parte de los gobiernos, especialmente en países en desarrollo, son altamente dependientes de los resultados devenidos de la industria (15).

Sin que podamos aprender con las lecciones del Africa Undermined, en los países en desarrollo las mineras siguen manipulando el juego institucional volcado a la explotación de ambientes regulatorios flojos, poniendo sus recursos y venta de activos en jurisdicciones frágiles, evitando la recaudación de impuestos. Y, por ende, para no mencionar que corporaciones disfrutaban de inmensurables beneficios en los paraísos fiscales, instrumentalizando en su favor libertades personales —en su momento, conquistas históricas—, generando cada vez más asimetría de información frente al sistema de justicia criminal por medio del secreto y de la confidencialidad (16).

## II. La preocupación con la víctima y la justicia restaurativa

Por mucho tiempo se concibió la justicia restaurativa como equivalente a la inclusión de la víctima en la solución del conflicto. Es decir, a partir del incremento de su capacidad de comunicación, dándole voz a la víctima y a la co-

munidad. Teóricamente, el énfasis en las teorías discursivas es problemático, tal como la crítica criminológica lo deja bien claro: no son las construcciones del pensamiento las que conducen la realidad, sino que es la realidad la que ofrece las bases de la construcción de sentido de las interacciones entre ofensor y víctima. Sin embargo, el rechazo teórico-radical —es decir, que el consenso generado puede resolver el conflicto, pero no resuelve las contradicciones bajo que se produce el conflicto— no descalifica la búsqueda de soluciones alternativas, nuevas experimentaciones y tests de estrategias para mejorar la situación de las víctimas.

En una palabra, desde sus fundamentos morales, restaurar significa restaurar la calidad de la vida social. Basada en su orientación normativa, la justicia restaurativa permite experimentar nuevas formas de ejercicio de la justicia social. Se trata de la experimentación de soluciones constructivas para problemas sociales y sus injusticias. *Al menos en tesis*, la justicia restaurativa puede aportar más que instrumentos de aplicación al caso concreto; antes de todo, refleja la necesidad de priorización del control social formal a los casos más severos y una combinación más inteligente de controles informales de integración de la perspectiva de la víctima. Hay muchas dudas, sin embargo. Y ellas no se resumen a su repertorio conceptual —¿qué es la restauración? ¿Qué es la justicia, quién merece justicia, cómo promover la justicia? ¿Qué es, al fin de cuentas, la justicia restaurativa?— sino que se extienden a la implementación efectiva de las prácticas restaurativas.

Además de la emergencia del empleo de nuevas tecnologías en el sistema de justicia criminal, la justicia restaurativa (17) parece ser una luz en el fin del túnel entre las alternativas de control de la criminalidad corporativa. Conceptualmente, Strang y Braithwaite dividen la justicia restaurativa en tres distintas categorías: 1) procedimental, comprometiéndolo a todos los *stakeholders*; 2) valorativa (mecanismos alternativos a la perspectiva tradicional de justicia); 3) integrada, idealmente concebida como un continuum entre el com-

---

Véase, p. ej., “How Dodd-Frank is failing Congo”, Foreign Policy, 02/02/2015.

(14) MINTZ, Jack, “Taxes, royalties, and cross-border resources investments”; DANIEL, Philip et al. (org.), *International taxation and the extractive industries*, Routledge, London, 2017, p. 323.

(15) DISCHINGER, Mathias - RIEDEL, Nadine, “Corporate taxes and the location of intangible assets within Multinational Firms”, *Journal of Public Economics*, 95/2011, ps. 691-707.

(16) MAFFINI, Giorgia, “Tax haven activities and the tax liabilities of Multinational Groups”, Oxford University Press, Oxford, 2009; GRAVELLE, Jane, “Tax havens: international tax avoidance and evasion”, Congressional Research Service, Washington, 2013.

(17) STRANG, Heather - BRAITHWAITE, John, “Restorative justice and civil society”, Cambridge, 2001, ps. 1-13.



prometimiento de *stakeholders* e formas alternativas de justicia (18). Lo más importante de todo es que la justicia restaurativa suma la figura de la víctima en la solución del conflicto, dándole voz y lugar. No mucho más de lo que ya proponía Nils Christie: “hacer con que las personas involucradas en un conflicto victimal puedan verse unas a otras; hablar unas con las otras, comprender mejor lo que pasó y por qué pasó”(19). Es verdad, sin embargo, que las evidencias sobre la efectividad de las prácticas restaurativas en la reducción de la criminalidad son, en pocas palabras, limitadas (20). Desde el punto de vista de su aplicación práctica, vale como instrumento de desformalización, reconocimiento, participación más efectiva e inclusión de los “olvidados” del sistema de justicia criminal.

Heather Strang, al integrar esos elementos, aclara que la justicia restaurativa potencialmente puede “despertar emociones de remordimiento y perdón” que pueden promover cambios substanciales en el sistema de justicia criminal. Según ella, las prácticas restaurativas pueden efectivamente proporcionar los “medios a partir de los cuales los daños a las víctimas y sus necesidades son expuestos”, reforzando la centralidad de la víctima en todo el proceso decisorio. El simple hecho de dimensionar mejor el daño a las víctimas no solamente permite incrementar la capacidad de control social de sus emociones negativas, sino que también garantiza la legitimidad de la respuesta institucional, menos ostensiva que los mecanismos formales de control, y más sensible que la respuesta exclusivamente represiva. Es decir, “sin ese reconocimiento, la justicia restaurativa permanecería limitada a disputas triviales entre las personas lesionadas de forma insignificante por

el delito”(21). Al menos en tesis, en la justicia restaurativa a todos los *stakeholders* lesionados (affected) por una injusticia les es ofrecida la oportunidad de discutir sus consecuencias y lo que debe ser realizado para superar el impacto negativo del delito. “La injusticia duele, la justicia debería curar” (injustice hurts, justice should heal), así lo formuló Braithwaite. Esta necesidad de rever los fundamentos del sistema de justicia criminal remonta al seminal discurso de Lawrence Sherman sobre el “giro emocional” en las ciencias criminales (22). Luego de eso, Sherman y Strang siguieron cosiendo los vínculos entre las teorías de la emoción y la relación entre ofensor y víctima. Según ellos, la justicia restaurativa facilitaría la revisión de la relación asimétrica entre ofensor y víctima, justamente por generar “empoderamiento emocional”(23) y aportar nuevas estrategias de apologías y, sobre todo, perdón (24). En otra oportunidad, se defendió que “más allá de aquellos ordinariamente negligenciados por la justicia criminal, las prácticas restaurativas confieren mucho más espacio para narrativas transformativas y para suscitar interrogantes morales en el proceso decisorio”(25).

Por otro lado, las críticas se extienden, desde una observación externa, de la falta de evidencias sobre su efectividad, hasta, a partir de una observación interna, las insuficiencias inmanentes a la propia concepción de restauración. Es

(21) STRANG, Heather, “Is restorative justice imposing its agenda on victims?” ZEHR, Howard et al., (ed.), *Critical issues in Restorative Justice*, Monsey, New York, 2004, ps. 95-106.

(22) SHERMAN, Lawrence, “Reason for emotion: reinventing justice with theories, innovations, and research”, *Criminology*, 41/2003, ps. 1-37.

(23) STRANG, Heather, “Is restorative justice imposing...”, cit., ps. 95-106.

(24) SHERMAN, Lawrence - STRANG, Heather, “Empathy for the devil: the nature and nurture of revenge”, KARSTEDT, Susanne et al. (org.), *Emotions, crime and justice*, Hart, 2014, ps. 145-168.

(25) El ‘giro emocional’ que pueden aportar las prácticas restaurativas podría ser bien promisor si utilizar los recursos del sector privado de forma transparente, SAAD-DINIZ, Eduardo, “Transforming the role of corporations in criminal proceedings: ideas on compliance and corporate victimization”, BRODOWSKI, Dominik et al. (org.), *The role of corporations in criminal justice - RIDP*, 89/2018, ps. 69-82.

(18) Ibidem.

(19) CHRISTIE, Nils, “The ideal victim”, FATTAH, Ezzat, *From crime policy to victim policy*, Palgrave, London, 1986, ps. 18-19.

(20) SHERMAN, Lawrence - STRANG, Heather, “Restorative justice: the evidence”, *The Smith Institute*, 2007, ps. 15, 88. En detalles sobre las perspectivas teóricas de la justicia restaurativa, STRANG, Heather, “Repair or revenge: victims and restorative justice”, Oxford Press, Oxford, 2002; STRANG, Heather - SHERMAN, Lawrence, “Repairing the harm: victims and restorative justice”, *Utah Law Review*, 2003, ps. 15-42.

cierto que Sherman y Strang no lograron demostrar evidencias más convincentes en relación con la efectividad de las prácticas restaurativas (26). Y también es cierto que la justicia restaurativa acaba por reproducir niveles muy semejantes de la selectividad de la justicia criminal tradicional, como si ella propia pudiera librarse de lo que Nils Christie una vez llamó “expropiación del conflicto” de la víctima (27). Aún más serio que eso, en el ámbito corporativo Laufer fue contundente al afirmar que las prácticas restaurativas se arriesgan a reducirse a estrategia para evitar que las empresas sean sometidas a la reprobación penal (28), además del riesgo de su uso para “limpieza de su reputación” (corporate greenwashing) (29). Se suma a eso el riesgo del overcompliance (30), vulnerando pequeñas actividades mineras (menos agresivas, pero sin capacidad económica de elevar sus niveles de control de riesgo), y la necesidad de que las empresas líderes en el sector promuevan la capacitación de sus redes contractuales y cadenas productivas (31).

(26) SHERMAN, Lawrence - STRANG, Heather, “Restorative justice...”, cit., p. 88.

(27) CHRISTIE, Nils, “Conflict as property”, *The British Journal of Criminology*, 17/1977, ps. 1-15.

(28) LAUFER, William - STRUDLER, Alan, “Corporate crime and making amends”, *American Criminal Law Review*, 44/2007, ps. 1307 y ss.

(29) LAUFER, William, “Social accountability and corporate greenwashing”, *Journal of Business Ethics*, 43/2003, ps. 253-261.

(30) Basada en las teorías de la rational choice, Melissa Rorie intenta demostrar cómo las organizaciones, en verdad, se valen de cálculos de costos/beneficios para situar sus empresas en posición estratégica dominante en el mercado, RORIE, Melissa, “An integrated theory of corporate environmental compliance and overcompliance”, *Crime, Law and Social Change*, 64[2], 65-101. Falta, sin embargo, realismo en sus análisis, especialmente para demostrar como las corporaciones, más que simples estrategia de mercado, capturan el ambiente regulatorio en países en desarrollo. La perspectiva crítica no le escapó a la analítica de Raúl Zaffaroni y Ilson dos Santos, al apuntar que grandes corporaciones pueden valerse de exigencias de compliance para eliminar a players menos favorecidos económicamente, ZAFFARONI, Raúl - SANTOS, Ilson, “La nueva crítica criminológica: criminología en tiempos de totalitarismo financiero”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2019, ps. 110 y ss.

(31) Ampliamente sobre eso, SAAD-DINIZ, Eduardo, “Ética en los negocios y compliance: entre la educación ejecutiva y la interpretación judicial” (breve publicación). Para la noción de desjudicialización y descentralización de las fuentes de producción normativa hacia la auto-

Entre todas las dudas, la única certeza que queda es que no hay propiamente una configuración moral más o menos adecuada a la justicia restaurativa. La restauración no presupone una categoría analítica definitiva, ni un modelo abstracto a ser aplicado, ni una referencia legislativa que establezca más que sus directrices. Se trata, antes de todo, de la proposición de nuevas prácticas sociales que ofrezcan mejores condiciones de vida a las víctimas y que, en su momento, puedan ser científicamente confrontadas con relación a su efectividad. No sería más complejo que el siguiente planteo: el empleo concreto de prácticas restaurativas debe ser evaluado y de esa evaluación se deben extraer sus consecuencias teóricas.

### III. Revisión de las prácticas restaurativas

La crítica no debe satisfacerse por sí misma. Las catástrofes causadas por la explotación de los recursos naturales en las economías periféricas deben inspirar la revisión del empleo de prácticas restaurativas. Todo lleva a creer que en el caso Samarco la corporación hace un trabajo decente en la reparación (32). El acuerdo celebrado (“TTAC-Gobernanza”) parece seguir a los estándares (33) y, desde la perspectiva del análisis de las justificaciones morales o de la restauración para las víctimas, reflejan no mucho más que la morosidad del sistema de justicia brasile-

constitucionalización por las vías de los códigos de conducta corporativos, TEUBNER, Gunther, “Global Bukovina: Legal Pluralism in the World-Society”, *Global Law without a State*, Dartmouth, 1996, ps. 3-28; TEUBNER, Günter, “Autoconstitucionalização de corporações transnacionais?”, SCHWARTZ, Germano (org.), *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, ps. 109 y ss. La investigación jurídica en el campo de las ciencias criminales sigue concentrándose, sin embargo, en el problema de las múltiples jurisdicciones y de la normativa aplicable, ya desde el paradigmático “Kiobel v. Royal Dutch Petroleum”, LISTE, Philip, “Transnational Human Rights Litigation and Territorialized Knowledge: Kiobel and the ‘Politics of Space’”, *Comparative Research in Law and Political Economy*, Research Report 61/2013.

(32) Las narrativas corporativas pueden, de hecho, ser bien persuasivas. Por ahora, basta observar que todavía es muy temprano para extraer evidencias más significativas sobre la efectividad de las iniciativas corporativas aplicadas en los desastres ambientales brasileños.

(33) PRATA, Daniela Arantes, “Criminalidade corporativa...”, cit., ps. 133 y ss.

ño y la falta de utilidad de su política regulatoria. Y, como no podría dejar de ser dicho, la impunidad.

Sin embargo, el acuerdo de gobernanza, a pesar de atender a los estándares, deja de innovar en soluciones más efectivas para una mejor calidad de vida de las víctimas. Por un lado, si bien es necesaria una dimensión más realista del daño y de los procesos de victimización (34), por otro también es cierto que la literatura científica tampoco ofrece referencias empíricas a la construcción de una comunidad más solidaria, tolerante, ni tampoco estrategias concretas en cuanto al empleo de recursos privados para el desarrollo de la comunidad. Se sabe muy poco —o nada— sobre el perdón, y las apologías no expresan cambios efectivos de comportamiento. En el caso Samarco, las iniciativas de la empresa, por así decir, a pesar de su intento de reparación, aún son poco explicativas en relación con las prácticas restaurativas de mayor impacto en la vida de las víctimas. Más allá de su coherencia filosófica, es necesario que las prácticas restaurativas sean una forma convincente de realización de justicia social. Todo empieza por cuestiones elementales, por ejemplo, escuchar las historias de las víctimas. Al menos en tesis, la obligación moral aquí consiste en dar lugar a las narrativas de las víctimas que permitan concebir nuevas soluciones para sus dramas individuales o necesidades colectivas. Estoy convencido de que es a partir de las narrativas —y no de las descripciones normativas— que se puede comprender la dimensión moral de lo que pasó, permitiendo superar la deletérea sensación de impunidad de los ofensores. Esa orientación moral constituye,

(34) *Ibidem*, ps. 236 y ss. Es muy importante que futuras investigaciones se posicionen sobre el hecho de que el daño no está limitado al daño ambiental. Se incluye ahí también sus dimensiones sociales y morales. Hay un novedoso —y muy promisor— campo de investigación conocido como Green Criminology. En detalles, HALL, Matthew et al. (org.), “Greening criminology in the 21st Century”, Routledge, London, 2016; WHITE, Rob, “Crimes against nature: environmental criminology and ecological justice”, Routledge, London, 2013; HALL, Matthew, “Victims of environmental harm”, Routledge, London, 2013; más amplio, desde la perspectiva de combinación de los controles con las estrategias regulatorias, GUNNINGHAM, Neil et al. (org.), “Shades of Green: business, regulation, and environment”, Stanford University Press, Stanford, 2003.

desde una elevada sensibilidad criminológica, lo que se considera como restauración de la paz (restore peacemaking) (35).

Es verdad que los informes producidos en el sector privado apuntan sufrimiento, tristeza, ansiedad; el miedo experimentado (36). Pero también es verdad que no hay como mensurar la ruptura de las interacciones culturales entre los individuos, la memoria y las identidades de los grupos sociales que vivían por allá. Aún más delicado es mensurar la sensación constante de pérdida y su impacto en el desarrollo de la personalidad. Según Laufer, la concepción de una “victimología corporativa” es esencial para que se alcance la respuesta adecuada al comportamiento corporativo socialmente dañoso y la integración de los intereses de las víctimas es lo que puede justificar la legitimidad de la intervención penal (37). Esta novedosa categoría analítica permite explicar cómo las empresas victimizan, cómo son victimizadas, y cómo se ejerce la victimización en el ambiente interno de la empresa. Más importante de todo, la victimología corporativa puede ser la referencia para medir el daño y, a partir de eso, orientar la concepción de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por su parte, la restauración, no como idea, sino como experimentación de prácticas sociales que puedan, de forma bien sencilla, promover mejoras en la vida de las personas, podría ejercer aquí un rol bastante significativo. No solamente porque permite capturar el daño ocasionado a quien fue victimizado (y aquí es necesario tener en cuenta que la victimización no atiende a su caracterización tradicional entre victimización primaria, secundaria y terciaria —hay a partir de eso toda una agenda de investigación a ser desarrollada, como el PTSD— post traumatic stress

(35) AMSTER, Randall, “From peacemaking to peacemaking criminology”, *Critical criminology*, 27/2019, ps. 73-84.

(36) RAMBOLL, “Relatório consolidado referente aos trabalhos dos primeiros nove meses de avaliação dos programas socioeconômicos e socioambientais”, 12/2017.

(37) A pesar de eso, la atribución de responsabilidad penal a las empresas es sistemáticamente frustrada por la falta de comprensión más adecuada sobre la victimología corporativa, DIAMANTIS, Mihailis - LAUFER, William S., “Prosecution and Punishment of Corporate Criminality”, *Annual Review of Law & Social Science*, 15/2018.

disorder, dimensiones del trauma corporativo, pérdida de referencia para construcción de la identidad, memoria, propósito de vida). Lo que puede ser bastante significativo, al menos teóricamente, es la persecución de lo máximo posible de restauración y reparación del daño causado pela victimización (38). Antes de todo, es necesario desarrollar estrategias de capacitación local, de tal forma que las víctimas adquieren la condición de participantes. A pesar de reproducir algunas falacias del modelo deliberativo, sin embargo, la capacitación hace hincapié en la vida de las personas y permite contextualizar mejor las dimensiones del daño sufrido, condición indispensable para mejorar las vidas de las personas victimizadas.

#### IV. Problemas de responsabilidad y la dependencia comunitaria

Según el ordenamiento brasileño, si en una chacra una persona corta un árbol de 10 cm de diámetro, uno seguramente tendrá a la policía en la puerta de su casa. Pero en los casos en los que se construye una represa al más bajo costo, y la represa se rompe, y se vuelva a romper, y que más de 80 otras represas estén prestes a romperse, el sistema de justicia criminal encuentra muchas dificultades en aplicarse. Luego del segundo accidente, no más que ingenieros fueron responsabilizados y presos, al menos aparentemente reproduciendo las operaciones tácticas que encuentran en la individual accountability una alternativa para obtención de pruebas. Como si toda esa producción sistemática de violación de derechos humanos pudiera ser reducida a la actuación de determinados individuos. Desde mi opinión, sin hablar de las evidencias científicas respecto a la ausencia de potencial intimidatorio o preventivo de la responsabilidad por omisión de directivos o determinadas personas en posiciones jerárquicas de la empresa, la responsabilidad individual en las grandes catástrofes pro-

(38) Sobre estas nuevas tendencias véase, SCHERER, Jacqueline, "An overview of victimology", SCHERER, Jacqueline - SHEPHERD, Gary (org.), *Victimization of the weak: contemporary social reactions*, Charles Thomas, Springfield, 1982, ps. 18 y ss.; BURGESS, Ann Wolbert - HOLMSTROM, Lynda, "Rape trauma syndrome", *The American Journal of Psychiatry*, 131/1974, ps. 981-986; DUBBER, Markus Dirk, "Victims in the war on crime: the use and abuse of victim's rights", NYU Press, New York, 2002, p. 180 e ss.

duce una sobrecarga de expectativa normativa en la figura de los gatekeepers(39).

Más allá del soliloquio del rechazo metafísico a la agencia moral de las personas jurídicas, la responsabilidad penal de las empresas, de Braithwaite hasta Laufer, es esencial para priorizar el control social formal en los casos más graves y abrir espacio para soluciones informales más ágiles y promisoras, a ejemplo de las prácticas restaurativas y de los programas de *compliance*. Quizás superando el usual sobrecultivo teórico de las tesis sobre responsabilidad penal de la persona jurídica, me convence la propuesta de Laufer sobre la culpabilidad constructiva, de tal forma que por sus características, dimensiones y calidades esenciales se puede perfectamente reconocer la configuración de la conducta típica y la consecuente punibilidad de la persona jurídica.

Que quede bien claro que la desformalización propuesta en la justicia restaurativa no significa abolición del control social. Por el contrario, se trata de reforzar las evidencias científicas sobre la necesidad de priorización del sistema de justicia criminal frente a las conductas de hecho más severas. El camino de la humanización del sistema de justicia criminal parece ser el camino de su desformalización. El desafío, sin embargo, no se resume al reconocimiento de la responsabilidad penal empresarial. Yo particularmente no sabría decir cómo articular un sistema de sanciones ni tampoco cómo ese sistema podría estar centrado en la figura de la víctima. A pesar de que la victimología corporativa ofrezca un camino científico promisor, los casos concretos aportan elementos de extrema dificultad de interpretación. Más allá de la vieja discusión sobre

(39) Ampliamente, LAUFER, William, "Corporate bodies and guilty minds", Chicago Press, Chicago, 2006, p. 10. A eso se contraponen la fuerte tendencia internacional en la atribución de responsabilidad individual basada en la posición jerárquica de la empresa, la corporate responsive officer doctrine. En Alemania el debate se extiende desde el rechazo dogmático [consistente, FRISCH, Wolfgang, "Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung", ZÖLLER, Mark et al. (org.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter*, 2013, p. 349-374] hasta los esfuerzos más recientes de su implementación (especialmente KUBICIEL, Michael, "Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände", *ZStW*, 2/2017, ps. 473-476).

los efectos colaterales de la responsabilidad penal de la persona jurídica (40), en el caso Samarco los niveles de victimización terciaria son impresionantes. Tal cual en la tragedia de la Nike, en Bangladesh (41), el deseo de las comunidades victimizadas en el caso Samarco es que la compañía vuelva a operar por allá. Precisamente en función de esos contextos es que se justifica la necesidad de la “dependencia comunitaria” como nueva categoría analítica en la criminología corporativa (42). Desde mi punto de vista, no se trata de la clásica neutralización moral, porque no hay una falsa percepción de consciencia sobre el caso. Todos saben quién es el ofensor y que su comportamiento es socialmente negativo. Sin embargo, tan intensa e incorporada en la rutina de las personas es la relación de dependencia —empezando por el hecho de que el Estado perdió considerablemente la capacidad recaudatoria y no tiene condiciones de formular políticas de reparación— que se genera lo que propongo como una “dependencia comunitaria”. Se trata de concebir las empresas como parte esencial de las interacciones sociales, como protagonista en la formación de la cohesión o desintegración social. Tanto así es que en su primera consecuencia luego de la catástrofe, el intendente Municipal de Brumadinho pidió en la prensa que no se interrumpieran las actividades de la empresa, precisamente debido a la dependencia (43).

La victimización producida por las mineras no produce simplemente un costo y un consecuente derecho de libre elección de los daños por parte de los ciudadanos. Se trata de producción sistemática de daños y asimetrías sociales que eliminan la libertad de elección. No por casualidad, la sensación de impotencia llevó a algunas de las víctimas a afirmar que el caso Samarco

sería un nuevo 11 de septiembre. ¿Pero cuáles serían las fuentes de este corporate terror? La victimización propia del terrorismo está basada en estrategias de comunicación que generan la conducción asimétrica del conflicto, es decir, que una comunicación individual ya sea capaz de desestabilizar poderosos Estados (44). La desinformación, la desorientación, el resentimiento con relación a la impunidad de la empresa que destrozó la vida de uno y la sensación de ausencia de prestación jurisdiccional constituyen nuevas formas de victimización tales, que sugerí sumar a la victimología corporativa como parte de la “victimización putativa” (45), lo que, en verdad, es parte indisociable de la producción sistemática de asimetrías sociales en los desastres ambientales.

### V. Interrogantes teóricos: el giro del valor de los *shareholders* hacia el de los *stakeholders*

En este apartado, luego de los interrogantes teóricos que prestan fundamento a la teoría del valor de los *shareholders*, serán discutidas líneas básicas de una evaluación de riesgo y limitaciones del *risk assessment*, críticas a partir de diferentes formas de aproximación a los *stakeholders*, para, por fin, discutir la evaluación de riesgo victimológico y sugerir algunos caminos más allá de la teoría de los *stakeholders*.

Desde Milton Friedman, rige cierto sentido común en torno a la idea de que la responsabilidad social de la empresa es producir lucro, una de las más impactantes sentencias de la ética en los negocios. Friedman criticó duramente la obligación moral o “consciencia social” que llevaba a iniciativas corporativas dedicadas a compartir los beneficios de la actividad empresarial con el entorno de la empresa. Según él, la responsabilidad social corporativa sería “subversiva” y no pasaría de una “hipócrita perfumería” (*hypocritical window dressing*). En lugar de profesar la maximización del lucro de los inversores (*shareholders*), el hecho de que el empresariado defienda “fines socialmente deseables” —promoción de

(40) Véase, p. ej. MARKOFF, Gabriel, “Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 797/2013.

(41) BAUMANN-PAULY, Dorothée et al. (org.), “Business and Human Rights: from principles to practices”, Routledge, London, 2016, ps. 1 y ss.

(42) SAAD-DINIZ, Eduardo, “Victimología corporativa...”, cit.; desarrollando esta línea, PRATA, Daniela Arantes, “Criminalidade corporativa...”, cit., ps. 257 y ss.

(43) “Sem ajuda, dependemos da Vale”, diz prefeito de Brumadinho”, Estado de Minas, 29/01/2019.

(44) MÜNKLER, Herfried, “Asymmetrische Gewalt: Terrorismus als politisch-militarische Strategie”, *Merkur*, 633/2002, ps. 1-12.

(45) BAYLEY, J. E., “The concept of victimhood”, SANK, Diane, *To be a victim: encounters with crime and injustice*, Insight, Plenum Press, 1991, p. 53.



mejorías en las condiciones laborales, eliminación de prácticas antidiscriminatorias, reducción de la emisión de contaminantes— sería la más pura expresión de un “inalterado socialismo”, el síntoma de que el empresariado, como marioneta, estaría sometido a la manipulación de intelectuales sin compromiso con la causa del libre mercado (46).

Las críticas de Friedman a la responsabilidad social corporativa se concentran en los siguientes argumentos: 1) solamente las personas pueden ser socialmente responsables, las corporaciones son solamente personas artificialmente creadas (desde que lo sean voluntariamente, el ejecutivo tiene la facultad de asumir obligaciones sociales, pudiendo decidir —como un principal y no como un agente— sobre la disposición de sus bienes personales en favor de “responsabilidades sociales”); 2) si el empresario aplica recursos de la empresa, “está disponiendo sobre capital de tercero en favor de un ‘interés social’”; 3) inversores o incluso los consumidores podrían soportar, ellos mismos, los costos del “interés social”; 4) no hay valores sociales que no estén anclados en la responsabilidad individual (47).

Según la interpretación de Friedman, el problema consiste en el hecho de que se substituye el libre individualismo por el autoritario colectivismo, que impone, bajo falsa percepción de la moral, la socialización de los recursos de la empresa y del capital de los accionistas. Entonces, la responsabilidad social corporativa sería una ilusión ideológica, la responsabilidad social de los empresarios solamente se justifica en caso de la libre elección de soportar los costos morales de la decisión económica. Por supuesto que es necesario que se diga que Friedman no fue testigo del desarrollo histórico del liberalismo económico, ni vio los temblores generados por el riesgo sistémico generado o conoció los resultados negativos de la maximización del valor de los *shareholders* y las externalidades negativas producidas por el déblace de las grandes insti-

tuciones financieras. Tampoco él pudo ver que el aumento del lucro no generó el crecimiento social, sino que, por el contrario, millones pertenecientes a dinero público (socialización de la pérdida) fueron utilizados para recuperar las instituciones financieras (como si fuera una verdadera “responsabilidad social invertida”) (48).

## VI. La crítica interna a la teoría de los *shareholders*

De forma bastante didáctica, Lynn Stout (49) es una de las que expone la fragilidad de la dinámica interna de las tesis de Friedman, a partir de lo que llamó el “mito del valor de los *shareholders*”: en verdad, la agresividad en el valor de los *shareholders* (y eso con base en algunas evidencias, las empresas agresivas redujeron su expectativa de vida, como parte de su “destrucción creativa”: ellas tienen resultados negativos en retorno de sus inversiones por parte de los *shareholders*): y cito, “una gran organización es aquella que presenta performance superior y extendiendo su impacto en el tiempo”. Desde el punto de vista de su dinámica interna, por tanto, el equívoco de Friedman consiste en el hecho de que las corporaciones son gestionadas “no para proteger *shareholders* por sí solas, sino para proteger inversiones específicas de las empresas de todos los miembros del ‘equipo’ corporativo, incluso *shareholders*, gestores, empleados y posiblemente otros grupos, como los creadores (que pueden llegar a extenderse a la comunidad). Ni siquiera la maximización del valor de los *shareholders* puede ofrecer fundamento mínimamente sólido para el comportamiento corporativo socialmente agresivo”.

## VII. La crítica externa: *shareholders* vs. *stakeholders*

Basándose en el análisis de Edward Freeman, uno de los principales críticos del modelo liberal de responsabilidad social corporativa y maximización del valor de los *shareholders* propuesto por Milton Friedman, simplemente no existe la

(46) FRIEDMAN, Milton, “The social responsibility of firms is to increase its profits”; DONALDSON, Thomas et al. (org.), *Ethical issues in business*, Pearson, New Jersey, 2008, 8. ed., ps. 33-39.

(47) FRIEDMAN, Milton, “The social responsibility...”, cit., ps. 33-39.

(48) FRIEDMAN, Milton, “The social responsibility...”, cit., ps. 33-39.

(49) STOUT, Lynn, “The shareholder value myth: how putting *shareholders* first harms investors, corporations, and the public”, Berrett-Koehler, San Francisco, 2012, p. 103.

separación entre *shareholders* y *stakeholders*. No hay cómo haber decisión negocial sin contenido ético (en una palabra: no hay sentido en hablar en negocio sin ética o de ética sin hablar de las personas).

Sin embargo, la decisión ética es siempre un problema abierto, lo que deja la evaluación basada en los *stakeholders* pendiente de la determinación de algunos criterios básicos: 1) determinar valores creados/destruidos; 2) quién es o no lesionado; 3) qué derechos son realizados o suprimidos (el análisis jurídico depende, pues, de verificación en función de contextos concretos de toma de decisión; 4) cómo, al final, se integran los intereses y preferencias de los *stakeholders*(50). Basándose en esa evaluación preliminar, a partir de Freeman se permite identificar el principio de responsabilidad, es decir, que las corporaciones se vean obligadas a aceptar la responsabilidad en función del impacto de su actividad empresarial en la vida de las personas. Esa abertura a la determinación moral de la responsabilidad a partir del análisis de *stakeholders* genera un problema cuando es confrontada con la necesidad de decidir de los juristas. Es decir, la obligación de decidir (el *non liquet*) y el cierre operativo propio de los sistemas jurídicos (51). El problema de la decisión jurídica se agiganta con el hecho de que la interpretación judicial de los programas de compliance está lejos de ser clara.

Por supuesto que esta inestabilidad judicial hace que el Estado deje de ofrecer utilidad en su sistema de sanciones. En verdad, los vínculos entre regulación y autorregulación empresarial no se confirman en una autorregulación regulada, tal cual lo concibieron Ian Aires y John Braithwaite, con su modelo de “regulación responsiva” (*responsive regulation*) (52). Sin que el Estado ofrezca utilidad en su política regulatoria, el particular o el Estado se alejan en postura no-colaborativa. Por su parte, el Estado interviene con medidas severas de enforcement y ciertos niveles intolerables de violación de derechos

fundamentales, lo que trae por consecuencia lo que el mismo Braithwaite, con elevada sensibilidad criminológica, llamó de “subcultura de resistencia” por parte de las corporaciones (53). En otras palabras, empleándose el lenguaje de la teoría de los sistemas de Luhmann, lo que sucede es el desacoplamiento estructural entre empresa y Estado. No por otro motivo, tiene toda razón William Laufer al sugerir la idea de un *compliance game* (54), un juego entre reguladores, fiscalizadores y regulados: por un lado, *compliance* integra las defensas corporativas a partir de una postura no-colaborativa; por otro, autoridades fiscalizadores y reguladoras son obsesivas en el enforcement, vulnerando derechos fundamentales en sus operaciones. Esa desarticulación de la autorregulación regulada se refleja perfectamente en la Operación Lava Jato, nuestro producto brasileño de exportación para el mundo.

Con eso se quiere decir que la orientación hacia los *stakeholders* demanda una revisión más profunda en los fundamentos de filosofía moral y los principios metafísicos en torno de las ideas de control social de los negocios, responsabilidad y regulación. A pesar de que la ideas de una “moralidad suprema” y de la “paz perpetua universal” de la doctrina kantiana todavía son muy influyentes en los estudios de la ética empresarial, incluso en sus lecturas en la teoría social (55), una aproximación crítica desde la filosofía práctica ciertamente reconfigura el rol de las corporaciones en las interacciones sociales. Desde una orientación filosófica marcada por la justicia distributiva, el seminal *Stakeholders management* es, por así decir, la primera sistematización conceptual en contra del desprecio

(53) BRAITHWAITE, John, “Criminological theory and organized crime”, *Criminological Theory*, 6/1989, ps. 333-358.

(54) LAUFER, William, “O compliance game”, *Revista dos Tribunais*, 2/2018, ps. 11 y ss.

(55) HABERMAS, Jürgen, “Die postnationale Konstellation”, Suhrkamp, Frankfurt, 1998; BECK, Ulrich, “Das kosmopolitische Europa: Gesellschaft und Politik in der Zweiten Moderne”, Suhrkamp, 2007; HÖFFE, Otfried, “Kant’s cosmopolitan theory of law and peace”, Cambridge Press, Cambridge, 2006; más específicamente orientado al rol de las multinacionales en la justicia global, WETTSTEIN, Florian, “Multinational corporations and global justice: human rights obligations of a quasi-governmental institution”, Stanford Book, Stanford, 2009.

(50) FREEMAN, Edward, “Stakeholders’ theory: the state of the art”, Cambridge Press, New York, 2010, ps. 3 y ss.

(51) LUHMANN, Niklas, “Das Recht der Gesellschaft”, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, ps. 110 y ss.

(52) AIRES, Ian - BRAITHWAITE, John, “Responsive regulation: transcending the deregulation debate”, Oxford, New York, 1992.

por el problema ético, una crítica vehemente al hecho de que la mayoría de los debates sobre la moralidad corporativa no tocan al piso (56). Conceptualmente, *stakeholders* son grupos de individuos que detienen un stake en el éxito o fracaso en el negocio. Stake, pues, fue incorporada como estrategia más amplia —todo aquel que afecta o es afectado por los propósitos de la corporación—. La orientación por los *stakeholders*, en su desarrollo posterior, adquirió el status de necesidad de priorización de *stakeholders* en la toma de decisiones. Su principal estrategia consiste en la creación de valor, lo que rescata la idea de que el negocio es el conjunto de relaciones entre grupos que tienen un stake en los negocios. Es a partir de esas interacciones que se pueden observar las estrategias de creación de valor, demostrando el empleo responsable de los recursos de la empresa y las formas de locación de recursos con base en el comportamiento, potencial cooperativo y amenaza de competición entre cada uno de los *stakeholders* (57).

La cuestión, por lo tanto, no es imponer una modelación abstracta de una ontología de la integridad empresarial —la retórica principalista del “hacer lo correcto” (doing the right thing)—, sino examinar, en función de cada contexto empresarial, cómo cada uno de los stakes en cuestión opera en el proceso de creación de valor. Esto repercute también sensiblemente en los entrenamientos, siendo relevante para: 1) determinar la relevancia absoluta de los efectos de la acción en otros, incluso en el gestor; 2) comprensión del contexto societario, comportamiento y valores de los *stakeholders*; 3) precisa delimitación de la pregunta sobre qué es lo que apoya la empresa; 4) análisis de relaciones entre *stakeholders* basada en su rutina en la empresa; 5) revisión del planeo estratégico para inclusión de *stakeholders*; 6) equilibrio de los intereses de los *stakeholders* en el tiempo. Más importante de todo, y en eso me parece muy sencilla la construcción de Freeman (58), es encontrar en el mundo real personas conscientes de los efectos de la actividad empresarial en todas las partes de

sus vidas (59). Reconocer los efectos de la actividad empresarial en la vida de las personas definitivamente no parece ser más complejo que lo que debería orientar la formulación de nuevas prácticas restaurativas en la gestión de desastres ambientales.

Otro problema central en la inestabilidad de las formas y decisiones jurídicas consiste en la ausencia de claridad y objetividad en el análisis riesgo termina por generar el “riesgo del análisis de riesgos jurídicos”, que se expresa de algunas formas. Se comentar por ahora dos de ellas: 1) creación de falsos positivos: hay un riesgo concreto en determinada transacción comercial, donde efectivamente no lo hay; 2) creación de falsos negativos: no hay probabilidad razonable de ocurrencia de infracciones, a pesar de que de hecho las hay.

Asimismo, es necesario avanzar en la comprensión de la evaluación de riesgo. Conceptualmente, la evaluación de riesgo es utilizada para identificar los riesgos de responsabilidad imputada a la empresa y en la empresa, variando de acuerdo con la jurisdicción, el sector de la industria, y la amplia diversidad de instrumentos regulatorios que se aplican a la actividad empresarial. Técnicamente, la evaluación de riesgo sirve para determinar el nivel de detección de comportamiento corporativo socialmente dañoso y averiguar el alcance de la responsabilidad (60).

(59) Véase, en detalles, SAAD-DINIZ, Eduardo, “Ética en los negocios y compliance...”, cit., ps. 71 y ss.

(60) Según Adán Nieto Martín, las prácticas y procedimientos de análisis atienden, más o menos referenciadas a las costumbres empresariales, a un cierto estándar (fijación del objeto, identificación de posibles infracciones, probabilidad del riesgo, evaluación del riesgo, tratamiento y revisión) hasta la producción del “mapeo de riesgos”, generando un “informe de perfil de riesgo”. Aun según Adán Nieto Martín, la evaluación de riesgo debe ser precisa en su finalidad y alcance, estableciendo la dinámica de las reuniones, indicando con claridad y objetividad lo que sería la información necesaria y suficiente para posible responsabilización. El objeto de la evaluación de riesgos se compone de la identificación de riesgos y recomendaciones de estrategias de compliance para incrementar los niveles de detección, averiguación y reacción. Los métodos de trabajo se refieren al análisis empírico de los fenómenos, con tests y simulaciones, más allá de relevamiento de datos, con vistas a delimitar el origen del riesgo, el impacto probable, los elementos que agravan o reducen su impacto, la capacidad de reacción. El control

(56) FREEMAN, Edward, “Stakeholders management: a stakeholder approach”, Pitman, Boston, 1994, ps. 4 y ss.

(57) *Ibidem*, p. 6.

(58) *Ibidem*, ps. 10 y ss.



La crítica más contundente es, como ya anticipamos, el hecho de que la evaluación puede generar *falsa percepción de control*. La literatura sobre evaluación de riesgo lo afirma expresamente y lo cito: “la evaluación de riesgo (actuarial) es basada en la comparación entre semejanzas de perfiles individuales y conocimiento agregado sobre eventos pretéritos”, pudiendo llevar a falsos positivos y falsos negativos, prediciendo, de forma equivocada, lo que sería un riesgo, o dejando de predecir un comportamiento arriesgado. Por su naturaleza tan delicada, y justamente porque se presta a fundamentar tomas de decisión, la evaluación de riesgo requiere actuación responsable. Por la misma razón, requiere igualmente la validación científica de la propia evaluación de riesgo. Sin eso, la evaluación de riesgo puede reducirse a un producto más de la industria del *compliance*, sin valor para la fundamentación de la interpretación judicial.

Igualmente, no hay como elaborar análisis de riesgo genéricas ni presuponer el comportamiento racional de reguladores y fiscalizadores. La sensibilidad al contexto debe conducir la evaluación con base en la especificidad del perfil de riesgo, sector de la industria más o menos regulado, más o menos propenso a contrataciones públicas, volumen de negocios, atracción de legislación extraterritorial. La evaluación del nivel de madurez del programa de *compliance* y la capacidad de gestión de riesgo deben ser consideradas en casos más complejos (61). Por el contrario, es bastante posible que se produzca un mero inventario de leyes aplicables sobre la materia o repertorio de informaciones que, de tan genérica, no ofrezca mayor utilidad para la actividad empresarial. Análisis meramente formalistas pueden perjudicar la necesidad de detección de las estructuras más sensibles a infracciones económicas y presuponer una “falsa percepción de certeza”.

del riesgo debe formular estrategias de acción e intervenciones específicas en áreas de mayor riesgo y contratación o entrenamiento de profesionales para situaciones de emergencia, NIETO MARTÍN, Adán et al. (org.), “Manual de cumplimiento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas”, Tirant, Florianópolis, 2018, ps. 180 y ss.

(61) KUNREUTHER, Howard - USEEM, Michael, “Learning from catastrophes: strategies for reaction and response”, Pearson, New Jersey, 2010, ps. 249 y ss.; KUNREUTHER, Howard - USEEM, Michael, “Mastering catastrophic risk: how companies are coping with disruption”, Oxford Press, Oxford, 2018, ps. 126-132.

De hecho, la misma argumentación que es válida para la crítica a la creencia en las Guías vale también para el mito de la capacidad de universalización, a la pérdida de sensibilidad del contexto y a la necesidad de extraer los valores del comportamiento ético en los negocios. Nuevas experimentaciones e instrumentos de riesgo son pensados para la reducción de la incerteza, pudiendo influir positivamente en la performance empresarial en la medida en que, potencialmente, presentan resultados positivos en análisis de costo-efectividad (*cost-effectiveness analysis*). Por supuesto que esto no significa mucho desde el punto de vista ético. Sería bastante posible simplemente manipular los resultados estadísticos, o valerse de la falta de capacitación para su análisis, para incorporarlos sin más en la formulación de políticas públicas o iniciativas corporativas, pero las nuevas tesis emergentes en el campo de la investigación criminológica están mucho más inclinadas a la validación científica de la experimentación empírica (62).

(62) El debate científico en torno de la criminología experimental es fascinante (SHERMAN, Lawrence, “Evidence and liberty: the promise of experimental criminology”, *Criminology & Criminal Justice*, 9/2009, ps. 5-28). Robert Sampson analiza críticamente el “giro experimentalista” (*experimental turn*) y “randomista” de la investigación criminológica, en detrimento de la investigación observacional y de la evaluación de la eficacia del control en perspectiva macro y longitudinal (SAMPSON, Robert, “Gold standard myths: observations on the experimental turn in quantitative criminology”, *Journal of Quantitative Criminology*, 26, 2010). Richard Berk, a pesar de reconocer ciertas limitaciones de la investigación experimental, identifica ahí el mecanismo de investigación más consistente para asegurar las inferencias causales que llevan a cambios de comportamiento a partir de la implementación de intervenciones (BERK, Richard, “Randomized experiments as the bronze standard”, *Journal of Experimental Criminology*, 2005). Sea como fuera, la capacidad de adaptación de la orientación metodológica es necesaria, teniéndose en cuenta las propias variaciones de contexto en que se operan los experimentos: por supuesto que los cambios sociales y de la personalidad tienden a impactar sensiblemente en la formulación de políticas sociales. En el ámbito corporativo, dada la naturaleza altamente dinámica de las corporaciones y, por consiguiente, de las manifestaciones de la corrupción corporativa, que demandará, seguramente, la internalización de aprendizajes observacionales y longitudinales, especialmente en lo que concierne al ciclo de vida de las empresas y construcción de su personalidad (SIMPSON, Sally, “Sutherland 80 Years”, *Criminology*, 1, 2019). En este particular, el referencial teórico de Laufer también es decisivo. El criminólogo fue pionero en el estudio de la construcción

### VIII. ¿Es posible pensar en los *stakeholders* como víctimas?

Pero ¿y si fracasa el intento de cumplimiento normativo? No es porque haya una orientación a los *stakeholders* que no signifique que *stakeholders* no serán lesionados. Y si hablamos de lo que importa en el mundo real, es central el interrogante sobre los *stakeholders* como víctimas. Hay muchos puntos de convergencia entre la teoría de los *stakeholders* y la criminología económica, aún muy poco explotados en el debate científico (63). Por supuesto que si los *stakeholders* son concebidos como víctimas, la victimización corporativa podría integrar, sin mayores dificultades, el análisis de *stakeholders*. La determinación de las prácticas corporativas orientadas al stakeholder como víctima podría ser incorporada como estrategia de creación de valor con relación a lo que realmente debería ser priorizado.

En ese punto, me propuse a desarrollar lo que fue originalmente concebido por el criminólogo William Laufer, como siendo la “victimología corporativa”. Según entiendo, la victimología corporativa encuentra su punto de partida precisamente en la superación de esa escisión entre agente y principal y entre shareholders y *stakeholders*. Tradicionalmente, al mismo tiempo en que ya es sentido común que se consideren solamente shareholders como víctimas (64), hay poca o ninguna referencia a los *stakeholders* en el sistema de justicia criminal.

Daño a la víctima significa “los efectos integrales de la victimización, incluyendo allí el trauma psicológico, el daño físico y las pérdidas financieras. Para algunas víctimas, las pérdidas, multas y acuerdos pueden no pasar de meros inconvenientes; para otras, el crimen puede representar su completa incapacitación; para víctimas de homicidio, la pérdida de la vida o los costos

---

de la personalidad de las corporaciones y en la atribución de responsabilidad con base en la culpabilidad constructiva (constructive fault), LAUFER, William, “Corporate bodies...”, cit., ps. 63 y ss.

(63) Véase McCOLD, Paul - WACHTEL, Ted, “Restorative justice theory validation”, Routledge, New York, 2011, ps. 112 y ss.

(64) GÓMEZ JARA DIEZ, Carlos, “Corporations as victims of mismanagement: beyond the shareholders vs. managers debate”, Pace Law Review, 28/2008, ps. 795 y ss.

de la supervivencia superan esa capacidad de mensuración”. Sumándose a esa gradación entre costos más o menos tangibles o intangibles, está la clasificación en función de las consecuencias de la victimización, que pueden ser físicas (en gradación de lesiones inmediatas a la muerte) o mentales (crisis, trastornos de *stress*, trastornos postraumáticos, crisis de larga duración, depresión y abuso de sustancias). Se agregan las consecuencias sociales (que se extienden desde el aislamiento hasta suicidio, pasando por la invalidez), que vulneran sensiblemente las interacciones sociales y su relación con las instituciones, lo que puede incluso agravar las demás consecuencias de la victimización.

Además de eso, están los costos que la reacción al delito le genera a la sociedad: gastos con medidas preventivas y sistema de justicia criminal, miedo al crimen, servicios de asistencia a la víctima, costos del encarcelamiento, costos de la obsesión por la persecución. A pesar de ese esfuerzo clasificatorio, la victimología corporativa tiene mucho para aprender de la relación incestuosa entre violencia corporativa y comportamiento corporativo socialmente dañoso. Comportamiento corporativo socialmente dañoso resulta del análisis multidimensional y multifactorial, remontando a la combinación entre producción de daños, trastorno en el control social del negocio, desarticulación entre las estrategias regulatorias.

Faltan, sin embargo, análisis más consistentes sobre los límites de las prácticas corporativas abusivas, los nexos causales entre ellas y la producción de comportamiento corporativo socialmente dañoso, y su real importancia para el desarrollo de la personalidad de la víctima y protección de la comunidad. Debe definirse aún el rol integrativo de las prácticas corporativas en composición de las interacciones sociales y en la construcción de cohesión social. El rol del control social del negocio y de la regulación privada en la de-victimización y reducción del daño aún es inexplorado. Comportamiento corporativo socialmente dañoso presupone su no-identidad, el comportamiento proactivo y prosocial. Se trata de un campo a ser explotado por la agenda de investigación de la victimología corporativa (65).

---

(65) “Los *stakeholders* como víctimas, en la mayoría de los casos, son personas en los estratos económicos más básicos. Recuperar la noción de victimización en el ám-

### IX. A título de colofón: más allá de los *stakeholders*

Sin embargo, lo que le falta a la teoría de los *stakeholders* es perfeccionar sus niveles de legitimación empírica y articulación teórica frente al control social del negocio. Es posible volver a la actividad empresarial para el beneficio de los *stakeholders* y, asimismo, mover el comportamiento antisocial y cometer infracciones económicas. Peor que eso, es muy posible manipular medidas de *stakeholders* engagement como una suerte de licencia moral para fallas de gobernanza corporativa, tal como ya fue ampliamente evidenciado en la retórica de la responsabilidad social corporativa (66). Y no es diferente con los programas de compliance que apoyan su efectividad exclusivamente en la distribución de beneficios a los *stakeholders*, ya que ellos pueden fácilmente ser instrumentalizados para justificar la práctica de infracciones económicas.

Es verdad que el análisis del *stakeholders* engagement puede dar mayor legitimidad a los programas de compliance, pero eso no significa que haya ganancias en términos de control y ética, ni tampoco alteraciones substanciales del comportamiento ético empresarial, tal como ya lo prenunciaba Christine Parker (67).

bito corporativo podría ser considerada una de las estrategias de alivio de la pobreza. La falla en la concepción de una victimología corporativa representa, en últimas circunstancias, la pérdida de una oportunidad para concebir diferentes crímenes y las más distintas naturalezas de la victimización. En la mayoría de los casos, son 'personas lesionadas' (harmed), que carecen de atención, simpatía y soporte. Víctimas merecen cuidado (care) y una oportunidad adecuada para, sin limitaciones o restricciones, ejercer el perdón", SAAD-DINIZ, Eduardo, "Victimología corporativa..."; cit.

(66) Véase WETTSTEIN, Florian, "CSR and the debate on Business and Human Rights: bridging the great divide", *Business Ethics Quarterly*, 22/2012, ps. 739-770.

(67) PARKER, Christine, "The pluralization of regulation", *Theoretical Inquiry*, 9/2008, ps. 350-396.

O, tal cual indicado por Laufer, sin resultados mensurables sobre su comprometimiento y sus vínculos con las estrategias de control, no hay cómo identificar y encontrar la medida del comportamiento corporativo prosocial. En otro extremo, el potencial explicativo de los factores criminógenos también tendría mucho a decir sobre los procesos de victimización, igualmente interpretadas como un proceso de construcción de interacciones sociales y promoción de las necesidades humanas. Es verdad que simplemente orientar la actividad empresarial hacia el comprometimiento de los *stakeholders* no es la solución, pero la indiferencia a los *stakeholders* tampoco constituye una salida. El empleo de los recursos de evaluación de riesgos, centrados en la figura de los *stakeholders* como víctimas, debería priorizar las estrategias de reestructuración normativa de la criminología corporativa y del derecho penal económico en torno de la figura de la víctima.

Las nuevas tesis sobre la criminalidad corporativa recomiendan una reimaginación de las prácticas restaurativas, con especial atención en los desastres ambientales. Basado en esa inspiración, se deben generar nuevas prácticas sociales, que permitan verificar sus niveles de *accountability*, responsabilidad moral y articulación estratégica del control social de los negocios. Sigue siendo un interrogante central demostrar quién es victimizado, como vincular la victimización al empleo estratégico de los derechos humanos, y como concebir la responsabilidad penal de las empresas. De otra forma no se puede concebir el punto de partida de la justicia restaurativa en el ámbito de los desastres ambientales. Y, tal cual ya se afirmaba en Laufer, ya es hora de que iniciativas corporativas puedan utilizar sus recursos y ejercer liderazgo en la distribución de los beneficios de la actividad empresarial con las víctimas del comportamiento corporativo socialmente dañoso.

# Delación premiada: su realidad utilitarista y la debilidad de su legitimación como punto álgido de la participación ciudadana en derecho penal

POR VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ (\*)

**Sumario: I. Introducción: delación premiada en América Latina.— II. La hipótesis: el diálogo democrático de la justicia negociada.— III. La ilustración: el soldado amarillo y la mafia.— IV. Delación como ininterrumpido ejercicio democrático.— V. Las legitimaciones democráticas del whistleblowing premiado.— VI. Problema general del acceso a la justicia.— VII. La hipótesis del comandante-delator.— VIII. Conclusiones.**

## I. Introducción: delación premiada en América Latina

En pocos años, casi todos los países de Latinoamérica adoptaron la delación premiada, a partir de un esfuerzo transnacional de combate al delito organizado. Sin embargo, al introducir ese instituto, de inspiración anglosajona, a su propio ordenamiento, las naciones sudamericanas encontraron soluciones distintas.

El Congreso de los Jóvenes Penalistas la AIDP, al cual gentilmente fui invitado a una ponencia, fue la oportunidad en que pudimos hacer exponer este recorrido argumentativo: primeramente, presentamos tres modelos distintos de introducción de la delación premiada en los ordenamientos jurídicos: el modelo colombiano, que admite directamente un cambio en el sistema procesal, para adopción del principio de oportunidad (1);

(\*) Profesor de Derecho Penal de la Universidad de São Paulo - USP. Profesor del Doctorado en integración latinoamericana (Prolam/USP). Actualmente financiado por la Fundación Carolina, España.

(1) En Colombia, el Código de Proceso Penal, del 2006, dedicó un capítulo a la justicia negociada y, dentro de él, un título exclusivo para el principio de oportunidad. En un artículo, fijó que el principio de oportunidad se aplica y debe “seguir la política criminal del Estado”. En el canon siguiente, afirmó que la Fiscalía sigue obligada a perseguir lo que le parezca delito, salvo si hubiere aplicación de dicho principio. En otro artículo, desde luego, la colaboración premia-

luego, el modelo brasileño (2), que trae una ley mixta y con pocas definiciones; por último, el modelo argentino (3).

La segunda fase de nuestra argumentación fue de convergencia: poner de manifiesto el modo por lo cual los penalistas nos esforzamos por encontrar legitimación en el sistema legal y cultural latinoamericano, sea cual sea la forma en que le introduce en el ordenamiento.

En este presente artículo, ofrecemos una versión más completa de esa segunda parte de nuestra ponencia ese tan importante Congreso. Se trata de un fragmento de estudio que intentamos desarrollar hace algún tiempo, a considerar todas las justificantes que pretendan presentar la delación premiada como algo distinto de lo que realmente es. Es decir, en lugar de explicarla como una directa aplicación del modelo utilitarista (aceptado sin escollos por los anglosajones), presentarla como grande

da aparece como una de las figuras de cabimiento de la Oportunidad.

(2) La más reciente previsión legal brasileña del tema, que es la que más se utiliza (por ejemplo, en Lava Jato), está en la ley 12.580/2013

(3) Art. 41 ter del Cód. Penal Argentino, a partir del 2016. Hubo también reforma, en el 2019, para reglamentación del tema en la legislación procesal.

modificación de la relación del ciudadano con el Estado.

Hay varias formas por la cual esas falsas justificaciones aparecen (4), pero acá nos ocupamos de una rama argumentativa: la que quiere imponer la idea de que el sistema de 'colaboración premiada' es una forma de nuevo diálogo con el Estado, como una participación inmediata del ciudadano en la construcción del derecho de punir.

En este recorte presentamos nuestro texto: a partir de dos casos figurativos, es decir, de ilustraciones, paso a paso se compara la hipótesis de delación premiada como auge democrático, que se desmiente con la observación del conjunto del ordenamiento y de la dogmática penal.

## II. La hipótesis: el diálogo democrático de la justicia negociada

La hipótesis que se presenta es algo como creación nuestra, porque, a pesar de muy difundida, no es directamente enunciada. Ella significa que instituto de la delación como una oportunidad de participar directamente en el contrato social. Un diálogo ciudadano-Estado, como no se ha visto en la historia del Derecho penal. En realidad, dicha hipótesis funciona como un sistema hermenéutico, es decir, como un modo de interpretar algunas otras propuestas más concretas. Nuestro aporte, ahora, es el de concebir un sistema interpretativo para ellas todas.

Para favorecer la exposición, como se ha dicho, empezamos con una representación. En realidad, una comparación entre dos de ellas, muy distantes en la estética: un pasaje clásico (5) de la literatura brasileña, y un fragmento representativo de las series de televisión norteamericana.

(4) El estudio más amplio sobre esas justificativas esta en: RODRÍGUEZ, Víctor G., "Delación Premiada: Límites Éticos al Estado", Ed. Temis, Bogotá, 2019.

(5) Aquí traemos, bajo la denominación "clásico", el concepto simple de su origen filológico: aquello que debe ser revisado en clase, o sea, que es paradigma para estudio. Esto nos aleja de un clasicismo limitado en el tiempo, y evita tener que usar predicativos cautelosos como "clásico de nuestro tiempo".

## III. La ilustración: el soldado amarillo y la mafia

En una escena más que clásica de la literatura brasileña, el sertanejo (6) Fabiano va a la ciudad un día de fiesta. Se embriaga y termina arrestado, humillado por uno de los soldados de la dictadura de entonces, que lo golpea y lo arresta. Por su condición de humilde, hombre del interior brasileño, termina por pensar que había hecho algo mal que explicaba su encarcelamiento. Al final, un agente de la ley, piensa el pobre protagonista, siempre tiene razón. En una escena aún más fuerte y significativa, en la segunda parte de la obra literaria, el protagonista encontrará al mismo soldado, en una situación de vulnerabilidad, que le permitiría matarlo. Pero su sentido de sumisión lo hace desistir de la justa venganza, no por un sistema de conciencia valorativa, sino por cuán inferior es respecto del propio Estado (7).

Y ahora veamos una escena contraria, de otra obra, no tan literaria pero también clásica, de la contemporaneidad. Una serie de televisión. El mafioso Tony Soprano, de la serie estadounidense *The Sopranos*, recibe a la policía en su domicilio en Nueva Jersey. Es el FBI, que, como es usual, llega al amanecer. Tony Soprano está de pie, con su tradicional albornoz blanco, mientras los agentes registran su residencia, en busca de armas y drogas. Nada encuentran. Al final de la búsqueda policial, el héroe de la mafia moderna levanta una bolsa plástica blanca y la aproxima al agente federal, que ya terminaba su trabajo. Con su característica sonrisa sarcástica, el protagonista le dice al agente: "Ya que usted está de salida, ¿puede llevar la basura allá afuera por mí?". Dos fragmentos ficticios, que muestran claramente algo que es importante en nuestra exposición. No solo la libertad de la obediencia estricta a la ley en el *American dream* de la serie, en la que el agente de la ley se limita al ingrato cumplimiento de su función, sin abusos, ofensas o incluso sin mostrar ninguna hostilidad, en contraste con el sentimiento de inferioridad del sudamericano, que se siente no solo incapaz de dialogar con el Estado, sino indigno de él. Hay algo más, que tie-

(6) Palabra brasileña que designa a la persona que vive en regiones agrestes, del interior rústico, pueblerino.

(7) La escena nos dice aún mucho más en relación con su posibilidad de venganza... Él no pertenece a un clan y su sentimiento de honor se dobla delante del Estado.



ne que ver con la Antropología Social, pero ello nos llevaría muy lejos.

#### IV. Delación como ininterrumpido ejercicio democrático

En estas imágenes se aprecia algo bastante más conflictivo, que es la contraposición de dos concepciones respecto de la sociedad y el gobierno. Un Estado que se constituye por encima del ciudadano, de modo evidentemente superior, como en el Espíritu Objetivo hegeliano, o de Engels (8), o un contrato liberal, si bien ficticio. La inspiración contractualista (9), por inverosímil que sea, y que deja sin explicación muchos actos de poder, trae consigo esta ventaja: el ciudadano se siente con capacidad de entablar un diálogo individual con el Poder Colectivo.

---

(8) Engels escribe su ensayo sobre el origen del Estado estudiando, a su modo, el germen del Estado griego, del Estado romano y, después, del Estado germánico que se sobrepone a los demás. Sin embargo, a nuestro modo de ver su posición oscila entre el origen natural o contractual del Estado. Se cita este fragmento: para acabar con un problema que “es la confesión de que esa sociedad se ha enredado en una irremediable contradicción consigo misma y está dividida por antagonismos irreconciliables” las clases “con intereses económicos en pugna no se devoren a sí mismas y no consuman a la sociedad en una lucha estéril, se hace necesario un poder situado aparentemente por encima de la sociedad y llamado a amortiguar el choque, a mantenerlo en los límites del orden”. FRIEDRICH ENGELS, “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, Ed. Progreso, Moscú, 1986, p. 171.

(9) Solo para seguir el mismo referencial, véase cómo Bentham, si bien crítico del contrato social, asume algo de la utilidad de su ficción: “39. A compact, then, it was said, was made by the King and people: the terms of it were to this effect. The people, on their part, promised to the King a general obedience. The King, on his part, promised to govern the people in such a particular manner always, as should be subservient to their happiness. I insist not on the words: I undertake only for the sense; as far as an imaginary engagement, so loosely and so variously worded by those who have imagined it, is capable of any decided signification. Assuming then, as a general rule, that promises, when made, ought to be observed; and, as a point of fact, that a promise to this effect in particular had been made by the party in question, men were more ready to deem themselves qualified to judge when it was such a promise was broken, than to decide directly and avowedly on the delicate question, when it was that a King acted so far in opposition to the happiness of his people, that it were better no longer to obey him”. BENTHAM, Jeremy, “A fragment on government”, Cambridge University Press, London, 2005, p. 54.

No se trata solo de elaborar la diferencia entre dictadura y democracia, sino del sentimiento de ciudadanía, de sujeto capaz de comunicación individual activa frente al soberano. No es lo que ocurre, por regla general, en los países latinos, lo que no transgrede frontalmente el texto constitucional: al afirmar que toda soberanía es del pueblo (10), nuestras constituciones no indican que el individuo es quien determina su propio acceso al soberano, pero que su poder viene dado por la colectividad. Cualquier interlocución con los administradores de ese poder debe operarse en medio de la distancia de la mayoría en los pleitos, por sus organizaciones, con intermediación de los partidos, contaminados por los intereses personales de los candidatos. Un individuo no es el pueblo, sino una parte ínfima de él: si tiene voz, no se la escucha en la multitud.

Por el contrario, la concepción contractualista ortodoxa (11), arraigada en el ciudadano, le confiere esa noción de continuo cofundador del Estado, directamente. Entonces su actitud no es la del súbdito eterno-absoluto del gobierno, sino de parte de este, con ininterrumpida representatividad directa. Una ficción tantas veces repensada, o quizás, en pocos casos, un hecho real —como un pacto del Mayflower (12)—, que

---

(10) Así, por ejemplo, la redacción de la Constitución ecuatoriana (expresamente comprometida con la integración latinoamericana), en su art. 1º: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”. El art. 3º de la Constitución de Colombia tiene un texto muy parecido, y en Uruguay los arts. 1º y 4º se refieren a esa función.

(11) “Las teorías políticas del jusnaturalismo contractualista fueron todas, esencialmente, doctrinas utilitaristas de justificación externa del naciente estado moderno, del que repudiaron la idea de una fundamentación apriorista-natural, ética o religiosa”, FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón: teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 226. Las consideraciones críticas del autor acerca del instituto de la delación premiada están en las ps. 746 y ss. de la obra.

(12) Estoy obligado a resaltar, sin embargo, que hay ejemplos reales de ese contrato, si bien posteriores a las primeras teorías iluministas. Es lo que ocurrió con el pacto del Mayflower, de 1620. [Cfr. KONDER COMPARATO, Fabio, “A afirmação histórica dos Direitos Humanos”, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 102]. También nota Peces-Barba que otros ejemplos parecidos se pueden encontrar en Gran Bretaña y sus colonias, como las Fundamental Orders of Connecticut en 1638, así como el Agreement of the People, impuesto por los soldados ingleses de Cromwell. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Tránsito a la

permite negociaciones de cesión parcial de libertades, con ganancia efectiva de derechos.

Con eso, no es difícil prever la cuestión que tenemos que enfrentar ahora. Enunciémosla con estos interrogantes: ¿la delación premiada podría configurarse como un medio de democracia directa, es decir, le permitiría al individuo negociar la flexibilización de la ley por medio de un acuerdo? ¿Constituiría una revisión del contrato social, cuando Estado e individuo entran en un acuerdo que considera solo lo que es bueno para la colectividad y para el sujeto a la vez, en un juego de *win-win*? Como una revisión contractual para que sigan ganando ambas partes.

En cierta medida, ese es también otro antiguo sueño del derecho penal. Es decir, que la pena puede ser aplicada solamente cuando es útil al individuo y a la colectividad, cuando ella cumpla sus funciones, tal y como nos proponen Roxin (13) o Vives Antón (14), cada cual a su manera.

---

modernidad y derechos fundamentales,” Mezquita, Madrid, 1982, ps. 169-171. Para nosotros, es interesante percibir la condición especial de ese pacto, que surge de una utopía religiosa. La creencia de la fundación de una nueva sociedad utópica. Sobre eso, se ha dicho que “the Voyage in the Mayflower was inspired by the ideals common not only to separatists but to Puritans in general. It was Puritan Faith and character and the Puritan dream of godly Utopia, transfigured by the Puritan Epic. Which were to bear fruit in Massachusetts.” HALLER, William, “The rise of puritanism”, Columbia University Press, New York, 1938, p. 189.

(13) La nueva categoría de la responsabilidad (Verantwortlichkeit) es entonces una mezcla de la culpabilidad, que interpreta el sujeto, y de la necesidad preventiva de la sanción penal, que hay que deducir de la ley. Por eso, advierte que no implica un nivel de inseguridad jurídica: cuando el juez se decide por eximir de pena y a falta de esa necesidad preventiva, tiene que deducirla del propio texto legal. Así: “Auch kann die Strafrechtsdogmatik nur durch die Anerkennung von Schuld und Präventionbedürfnis als gleichrangiger Voraussetzungen strafrechtlicher Verantwortlichkeit den Anschluss an die Strafzwecklehre gewinnen, für die heute anerkannt ist, dass nur Schuld und Präventionbedürfnis gemeinsam eine Strafsanktion auslösen können”. ROXIN, Claus, “Strafrecht: Allgemeiner Teil”, Band I, 4. Auflage, München, C. H. Beck Verlag, 2006, p. 853.

(14) Antón Vives habla sobre la “posibilidad de gracia”, que será usada cada vez que la pena no sea necesaria. La no-necesidad de pena, claro, pide nuevas discusiones: VIVES ANTÓN, Tomás S., “Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 495.

Es lo que aquel autor llama sistema racional-final (zweckrational) y que nada tiene de contradictorio, sino que encuentra pequeños obstáculos, que intentamos resumir para nuestro propósito. El primero de ellos consiste en que hacer útil la pena al sujeto (15) significa preliminarmente renunciar a su carácter preventivo general que se presume, así como en el retribucionismo (16) derivado del imperativo de Kant. Es decir, se trata de un posicionamiento filosófico previo sobre la amplitud de la función de la pena, que tal vez no se pueda concretar únicamente en el análisis individual.

### V. Las legitimaciones democráticas del *whistleblowing* premiado

Derivado de ese diálogo con el Estado, bien vale la pena referirnos a la interpretación de justificaciones más clásicas, es decir, a los motivos tradicionalmente menos rechazados para negociar con la pena. Indicamos tres de ellos, con los problemas que de ellos dimanar.

---

(15) En ese punto, ingresamos en la esfera del correccionalismo y, además, en lo que ya intentamos discurrir en otra obra: el derecho del ciudadano a no querer ser corregido, su libertad para pecar y pagar por ello. Es el tema del Clockwork Orange, que ya abordamos, pero también del debate de Bartolomé de Las Casas: ¿puede el individuo ser forzado a convertirse al bien? Es la conclusión 32 de nuestra tesis *Livre arbítrio e direito penal*, que transcribimos: “A prevenção especial positiva, em tese, joga a necessidade do livre querer do condenado a patamares mínimos, porém necessários. Se, porém, entendemos o sujeito como relativamente livre, a ele não se pode negar o direito de escolher entre ser curado ou pagar uma pena minimamente retributiva. Nesse sentido, um possível correccionalismo atual teria de regressar à discussão escolástica e atentar-se aos argumentos contundentes de Bartolomé de las Casas sobre o único vocaciones modo, a única forma de convencer as pessoas ao bem: persuasão que respeite a liberdade individual. Ao condenado que reconhece esteticamente o mundo e com ele se comunica sempre se deve conceder a oportunidade de pagar uma pena-retribuição, em lugar de aceitar a cura.” Véase: RODRÍGUEZ, Víctor G., “Livre arbítrio e direito penal”, Marcial Pons, São Paulo, 2018.

(16) Según Roxin, y en su “teoría unificadora preventiva” de la pena, esta debe buscar un fin, concomitantemente, preventivo general y especial, pero nunca cualquier tipo de retribución. Entiende este autor que no se puede decir que la retribución sea, aunque lo sea parcialmente, esencia de la pena, porque las instituciones jurídicas no tienen ninguna “esencia” distinta de la que sus fines determinen. (ROXIN, Claus, “Derecho penal: parte general”, ob. cit., p. 99). Esta tesis es bien conocida de los penalistas, y aquí se expone apenas para que, el lector menos versado, pueda tener algún marco teórico.

V.I. *La misericordia y la amistad con el derecho*

(I) Como primera parte, la hipótesis de que el Estado cree que el perdón al delincuente se puede atribuir al efecto disuasorio que el individuo irrada al arrepentirse y, con mayor razón, al negar todos los valores del delito, por traicionar a sus compañeros. Algo próximo a la extinción de punibilidad (17) de los crímenes contra el honor o la falsa destreza (18), como comportamiento posdelictivo positivo hiperpremiado. O, en el Derecho Canónico, aquella oportunidad que se concede al hereje para que niegue lo que había dicho, librándose de la excomunión.

Para que esa justificación sea validada, es imprescindible aceptar la hipótesis de que el arrepentimiento del infractor es suficiente para anular la necesidad de castigo. Estaríamos entonces ante un Estado misericordioso, un *status* que por varios motivos aún no alcanzamos. Enumero tres de ellos:

(a) Primero, la legislación siempre se orientó a que el arrepentimiento posterior, aun cuando minimice los actos anteriores, solo lleva a una disminución de la pena muy poco significativa, porque el Estado sabe que un arrepentimiento posterior al acto es algo natural, sin grandes notas de heroísmo. Por otra parte —y eso creemos que destruye mucho de lo que se pueda argumentar en términos de nueva amistad al derecho— la existencia de cualquier arrepentimiento presupone un carácter dispuesto a la amistad (19) con el derecho (20), de modo que, si

---

(17) La punibilidad y su extinción han sido bastante debatidas en el derecho penal, y son elemento clave aquí, como premisa para los estudiosos del área. Sobre la problemática entre punibilidad, deber y moral, véase BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Delito y punibilidad", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, esp. ps. 102-103.

(18) En Colombia, véase art. 225 del CP.

(19) Ver, por ejemplo, Faraldo Cabana, que afirma que "la delincuencia terrorista está estrechamente ligada a la asunción de una determinada ideología de forma que, una vez rechazada esta, el sujeto ya no es peligroso. En realidad lo que se premia es esa opción ideológica; parece que no interesan tanto los hechos realizados como que el sujeto siga o no siendo un terrorista." FARALDO CABANA, Patricia, "Las causas de levantamiento de la pena", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 296.

(20) Para Schopenhauer, a quien luego citaremos, el arrepentimiento se explica por la conciencia de saber que

bastara para anular la necesidad de la pena para actos futuros, sería suficiente para despenalizar a todos los arrepentidos, no apenas a los arrepentidos útiles. El Estado convertido en un Dios misericordioso que perdona los pecados de los compungidos no es un estándar que nuestra sociedad haya alcanzado. Al menos por isonomía, tendríamos que absolver a cualquier criminal contrito.

(b) En el mismo sentido, el Estado sigue siendo muy reticente a creer en curaciones (21), que

---

el carácter inmutable, permitiría haber actuado de otro modo. Concorde con él, en debate nodal para el derecho penal, Karl Engisch. Cfr. ENGISCH, Karl, "Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, Vortrag", Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1965, p. 44.

(21) MONTES, Jerónimo, "Derecho penal español", dedica buena parte del texto a exponer una crítica detallada del correccionalismo. Destaco aquí algunos de esos argumentos, que serán repetidos por otros, solo a título de contrapunto. Primero, dice el profesor, corregir y no penar no pueden ser sinónimos, pues corregir es deber de aquel que corrige, pero en la pena "se invierten los términos: corresponde al Estado el derecho de penar —y si se quiere hablar de deber no es con relación al reo, sino a la sociedad—, y corresponde al reo el deber de sufrir la pena" (p. 136); bien porque "el Estado no cuenta con los medios jurídicos adecuados para la regeneración moral del delincuente, y la pena es precisamente, en la generalidad de los casos, uno de los medios menos adecuados", bien porque la enmienda depende de la voluntad del delincuente, pero "el restablecimiento del derecho es moral y socialmente necesario y no se le puede hacer depender de la voluntad del delincuente ni de un hecho tan problemático como el de su corrección" (p. 137). Además, las penas vigentes en su tiempo, incluso "en los Estados de más perfecta organización carcelaria [...] solo por excepción se logra la verdadera enmienda moral de algún penado", luego se cuestiona si, para punir, "¿habrá que esperar a tener medios seguros e infalibles para realizar el fin de la corrección?" Pero, entre sus argumentos, encuentro uno muy persuasivo. Dice el penalista-sacerdote que "Si el delincuente se corrige antes de que se aplique la pena, como con frecuencia ocurre en los delitos instantáneos y en los delincuentes impulsivos, tendremos que proclamar la impunidad absoluta" (p. 139), lo que llevaría a la paradoja de que un pequeño delito, culposo, podría ser castigado "con pena de duración indefinida", si en sus autores no hay enmienda, mientras que crímenes graves quedarían impunes, por el arrepentimiento del criminal, ya que "corregida la enmienda, la pena no puede durar ni un día, ni una hora más, sin incurrir en injusticia" (p. 139) JERÓNIMO MONTES, P., "Derecho penal español", Imprenta del Real Monasterio, San Lorenzo del Escorial, 1929, vol. I, p. 131. En sentido muy parecido, Antón One-



dependen de pruebas en el futuro. Basta observar que incluso en casos en que la neurociencia ha señalado que algunas intervenciones anulan el instinto criminal, no se acepta que someter a una intervención curativa a un sujeto imputable anule la necesidad de la pena. ¿Qué decir, entonces, de un político corrupto que, al traicionar a sus compañeros, promete (22) estar arrepentido y curado del “mal” de la corrupción? ¿Alguien se fiaría de ello? ¿Se puede obligar al Estado a aceptar esa promesa de arrepentimiento como buena?

Con mayor razón, aun, si se tiene en cuenta que el *whistleblower* premiado solo lo es por traicionar a quienes fueron sus amigos. Es pueril creer en la amistad al Derecho (23) de aquel que acaba de ofrecer la mayor prueba de que tiene esa virtud —la amistad— como algo absolutamente volátil. Si coincidimos con Schopenhauer en la afirmación de que el carácter es constante, y que por lo tanto “el hombre no cambia nunca: del mismo modo como actuó en un caso, actuará si se repiten las mismas circunstancias”(24), asumimos que al menos se debe dudar de esa creencia absoluta en la recuperación por el simple hecho de denunciar en busca del perdón.

En el caso del político venal arrepentido, ¿el pueblo, que ha sido traicionado por él en su acto de corrupción, está obligado a aceptar que

---

ca, que reconoce a Dorado Montero como “nuestro más grande penalista”, pero defensor de una tesis correccionalista “que se confunde con la utopía”. Para Antón Oneca, esa posición parte de una noción de un delincuente “a quien se supone siempre corregible, contra lo que enseña la experiencia habitual y los datos de la Antropología criminal”. ANTÓN ONECA, José, “Derecho penal”, Ed. Reus, Madrid, 1922, p. 16. Juan del Rosal también califica la tesis de Dorado como “sumamente extraña e irrealizable”. DEL ROSAL, Juan, “Derecho penal. Lecciones”, publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, vol. 10, 1953, p. 136.

(22) Si el ciudadano común está prevenido contra las promesas de los políticos, el derecho aún más.

(23) La alternativa sería creer que la amistad al Derecho es distinta de la amistad al clan, por tratarse de algo similar a una “conversión al bien absoluto”, y no de una asunción de valores de una familia más amplia (e incluso más justa) que es la patria. Pero ya nos referimos suficientemente a este tema para saber que también es un postulado inverosímil.

(24) SCHOPENHAUER, Arthur, “Sobre la libertad de la voluntad”, Alianza Editorial, Madrid, 2012, p. 109.

se mitigue la reacción de la pena, cuando este, en el acto de traición a sus secuaces, promete regenerarse?

Por supuesto, se debe matizar mucho esta cuestión, para depender de la reprobación del acto del *whistleblower*. Es posible que el delator de una trama de corrupción en una empresa, a pesar de haber participado en ella, de un momento a otro se arrepienta. Y será útil al Estado si el individuo denuncia lo ocurrido, y debe ser incentivado para que no tenga miedo de continuar en su proyecto de desbaratar una operación criminal vigente. Al dar señas de que discrepa, se analizará su denuncia con la convicción de estar ante un arrepentido. Esto no representa, sin embargo, un cambio de carácter, sino un mayor indicio de que el *whistleblower*, en caso de haber cooperado en una urdimbre criminal, lo haya hecho con gran dosis de constreñimiento. La disminución o anulación de su pena debe, pues, derivar de la culpabilidad, en la no exigibilidad de otra conducta. Naturalmente.

(c) También debe preguntarse si la justicia puede valorar únicamente el arrepentimiento del que tiene el poder de información sobre los demás. Un derecho basado en algo tan subjetivo [el arrepentimiento (25)], debería usar el mismo criterio para todos, ya que, para decir lo evidente, todo ciudadano tiene alma y carácter. Este será asunto que trataremos al final de este artículo.

En ese sentido, no puede sostenerse que la amistad al Derecho pueda fundamentar el premio de perdón de la pena o de parte muy relevante de esta. Pero hay otro fundamento.

(d) En términos de acceso a la justicia, surge un segundo punto que es conflictivo pero que debe considerarse: la falta de oportunidad, al menos en Latinoamérica, para que aquellos que pertenecen a las organizaciones criminales violentas puedan hacer uso del premio a la delación. No se trata entonces de dar trato desigual a los violentos y a los no violentos, sino de excluir de la posibilidad de perdón los delin-

---

(25) Nótese una vez más como la palabra arrepentimiento fue suprimida del Código Penal español; tampoco la usan el argentino ni en el colombiano.

cuentas pobres, porque son ellos los reclutados a la fuerza por las organizaciones que dominan el comercio de drogas, bien en el transporte de grandes cantidades, bien en la venta al por menor, que implica dominar las calles, los barrios, o ciudades enteras.

El sistema interno de castigo que reina en ese tipo de delincuencia organizada funciona sin duda, porque cualquier tipo de traición es castigada con la muerte, sin que haya recursos ni instancias superiores (26) o clemencia. En la práctica, entonces, se sabe que, a quien se le ocurra ser un whistleblower se le aplicará la pena capital, sin que el Estado pueda interferir. Por lo tanto, volvemos a un Derecho penal de la clase baja y de la clase alta (27), porque solo esta puede acceder al acuerdo de delación premiada. Me temo que esa dicotomía emane de una percepción de que la delincuencia violenta es grave, mientras que la corrupción es un delito que merece perdón, o quizá una represión moral, la cual no será gran cosa, pues los códigos morales de los políticos tampoco son rígidos, especialmente cuando se trata de lealtad. La delación, como instituto, funciona para los delitos de cuello blanco (white collar crimes), por lo que es una flexibilización de la ley exclusivamente para ese ámbito.

Esta característica puede constituir un ruido dialógico dirigido al Estado, porque, como diremos más adelante, este no escucha a todos, solo a algunos. Pero también puede ser un modo intermedio del Estado que señala que no le interesa negociar con la criminalidad violenta. Esta intención se inscribe, además, en otros institutos de nuestro derecho penal consolidado, como los dispositivos que rechazan cualquier tipo de beneficio o que agravan las penas de los delitos, si estos se cometen con violencia (28) o grave amenaza. Es algo ya tradicional.

---

(26) En las bandas organizadas, los “tribunales del crimen” permiten recurso, pero, claramente, no se puede hablar de justicia.

(27) El penalista sabe que me refiero al paradigmático texto de SCHÜNEMANN, Bernd, “Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral”, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

(28) En el CP brasileño, arts. 16 y 44, inc. I. En Uruguay, por ejemplo, el art. 41 de CP dispone: “Quedan exentos de

De este modo, al excluir, en la práctica, de la posibilidad de delación a quienes formen parte de organizaciones violentas, el Estado repulsa la violencia como un todo, por una condición práctica: participar en una organización que opera con homicidios, que el Estado no consigue evitar, se traduce en no tener derecho efectivo a la delación y despenalización. La violencia de las organizaciones criminales es, entonces, una curiosa doble vía de funcionalidad: como forma de operar la criminalidad, y como método de rechazar la penetración del Estado, por medio del delator.

Alternativa a ese pensamiento, nada desdeñable aunque más macabra, es la hipótesis del próximo subtópico.

## V.2. *La deliberada anulación del delator*

En un Estado utilitarista puro, el premio al delator existe porque este canjea su libertad por informaciones que resultan útiles para el combate contra el crimen, mucho mayor que el delito que se perdona. Eso ya lo sabemos. Añadimos que el Estado, que de necio nada tiene, sabe que esa información trae su precio. Es decir, que algo le cuesta al acusado, lo que es natural, y que a cambio de ese precio se le concede el perdón. Este costo, personal para el delator, puede presentar esta doble dimensión: el importe moral de la traición de los excompañeros de delito (que debe implicar culpa o rechazo por el grupo), o su costo físico, la venganza que sufrirá (29).

Entonces consideramos —repito, en nuestra hipótesis un tanto siniestra— que el Estado interpreta como natural e incluso como deseada la posibilidad de venganza capital que ejerce el

---

pena los autores de los delitos contra la propiedad, excepción hecha de la rapiña, extorsión, secuestro, perturbación de posesión y todos los otros cometidos con violencia, cuando mediaran las circunstancias siguientes [...]”.

(29) Tan no ignora esto el Estado, que ofrece programas de protección al testigo. Pero su eficacia es reducida, y no hay garantía de resultado. Si pensamos en la inclusión en ese tipo de programa, incluso podemos tener un derecho del ciudadano-delator, pero la garantía de estar libre de la venganza es una mera expectativa. No debe ser difícil para el imputado prever que, en tiempos de crisis económica, la provisión de fondos para ese tipo de programa no será prioritaria.

grupo traicionado (30). Esa hipótesis, aunque parezca absurda, añadiría al menos dos argumentos muy rotundos para legitimar la delación premiada: primero, la delación se justifica por la propia anulación del peligro que representa el arrepentido, más incluso que la trascendencia que pueda tener en el éxito de la investigación. Tal argumento se presentaba como uno de los primeros en relación con el perdón a los terroristas delatores, porque, como gran medida de seguridad aplicada, la simple anulación de la voluntad delictiva (31) del arrepentido ya era un beneficio considerable. Si esto es así, la venganza del grupo traicionado contra el arrepentido-delator es la más garantizada forma de inocuizarlo como fuente de peligro. El arrepentimiento es expectativa de anulación; la muerte es la anulación real.

La muerte del delator también tiene una función en el Estado de prevención general negativa, que debemos considerar. Si de un lado muestra que la delación no es un camino seguro, de otro disuade a todos los que pretendan iniciarse en el delito, no solo al denotar la crueldad de la organización criminal, sino principalmente al mostrar que el camino del delito no tiene retorno. Es una tendencia primitiva de instrumentalización del individuo, que no es desconocida para la filosofía. No es mera coincidencia que fuese Nietzsche —de modo que escapa también a muchos penalistas— quien hizo notar que una de las mejores formas de justificar la pena es presentarla como el tributo que el Estado cobra por no dejar al ciudadano a merced de la venganza privada (32). Muchos años después de Nietzsche,

decimos nosotros, el Estado retoma su concepción, por el aspecto negativo: sin la pena, la venganza privada está libre para operar.

Venganza que puede ser honorable, en términos medievales, como ya se esbozó en el inicio de este ensayo. Para quien dude que tal hipótesis sea plausible, basta recordar que el utilitarismo —esa es su gran falla— es imprudente, porque su eficacia se mide confesadamente por sumas de placer y dolor (33). Y eso justifica muchos actos, que personalmente considero abominables.

### *V.3. Hipótesis de desistimiento (o arrepentimiento) voluntario*

Por último, una cuestión más técnica, que no hemos visto en otros autores, es la de pensar la delación como una figura transversal de desistimiento voluntario o de arrepentimiento eficaz del acto delictivo, que anularía la pena final (por la punibilidad). El desistimiento en la tentativa es figura común en los códigos, que premia a quien, aun cometiendo actos de ejecución de un delito, se arrepienta (34) a tiempo para evitar

estipulado por el poder que protege el infractor contra los excesos de la venganza. Pena como compromiso con el estado natural de la venganza, en la medida en que razas poderosas mantienen todavía ese estado y lo reivindicarían como privilegio. Pena como declaración de guerra y medida de guerra contra un enemigo de la paz, de la ley, del orden, de la autoridad, al que (...) se le combate con los medios que proporciona precisamente la guerra". NIETZSCHE, Friedrich, "La genealogía de la moral", Ed. Alianza, Madrid, 2001, p. 104.

(33) Ver las primeras definiciones de Bentham, especialmente en los ítems 5 a 7 del I de sus Principios de morales. BENTHAM, Jeremy, "An introduction to the principles of moral and legislation", Burns and Hart-Oxford, New York, 2005, p. 12.

(34) El Código Penal brasileño distingue entre espontaneidad y voluntariedad, lo que pocas legislaciones hacen hoy. Lo espontáneo es lo voluntario con carga moral positiva. Pero la idea de espontaneidad y de arrepentimiento que pregonan los Códigos modernos dejan poco espacio para la subjetividad. Por ejemplo, en Colombia, el art. 27 del Cód. Penal, sobre la tentativa, trata apenas de voluntariedad. "Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, (...) si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo". Nótese que en Colombia no existe el "puente de oro", que despenaliza toda la conducta. Ya en España, la reforma del Código suprimió el término arrepentimiento, para que quedara solamente el "de-

(30) Lo que es aún más antidemocrático, porque el Estado se aprovecha de la vida de aquel que es vengado, en general, como ya lo probamos, el económicamente menos favorecido.

(31) Es lo que Cuerda Arnau llama la "menor necesidad de pena" (p. 324) respecto del arrepentido, y que la antigua ley española, al referirse al terrorismo, quiso cautelar como el "abandono voluntario de la actividad delictiva", expresión que en Italia generó agrias discusiones. Véase: CUERDA-ARNAU, Ma. Luísa, "Atenuación y remisión de la pena en delitos de terrorismo", publicaciones del Ministerio de Justicia y del Interior, Madrid, 1995, ps. 403 y ss.

(32) Tres son las funciones de la pena según Nietzsche. La primera nos interesa de momento: el pago de un impuesto al Estado para recibir protección ante la venganza de los particulares. La tercera, la guerra, será objeto de los siguientes capítulos: "Pena como pago de honorario,

que el resultado se produzca. En el caso de la delación premiada, el resultado normativo obligatoriamente se produjo, pues hay crímenes perfectos, lo que de inmediato contrataría la configuración ortodoxa del instituto despenalizador. Sin embargo, nosotros creemos que, mediante el acto de arrepentimiento, se evitan delitos futuros: con el desmantelamiento de una banda criminal, habría algo así como un desistimiento diferido en el tiempo. Sería una hipótesis bastante interesante para justificarla, pero, para caracterizarla, tendríamos que vencer al menos tres obstáculos:

(a) Que se ignore la advertencia clásica del instituto, de que los actos ejecutados, anteriores a la evitación del resultado, son punibles. Es decir, el delator, incluso si evita los resultados futuros, sería punible por las acciones del pasado: exactamente los crímenes cuyo perdón, vía la delación, él ruega;

(b) Significa tener por cierto esa prohibición de los delitos futuros, lo que ya hemos visto acarrea una serie de ponderaciones; y

(c) Principalmente, significa reconocer el derecho del whistleblower a delinquir en el futuro, pues solo esa virtualidad puede recompensar hoy un delito que ni siquiera comenzó a ser ejecutado (35). Como nadie tiene derecho adquirido a delinquir exento de sanción, no nos parece

---

sistir voluntariamente”, en el art. 16.2. Tal como el modelo alemán. Si eso es suficiente para quitar la subjetividad del ‘arrepentirse’ es otra cuestión, que acá no cabe discutir. En Argentina, el Código Penal es concreto al eliminar la pena en caso de arrepentimiento, mientras establece posibilidad de pena para tentativa inidónea. Véase art. 44: “El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”. Es curioso, como ya se comentó, que la ley argentina, que modifica el Código, llama “arrepentido” al delator —por cierto, utiliza el vocablo 17 veces— pero, al incorporar la necesaria reforma en el Código Penal, no usa esa palabra (ley 27.304). La palabra arrepentido tampoco aparece en la ley 27.482, de 2019, que insiere como tit. VII del Libro Cuarto de la Primera Parte del Código de Procedimiento Penal, aprobado por el art. 1º de la ley 27.063, el título “Colaboración Premiada”.

(35) Así, por ejemplo, una de las causantes del principio de oportunidad, en el Código de Procedimiento Penal de Colombia: “Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información

justo que el Estado anticipe ese delito futuro, compensándolo con el perdón presente de la pena.

Es decir, incluso nuestra hipótesis tiene una serie de dificultades de encuadramiento lógico, pero no es imposible, dada la casi absoluta certeza de que una organización criminal cometerá otros delitos mientras no exista un factor externo que se lo impida.

## VI. Problema general del acceso a la justicia

Las tres hipótesis anteriores, con sus subdivisiones, de las más leves a las más graves, derivan de nuestra primera, general: el acceso del acusado-colaborador a la justicia. Pero ese acceso oculta una contradicción.

*Grosso modo*, la fisura consiste en el hecho de que, en la práctica, el estado-persecutor no está dispuesto a negociar con cualquiera. Es decir, solo tiene poder para hablar, poder de negociación con el ente público, el particular que controla el delito.

Quien negocia con el Estado es quien tiene condiciones de aportar las pruebas y, especialmente, las informaciones que confieren sentido a aquellas (36). Algunos penalistas afirman que es el líder quien, en general, tiene más información; yo invierto la afirmación pues me parece más realista que en una organización, el poseer más información es lo que otorga la condición de líder. Desde mi punto de vista, el líder no es aquel al que llega la información, al contrario, las informaciones completas sobre lo fundamental

---

eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada” (Ley 906 de 2005, art. 324, nro. 4).

(36) Se plantea la cuestión del ofrecimiento de la prueba, para destruir el posible argumento de que, en una organización delictiva entendida como empresa, por ejemplo, un empleado poco cualificado pueda disponer de un dossier, una colección de documentos que haya construido durante algún tiempo, por los papeles (en sentido amplio) que pasaban por sus manos. Se trata de una hipótesis poco realista, porque hoy el acceso a los documentos, en este tipo de investigación, es menos complejo: las pruebas que se adelantan en los sistemas informáticos los recogen con gran facilidad. Lo importante es cómo dar sentido a ellas: qué significan las anotaciones, dónde están las cuentas, todo aquello que, en general, solo conocen los que ocupan la cima de la pirámide criminal.

de lo que ocurre en una empresa criminal (o, en el caso de willful blindness, la ceguera deliberada, al menos de quien las tiene) constituyen uno de los criterios para que un sujeto sea líder. El dominio depende de la información.

Encontramos ahora problema intrincado del derecho penal, que no es tan difícil de superar —en función de lo que precisamos— si recurrimos al sentido común de justicia. En materia de autoría y participación, tanto en los miles de páginas de doctrina, como en la ley, siempre se mencionará la hipótesis de una pena incrementada para aquellos que, en delitos en que exista más de un agente, dirigen la participación. Esta práctica de castigar al líder (37), es casi de sentido común, como también la de criticar acremente los juicios que terminan con la condena de los ejecutores y la absolución de los mentores de un delito.

Es precisamente ese sujeto-comandante quien tiene la mercancía que le autoriza a negociar con el Estado, en busca del perdón. Y esto desequilibra nuestra hipótesis de que la delación premiada es la realización del sueño democrático de rediscusión del contrato social con el Estado, pues se trataría de una democracia oligárquica: quien tiene poder de negociación puede discutir los efectos de la ley penal respecto de su propio delito.

Si el sistema democrático se equivoca en punto a la jerarquía de las relaciones entre miembros de una misma organización, fracasa aún más cuando lo hace respecto de todos los ciudadanos. Porque cualquier ciudadano puede perpetrar un delito, pero solo aquellos que cometen los más graves serán llamados por el Estado a recibir perdón (38). Aunque se aceptara la hipó-

(37) Así, el texto del delito de Rebelión, en el Código español de 1995: "1. Los que, induciendo a los rebeldes, hayan promovido o sostengan la rebelión, y los jefes principales de esta, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinticinco años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo; los que ejerzan un mando subalterno, con la de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta de diez a quince años, y los meros participantes, con la de prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años".

(38) Tratamiento diferenciado no es sencillamente (que ya no sería poco) ofender el principio de la igual-

tesis irreal de que las leyes sobre delación, en el mundo, no tuviesen que ver con los delitos de organización criminal, esta es una premisa del instituto. El individuo que hurta carteras en el centro de una metrópoli lamentablemente ya está acostumbrado a no acceder siquiera al Estado-juez, ya que sus condiciones financieras jamás le permitirán alcanzar tribunales superiores. El whistleblowing, para él, perpetuará la injusticia, o al menos no le alterará el paisaje: también se le hallo inalcanzable, porque él no pertenece a una banda a la que pueda delatar; si acaso la tiene, sería una banda de carteristas no atrae el interés del prosecutor para proponer cualquier tipo de bargaining, de flexibilizar la dura ley.

Aunque los tiempos cambien, en ese rapone-ro de carteras siempre habrá algo de Fabiano, nuestro campesino de la literatura brasilera: sin condición de interlocución con el Estado, será sumiso al castigo, porque no tiene demasiadas opciones (39). Así, las autoridades encargadas de la persecución criminal solo quieren dialogar

dad. La cuestión es que la desigualdad fomenta el delito, porque demuestra que el sistema punitivo es débil en sus cimientos. Sobre el tema, véase RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, "La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado", Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, p. 107 (véase, infra, Cap. x nro. 4, especialmente último párrafo).

(39) Garro Carrera plantea la cuestión de que solo la prevención general justifica la reducción de la pena: "Sin embargo, si el infractor, antes de saberse descubierto, emprende el camino contrario, presentándose ante las autoridades y confesando su delito, esta conducta, más allá de la utilidad que pueda deparar a la Administración de Justicia por motivos pragmáticos o de eficiencia, desplegará un efecto de revocación parcial de su decisión de lesionar el bien jurídico. La alteración de la confianza en el respeto a las normas básicas de convivencia que deriva de todo delito, y la consiguiente turbación que crea en la sociedad, se calma en cierto grado si el sujeto confiesa, y que la declaración autoinculpatoria implica la disposición a cargar con las consecuencias correspondientes, lo cual supone un cambio de escenario con respecto a la habitual necesidad de declarar la responsabilidad e imponer la sanción ante la resistencia del sujeto. Y es precisamente ese significado comunicativo de la confesión el que sosiega o pacifica la generalidad, y lo que justifica y requiere la imposición de una sanción más leve". GARRO CARRERA, Enara, "Atenuantes de reparación y de confesión: equívocos de la orientación utilitarista", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 105. En sentido parecido sobre el fundamento de la prevención general, GARCÍA PÉREZ, Octavio, "La punibilidad en el derecho penal", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997, p. 210.



con quienes idean y dirigen las grandes empresas delictivas. Estos son los felices invitados a la cena con el Estado, en que se discutirán los términos del castigo.

### VII. La hipótesis del comandante-delator

La cuestión general de la falta de acceso a la justicia en ese diálogo con el Estado supone una última contradicción que tenemos que puntualizar, que tiene que ver con la técnica del derecho penal. Se trata del enfrentamiento entre el castigo mayor para el comandante de la organización criminal —determinado por ley— y el acto de delación.

Nótese que, desde una perspectiva utilitarista, la delación debe servir para algo. ¿Y para qué sirve? Por regla general, para ponerle el guante al jefe de la cuadrilla. Para conseguir pruebas contra el que lidera la organización. Y esa búsqueda del organizador, por derrumbar al jefe, no deriva solo de la no-fungibilidad de ese comandante, con el temor de que su mera presencia, cual Cid del mal, le dé ánimo a toda la criminalidad, sino por la razón dogmática de que la ley reprueba al líder, que es por tanto, el autor del mayor injusto y como tal, tiene que ser perseguido prioritariamente.

Pero imaginemos la hipótesis de que el propio jefe de la banda, aquel que creó el mayor esquema criminal, desee presentarse como arrepentido. Ese en quien, como ya hemos mencionado, converge toda la información sobre la organización ilícita. ¿El Estado aceptaría la delación?

Surge el dilema: por un lado, él tiene derecho a ese diálogo, garantizado por la ley (40). Y, ob-

---

(40) La ley mexicana prevé que el agente debe aportar información contra los jefes de la organización, pero esto no resuelve el dilema de todo, porque no se prohíbe que el capo de la organización aporte pruebas contra otros que, aunque ejerzan liderazgo, lo hacen en posición jerárquicamente menor que la del delator. El texto de la ley mexicana dice así: "(III). Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondiera por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y (IV). Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemen-

jetivamente, es quien más información puede aportar al Estado. Cuantitativamente, entregará más personas, que cometieron no pocas injustos, pues sabe mucho sobre sus subordinados.

Por otra parte, la delación del jefe destruye la naturaleza del instituto por dos razones: (a) desde la perspectiva moral, más evidente, traiciona a quienes él mismo incitó al delito. Su traición es duplicada (41), lo que debería considerarse como un obstáculo a la delación. Pero la perspectiva moral aquí se supera; (b) cuestión principal es que la misma perspectiva utilitarista acaba corroída: si la naturaleza, al menos histórica, del whistleblowing es permitir la consecución de pruebas para alcanzar al líder, la lógica se pierde cuando el mismo líder es el delator.

Sin embargo, del doble enfrentamiento principiológico de la hipótesis, la experiencia brasileña, importante en este estudio, demuestra que ya hubo casos (42) de aceptación de delación premiada del líder de la trama corrupta, que recibió perdón judicial casi absoluto, lo que no nos parece justificable, por cualquiera de los aspectos aquí planteados. Si, aun, se tratase de un país en que la responsabilidad penal de la persona jurídica estuviese ampliamente aceptada, como es el caso sin ir más lejos, de España (43),

---

te valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta". (Ley contra Delincuencia Organizada, de 1996, art. 35).

(41) Al decir que la traición se duplica, el acto inmoral se multiplica por cuatro: 1) cooptar a los individuos para cometer el crimen, dándoles seguridad; 2) cometer el crimen; 3) delatar a los compañeros con quienes pactó silencio; 4) el agravante de que los delatados no son meros compañeros, sino individuos a quienes el propio delator los había llevado a delinquir, prometiendo fidelidad y cobrando la fidelidad ajena, como líder.

(42) En el caso brasileño, un importante empresario denuncia al Presidente de la República. El problema está en que el empresario parece ocupar un puesto más alto que el Presidente, en la trama criminal. Es decir, aunque el Presidente sea en el país la máxima autoridad, en la trama criminal estaba por debajo del empresario, según nos parece. Claro que esto es algo muy discutible.

(43) Se trata del complejo art. 31 bis del actual Cód. Penal español. En Argentina, en diciembre de 2017 se sancionó la ley de Responsabilidad Penal (27.401) de las personas jurídicas, si bien solo aplicable en casos de co-

se podría pensar que el individuo-líder, por más que sea el capo de su organización, sería menor que la corporación, aquella too big to prosecute, demasiado grande para acusarse. Pero serían casos excepcionales, incluso para quien admite la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Hay intentos de solución legislativa, como en el ordenamiento mexicano o en el peruano (44) que, con norma específica sobre el tema, excluye la posibilidad de que los jefes de grandes organizaciones sean beneficiados por su buena voluntad en delatar, solución que se inspira en la experiencia, bastante rica, de la legislación referente a los lenience programs. De la misma forma, el art. 324, parágrafo 1º (45) del Código de Procedimiento Penal colombiano (46) y, parcialmente, la ley brasileña, que prohíbe la no persecución por el ministerio público de un delator que sea “el líder” de la organización criminal (47), aun-

---

rupción, concusión e informes falsos (véase art. 1º) que se refiere a la “colaboración eficaz” en su art. 16 y ss.

(44) Art. 7º de la ley 27.378 de 2000.

(45) “En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización”.

(46) Al respecto, y según la experiencia práctica de Colombia, véase el comentario de Ramírez Barbosa: “En definitiva, la aplicación del principio de oportunidad como instrumento de política criminal en la lucha contra el crimen organizado puede evidenciar avances en la detección y sanción de delincuentes que cometen este tipo de conductas. No obstante, su aplicación queda restringida a quienes no ostenten los niveles de organizadores y promotores. Tal y como se consagra este principio en el ordenamiento jurídico colombiano, su alcance no es muy amplio para la lucha contra el crimen en gran escala (...)”. RAMÍREZ BARBOSA, Paula A., “Estrategias político-criminales en la persecución y sanción de la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en ese ámbito”, en CALLEGARI, A. L. (ed.), *Crime Organizado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016, 2ª ed., p. 161.

(47) Se trata del art. 4º, § 4º, inc. I de la ley 12.850 de 2013: “§4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo”. La ley de Uruguay no hace alusión exclusiva a ello, basta que “el colaborador abandone la actividad delictiva o la asociación ilícita a la que pertenece” (ley 19.574, art. 63). De modo parecido es el nuevo texto del Código Penal de Argentina (art. 41 ter), que solo exige que el colaborador impida nuevos delitos, sin hablar de posiciones jerárquicas: “Para la procedencia de este

que no disponga lo mismo respecto de la despenalización por perdón judicial.

## VIII. Conclusiones

Nuestra conclusión principal está en el entorno de que la delación premiada no trae la característica de ser una aplicación democrática del Derecho Penal, como una innovadora forma de participación popular. Si se plantea esa hipótesis de diálogo directo con el Estado, hay que tener en cuenta que ese acceso es selectivo: el Estado no habla con quien le pide una cita, sino con quien tiene el poder de convocarle. Además, como se ha visto, es posible que, si el instituto se extiende o se aplica en extremo, tendremos ciudadanos que dan órdenes al Estado, por encima de su poder, cual Übermenschen que, como el personaje Soprano, determinan que el Estado recoja su basura, y otros, siempre oprimidos, como un ciudadano provinciano que ni siquiera sabe cómo dirigirle la palabra. Esto no nos parece que sea exactamente la materialización del sueño democrático.

En ese sentido, enumeramos conclusiones:

1. La hipótesis de que el Estado perdone el delincuente porque este le ofrece pruebas de amistad futura con el derecho es falsa, por algunas razones:

(i) porque el Estado, por regla, no es misericordioso y, menos aún

(ii) creará en recuperar la amistad de aquel que, al delatar, muestra que la desprecia absolutamente como valor;

---

beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o conocer el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo”.



(iii) el juez no puede, sin embargo, confundirlo con la actuación del *whistleblower* en sentido estricto, que, al denunciar delitos, especialmente en el ámbito corporativo, muestra jamás haber estado de acuerdo con su comisión. Eso indica un reproche menor de su acto ilícito anterior (si existió), que puede haber ocurrido por presiones externas cercanas a la coerción. En el campo de lo que el derecho llama inexigibilidad de otra conducta, es posible inclusive la exención de pena.

2. Esa hipótesis tampoco funciona porque la delación, en la práctica, no obra en casos de delitos violentos. Los miembros de las organizaciones criminales armadas, en América Latina, jamás recurrirán a esa medida, porque saben que el clan les aplicará la pena capital. La prevención general negativa que supone la tradición del ajusticiamiento es, entonces, más que efectiva.

3. Podría darse una hipótesis más macabra: que (i) el Estado haya planeado no negociar en los casos de crímenes en los que haya violencia. Por eso admite la delación por *whistleblowers* de delitos violentos, al suponer que serán una fuente de peligro anulada por su propio clan. Tiene sentido, ahí, la afirmación de Nietzsche, (ii) por la cual la pena puede significar un impuesto que cobra el Estado para librar al ciudadano de la venganza privada: *a contrario sensu*, al negar la pena, el Estado quiere que obre la venganza privada.

4. Consideramos que la delación podría configurarse como el anuncio de la figura penal del desistimiento voluntario. El problema de esta concepción, sin embargo, está, entre otros, en reconocerle al delator el derecho a delinquir en el futuro, pues esa hipótesis autorizaría el perdón anticipado de la pena.

5. El Estado solamente negocia con quien tiene poder de palabra. No negocia con el Estado quien quiere, sino aquel que *puede*:

(i) negocian con el Estado quienes tienen más información sobre la organización criminal, generalmente sus jefes;

(ii) el Estado no se moviliza para resolver pequeños crímenes, por lo que solo quien comete delitos que tienen alto impacto accederá al diálogo del *plea bargaining*;

(iii) tiene poder de palabra quien consigue amenazar al Estado. Entonces, cuando el poder público se presta a negociar con el delito, ya es un perdedor, porque se ve obligado a flexibilizar un ordenamiento originariamente construido para seguir el principio de la obligatoriedad y de la isonomía.

6. El Estado jamás debe aceptar delación premiada de aquel que dirige la organización. No solo porque moralmente es más criticable, sino porque su histórico papel utilitarista también se corroe. El propósito de la delación es alcanzar pruebas contra el líder, no absolverlo a costa del castigo de aquellos a quien el propio líder había motivado al delito.

7. Hay que tener cuidado con los eufemismos que solo intentan hacer más fácil la adaptación del utilitarismo a la cultura latina, que reprocha la traición: la “delación” no es una sencilla “colaboración”, y la única forma de admitir la delación premiada de modo coherente a nuestra sistemática legal es como forma de comportamiento posdelictivo positivo. Un comportamiento posterior a la consumación del delito que, por su utilidad específica, merece la disminución o anulación de la pena.

# Cómo la corrupción llevó las cámaras arbitrales a los programas de *compliance*

POR CLAUDIA CRISTINA BARRILARI <sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. Consideraciones iniciales.— II. Corrupción, derecho penal mundial y normas supranacionales.— III. Corrupción y arbitraje: posibles encuentros.— IV. Algunas respuestas y conclusiones.**

## I. Consideraciones iniciales

Si la jurisdicción de cada país pudiera estar representada por un barco que navega en alto mar, el arbitraje sería un barco pirata, sin un puerto de origen o destino, navegando bajo la fuerza del viento de la voluntad privada que lo impulsa. La metáfora utilizada por un distinguido profesor de procesal civil, destaca la autonomía de la voluntad de las partes y la gran libertad otorgada a las partes que eligen el arbitraje como un medio para resolver conflictos aparte de la justicia pública y de sus deficiencias, como la lentitud y el exceso de burocracia.

La jurisdicción, como poder estatal responsable de la realización de la justicia y la pacificación social, empieza a resultar insuficiente para proporcionar respuestas satisfactorias al grupo social. Esto establece medios más amplios y abiertos para la resolución de conflictos y el acceso a la justicia. En este sentido, el arbitraje es seguramente una técnica privada de resolución de disputas, que integra, junto con los medios consensuales de conciliación y mediación, lo que se llama sistema “múltiples-puertas”.

Los litigantes pueden elegir a las personas que serán juzgadas, quienes a su vez reciben sus poderes de una convención privada sin intervención estatal. La decisión por tomar, basada en la convención privada, es tan efectiva como una sentencia judicial. Los conflictos que pueden estar sujetos a esta técnica de solución de con-

troversias son los derechos patrimoniales disponibles (1).

En el arbitraje, el gran protagonismo conferido a las partes no las elimina de la necesidad de observar reglas éticas. En más de una fase, es necesario que las partes del arbitraje basen su conducta en la ética y la buena fe.

Al principio, la doctrina resalta la necesidad de que la parte no perturbe los procedimientos arbitrales, presentando obstáculos innecesarios a la constitución del tribunal arbitral o, ante una decisión arbitral insatisfactoria, busque sin motivación la anulación de la sentencia que no sea favorable para ella (2).

Sin embargo, la tutela global anticorrupción que se desvela hoy, permite que la preocupación ética, desde otra perspectiva, abra el camino para que se tengan en cuenta los compromisos generales contra la corrupción en todas sus formas. En este sentido, los tribunales y los acuerdos de arbitraje pueden incorporar expresamente cláusulas que demuestren un cumplimiento previo de los parámetros anticorrupción.

---

(1) Véase CARMONA, Carlos A., “Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9307/96”, Atlas, São Paulo, 2009, p. 39. Con respecto a la disponibilidad de la ley, el autor resume que: “são arbitráveis as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem”.

(2) Véase MAGALHÃES, José Carlos de, “A ética das partes na arbitragem”, Revista do Advogado, 119, Associação dos Advogados de São Paulo, abril de 2013.

---

<sup>(\*)</sup> Doctora en derecho penal por la Universidade de São Paulo. Máster en derecho penal por la Pontificia Universidade Católica de São Paulo. Abogada en São Paulo, Brasil.

Los procedimientos de arbitraje hacen grandes formas financieras en varios contratos económicos. Los altos valores involucrados en los contratos, y su naturaleza desregulada, proporcionan un entorno propicio para las desviaciones éticas y legales. Desde esta perspectiva, el propósito de este trabajo es presentar un posible nuevo campo en el que los programas de *compliance* pueden ser una herramienta importante para el cumplimiento ético y regulatorio.

## II. Corrupción, derecho penal mundial y normas supranacionales

La corrupción actual es una plaga generalizada entre las transacciones comerciales, las relaciones políticas, los asuntos gubernamentales y los asuntos corporativos. Un mal que genera desigualdad, que en el ámbito corporativo conduce a una competencia desleal y perjudica a la fuerza laboral. La corrupción es un fenómeno complejo que puede entenderse desde diferentes ángulos, sin embargo, se destaca en el campo del derecho penal. Esto, a su manera, sufre el influjo de la globalización que, en consecuencia, lo lleva a un proceso de internacionalización. En otras palabras, estamos hablando de una ley penal global, y en este contexto, las regulaciones estatales tradicionales ya no son efectivas para combatir la criminalidad moderna.

Hoy, se enfrenta un mundo globalizado, un comercio internacional sólido, empresas transnacionales que negocian más que el PIB de muchos países, en resumen, una serie de características que modifican o influyen en el derecho penal de cada país, ya que hay una tendencia que espera que los países protejan armoniosamente, de manera ordenada, los crímenes que sacuden la economía mundial.

Una de las consecuencias más significativas de este proceso es que el derecho penal está ahora bajo la influencia de las recomendaciones de organizaciones internacionales, especialmente la Convención de la OCDE contra la corrupción. Además de estructurar tipos penales y sanciones, se impone al derecho penal pensar en una posible respuesta que pudiera combatir más eficazmente la corrupción. Así, con las influencias de regulaciones supranacionales, de las recomendaciones de organizaciones internacionales, especialmente la Convención de la OCDE contra la

corrupción, la lucha contra la corrupción paso a contar con los programas de cumplimiento, con los mecanismos de autorregulación (3).

Junto con la regulación tradicional impuesta a los ciudadanos y las empresas, está surgiendo una nueva tendencia basada en mecanismos de autorregulación. La misma apertura que rediseña la economía global y el papel regulador del estado les da a las compañías cierta proactividad hacia ciertos intereses públicos, así como valores éticos y sociales.

Si, por un lado, esta influencia en el derecho penal puede conllevar un cierto riesgo de aumentar el *enforcement* penal, existe, por otro lado, una posible apertura para pensar en sistemas preventivos cuyo objetivo regulador sea fomentar una cultura de adecuación, disuadir la comisión de irregularidades que no sean por la represión.

## III. Corrupción y arbitraje: posibles encuentros

En su origen, la corrupción era un tema restringido a la administración pública y tenía como objeto la protección del interés público, la protección de los negocios realizados por el Estado en nombre del interés público protegido. El dinamismo establecido en las relaciones comerciales internacionales, junto con un interés oculto en mantener condiciones equilibradas entre países, fueron los impulsores de un movimiento internacional anticorrupción.

Si, inicialmente, podría haber dudas sobre la posible relación entre la corrupción, en la comprensión tradicional del crimen contra la administración pública y el arbitraje, una técnica para la solución de controversias mediante la cual

---

(3) Las confluencias entre la corrupción, la autorregulación y las influencias de las regulaciones supranacionales son el tema de muchos estudios actuales. Se presentan aquí de manera superficial solo para comprender las formas en que el arbitraje puede ser una nueva apertura para el cumplimiento y los compromisos anticorrupción. Sobre el tema, ver: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge - SAAD-DINIZ, Eduardo, "Compliance, direito penal e lei anticorrupção", Saraiva, São Paulo, 2015. JIMÉNEZ, Luis Arroyo - NIETO MARTÍN, Adán, "Autorregulación y sanciones", Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008. BARRILARI, Claudia C., "Crime empresarial, Autorregulação e compliance", Saraiva, São Paulo, 2018.

una convención privada otorga poderes de toma de decisiones a ciertas personas, que deciden sobre la base de la convención, sin intervención estatal (4), la tutela global contra la corrupción autoriza que los compromisos generales contra la corrupción en todas sus formas sean llevados al arbitraje.

De las posibles tangenciales entre los dos objetos, la más evidente es cuando se produce corrupción en relación con cualquiera de los árbitros. En la Ley de Arbitraje brasileña, existe una disposición expresa que equipara a los árbitros con los funcionarios públicos, en el desempeño de sus funciones o debido a ellos, a los efectos del derecho penal. Si los árbitros son tratados como funcionarios públicos, bajo el concepto de derecho penal, al decidir un procedimiento de arbitraje, esto significa que pueden ser responsables por el delito de corrupción activa (5).

Normalmente, lo que importa en la doctrina del arbitraje es el estudio de la responsabilidad civil de los árbitros, se dice muy poco acerca de la responsabilidad penal de los árbitros. En el campo de la responsabilidad civil, los árbitros son responsables de los daños causados a las partes en caso de dolo o imprudencia grave. Se discute la posibilidad de que también a los tribunales arbitrales se extiende la posibilidad de responsabilidad indirecta por las fallas de los árbitros (6). Los tribunales tienden a manifestarse

(4) Véase CARMONA, Carlos A., "Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9307/96", Atlas, São Paulo, 2009, p. 15.

(5) Véase VERÇOSA, Haroldo, "Os 'segredos' da arbitragem", Saraiva, São Paulo, 2013, p. 75 se refiere expresamente al delito de corrupción cuando los árbitros son acusados de un delito en el curso de un arbitraje a su cargo.

(6) "Por derradeiro, ainda em tema de responsabilidade civil, há de ser enquadrada a situação do órgão arbitral institucional: responderá ele também por perdas e danos nas mesmas situações vistas acima? Haverá casos em que esta responsabilidade ficará patenteada por conta do exercício irregular das atividades propostas pelo órgão arbitral: falta de indicação de árbitros, indicação de árbitros que não poderiam exercer a função, indicação de árbitros que não preenchem as qualificações técnicas previamente acordadas entre as partes etc., tudo levando a eventual anulação do laudo ou a retardamento na decisão. (...) Alguns órgãos arbitrais, à falta de expressa disposição legal sobre o tema, trataram de inserir em seus regulamentos previsões sobre a responsabilidade civil dos árbitros, de

en gran parte por la responsabilidad directa de los árbitros.

Pero incluso en la doctrina del arbitraje se cuestiona la situación del órgano de arbitraje institucional: ¿si también será responsable de los daños cuando los árbitros causen daño a las partes por dolo o imprudencia grave?

Hay casos en que la responsabilidad del tribunal puede ser más fácil de imputar, por ejemplo, el nombramiento de árbitros que no pudieron realizar la función, el nombramiento de árbitros que no cumplen con los requisitos técnicos previamente acordados por las partes, etc. La anulación del informe o la demora en la decisión. Algunos cuerpos arbitrales, en ausencia de una disposición legal expresa sobre el tema, han tratado de incluir en sus reglamentos disposiciones sobre la responsabilidad civil de los árbitros, para dejar claro que las consecuencias de cualquier mala conducta no pueden extenderse al cuerpo arbitral

Con respecto a la responsabilidad penal de los árbitros, poco se dice. Sin embargo, es posible pensar que las demandas actuales permitirían a los tribunales adoptar también mecanismos ilícitos preventivos para las partes y los árbitros.

Un segundo posible conflicto que puede surgir para los árbitros cuando se enfrentan a ciertas obligaciones a las que están expuestos por esa disposición legal que los equipara a los funcionarios públicos con fines penales y ciertas características inherentes al arbitraje, como el deber de secreto al que están sujetos los árbitros, ocurre cuando la sospecha de corrupción recae en cualquiera de las partes. Si los árbitros sospechan de corrupción, ¿es obligatorio reportar los hechos? En este punto, ¿cuál sería la conducta esperada de los árbitros? El árbitro, ante una irregularidad, corre y denuncia al poder público la sospecha de un delito, ¿una ofensa? Y, por otro lado, ¿la omisión del árbitro en hacer eso constituiría una mala conducta?

Por la lógica del interés público, si los árbitros enfrentan alguna sospecha de ilegalidad en los

modo a deixar claro que as consequências de eventual desvio de conduta não poderão ser estendidas ao órgão arbitral". CARMONA, ob. cit., p. 266.

procedimientos o, en el desempeño de una de las partes en la disputa, deben informar los hechos a la autoridad pública. Sin embargo, en la lógica del interés privado, que apoya el arbitraje, no parece tener sentido que el árbitro deba violar su deber de secreto y confidencialidad al encontrar cualquier disfuncionalidad (7).

Existe un conflicto que se presenta al equiparar a los árbitros con los funcionarios públicos con fines delictivos y las características intrínsecas del arbitraje, el arbitraje es confidencial y privado, su información no es pública y no se debe divulgar a terceros. ¿La comunicación indebida o sin elementos más seguros al Ministerio Público Fiscal, violaría la confidencialidad? Pocos son los autores que se expresan de una manera más concreta en la doctrina brasileña sobre este conflicto. De hecho, se debe enfatizar que los árbitros deben ser muy cuidadosos al abordar asuntos delicados como sospecha de delito y deben respetar la naturaleza privada del arbitraje tanto como sea posible. Para Muniz, la mejor solución sería renunciar al árbitro (8).

Otra posible forma de reunión entre el arbitraje y la corrupción ocurre cuando hay corrupción en los negocios llevados a cabo por la empresa, fuera del alcance del arbitraje. Por ejemplo, cierto contrato conducido al arbitraje puede sufrir alguna consecuencia de una posible sanción o un posible acuerdo de colaboración hecho por la empresa en materia de corrupción, como en los ejemplos presentados por el Fordham International Law Journal, en que una empresa estaba

en un dilema sobre el acuerdo alcanzado con el órgano de supervisión (en este caso, la FCPA) y el incumplimiento del contrato que podría resultar en un procedimiento arbitral (9).

En un acuerdo de consultoría, la compañía se da cuenta de las violaciones por parte de sus agentes de las disposiciones contenidas en las leyes anticorrupción que tenía que cumplir, como la FCPA americana. La compañía utiliza de inmediato el beneficio legal según la ley de los Estados Unidos y se compromete a tomar medidas internas que pueden prevenir u obstaculizar la aparición de nuevos casos. Las medidas incluyen la suspensión del pago a asesores comerciales sospechosos de corrupción o sujetos a investigación interna. El consultor, en caso de suspensión del pago o sospecha de irregularidades, sin evidencia concreta, inicia el arbitraje. La compañía enfrentará un dilema entre lo establecido en el acuerdo hecho con las agencias públicas y la postura defensiva que debe adoptar ante el arbitraje entonces instituido.

El estudio también señala que los límites de la prueba requeridos para imputar la responsabilidad también son cuestionables ya que, en el ámbito penal, la mera sospecha no puede tener el efecto de formar una condena previa. Algunos tribunales arbitrales han reducido el estándar de prueba, permitiendo la introducción de evidencia circunstancial o revertido la carga de la prueba. Otros tribunales, sin embargo, han dudado en involucrarse en la carga de la prueba.

Se dieron algunos ejemplos caso por caso en el artículo, en uno de los cuales los derechos del reclamante bajo el contrato son nulos debido al soborno, y el acusado debe presentar los hechos y las pruebas relevantes dentro de un período determinado. En otro caso, el tribunal arbitral determinó que no había pruebas convincentes de soborno, argumentando que debería haber hechos más que probables.

---

(7) “O caráter confidencial da arbitragem pode ser classificado como um dos mais importantes fatores dessa preferência. Na arbitragem, ao contrário do que ocorre com o judiciário, o conhecimento do litígio fica circunscrito apenas às partes e aos árbitros, estes obrigados ao sigilo profissional. As provas produzidas, a natureza da controvérsia, o seu valor e o seu reflexo na atividade das partes não padecem de divulgação, tal como ocorre com a solução judiciária”. MAGALHÃES, José Carlos - BAPTISTA, Luis Carlos, “Arbitragem comercial”, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1986, p. 17.

(8) Joaquim de Paiva Muniz dice que los “árbitros devem e devem ser muito mais cautelosos do que os juizes ao praticarem qualquer ato que possa ser visto como imputando ilícitos criminais as partes. Caso o arbitro se sinta desconfortável, ele pode renunciar à arbitragem. MUNIZ, Joaquim de Paiva, “Curso básico de direito arbitral”, Juruá, Curitiba, 2017, p. 152.

---

(9) SCHIMMEL, Daniel - MIRENDA, Anthony - TEWARIE, Shrutih, “Bridging the Cultural Gap in International Arbitrations Arising from FCPA Investigations”, Fordham International Law Journal, vol. 39, disponible en <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2449&context=ilj>.



Es necesario recordar la posibilidad, actualmente consolidada en Brasil, de la aplicación del arbitraje a las disputas que involucran al Estado (10).

Es evidente que la Administración Pública está sujeta a requisitos más estrictos para usar el arbitraje. Además, debe recordarse que el riesgo de corrupción en este caso es mucho mayor.

En esta línea de pensamiento, existe un campo claro de aplicación de la llamada ley anticorrupción, como se conoce la ley que instituyó en Brasil la responsabilidad civil y administrativa para las empresas involucradas en actos de corrupción con el poder público. La Ley 12.846/2013 establece sanciones severas para las empresas, sin embargo, en caso de condena, no define adecuadamente los beneficios que se pueden obtener mediante la adopción de mecanismos preventivos, los programas de integridad. El párr. VIII del art. 7º de la ley establece: “Se debe tener en cuenta lo siguiente en la aplicación de sanciones: la existencia de mecanismos y procedimientos de integridad interna y auditoría para informar irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de ética y conducta dentro del alcance de la entidad jurídica”.

Argentina, en línea con las principales legislaciones, adoptó la responsabilidad penal de la per-

(10) Según el art. 1º, §1º de la ley 9307/96 “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. O Estado submete um litígio à arbitragem quando o procedimento arbitral for o mais adequado diante das características próprias do litígio. “Em relação ao Estado, não se trata aqui de indagar qual seria o grau de disponibilidade do direito material envolvido e nem da —correlata— intensidade que a proteção desse direito merece, especialmente porque essa análise só pode ser feita no caso concreto, mas sim de analisar a correta “adequação” do litígio a ser submetido à arbitragem (...) em resumo, o Estado não pode submeter litígios à arbitragem sem que existam fundamentos consistentes para isso, como a complexidade e a celeridade, e também não podem submeter litígios que envolvam temas de ordem pública, porque não são adequados para isso por vários motivos, dentre eles, porque normalmente não são complexos e também porque o risco de submeter determinados litígios à arbitragem “ofende valores sociais ou políticos” que o Estado precisa preservar”. BONICIO, Marcelo José Magalhães, “Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado”, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 45, año 12, Ed. RT, São Paulo, abr.-jun. 2015, ps. 167-155-174.

sona jurídica en su reciente ley 27.401/2017, que enfatiza, además del acuerdo de colaboración objetivo y bien definido, la obligación de programas de integridad para las empresas que desean contratar con el Estado, en las condiciones estipuladas por la ley.

Por lo tanto, se destaca las medidas, tanto de *soft law* como normativas, que requieren una postura firme contra la corrupción y que pueden reforzar, en el campo del arbitraje, la necesidad de preservar la aplicabilidad de la sentencia dictada en tribunal arbitral. A esto se agrega una disposición expresa en la Convención de Nueva York, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Aplicación de laudos Arbitrales Extranjeros, que establece reglas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Según lo dispuesto en el art. 36 de la Convención, la negativa a reconocer e imponer un laudo arbitral se acepta cuando es contrario a la política pública del Estado. En este sentido, parece apropiado pensar en formas de adaptar lo que se ha propuesto para evitar o reducir el riesgo de corrupción también en el campo del arbitraje.

Desde 2010, el Reino Unido ha estructurado un conjunto efectivo de medidas en su Ley de Soborno del Reino Unido (*UK Bribery Act*) mediante la compilación de una serie de medidas que se pueden implementar en una empresa para la correcta evaluación del riesgo. Las medidas podrían proporcionar dirección a los tribunales de arbitraje, por ejemplo, la promoción de una cultura de aplicación de la ley debería ser alentada por los tribunales de arbitraje. Los tribunales arbitrales pueden contener cláusulas que exigen a las empresas que adopten procedimientos de evaluación de riesgos acordes con la estructura de la empresa o el objeto del contrato en cuestión.

#### IV. Algunas respuestas y conclusiones

Hace unos años, una de las piedras angulares del cumplimiento legal en el arbitraje es la observancia de deberes éticos estrictos por parte del órgano arbitral. En 1987, la IBA publicó las reglas de ética para los árbitros internacionales. En estas reglas hay un claro énfasis en la necesidad de transparencia y el cumplimiento de las normas éticas y legales por parte de los árbitros. La IBA, Interna-

cional Bar Association, hace las Directrices sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional (Las Directrices de IBA son reglas de *soft law* que han ganado prominencia y aceptación entre muchos que utilizan el arbitraje durante los diez años de su existencia, como método para resolver disputas nacionales e internacionales, como árbitros, partes, abogados, instituciones de arbitraje y también tribunales judiciales).

El Código de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA confirma la posición de que los árbitros internacionales deberían, en principio, gozar de inmunidad en virtud de la ley nacional. Excepto en casos de dolo o grave imprudencia de sus obligaciones legales, pues aclara que ante la falta de respeto del árbitro no se argumenta que las partes perjudicadas les van a demandar en los tribunales internacionales. La sanción por incumplimiento del deber ético es la eliminación del cargo con la pérdida del derecho a remuneración.

La lucha contra el soborno y la corrupción sigue ocupando un lugar destacado en la agenda internacional, y el papel del arbitraje internacional en la asistencia a estos esfuerzos es importante.

Ha habido propuestas para introducir un sistema universal para hacer cumplir los principios anticorrupción. Por ejemplo, el Banco Mundial, en colaboración con la ONU, pensó en un “Foro Internacional contra la Corrupción”, que daría ‘un mecanismo de arbitraje internacional que se preocupase por los efectos comerciales de la corrupción y el soborno’. Los académicos también recomendaron formar un tribunal arbitral que revisara los contratos del sector público y las transacciones comerciales internacionales para identificar la corrupción.

La Cámara de Comercio Internacional CCI, una organización empresarial mundial con participación en la defensa de los intereses de empresas de todos los sectores que se fundó en 1919, hay una red global con más de 6 millones de empresas y asociaciones empresariales en más de 130 países tiene uno de los principales, si no la cámara de arbitraje más importante del mundo.

Desde 2011 la CCI, a través de su Comisión Anticorrupción ha estructurado un conjunto de

medidas para combatir y prevenir la corrupción por medio de una cláusula para ser incluida en contratos por los que las partes se comprometen a cumplir con las Reglas como también a comprometerse a mantener un programa corporativo de cumplimiento anticorrupción. Llama la atención en la cláusula la adopción de medidas correctivas antes de hablar de sanciones en caso de su incumplimiento.

Para garantizar la continuidad del contrato, si la parte puede intentar remediar la situación, esto puede hacerse a través de la cooperación, una auditoría externa independiente, emitiendo advertencias, terminando los contratos de trabajo con personas o empleados involucrados en la corrupción, o corrigiendo los efectos económicos negativos en la otra parte de cualquier incumplimiento comprobado, por ejemplo, ajustando el valor del precio del contrato.

Otra observación de la cláusula de la CCI contra la corrupción establece que la jurisdicción por incumplimiento de la Cláusula recae en el tribunal arbitral, sin embargo, “el cumplimiento puede ser objeto de procedimientos penales paralelos que pueden dar lugar a sanciones penales u otras consecuencias del derecho civil, en particular la responsabilidad por actos ilegales”.

En realidad, es necesario pensar en nuevas formas de aplicabilidad de los programas de integridad, en otras situaciones, como, por ejemplo, en el arbitraje. Lo importante es promover el cambio de cultura corporativa en todas las situaciones. No se puede más aceptar que el comportamiento ético sea solo para ponerse de acuerdo con las exigencias normativas de las normativas anticorrupción (11). Si las empresas resuelven fijar un comportamiento ético, debe ser para todas las instancias negociables, para que sea real y efectivo.

---

(11) Con toda razón, señala Eduardo Saad-Diniz que “as práticas de compliance são frequentemente reduzidas a mera formalidade para atender a exigências de autoridades públicas reguladoras ou fiscalizadoras. SAAD-DINIZ, Eduardo, “Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial”, Thomson Reuters, São Paulo, Brasil, 2019, p. 125.



# Extinción de dominio: un análisis de los distintos modelos

---

POR **AYELÉN TRINDADE Y MATÍAS ÁLVAREZ** <sup>(1)</sup>

Fenómenos como la globalización de la economía han traído consigo beneficios indudables para el flujo de capitales alrededor del mundo que permitieron la diversificación de los roles que cada país tiene en el tráfico comercial. Con dicho fenómeno han nacido empresas multinacionales cuya producción se encuentra radicada en varios países. También las organizaciones criminales se han transformado en grandes multinacionales con asiento en varios lugares moviendo sus capitales ilícitos fuera de las jurisdicciones locales. En algunos casos tienen conexiones con los estados donde desarrollan parte de sus actividades y otras simplemente donde bajo el manto de operaciones lícitas lavan activos.

Estas nuevas formas de llevar adelante las empresas criminales, la mayor parte mezcladas con actividades lícitas, han obligado al mundo a pensar nuevas herramientas para desbaratarlas y recuperar los activos ilegales que ellas producen.

Principalmente desde los años 80 se han desarrollado Políticas de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, entre ellas la Convención de Viena del año 1988, los principios de Basilea de 1989, varias recomendaciones de GAFI sobre financiamiento del terrorismo, entre otras nos han traído hasta la norma que vamos a tratar en este trabajo. Todo lo relacionado a las diversas manifestaciones de la criminalidad compleja, se ha convertido en un negocio que genera un volumen de riqueza muy importante. Para luchar contra esta forma ilícita de negocio, una política criminal moderna y eficaz debe por ello estar también dirigida a privarlos de las ganancias que ingresan procedentes de sus actividades, ello con el objetivo principal de sofocar económicamente a las aso-

ciaciones criminales y desterrarlas definitivamente quitándoles su motivación económica.

Sin perjuicio de los proyectos de ley que veremos, creemos importante empezar por la ley modelo de Naciones Unidas, ya que la misma da cuenta de lo que a nivel mundial se está pensando como una herramienta útil para lograr los objetivos planteados.

La Ley Modelo sobre extinción de dominio de Naciones Unidas (1) brinda lineamientos elementales para la aplicación del instituto en los diversos ordenamientos jurídicos de Latinoamérica y fija las bases para llevar a cabo el procedimiento, el que considera debe ser independiente y autónomo de cualquier otro juicio o proceso, resaltándose la necesidad de implementar un procedimiento especial para su aplicación efectiva y eficiente.

En este orden, la ley entiende que la extinción de dominio es un instituto jurídico dirigido contra los bienes de origen o destinación ilícita producto del crimen organizado, la corrupción, el terrorismo y el tráfico de drogas. Por ello, tratándose de un instrumento de política criminal constituye un mecanismo novedoso y una respuesta eficaz contra dicha problemática, toda vez que se enfoca exclusivamente en la persecución de los activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal.

Asimismo, la ley tiene como punto de partida el ejercicio del derecho de propiedad, inherente a toda persona, y en esa medida, la extinción de dominio reafirma su aplicación y reconocimiento al entender que los bienes adquiridos con capital ilícito no adquieren legitimidad ni pueden gozar de protección legal alguna.

---

(1) Disponible en [https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley\\_Modelo\\_Sobre\\_Extincion\\_de\\_Dominio.pdf](https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf).

---

<sup>(1)</sup> Graduados y docentes de la Facultad de Derecho, UBA.

La norma consta de nueve capítulos y es de carácter regional debido a que fue diseñada conforme la tradición civil de los países latinoamericanos, de allí la iniciativa de adoptar el nombre de “extinción de dominio”, toda vez que se trata de la denominación más común.

Así, en el primer capítulo se brindan los conceptos elementales referentes a la temática, se fijan los diversos presupuestos de procedencia de la extinción de dominio y los principios que regirán el proceso. En este sentido, establece que el instituto será imprescriptible, que se presume la buena fe en la adquisición y destinación de los bienes, y que la aplicación de la ley será de carácter retroactivo, es decir, que la extinción se declarará con independencia de que los presupuestos de procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de la norma.

La extinción procede sobre los bienes transmitidos por causa de muerte (herencia) y no será oponible ningún acto jurídico sobre los bienes salvo los derechos de los terceros de buena fe. Asimismo, tampoco resulta procedente la reserva bancaria, cambiaria, bursátil y tributaria, ni se impedirá el acceso a las bases de información.

El segundo capítulo se aboca a las garantías procesales y hace saber que siempre serán respetados los derechos reconocidos en la Constitución y los diferentes instrumentos internacionales que resulten inherentes por su naturaleza. En lo que respecta al marco propio del procedimiento, destaca que todas las actuaciones que limiten derechos fundamentales serán adoptadas previa orden judicial y que su petición deberá siempre encontrarse debidamente fundada.

En cuanto al sujeto afectado, que sería quien se halla sometido a proceso en virtud de invocar un derecho real sobre alguno de los bienes, se fijan los derechos que le asisten, entre los que se destaca el tener acceso al procedimiento, conocer los hechos y fundamentos que sustentan el proceso, presentar, solicitar y controlar la prueba, controvertir las pretensiones en su contra y renunciar a un debate probatorio a fin de optar por una sentencia anticipada, es decir, llegar a algún tipo de acuerdo con la parte acusadora.

Asimismo, podrá acreditar el dictado de una sentencia favorable que tenga efecto de cosa juzgada por identidad, objeto y causa.

El tercer capítulo hace referencia a los recursos que poseen las partes del proceso respecto de las diferentes resoluciones adoptadas, resaltándose que solo procederán los recursos de reposición y apelación. Así, se indican los presupuestos de procedencia de cada uno, el trámite que se llevará a cabo, el modo en que deberán realizarse las notificaciones y los términos para recurrir.

El cuarto capítulo detalla el procedimiento en su totalidad, el cual consta de una fase inicial o preprocesal, en la cual la autoridad competente deberá realizar todas las tareas investigativas tendientes a individualizar los bienes, sus titulares, constatar la ilicitud de su procedencia, etc. Todas esas actuaciones serán de carácter reservado hasta la notificación de la pretensión de extinción de dominio o la materialización de las medidas cautelares dispuestas sobre los bienes.

Durante esta etapa, la autoridad competente, podrá utilizar cualquier medio probatorio y todas las técnicas de investigación que estime necesarias, tales como entrega vigilada, operaciones encubiertas, intervención y grabación de toda clase de comunicaciones privadas, vigilancia electrónica, siempre que se garantice el respeto de derechos fundamentales.

Cuando fuere necesario y urgente asegurar algún bien, podrá solicitar el dictado de las respectivas medidas cautelares. Una vez materializada la medida deberá resolver dentro de los cuatro meses siguientes si archiva la investigación o procede a formular su pretensión de extinción de dominio. El archivo no tiene valor de cosa juzgada, por lo que, frente a nuevos elementos de prueba o información, la investigación podrá ser reabierta.

La pretensión de extinción debe contener expresamente los argumentos de hecho y derecho que fundamentan los presupuestos de procedencia, la exacta identificación, localización y ubicación de los bienes, las pruebas en las que se apoya la pretensión, la solicitud de las diligencias necesarias, la información sobre las

medidas cautelares dispuestas, todos los datos que se posea sobre el titular del bien y su vínculo con los mismos, y la enunciación de las actuaciones adelantadas en la etapa de investigación que deberán mantenerse en secreto.

Una vez presentada la pretensión el juez a cargo deberá resolver si la admite o la devuelve para que se subsanen los defectos que posea, por auto fundado, y en caso de aceptarla, deberá resolver sobre las medidas cautelares dispuestas, su ejecución, la reserva de las actuaciones y notificará a las partes de la pretensión.

Luego de la notificación, se fijará fecha para la celebración de la audiencia preparatoria, en la que se definirá todo lo relativo a la competencia, nulidades, impedimentos y recusaciones; se verificará la legitimación e interés de las partes y se resolverán los recursos que se hayan interpuesto.

Durante el desarrollo de la audiencia las partes ofrecerán la prueba, podrán modificar sus solicitudes probatorias, proponer y/o presentar convenciones probatorias y plantear la celebración de acuerdos conforme el régimen constitucional y legal del país.

Por su parte, el juez decidirá sobre la admisibilidad de los elementos probatorios y fijará fecha para la realización de la audiencia de prueba y alegatos, en ella, se producirá la prueba y las partes expondrán sus argumentos de hecho y derecho para sustentar sus posiciones. En función de lo que surja de dicha audiencia, el juez deberá dictar sentencia, contra la que solo procederá el recurso de apelación.

La sentencia deberá estar debidamente fundada y contener una valoración de los hechos y la prueba presentada; la correcta identificación de los bienes y de los afectados (titulares) y la declaración motivada de procedencia o no de la declaración de extinción de dominio.

En otro sentido, una vez admitida la pretensión, la autoridad competente podrá solicitar el retiro de la misma cuando sobrevengan elementos de juicio que desestimen sus fundamentos. De encontrar fundada la petición el juez levantará las medidas dispuestas y dicta-

rará el archivo definitivo de las actuaciones con efecto de cosa juzgada.

El capítulo quinto se refiere a las pruebas y los medios para producirla, resaltándose que se valorará la misma conforme las reglas de la sana crítica y que la carga de la prueba será dinámica para las partes.

Luego el capítulo sexto trata sobre las nulidades y en ese orden se especifica que entre las causales de procedencia se encuentran la falta de competencia, la inobservancia sustancial del debido proceso y la falta y/o defectos en las notificaciones.

El capítulo séptimo establece los lineamientos esenciales para la administración y destinación de los bienes obtenidos a través de la extinción de dominio a fin de preservarlos y mantener su productividad y valor.

En este sentido, las Naciones Unidas recomiendan la creación de un organismo estatal creado a esos fines que tenga amplias facultades de administración y que se encuentre autorizado a realizar ventas anticipadas de bienes o a celebrar contratos de diversa índole tendientes a preservar los bienes o mantener su productividad.

Asimismo, se determina que esos bienes serán destinados a financiar programas de atención y reparación a las víctimas de delitos, de prevención de actividades ilícitas, los gastos procesales irrogados por el proceso de extinción y compartir con los otros Estados que hayan prestado cooperación en el procedimiento.

El anteúltimo capítulo se aboca a la cooperación internacional en esta temática, estableciéndose el deber de cooperación como regla básica en función de los diferentes convenios internacionales suscriptos y determina como debe llevarse a cabo el trámite de solicitud. En este orden, la ley modelo afirma que las solicitudes de otros Estados deben tener la misma prioridad que los procedimientos de extinción internos.

Finalmente, el capítulo noveno fija el deber de información que tiene todo servidor público que conozca sobre la existencia de bienes que

puedan ser objeto de extinción de dominio y que el particular que suministre información que contribuya a la obtención de evidencias o pruebas para la declaración de extinción, podrá recibir una retribución equivalente a un porcentaje del producto que el Estado obtenga por la liquidación del bien o en función de su valor comercial, siendo que ello siempre dependerá de la colaboración prestada y será fijada por el juez en la sentencia.

Ahora con los lineamientos de la ley modelo planteados, analizaremos los diversos proyectos de ley que se trataron en el Congreso de la Nación y que por diversas cuestiones aún no han sido sancionados, como así también el decreto de necesidad y urgencia 62/2019 dictado por el Poder Ejecutivo de la Nación el 21 de enero de 2019 (2).

En este orden, el proyecto de ley impulsado por la Coalición Cívica (3), toma como base la ley de Naciones Unidas y designa como autoridad competente al Ministerio Público Fiscal de la Nación para promover la acción de extinción de dominio.

En cuanto al fuero que debe intervenir establece que deberá ser la Justicia Civil y Comercial Federal y que el proceso deberá tramitarse por juicio sumarísimo, por lo que engloba a la extinción de dominio por fuera del ámbito penal.

En cuanto a la administración de los bienes, recomienda la creación del Consejo Federal de Administración de los Bienes de Procedencia Ilícita, que deberá ser un ente descentralizado con autonomía funcional y autarquía financiera. Entre sus principales funciones se encuentra la administración, conservación y eventual enajenación de bienes, tanto los obtenidos en función de una sentencia de extinción de dominio como de aquellos sometidos a medidas cautelares.

En cuanto al destino de esos bienes o del producto obtenido de ellos, deberá crearse un Fondo de Inversión Social, Prevención de la Drogadicción, Rehabilitación y Lucha contra el Crimen Organizado, dependiente del Consejo Federal de Administración, que a su vez destinará esos bienes y fondos a fortalecer la inversión en materia de salud y educación pública, programas de prevención de adicciones y de asistencia, rehabilitación e inserción social y laboral de las personas adictas.

Finalmente, aconseja que el Estado Nacional celebre tratados internacionales de asistencia recíproca para la aplicación de la ley en lo que respecta a la colaboración y a los bienes que se encuentren en el extranjero.

Por el contrario, el proyecto de ley 73/2018 (4), entiende que el proceso de extinción de dominio debe tramitar como una acción civil dentro del proceso penal. En este orden de ideas, recomienda modificaciones al art. 23 del Cód. Penal que regula el decomiso e incorpora la figura de la extinción de dominio como una de las causales de procedencia.

Asimismo, plantea la incorporación del art. 23 bis en el que expresamente se prevé el instituto como una acción civil dentro del proceso penal que tiene por finalidad extinguir el dominio de los bienes enunciados en el primer apartado del art. 23 del Cód. Penal, en favor del Estado y cuyas reglas de aplicación al procedimiento serán las de la acción civil conforme la jurisdicción que intervenga en el proceso penal.

La acción de extinción de dominio se halla supeditada a la vigencia de la acción penal, por lo cual, si en el marco del proceso penal se dicta una sentencia que declare la inexistencia de los hechos a los que se vincularon los bienes, su atipicidad penal o la ausencia de responsabilidad de la persona vinculada al bien, el perjudicado

---

(2) Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/319068/norma.htm>.

(3) HCDN. Expediente 0476-D-2018. "Extinción de dominio sobre los bienes provenientes de actividades ilícitas. Régimen". Fecha de presentación: 07/03/2018. Disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0476-D-2018>.

---

(4) Honorable Senado de la Nación. Expediente CD 73/18. "Proyecto de ley en revisión por el que se regula la extinción de dominio y la repatriación de bienes a favor del Estado provenientes de actividades ilícitas". Fecha de presentación: 23/08/2018. Disponible en <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/73.18/S/PL>.

por la extinción podrá demandar la indemnización correspondiente en sede civil.

Sin embargo, en el caso de delitos cometidos en flagrancia o cuando se haya comprobado que los bienes fueron instrumento o medio para la comisión del delito o resulten producto de este, pero el imputado no pueda ser enjuiciado por fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otra causal de suspensión o extinción de la acción penal, se habilita la extinción de dominio durante la etapa de investigación sin necesidad de aguardar el dictado de la sentencia en el proceso penal. Lo mismo sucede cuando el propio imputado reconoce la procedencia o uso ilícito de esos bienes.

En caso de muerte del imputado, la acción de extinción procederá contra sus sucesores y de declararse la quiebra del acusado, se interpondrá una vez satisfechos todos los créditos adquiridos a título oneroso por acreedores de buena fe.

Si los bienes no pudieran ser hallados por diferentes motivos o se encontraran fuera del territorio nacional y no se hubiese recibido la cooperación necesaria, la acción procederá sobre otros bienes de propiedad del imputado por un valor equivalente.

Por su parte, el impulso de la acción se encontrará a cargo del Ministerio Público Fiscal, quien podrá solicitar todas las medidas cautelares necesarias para asegurar el desapoderamiento inmediato de los bienes y el cumplimiento efectivo de una eventual sentencia de extinción de dominio. En caso de bienes registrables, la acción será promovida contra el titular que figure en los registros y en los no registrables, sobre aquella persona que ostente su posesión.

El proyecto también prevé modificaciones en el Código Procesal Penal, de esta forma solicita la incorporación del art. 17 ter que establece que la acción civil de extinción de dominio podrá iniciarse en cualquier momento durante la instrucción del proceso penal y que en dicho proceso no será admitida la prueba confesional.

También, plantea la realización de una audiencia de carácter multipropósito para resol-

ver la cuestión, la cual deberá ser registrada en su totalidad por medios audiovisuales. Las partes, por su lado, alegarán sobre el mérito de la prueba e interpondrán los recursos que crean necesarios, y hablarán solo una vez por el tiempo que determine el juez, sin derecho a réplica, salvo que se hayan introducido cuestiones novedosas o no planteadas con anterioridad.

Las decisiones del juez serán adoptadas de manera verbal en la misma audiencia dejándose constancia de ello en un acta y contra dicha decisión solo podrá interponerse recurso de reconsideración.

Además, incorpora el art. 354 bis, por lo que en la misma oportunidad en que se dispone la citación a juicio, de haberse promovido la acción de extinción de dominio, se correrá vista a todas las partes a fin de contestar la demanda e interponer las excepciones, nulidades y recusaciones que estimen conducentes, bajo pena de caducidad. Luego, el juez ordenará a la producción de la prueba y convocará a una audiencia multipropósito a fin de resolver todas las cuestiones preliminares y las partes alegarán sobre el mérito de la prueba.

En este orden, se plantea la incorporación del art. 403 bis, que establece que la sentencia de extinción de dominio se dictará de manera simultánea con la sentencia condenatoria o absolutoria. La misma deberá contener la fundamentación de la decisión de manera detallada, el plazo que otorga para su cumplimiento, en caso de ser susceptible de ejecución, y el pronunciamiento sobre las costas y regulación de honorarios de los profesionales intervinientes. La misma podrá ser recurrida mediante recurso de casación y no regirán las limitaciones establecidas por los arts. 461 y 462 del código de forma.

Finalmente, se aconseja la incorporación del art. 479 bis a fin de regular el recurso de revisión frente a sentencias de extinción de dominio anticipadas. Solo procederá cuando en el proceso penal se haya declarado la inexistencia del delito vinculado con el bien extinguido o la inexistencia de esa vinculación. En caso de revocarse la sentencia de extinción de dominio, deberá disponerse la inmediata restitución de los bienes y si fue enajenado, se hará entrega del dine-

ro producto de la misma, más los intereses que fije el tribunal.

En lo atinente a la administración de los bienes, la misma deberá quedar a cargo de la Agencia de Administración de Bienes del Estado. Su función principal será la administración y conservación de los bienes sometidos al proceso de extinción de dominio, adjudicándole facultades para llevar a cabo esa tarea, como ser, la celebración de contratos para garantizar su productividad o la conformación de fideicomisos públicos, entre otros.

La enajenación, destrucción o donación de los bienes solo podrá ser realizada previa autorización judicial.

Como podemos observar, este proyecto deja abierto muchos interrogantes respecto al proceso de extinción de dominio y de ninguna manera se adecua a la ley modelo de Naciones Unidas, toda vez que no se trata de un procedimiento independiente y autónomo, sino que se encuentra íntimamente vinculado al procedimiento penal y su resolución.

Otro de los proyectos de ley que se han impulsado desde la Cámara de Diputados es el encabezado por el Frente Renovador (5) que sigue los lineamientos de la ley modelo de Naciones Unidas y si bien establece, al igual que aquella norma, la autonomía e independencia del proceso de extinción de dominio proponiendo su trámite ante el fuero Civil y Comercial Federal.

La acción de extinción también es imprescriptible y retroactiva, considerándola así por no poder consolidarse un derecho real sobre un bien que se adquirió en forma ilícita. Acción que no puede ser evitada por fallecimiento ya que va contra la herencia pero no procede contra adquirentes de buena fe, circunstancia que soluciona pudiendo extinguir el dominio de bienes lícitos del afectado de igual valor. Asimismo, y en virtud de la autonomía pretendida del proceso, una vez establecida la ilicitud de los bienes se permite el juicio en rebeldía, lo cual dada la relación que existe con el proceso penal aparece como un dato controvertido de

la norma que atenta, a nuestro criterio, con la averiguación de la verdad y la realización de un juicio contradictorio real tal como se pretende.

A pesar de los intentos por separar este procedimiento del proceso penal lo cierto es que ya desde sus primeros artículos [6] hace directa conexión con el proceso penal al referir que las actividades ilícitas que darán lugar a la procedencia de la acción de extinción de dominio son los delitos de contrabando, producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737, en el art. 866 del Cód. Aduanero o las que en el futuro las reemplacen, y la organización y financiación de dichos delitos; trata de personas (arts. 145 bis y ter); delitos contra la administración pública (arts. 256 cohecho hasta 272), malversación de caudales públicos y contra el orden financiero (art. 303, 304 y 306) y la agravante prevista en el art. 41 quinquies del Cód. Penal.

Además en reiteradas ocasiones hace alusión al proceso penal, ya sea por referirse al incremento patrimonial como fruto de delitos o reclamar como condición de admisibilidad de la acción de extinción de dominio la verificación por parte del juez del llamado a prestar declaración indagatoria del afectado, condición que deja sin efecto en caso de fallecimiento o rebeldía en la causa penal. Inclusive en caso de no existir causa penal, en el mismo art. 23 del proyecto de ley se prevé que el juez receptor de la pretensión de extinción ponga en conocimiento al juez penal y al fiscal en turno de la posible comisión de un delito de acción pública y que si dentro del plazo 180 días no se iniciare acción penal o se llamare a indagatoria, se revocaran las medidas cautelares que se hayan establecido respecto de los bienes a extinguir su dominio.

La carga probatoria está a cargo de cada una de las partes, inclusive del afectado lo cual, a la vista nuestra constituye un verdadero problema que ni los autores de la ley o sus partidarios dan solución, por un lado es la violación a la garantía constitucional que impide la autoincriminación forzada que puede significar para el afectado en los procesos penales que se le

---

(5) CD 31/2016 de fecha 23 de junio de 2016.



siguen o siguieron dado que esta ley se aplica también para causas penales terminadas, por otro, la violación al principio de inocencia ya que se estaría afectando la carga probatoria sobre la acusación. Aquí debe recordarse que más allá del fuero en que se establezca este procedimiento, las implicancias con el proceso penal son inevitables y nada se dice respecto a cómo se evitarían las afectaciones a las que hacemos referencia.

Por otra parte, este proyecto de ley soluciona algunos problemas que vemos en la ley modelo en cuanto a la capacidad de realizar diligencias procesales en la fase de investigación, en primer término porque ponen en cabeza del Ministerio Público Fiscal su realización y que el momento de disponer injerencias en los afectados requiere de la autorización por parte del juez (art. 15, tercer párrafo), como ser agentes encubiertos, entregas vigiladas y aunque no la nombra entendemos que se encuentran alcanzadas las intervenciones de comunicaciones de toda clase.

A diferencia del decomiso (art. 23 del Cód. Penal), al igual que la ley modelo, la extinción de dominio procede también respecto de condenas dictadas en el extranjero sobre bienes que se hallen en nuestro territorio nacional y que no fueron incautadas en esos procesos. También respecto de bienes lícitos como contrapartida de productos o bienes ilícitos que no hayan podido ser embargados o identificados por desconocerse su ubicación.

Dedica varios artículos a mencionar el resguardo a las garantías de debido proceso y de defensa estableciendo que la persona afectada debe tener acceso al proceso, directamente o a través de un abogado desde la notificación de la pretensión de extinción o desde la materialización de las medidas cautelares, a presentar y solicitar prueba e intervenir ampliamente en resguardo de sus derechos, como así también a controvertir las pretensiones contra sus bienes. Y a renunciar al debate probatorio y acogerse a una sentencia anticipada.

Crea una figura colaboradora otorgándole una recompensa del cinco por ciento para quienes en forma voluntaria contribuyan a la obtención de evidencias conducentes para la declaración de extinción de dominio.

Mejorando la forma en que lo prevé la ley modelo, en la fase de investigación (previa a la pretensión de extinción) el agente fiscal podrá solicitar al juez o tribunal competente que se decrete sobre los bienes las correspondientes medidas cautelares que pueden comprender desde la suspensión del poder dispositivo, el embargo, la intervención, administración, inmovilización o secuestro de los bienes, de fondos depositados en cuentas o cajas de seguridad e inclusive respecto de títulos valores su orden de no pagar en caso de no poder secuestrarlos.

Calificamos como mejora estas previsiones ya que en la ley modelo la autoridad competente puede disponer o solicitar las medidas cautelares en la allí llamada fase inicial, lo cual dada la gravedad que puede suponer estas diligencias que afectan el derecho a la propiedad privada, entendemos necesaria que haya intervención jurisdiccional. Y para los casos de urgencia está estipulado un pedido de pronto despacho de las medidas cautelares solicitadas que el juez debe resolver en tres horas.

Como cuestión novedosa incorpora la posibilidad que durante toda la investigación y el procedimiento, los testigos y los agentes de las fuerzas de prevención puedan ser protegidas sus identidades. Esta posibilidad, entendible en caso de bienes provenientes de delitos como el terrorismo, el narcotráfico o el crimen organizado no está debidamente regulada ya que se corre el riesgo de que se extienda para todos los procesos de extinción de dominio y no en los que solamente deba velarse por la seguridad de sus colaboradores o auxiliares, lo cual en todos los casos constituye una veda a la capacidad de defensa que tiene el afectado por limitar su posibilidad de controlarla y en su caso contrariarla.

Al igual que en la ley modelo, en este proyecto, cuando no haya suficientes elementos para realizar la pretensión por parte del agente fiscal este podrá disponer el archivo provisional el cual no hará cosa juzgada. Esta facultad, impone a los particulares que sin motivo alguno tengan que soportar que sobre sus patrimonios se mantenga abierta una investigación sin que la situación suya frente a la autoridad estatal y del resto de la sociedad pueda ser concluida, lo cual a todas luces necesariamente debe ser modificado.



Sin perjuicio que en sus artículos finales hace referencia a la supletoriedad del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, lo cierto es que las únicas excepciones posibles de ser presentadas son la de cosa juzgada en procedimiento anterior de extinción de dominio y la falta de personería, todas las cuales se resolverán en la audiencia preparatoria.

Además de las pocas excepciones que la norma permite interponer, nos parece inadecuado que la excepción por cosa juzgada solo lo sea en relación con un procedimiento de extinción de dominio, ello atento a que podría suceder que esta cuestión ya hubiese sido zanjada en otro proceso que no sea de esa clase por lo cual debería valer, esto teniendo en cuenta que la garantía que se afectaría sería la del *ne bis in idem* contenida en Convenciones incorporadas a nuestra Constitución Nacional.

De forma más restringida que en la ley modelo la resolución de las nulidades solo serán resuelta en la sentencia (a diferencia de aquella que permite su resolución en la audiencia preparatoria y en la audiencia de prueba y alegatos), agrega el proyecto que tampoco se admiten las nulidades de previo y especial pronunciamiento. Solo proceden las nulidades por falta de notificación y por la negativa a decretar una prueba conducente.

Siguiendo a la ley modelo, durante la audiencia preparatoria el juez escuchará a las partes quienes podrán oponer recusación contra el juez, solicitar medidas cautelares o su levantamiento y también renunciar al debate probatorio y optar por una sentencia anticipada de extinción de dominio. Entendemos que siendo supletoria la aplicación del Código Procesal Civil y Comercial, la recusación también puede interponerse contra el Fiscal ya que las causales a las que refiere el art. 17 del Cód. Proc. Civ. y Com. (aplicables a los jueces con expresión de causa) por una cuestión de garantizar la imparcialidad del proceso tienen que poder aplicarse al Ministerio Público Fiscal.

En materia de recursos este proyecto de ley sigue el modelo de Naciones Unidas en torno a que se concede el recurso de apelación pero con efecto devolutivo, lo cual entendemos, deviene innecesario y peligroso atento a los dere-

chos de los que se estaría privando al particular quien además de habersele impedido conocer sobre la investigación inicial, luego con la sentencia de primera instancia se consolidan afectaciones a su patrimonio sin garantizar el doble conforme. Esto además resulta innecesario ya que el plazo que se le impone al revisor es de quince días y que causaría un gravamen irreparable.

Finalmente, el dec. PEN 62/2019, toma los lineamientos básicos de la Ley Modelo de Naciones Unidas en casi la totalidad de su estructura y toma algunos puntos de los proyectos de ley anteriormente reseñados.

En este sentido, dispone que el fuero interviniente será la justicia Civil y Comercial Federal, donde la acción de extinción de dominio se llevará a cabo conforme los plazos establecidos en el art. 498 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, es decir, en un juicio sumarísimo. La investigación estará a cargo del Ministerio Público Fiscal a través de la creación de una Procuraduría especializada y enumera los supuestos de procedencia de manera taxativa en su art. 6°.

Por su parte, en oposición a lo especificado en la ley de Naciones Unidas, este decreto determina que la acción de extinción de dominio prescribirá a los 20 años de la fecha de ingreso del bien al patrimonio del titular o poseedor, y cuando no pudiese determinarse, desde la presunta fecha de comisión del delito investigado en la sede penal.

Sin embargo, el decreto posee algunos aspectos que resultan cuestionables o incompletos. Por ejemplo, no se prevé una etapa recursiva durante el proceso y tampoco se indica si los recursos previstos en el fuero Civil y Comercial serán los oponibles. Igual sucede en el caso de la disposición de las medidas cautelares, al no aclararse si las mismas pueden ser dispuestas por el propio Ministerio Público Fiscal o si es necesario, como en todos los procesos, la debida autorización por parte del juez de la causa.

Uno de los aspectos más controversiales surge del art. 10 que establece que es la parte demandada la que debe demostrar el origen lícito de los bienes objeto del proceso de extinción de dominio o que fueron adquiridos con an-

terioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado en sede penal, por lo que, se invierte la carga probatoria, circunstancia que tratándose de un particular resulta constitucionalmente cuestionable por violar el principio de inocencia.

De esta manera, se puede observar que el decreto en cuestión deja muchas aristas abiertas que deben ser salvadas por la pronta promulgación de una ley, toda vez que —como hemos mencionado al principio de este trabajo— las tendencias modernas sobre lucha contra las diversas manifestaciones de la criminalidad compleja resultan imprescindibles y al momento de pensar un sistema de justicia que aporte soluciones reales y no solo sanciones penales que no reparan las graves consecuencias de los delitos es necesario contar con institutos que no solo recuperen los activos producto de ilícito sino también que la bandas criminales vean menguado sus elementos para la continuidad

de los delitos y que no redunde en ganancias para esas asociaciones ilícitas.

Sin embargo, debemos remarcar que contra todo lo que se cree, la corrupción estatal solo resulta en un porcentaje menor del flujo de capitales que arrastran delitos a los que se les pretende aplicar la extinción de dominio y que el foco debe estar concentrado en la actividad privada donde no hay figuras penales como el enriquecimiento ilícito ni la obligación de realizar declaraciones juradas como si la tienen la mayor parte de los funcionarios estatales.

Creemos que ya embarcados en tener que habilitar una norma como esta lo mejor que se puede aportar es un enfoque que —corrigiendo su procedimiento— sea respetuoso de las garantías constitucionales del derecho de defensa en juicio, el debido proceso, el principio de inocencia y la propiedad privada.

# Extinción de dominio: posibles problemas del proceso de extinción de dominio vinculado al proceso penal

POR MANUELA PARRA <sup>(\*)</sup> Y FRANCISCO FIGUEROA <sup>(\*\*)</sup>

**Sumario: I. Introducción.— II. Posibles problemas del proceso de extinción de dominio vinculado al proceso penal.— III. Posibilidad de un régimen de extinción de dominio autónomo.— IV. Conclusiones.**

## I. Introducción

El 21 de enero de 2019 el presidente de la República Argentina firmó el decreto de necesidad y urgencia 62/2019 (1) que establece un proceso civil para el recupero de bienes que hubieran sido obtenidos —presuntamente— de manera ilícita; denominado “régimen de extinción de dominio”.

El nuevo régimen pretende operar de manera independiente al decomiso previsto en las leyes penales. Este recae sobre los bienes utilizados para cometer el delito u obtenidos como producto de él y debe disponerse en la sentencia condenatoria. Por el contrario, la herramienta introducida por el DNU no requiere la declaración de culpabilidad penal del titular de esos bienes para removerlos de su patrimonio en favor del Estado nacional, sino una sentencia civil que así lo ordene.

Los fundamentos para regular la extinción de dominio se centran en la afectación que producen determinados delitos (enunciados en el decreto) al Estado, al causarle pérdidas y mayores costos para los ciudadanos. Expresamente

el decreto describe que la corrupción implica un “perjuicio estructural y sistemático al patrimonio y los recursos del Estado, (...) a la vez que daña el tejido social y desincentiva el cumplimiento de la ley”.

También se hace referencia a los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina para el recupero de bienes y beneficios derivados de los delitos cometidos por delincuencia organizada (2), en particular a la necesidad de identificación, congelamiento, embargo y, en su caso, decomiso de los fondos o bienes producto del delito o que tengan como fin el financiamiento del terrorismo (3); a las convenciones suscriptas en materia de lucha contra la corrupción (4) y, puntualmente, al compromiso asumido en materia de cooperación estatal para la identificación, rastreo, inmovilización, confiscación y decomiso de bienes obtenidos o derivados de la corrupción (5).

El decreto hace hincapié en el deber del Estado de “contar con herramientas consistentes, prácticas y eficaces de política criminal, tanto de carácter penal como no penal, para luchar de manera integral contra el flagelo del crimen organizado”.

También sostiene que se busca proveer al Ministerio Público Fiscal de instrumentos idóneos

(\*) Docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho, UBA. Estudiante de la especialización en administración de justicia (UBA).

(\*\*) Especialista en Derecho Penal (UBA). Profesor adjunto (int.) del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho, UBA. Auxiliar fiscal ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional. Tesorero del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

(1) En adelante nos referiremos al decreto de necesidad y urgencia como decreto o DNU.

(2) Por ley 25.632 se aprobó la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

(3) Por ley 26.023 se aprobó la Convención Interamericana contra el Terrorismo.

(4) Por ley 26.097 se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

(5) Ley 24.759 Convención Interamericana contra la Corrupción.

para obtener la extinción de dominio a favor del Estado respecto de los bienes, dinero, derechos activos y ganancias que directa o indirectamente se hubieran obtenido de manera injustificada, provocando un enriquecimiento *sin causa lícita*.

Para ello, el decreto faculta a la Procuraduría de Extinción de Dominio a iniciar una acción civil sumarísima —ante la justicia civil y comercial federal— contra la propiedad de toda persona sospechada de haber cometido un delito de corrupción, contra la administración pública, de narcotráfico, de trata de personas, de terrorismo, entre otros, en la medida que el bien no corresponda a los ingresos declarados y que el tenedor no pueda explicar satisfactoriamente su origen.

El proceso sumarísimo podrá iniciarse respecto de los bienes sobre los que el juez penal a cargo de la investigación hubiera dictado una medida cautelar, por estar presuntamente vinculados con el delito investigado. El demandado podrá demostrar el origen lícito de esos bienes, o su adquisición anterior a la presunta fecha de comisión del delito. Las partes podrán alegar sobre la prueba, con el objeto de asegurar el principio contradictorio. Una vez que la sentencia dictada en el proceso sumarísimo quede firme se extingue el dominio sobre el bien en favor del estado.

En definitiva, el decreto de necesidad y urgencia establece que la extinción de dominio procederá contra los bienes de las personas acusadas de la comisión de alguno de los delitos mencionados. Estas serán sometidas a una investigación civil, paralela e independiente de la causa penal, con el objeto de determinar si su patrimonio, o parte de él, está constituido por causa ilícita y en ese caso se extinguirá el dominio a favor del estado. De esa forma, afirma el decreto, se crea una herramienta que otorga agilidad, celeridad y eficacia para extinguir el dominio sobre los bienes obtenidos de forma ilícita y luchar contra el crimen organizado, en respuesta a una exigencia social.

La Comisión Bicameral Permanente, que tiene la función de expedirse sobre la validez de los decretos de necesidad y urgencia (art. 99.3 de la CN), consideró que el decreto que regula el

proceso de extinción de dominio es inválido (6), pero aún resta que se expidan sobre su validez ambas cámaras del poder legislativo.

Hasta aquí explicamos los fundamentos del decreto de necesidad y urgencia y la postura asumida por la Comisión Bicameral Permanente, nos resta ahora analizar el proceso civil de extinción de dominio que surge del anexo y los posibles problemas que podría presentar, para luego extraer algunas conclusiones.

## II. Posibles problemas del proceso de extinción de dominio vinculado al proceso penal

El código penal regula la posibilidad de disponer —junto con la sentencia condenatoria— el decomiso (7) de los objetos que sirvieron para

(6) Orden del día 922, del 27 de febrero de 2019.

(7) El art. 23 del Cód. Penal establece que “en todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros. Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de estos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados. Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra estos. Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra este. Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquella dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá. En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los arts. 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima. En caso de los delitos previstos en el art. 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de este Código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere

cometer el delito o las cosas o ganancias que son producto o provecho del delito, excepto los mejores derechos que pudieran invocar terceras personas (8).

El proceso de extinción de dominio —independiente y autónomo de cualquier otro proceso judicial— (9), introducido por el decreto de necesidad y urgencia, establece la facultad de la Procuraduría de Extinción de Dominio, dependiente del Ministerio Público Fiscal de solicitar la extinción de dominio de los bienes (10) que

podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado solo se podrá reclamar su valor monetario. El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer. El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.”

(8) También es de aplicación la ley 20.785 del 11/10/1974, sobre Bienes objeto de secuestro en causas penales, custodia y disposición. Esa ley fue reformada por las leyes 22.129 del 14/01/1980; 26.348 del 21/01/2008 y 26.764 del 17/09/2012.

(9) El art. 1° establece, en su parte pertinente, que “... la extinción de dominio se declara a través de un procedimiento autónomo e independiente de cualquier otro proceso judicial, no pudiendo acumularse a ninguna pretensión” (el destacado nos pertenece).

(10) El art. 5° del anexo civil que integra el DNU define que “estarán sujetos al presente régimen (de extinción de dominio) aquellos bienes incorporados al patrimonio del demandado con posterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado que, por no corresponder razonablemente a los ingresos de su tenedor, poseedor o titular, o representar un incremento patrimonial injustificado, permitan considerar que provienen directa o indirectamente de uno de los delitos enunciados en el artículo siguiente. Quedarán abarcados: a. Todo bien susceptible de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o

se vinculen con la comisión de alguno de los delitos expresamente enumerados (11) en favor del Estado. Para poder interponer la demanda de extinción de dominio resulta necesario que en sede penal se dispongan las medidas cautelares que correspondan sobre los bienes que serán objeto del procedimiento de extinción; esas medidas cautelares pueden ser solicitadas por el fiscal a cargo de la Procuraduría a su par que intervenga en la causa penal (12).

La primera reflexión que nos surge de lo reseñado en el párrafo anterior es que resulta dudosa la autonomía e independencia del proceso de extinción de dominio introducido por el decreto con relación a cualquier otro proceso, como sostiene la segunda parte del art. 1°. Pues, de la manera en que quedó regulado el proceso, supedita su inicio al dictado de una medida cautelar sobre los bienes vinculados al delito en sede penal (art. 8°), lo que no resulta propio de un proceso independiente y autónomo. En ese sentido, si el juez penal no dictara la medida cautelar la demanda civil no sería procedente,

intangibles, registrables o no, los documentos o instrumentos jurídicos que acrediten la propiedad u otros derechos sobre los bienes mencionados, o cualquier otro activo susceptible de apreciación pecuniaria; b. La transformación o conversión parcial o total, física o jurídica, de los bienes previstos en el inciso anterior; c. Los ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los bienes previstos en cualquiera de los incisos anteriores.”

(11) Art. 6°: “La acción de extinción de dominio procede respecto de los bienes que presuntamente provienen de los siguientes delitos: a) Los previstos en los arts. 5°, 6°, 7°, 8°, 10, 23, 24 y 29 bis de la ley 23.737 y sus modificatorias; b) Los previstos en los arts. 866 y 867 del Cód. Aduanero, aprobado por la ley 22.415 y sus modificatorias; c) Los delitos agravados por el art. 41 quinquies del Cód. Penal de la Nación; d) Los previstos en los arts. 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer párrafo, 142 bis, 145 bis, 145 ter, 146 y 170 del Cód. Penal de la Nación; e) El previsto en el art. 174, inc. 5° del Cód. Penal de la Nación, siempre y cuando la investigación impute a un funcionario público que tenía a su cargo el cuidado y/o manejo de bienes públicos; f) Los previstos en los arts. 256 a 261, 263 cuando los bienes no pertenezcan a particulares, 264 a 268 [2], 269, y 277 a 279 del Cód. Penal de la Nación; g) Los previstos en los arts. 300 bis, 303, 304 y 306 del Cód. Penal de la Nación, siempre que el hecho ilícito penal precedente fuera alguno de los enumerados en este artículo; h) Los previstos en los arts. 210 y 210 bis del Cód. Penal de la Nación, siempre y cuando los delitos que se le atribuyan a la asociación sean alguno o varios de los detallados precedentemente.”

(12) Ver arts. 7° y 8°.

lo que pareciera contrario a los fines del proceso de extinción de dominio establecido por las convenciones internacionales.

Otro problema que advertimos, ligado con el anterior, es la superposición del decomiso —accesorio a la sentencia condenatoria— y el proceso de extinción de dominio. Como vimos el decomiso tiene una finalidad similar a la del proceso de extinción de dominio introducido por el decreto, pero el primero es aplicable a cualquier delito y el segundo a determinados delitos. La principal diferencia es que el decomiso se dispone junto a la sentencia condenatoria mientras que la extinción de dominio la dispondrá el juez civil en el marco de un proceso sumarísimo, respecto de los bienes sobre los que el juez penal —a instancias del fiscal que intervenga— dispone una medida cautelar.

Desde esta óptica, nos preguntamos si tiene sentido tener dos institutos (uno dentro del proceso penal y otro en el fuero civil) que tengan la misma finalidad, especialmente si analizamos los problemas que pueden derivar de la superposición del decomiso y el proceso de extinción de dominio.

La circunstancia de que el proceso civil de extinción de dominio dependa de las medidas cautelares dispuestas en sede penal sobre los bienes genera una situación de inseguridad jurídica. El anexo que regula el procedimiento de extinción de dominio prevé que la sentencia recaída en sede civil, incluso si se encuentra firme y fue ejecutada, puede ceder de acuerdo con el resultado de la causa penal, si en esa sede se determina la inexistencia del hecho o su atipicidad (cfr. el art. 12). Esa situación genera un problema para el ordenamiento jurídico porque compromete directamente el principio de cosa juzgada y, consecuentemente, se produce un problema de inseguridad jurídica.

También trae inconvenientes a la persona afectada quien, no solo fue sometida a un proceso civil y desprovista de sus bienes, sino que incluso cuando se determine la inexistencia del hecho, esos bienes no siempre le podrán ser restituidos. En ese sentido, la última parte del artículo mencionado prevé la posibilidad de devolver el valor económico equivalente cuando resulte imposible devolver el bien. A tal fin, el art. 15 prevé la

creación de un fondo de garantía. No podemos dejar de pensar que este instituto, así como se encuentra previsto, afecta el derecho de propiedad, protegido por nuestra Constitución en su art. 17 (13), toda vez que el Estado puede disponer de ella aun cuando después deba devolverla.

Otro problema que identificamos en la regulación introducida a través del decreto está relacionado con su limitación a ciertos delitos. El art. 6° del anexo (14) limita la aplicación del proceso de extinción de dominio a los bienes que presuntamente provienen de ciertos delitos tradicionalmente relacionados con la criminalidad organizada. Sin embargo, entendemos que esta limitación deja afuera, sin motivos, otros delitos que generan a los autores enriquecimiento sin causa lícita, y para los cuales sería útil contar con este tipo de herramientas (15).

Como se puede observar, el procedimiento de extinción de dominio regulado por el decreto de necesidad y urgencia presenta varios problemas en su puesta en práctica. A continuación analizaremos la posibilidad de regular el proce-

(13) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, 3ª ed. ampliada y actualizada, 1ª reimpression, ps. 204-16.

(14) El art. 6° del anexo establece la procedencia de la acción: “La acción de extinción de dominio procede respecto de los bienes que presuntamente provienen de los siguientes delitos: a) Los previstos en los arts. 5°, 6°, 7°, 8°, 10, 23, 24 y 29 bis de la ley 23.737 y sus modificatorias; b) Los previstos en los arts. 866 y 867 del Cód. Aduanero, aprobado por la ley 22.415 y sus modificatorias; c) Los delitos agravados por el art. 41 quinques del Cód. Penal de la Nación; d) Los previstos en los arts. 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer párrafo, 142 bis, 145 bis, 145 ter, 146 y 170 del Cód. Penal de la Nación; e) El previsto en el art. 174, inc. 5° del Cód. Penal de la Nación, siempre y cuando la investigación impute a un funcionario público que tenía a su cargo el cuidado y/o manejo de bienes públicos; f) Los previstos en los arts. 256 a 261, 263 cuando los bienes no pertenezcan a particulares, 264 a 268 [2], 269, y 277 a 279 del Cód. Penal de la Nación; g) Los previstos en los arts. 300 bis, 303, 304 y 306 del Cód. Penal de la Nación, siempre que el hecho ilícito penal precedente fuera alguno de los enumerados en este artículo; h) Los previstos en los arts. 210 y 210 bis del Cód. Penal de la Nación, siempre y cuando los delitos que se le atribuyan a la asociación sean alguno o varios de los detallados precedentemente”.

(15) A modo de ejemplo se pueden mencionar el delito de estafa (art. 172 y ss. Cód. Penal), e incluso delitos contra la propiedad como robos (art 164 y ss. Cód. Penal).



so de extinción de dominio de forma autónoma, a fin de evitar los problemas mencionados.

### III. Posibilidad de un régimen de extinción de dominio autónomo

Entendemos que la regulación de un proceso civil de extinción de dominio debería limitarse a los bienes que no fueron utilizados como instrumentos para cometer el delito o que no resulten cosas, producto o ganancias del delito, ya que quedarían abarcados por el decomiso, que resultará accesorio a la sentencia condenatoria (art. 23 Cód. Penal).

Ahora, en caso de que esos bienes no fueran decomisados (por mediar una sentencia absoluta o un sobreseimiento por atipicidad, inexistencia de delito, inimputabilidad o prescripción, entre otros supuestos) y no pudieran ser restituidos a su legítimo dueño, resultarán de aplicación las reglas de los bienes del dominio privado del Estado [art 236 Cód. Civ. y Com. (16)], situación que podría ser abarcada por un proceso sumarisimo de extinción de dominio, como el que se pretende instaurar.

El procedimiento de extinción de dominio también podría aplicarse respecto de aquellos bienes que fueron adquiridos sin que el titular pueda justificar su origen o que fueron adquiridos por un tercero, a título gratuito y/o de mala fe, en tanto no proceda la acción por enriquecimiento ilícito en los términos del art. 1794 Cód. Civ. y Com. (17).

---

(16) Art. 236.— Bienes del dominio privado del Estado. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales: a) los inmuebles que carecen de dueño; b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería; c) los lagos no navegables que carecen de dueño; d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros; e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.

(17) Art. 1794.— Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda.

La necesidad de regular sistemas de confiscación (en el sentido amplio del término) para combatir la criminalidad organizada no es nueva. En el VI Congreso Internacional de Derecho Penal de la AIDP, celebrado en la ciudad de Roma en 1953 (18), al abordar la reacción necesaria ante las infracciones, se concluyó que además de las penas de prisión y multa resultaba necesario aplicar la confiscación especial. Esta no debía estar limitada exclusivamente a los bienes objeto del delito, sino que debía proceder contra bienes sospechados, aunque no pertenezcan al condenado.

Se volvió a tratar el asunto en el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, de 1999 (19), oportunidad en que se planteó la necesidad de confiscar los bienes de las personas (físicas y jurídicas) involucradas. Sin embargo, en esta ocasión se consideró que la confiscación debería ser tratada como una sanción penal y como tal debe ser respetuosa de las garantías del proceso penal, y cuando excediera las ganancias netas conseguidas mediante el hecho delictivo debe asegurarse el respeto del principio de proporcionalidad.

Para proceder a la confiscación debe probarse que el poseedor de las cosas las obtuvo a través de una infracción, por la que se lo declarará culpable si el poseedor no demuestra que las adquirió por medios legítimos. En materia de criminalidad organizada se propone que la confiscación sea posible cuando se encuentren bienes que provienen aparentemente de la criminalidad organizada, pero que no pueden ser atribuidos a un delincuente en particular. Si el poseedor puede demostrar que es legal, deben ser devueltos.

Otros países introdujeron reformas de estas características. España, sin adentrarnos en las posibles críticas y problemas, en 2015 incorporó a su Código Penal —en sintonía con la Directiva 2014/42/UE— el decomiso ampliado [art. 127

---

(18) AIDP, *International Review of Penal Law* (vol. 86), Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho penal (1926-2014), 2015, ps. 487-488.

(19) AIDP, *International Review of Penal Law* (vol. 86), Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho penal (1926-2014), 2015, ps. 611-614.



bis apartado 1 Cód. Penal (20)] que permite el decomiso de los bienes y ganancias provenientes de un delito distinto a aquel por el que la persona fue sancionada, que se conocen a partir prueba indiciaria, que no resulte suficiente para una sanción procedimiento penal. Asimismo, en dicha reforma se ampliaron los supuestos de decomiso sin sentencia condenatoria, al proceder contra personas fallecidas o que no estén en condiciones de ser sometidas a proceso o declaradas rebeldes. Incluso procede en los supuestos de exención o extinción de la responsabilidad [art. 127 ter Cód. Penal (21)]. En esa reforma también se modificó la posibilidad de decomisar bienes de terceros si hubieran sido adquiridos en circunstancias que indiquen que tenía o debía tener idea del propósito de eludir el decomiso por parte del vendedor (22).

También Perú tiene previsto la figura de decomiso en el Código Penal (23), que sigue al legis-

(20) Modificación según Ley Orgánica 1/2015: “Art. 127 bis. 1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito (...)”.

(21) “Art. 127 ter. 1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse esta extinguido. 2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”.

(22) ROIG TORRES, Margarita, “La regulación del decomiso. El modelo alemán y la reciente reforma española”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVI, 2016.

(23) Art. 102: “El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando,

lador español y al mismo tiempo posee regulado el proceso de extinción de dominio (24), pero algunos autores sostienen que este es subsidiario al decomiso, que se aplica cuando este no es viable (25).

Podemos observar que la tendencia global se encamina a sancionar el delito no solo con las penas previstas, sino también con el decomiso (o confiscación en sentido amplio del término), como mínimo, de las cosas utilizadas para cometer el delito o las cosas o ganancias que son producto o provecho del delito. Incluso, distintos países incorporaron a sus legislaciones procesos autónomos e independientes de extinción de dominio.

#### IV. Conclusiones

En definitiva, luego de análisis que realizamos, consideramos que el régimen de extinción de dominio introducido mediante el decreto de necesidad de urgencia 62/2019 es incompatible con los fines pretendidos, ya que se superpone con el instituto del decomiso penal y en su regulación actual no resulta un proceso autónomo ni independiente, comprometiendo la segu-

atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado. El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos. Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes. Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias”.

(24) Previsto y regulado por el decreto Legislativo 1373 del 4 de agosto de 2018.

(25) GARCÍA CAVERO, Percy, “El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 81, diciembre-mayo, 2018, ps. 113-46, consultar en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.004>.

ridad jurídica al existir una superposición de competencias.

Sin embargo, entendemos que es viable regular un proceso de extinción de dominio autónomo e independiente que se ocupe de aquellos bienes que actualmente no tienen prevista una regulación específica, es decir, que por alguna razón no son abarcado por la figura del decomiso prevista en el Código Penal.

El proceso civil de extinción de dominio debería estar reservado para los casos en los que no se puede llegar a una sentencia condenatoria porque se determinó la inexistencia del hecho, su atipicidad, prescripción de la acción penal, una declaración de inimputabilidad —entre otros supuestos—, o para los casos en los que —sin configurar un delito— los bienes fueron adquiridos sin causa lícita o por un tercero a título gratuito y/o de mala fe.

# Los derechos fundamentales ante las nuevas tecnologías: protección o vulneración a la luz de HART y VALCRI

---

POR LUCANA M. ESTÉVEZ MENDOZA <sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. Introducción.— II. Algunos sistemas de inteligencia artificial aplicados a la esfera penal.— III. Pros y contras de estos modelos de IA desde la perspectiva de los derechos fundamentales.— IV. Conclusiones.**

## I. Introducción

La inteligencia artificial (IA) como uno de los exponentes máximos de las nuevas tecnologías ha dejado de ser una cuestión de ciencia ficción y se ha convertido en realidad. En la actualidad, se utilizan sistemas de IA en múltiples ámbitos de la vida, entre ellos en derecho. Se emplean en mayor medida en tareas jurídicas propias del derecho privado, pero su uso ya ha llegado también al derecho público, en concreto al derecho penal, existiendo ya en la sociedad internacional países que comienzan a utilizar sistemas de IA para prevenir, investigar e incluso perseguir hechos delictivos (1).

Esta nueva forma de actuar tiene su razón de ser, entre otros motivos, en que los Estados deben actualizarse para hacer frente a los avances tecnológicos y a las nuevas formas de delincuencia surgidas a raíz de los mismos, pues resulta imposible reprimirlas aplicando prácticas policiales tradicionales. Para salvar este escollo es necesario cambiar la forma de prevenir y perseguir delitos, adaptándola al entorno digital y a las herramientas derivadas de él, lo que está obligando a los gobiernos a rediseñar sus políticas públicas.

Algunos de los sistemas que, de manera provisional, se están probando en el continente europeo en el contexto de la ciencia penal y criminológica y que se sustentan en algoritmos de IA son HART (Harm Assessment Risk Tool) y VALCRI (Visual Analytics for Sense-making in Criminal Intelligence Analysis). Las ventajas y los inconvenientes que estos conllevan son numerosos a la par que preocupantes, siendo de especial interés para su incorporación como parte de la lucha contra la delincuencia la potencial contradicción que se puede producir entre el incremento de la eficacia que se persigue conseguir con el empleo de estos sistemas y el nivel de protección de los derechos fundamentales que en su uso se puede garantizar en el marco de un proceso penal.

Por ello, el objetivo de esta comunicación es, además de realizar una aproximación al sistema de funcionamiento de HART y VALCRI, analizar los beneficios y problemas que su uso acarrea. Estos se analizarán tanto desde una perspectiva general, en términos de probabilidades, como de manera específica, estudiando si a la luz de estos se ve alterado o no el nivel de protección de ciertos derechos fundamentales.

## II. Algunos sistemas de inteligencia artificial aplicados a la esfera penal

De manera general, la IA se puede definir como el “término usado para referirse a cualquier software capaz de ejecutar una tarea nor-

---

<sup>(\*)</sup> Profesora colaboradora doctora de Derecho Procesal, Universidad CEU San Pablo.

(1) WEBBLOGS BRANDED CONTENT TEAM, “Precrimen, ¿cómo se utiliza la IA para la detección de crímenes futuros?”, IA HUAWEI, 20 diciembre 2018, <https://iahuawei.xataka.com/precimen-como-se-utiliza-ia-para-deteccion-crimenes-futuros/>.

malmente asociada a un humano, al requerir de cierta inteligencia”(2). De forma más técnica, es “la combinación de algoritmos planeados con el propósito de crear máquinas que presenten las mismas capacidades que el ser humano”(3).

El uso de este tipo de inteligencia encuentra su fundamento en dos acontecimientos:

Por un lado, en la aceleración de las tecnologías de la información, impulsada, en los últimos años, por la irrupción de capacidades de almacenamiento de datos masivos, auspiciada por la computación en la nube y el paradigma de los grandes datos (*big data*), así como por la aparición de una nueva profesión, la del científico de datos (*data scientist*).

Por otro lado, en la confluencia tecnológica que ha resultado extraordinaria gracias al avance en las redes de telecomunicaciones, la velocidad y el ancho de banda, que han permitido trabajar remotamente a través de flujos electrónicos multimedia, video y audio.

A ello hay que unir que nuestras ciudades son cada vez más inteligentes (paradigma de smart cities), las cámaras de seguridad, las estaciones meteorológicas, los indicadores de polución, los semáforos, las farolas... se han llenado de sensores permanentemente conectados, lo que se ha acentuado por la producción ingente de información consecuencia de la omnipresencia de dispositivos móviles personales (4).

En este escenario, donde los datos están por todos lados, inundándonos, se hace cada vez más difícil para el ser humano tomar de decisiones, pues los patrones que pueden diseñar

---

(2) MORELL RAMOS, J., “La Inteligencia Artificial en el día a día de un abogado: qué le va a enseñar y cómo lo cambiará”, Revista del Consejo General de la Abogacía Española, 108, febrero 2018, p. 7.

(3) IBERDROLA, “¿Qué es la Inteligencia Artificial”, IBERDROLA, Te interesa, Tecnología, p. 2, disponible en <https://www.iberdrola.com/te-interesa/tecnologia/ques-inteligencia-artificial>.

(4) CANO CARRILLO, J., “Arquitecturas distribuidas de gobierno electrónico con ciberseguridad crítica”, tesis doctoral, Ed. UNED, Madrid, 2015, p. 45, disponible en [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:IngInd-Js-cano/CANO\\_CARRILLO\\_Jesus\\_Salvador\\_Tesis.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:IngInd-Js-cano/CANO_CARRILLO_Jesus_Salvador_Tesis.pdf).

para facilitarle tal tarea se van complicando, resultando su gestión un trabajo adicional. Para solucionar estos inconvenientes, los investigadores de las disciplinas informáticas se han volcado en desarrollar una parte de la IA, especialmente lo que se conoce como aprendizaje automático (Machine Learning), que constituye un campo de investigación en el que destaca el diseño de algoritmos basados en redes neuronales (5). Ello ha ido seguido de una optimización denominada aprendizaje profundo (Deep Learning), que abre la puerta a confiar en sistemas que emulan capacidades humanas significativas, como el reconocimiento de imágenes, voz y movimiento.

Las autoridades judiciales penales y los equipos policiales, que tradicionalmente han manejado volúmenes importantes de información relacionados con la criminalidad, están empezando a mirar con interés este tipo de tecnologías inteligentes que les plantean alternativas a la hora de mejorar la garantía de la seguridad pública y la eficacia en la obtención de resultados en las investigaciones penales. Evidentemente, los gobiernos impulsan estas labores, aunque no se haga de manera igualitaria en todos los países o áreas geográficas. A esta tendencia pertenecen los modelos que se presentan a continuación, que responden a un sistema de vigilancia policial predictiva (predictive policing), consistente en tomar datos de fuentes diversas, analizarlos y utilizar los resultados para prevenir, evitar y responder de manera más efectiva a futuros delitos (6).

---

(5) En este contexto, un algoritmo se define como una fórmula matemática tecnológicamente automatizada, una secuencia de instrucciones que se lleva a cabo para transformar la entrada en la salida. Algunos de estos algoritmos incorporan sistemas de aprendizaje automático (ML algorithms), siendo los programas de Machine Learning un modelo general con parámetros modificables. Al asignar diferentes valores a estos parámetros, el programa puede hacer diferentes cosas. Cfr. BABUTA, A. - OSWALD, M. - RINIK, C., “Machine Learning Algorithms and Police Decision-making. Legal, Ethical and Regulatory Challenges”, Withehall Report 3-18, RUSI and University of Winchester, 2018, p. 2.

(6) Esta vigilancia policial predictiva se basa en la idea de que las técnicas analíticas utilizadas por los minoristas para predecir el comportamiento del consumidor pueden adaptarse y aplicarse a la vigilancia policial para predecir el comportamiento criminal. Ibidem, p. 3.

## II.1. HART: Harm Assessment Risk Tool

### II.1.a. ¿Qué es?

HART (7) es una herramienta de evaluación de riesgos que, sobre un sistema de IA diseñado para predecir el riesgo de cometer nuevos delitos en un período de tiempo de dos años que presenta un sospechoso, pretende reducir la reincidencia. Así, con base en rasgos más propios de la sociología y/o la criminología, como la existencia o no del abuso de drogas o alcohol, la falta de vivienda o de problemas de salud mental, se establece el punto de control del que se alimenta el algoritmo HART, que trata de explicar por qué una persona ha cometido un delito.

### II.1.b. ¿Cómo funciona?

El sistema, aún en prueba en Reino Unido, aplica el lenguaje de programación R (8) y toma decisiones a través de un sistema de árboles aleatorios (random forest) (9), haciendo predicciones basadas en diferentes resultados de aprendizaje. El algoritmo sobre el que se basa el modelo, conocido como “algoritmo de Durham”, es una caja negra, que se basa en más de 4.2 millones de puntos.

Cada decisión a la que llega HART se funda en datos históricos: analiza la información anterior y predice los resultados futuros, utilizando 34 categorías diferentes que cubren, entre otros

(7) Hart y Checkpoint es un experimento ejecutado por el Durham Constabulary y la Universidad de Cambridge. Ver OSWALD, M. - GRACE, J. - URWIN, S. - BARNES, G., “Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and Experimental proportionality”, *Information & Communications Technology Law*, vol. 27, nro. 2, 2018, disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13600834.2018.1458455>.

(8) R es un lenguaje sobre licencia de software libre GNU, cada día más utilizado, que extiende las funciones típicas estadísticas de paquetes comerciales como SAS, SPSS, STATISTICA entre otros. Sobre qué es y cómo surge ver MIRABAL SOSA, M. - ROBAINA GARCÍA, M. - URANGA PINA, R., “R: a not much spread and very useful tool for clinical research”, *Revista Cubana de Investigación Biomédica*, vol. 29, nro. 2-2010, ps. 302-308, disponible en [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0864-03002010000200012](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-03002010000200012).

(9) BREIMAN, L. - CUTLER, A., “Random Forests”, disponible en [https://www.stat.berkeley.edu/~breiman/RandomForests/cc\\_home.htm](https://www.stat.berkeley.edu/~breiman/RandomForests/cc_home.htm).

aspectos, la edad, el sexo y el historial de delitos de una persona (inicialmente también el código postal), para crear una predicción sobre cada sujeto y calificarlo según el nivel de riesgo delictivo que representan (10).

Las conclusiones alcanzadas por HART se basan en 509 votos que el sistema reparte para realizar una clasificación del sujeto en tres categorías de riesgo: bajo (verde), moderado (amarillo) o alto (rojo) y solo a aquellas personas clasificadas con una posibilidad “moderada” de cometer otro delito se les puede ofrecer la posibilidad de ser incluidos en un programa específico de rehabilitación denominado Checkpoint (11).

A modo de ejemplo, conviene señalar que la primera versión del modelo algorítmico predijo que un hombre de 24 años con antecedentes penales de violencia (la policía contaba con 22 informes de inteligencia anteriores sobre él), representaba un alto riesgo de volver a delinquir. En concreto, el modelo distribuyó los votos de la forma siguiente: 414 probabilidad alta, 87 moderada y 8 baja. Posteriormente el sujeto fue detenido y condenado por asesinato (12).

Debe tenerse en cuenta que el sistema no decide si los sospechosos deben mantenerse bajo custodia o no, sino que su objetivo es ayudar a los oficiales de policía a determinar si una persona puede o debe ser derivada al programa de rehabilitación o no, es decir, que está planteado para intervenir en los procedimientos de investigación y detección de delitos, en lugar de para empujar a las personas directamente a través del sistema judicial del Reino Unido.

La relevancia de esta herramienta desde la perspectiva de las políticas públicas radica pues en que se ha diseñado como alternativa al sis-

(10) Las bases técnicas siguen un esquema probabilístico de regresión matemática. Cfr. LE, J., “Decision Tree in R”, *DataCamp Community*, 19 June 2018, disponible en <https://www.datacamp.com/community/tutorials/decision-trees-R>.

(11) DURHAM POLICE, “Checkpoint - Critical Pathways”, disponible en <https://www.durham.police.uk/information-and-advice/Pages/Checkpoint.aspx>.

(12) Estos datos son facilitados por Sheena Urwin, directora de justicia penal de Constabulary de Durham y líder del proyecto.

tema judicial, de manera que permite al sujeto potencialmente reincidente, ser llevado ante la justicia o acogerse voluntariamente al Checkpoint. Este programa ofrece a los infractores elegibles un contrato de 4 meses que tiene carácter personal, trazado por “navegador” que realiza una evaluación detallada de las necesidades del sujeto. El contrato puede tener hasta 5 condiciones: ofensiva, es obligatorio que no reincida durante el período del contrato; para con las víctimas, implica mecanismos de justicia restaurativa; del camino, conlleva hacer frente a los motivos que influyeron en su conducta; y realización de trabajo voluntario en beneficio de la comunidad (de 18 a 36 horas) o el uso de una pulsera de GPS para su control 24/7. Ahora bien, jamás podrán acogerse a este modelo aquellos que hayan cometido delitos de violación, robo, asesinato, conducción no adecuada, abuso doméstico o delitos de odio.

Cumplir con los requisitos del programa no resulta sencillo y conlleva un riesgo adicional en el modelo británico, si no se supera con éxito el contrato o se rompe la condición de no reincidencia el sujeto será procesado vía judicial.

## II.2. VALCRI: *Visual Analytics for sense making in Criminal Intelligence Analysis*

### II.2.a. ¿Qué es?

VALCRI es un sistema de IA que, tras ejecutar un análisis de la escena de un delito escaneando, en cuestión de segundos, millones de fuentes de información de distintos formatos —registros, interrogatorios, imágenes...—, detecta patrones sospechosos y reconstruye escenas para plantear nuevas líneas de investigación y presentar los hallazgos a los analistas con visualizaciones fáciles de entender, para ayudar a explorar los datos de manera rápida y efectiva (13).

Se trata de un sistema avanzado en el ámbito de la investigación policial y en constante evolución que ha desarrollado Holanda y que se encuentra disponible para ser adquirido y em-

---

(13) REVELL, T., “AI detective analyses police data to learn how to crack cases”, *NewScientist*, 10 mayo 2017, disponible en <https://www.newscientist.com/article/mg23431254-000-ai-detective-analyses-police-data-to-learn-how-to-crack-cases/>.

pleado a demanda por Estados u organismos tanto públicos como privados.

### II.2.b. ¿Cómo funciona?

En cuanto a la forma de funcionamiento de VALCRI, se debe señalar que aprovecha los progresos alcanzados en IA y los combina con el análisis visual para lograr una interacción analítica entre datos en tiempo real (14). El sistema se sirve también de un software de reconocimiento facial para detectar e identificar a personas concretas a partir de otras fuentes digitales.

Las visualizaciones se muestran en dos pantallas táctiles grandes, denominadas espacios de trabajo razonado. La interfaz de usuario reúne tres espacios: exploración de datos disponibles, donde se compilan los datos y temas existentes; análisis informático de los datos, donde se realizan análisis computacionales de estadísticas y textos; e hipótesis, donde la evidencia se reúne en argumentos coherentes que pretenden conducir a conclusiones significativas.

Con esta interfaz los analistas pueden realizar una transición trazable y comprensible por el usuario (user-friendly) de un espacio a otro, minimizando el error humano, ya que los métodos de registro de procedencia de VALCRI realizan un seguimiento de los procesos de razonamiento analítico humano, al tiempo que su algoritmo le permite establecer relaciones conceptuales más rápidamente de lo que lo hacen las personas y, en este sentido, presumiblemente innovador respecto de otros sistemas anteriores de IA (15).

Requisitos de seguridad y privacidad de alto nivel inspiran su sistema de procesamiento que emplea la información para crear conjuntos de datos anónimos legibles por la máquina. El prin-

---

(14) Para más detalles SACHA, D. - JENTNER, W. - ZHANG, L. - STOFFEL, F. - ELLIS, G. - KEIM, D., “Applying Visual Interactive Dimensionality Reduction to Criminal Intelligence Analysis”, VALCRI White Paper Series 2017-011, 1 febrero 2017, disponible en <http://valcri.org/our-content/uploads/2017/02/VALCRI-WP-2017-011-Interactive-Visual-Dimension-Reduction.pdf>.

(15) CORDIS, “La Inteligencia Artificial revoluciona la investigación policial”, *Tendencias* 21, 12 junio 2017, disponible en [https://www.tendencias21.net/La-Inteligencia-Artificial-revoluciona-la-investigacion-policial\\_a44012.html](https://www.tendencias21.net/La-Inteligencia-Artificial-revoluciona-la-investigacion-policial_a44012.html).



cial trabajo de VALCRI es pues ayudar a generar ideas plausibles acerca de cómo, cuándo y por qué se cometió un crimen, por un lado y, por otro, sobre quién lo cometió, dando lugar a lo que podría ser “el futuro de la policía dirigida por la inteligencia” (16), ya operativa en diversas agencias y disponible para otras.

### III. Pros y contras de estos modelos de IA desde la perspectiva de los derechos fundamentales

Los beneficios de emplear sistemas de *machine learning* y/o *forecasting behavior* un mundo globalizado y cada vez más tecnológico se prevén enormes y notables en el corto plazo, pero no están exentos de críticas los inconvenientes legales que estos implican.

#### III.1. Cuestiones generales: problemas y beneficios potenciales

La IA es una tecnología disruptiva capaz de transformar vidas y técnicas de trabajo (17). Uno de los ámbitos en que despliega su eficacia es en el análisis de grandes cantidades de datos que, de otra forma, resultarían imposibles de abarcar, presentando la ventaja de agilizar lo que para un ser humano conllevaría invertir miles de horas de trabajo, sin ni siquiera saber si se obtendrían resultados. Los algoritmos de sistemas de IA como los descritos presentan hoy la ventaja de analizar, comparar y relacionar datos policiales de carácter histórico utilizables en la investigación y persecución de conductas delictivas.

Esto representa, para ciertos sectores doctrinales, un riesgo, el de que el trabajo lo asuma una máquina cuyo sistema de funcionamiento resulta de difícil comprensión para la generalidad de la sociedad, pero, al mismo tiempo supone un beneficio, por cuanto estos sistemas pueden realizar las tareas de manera autónoma, tomando sus propias decisiones a la hora de hacer clasificaciones o predicciones. La impersonalidad en el análisis de la información es uno de los objetivos perseguidos por estos

(16) Así lo recoge la web del proyecto VALCRI, <http://valcri.org/about-valcri/>.

(17) BARRIO ANDRÉS, M., “Robótica, inteligencia artificial y Derecho”, ARI 103/2018, Ed. Real Instituto Elcano, 7 de septiembre de 2018, p. 5.

sistemas y conlleva, *a priori*, neutralidad, lo que permite superar algunos de los prejuicios que de manera directa o indirecta podrían existir si el mismo trabajo lo realizara una persona. De hecho, si los datos no son suficientemente imparciales, se generan críticas respecto a la conveniencia del uso policial de la IA, debido a los sesgos que se podrían producir, lo que algunos entes afrontan creando comités de ética que los supervise y controle, como sucede en el caso de VALCRI.

Otra ventaja que estos modelos conllevan es que, dado su carácter evolutivo, de aprendizaje constante, los algoritmos bases que los componen se pueden corregir y actualizar, eliminando eventuales errores y adaptándose a las necesidades del momento, la sociedad y la época. Esta revisión y reformulación es posible debido a que los modelos informáticos se generan a partir de datos y de la relevancia que el sistema otorga a las distintas categorías de los mismos para poder predecir el resultado, todo ello tras un proceso de entrenamiento del modelo. De ahí que cualquier anomalía que se produzca en el resultado requiera un reajuste del modelo, lo que permite optimizar la fiabilidad de las predicciones.

#### III.2. Cuestiones específicas: protección o vulneración de derechos fundamentales

¿Dónde queda la protección de los derechos fundamentales cuando el campo del control delictivo y/o el ejercicio del *ius puniendi* queda en manos, al menos parcialmente, de instrumentos de IA? Esta es una cuestión primordial que necesita ser respondida y que planea entre los entre los contras que hacen peligrar el uso de las nuevas tecnologías en el ámbito policial y procesal penal.

Esta duda surge dado que derechos como la tutela judicial efectiva y sus derivados, pueden quedar en entredicho si se emplean modelos de sanción alternativos a la condena derivada de un proceso judicial (HART) y, por otro lado, porque el nivel de exigencia necesario para garantizar el derecho a la protección de datos personales, en concreto en el marco de investigaciones penales, podría, bien obstaculizar el uso y difusión de información confidencial útil, bien invalidar determinadas pruebas ante

un tribunal. Todo ello sin perjuicio de la clásica concepción de protección constitucional que se aplica a la informática en general y que puede extenderse al uso de la IA, que alcanza a derechos como la ideología (art. 16.1 CE), la intimidad, la propia imagen y el honor (art. 18 CE), la residencia y libertad de movimiento (art. 19 CE), las libertades de pensamiento y expresión (art. 20 CE) y la participación (art. 23 CE).

### III.2.a. Tutela judicial efectiva

Desde un punto de vista de política pública, la relevancia de HART radica en que se ha diseñado como alternativa al sometimiento del sospechoso al sistema judicial, es decir, que permite al sujeto potencialmente reincidente, bien acogerse a un programa de rehabilitación llamado Checkpoint, bien ser sometido a un proceso judicial. Teniendo en cuenta este dato, su implantación en países democráticos que, como España, atentaría contra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24 de nuestra Carta Magna, en el sentido de un *ius ut procedatur*. Además, puesto que el modelo procesal penal español tiene un carácter reglado, implantarlo como alternativa al proceso judicial haría peligrar, a su vez, el respeto a los principios de oficialidad y legalidad (arts. 9º y 25 de la CN).

Así las cosas, para actuar conforme a la ley, España y países con sistemas constitucionales similares solo podría emplear la eficacia potencial de este sistema ante dos escenarios:

Por un lado, si la legislación avanzara hacia un modelo procesal regido por el principio de oportunidad (como ocurre en países como Estados Unidos o Francia), con base en el cual se pudiese optar por no acusar al sujeto reincidente, si hablamos partiendo de HART (aunque podríamos aplicarlo a cualquier delincuente) y darle la posibilidad de acogerse a un programa de rehabilitación similar al Checkpoint.

Por otro lado, si se encajara este sistema en el modelo de alguna manera, bien como medida cautelar, quizás estableciéndolo como condición para una libertad condicional, o bien incluyéndolo como mecanismo de sustitución de una pena ya impuesta, caso en que habría que vincularlo al sistema penitenciario.

### III.2.b. Protección de datos personales: mención especial a su empleo en investigaciones penales

La protección de datos personales es un derecho fundamental reconocido a nivel tanto europeo como nacional y amparada por el denominado marco europeo de protección de datos, constituido por el Reglamento 2016/6794, de carácter general, y por un conjunto de Directivas complementarias previstas para ámbitos específicos (18).

Los dos sistemas de IA estudiados en este trabajo se sustentan en la obtención de datos personales de los sujetos implicados en investigaciones penales para poder funcionar, lo que, en principio, podría ser considerado como una injerencia a la protección de datos de carácter personal, además de a los derechos como a la intimidad y la privacidad. Hacer de entrada una afirmación de este tipo sería una conducta prematura, puesto que la prevención e investigación de delitos es uno de los fines previstos en el art. 1.1 de la Directiva 2016/680, a la que se debe acudir para valorar si VALCRI y HART respetan su tenor, dado que esta norma no ha sido aún objeto de transposición a nivel nacional, a pesar de que el plazo previsto para ello finalizó hace un año (el 6 de mayo de 2018, según el art. 63) (19).

(18) DOUE L 119, 4 de mayo de 2016:— Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.— Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales.— Directiva (UE) 2016/681, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

(19) Por este retraso, la Comisión Europea nos acaba de “demandar” ante las instituciones europeas. COMISIÓN EUROPEA, “Protección de datos: La Comisión decide llevar a Grecia y España ante el Tribunal por no transponer el Derecho de la UE”, Comunicado de prensa. Bruselas, 25 julio 2019, disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-4261\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4261_es.htm).

Respetando la norma europea, el sistema HART podría ponerse en funcionamiento si para su instauración se obtuviese el consentimiento de los sujetos respecto de los cuales se necesita información que incorporar al algoritmo. De esta forma, se cumpliría el requisito de control de almacenamiento respecto a datos conservados, pudiendo utilizar datos que ya constaran en los archivos policiales —art. 29 c) de la Directiva—. Posteriormente se podrían incorporar nuevos datos, siempre que se refieran a sospechosos de conductas delictivas y que se trate de datos que encajen en el catálogo de los permitidos por la norma.

Respecto a VALCRI, el problema esencial deriva de que utiliza, entre otros datos, mecanismos de reconocimiento facial a efectos de una investigación penal. En tanto la identificación facial es considerado un dato biométrico, considerado perteneciente a las categorías especiales de datos, según el art. 3.1 de la Directiva, para que su empleo sea lícito en Europa deberían respetarse los requisitos del art. 10 de la norma, que se concretan en:

- Su uso sea autorizado por la UE o un Estado miembro. Si bien a día de hoy no se cuenta con tal autorización, la norma nacional de transposición u otra específica podría permitirlo, aunque la incipiente tendencia americana de prohibir este tipo de técnicas hace planear una sombra respecto a esta opción (20).

- Se protejan intereses vitales del interesado u otra persona física. Se abre así la vía a la utilización del tratamiento del reconocimiento facial como parte de sistemas de IA, ya que cada vez que nos encontremos en casos penales, se podría justificar la existencia de este tipo de intereses, sobre todo en casos vinculados a bienes como la vida o la integridad (protegidos por art. 15 CE), relacionados con los delitos que trata de ayudar a resolver VALCRI.

- Se trate de datos que el interesado ha exteriorizado públicamente, lo que permitirá ob-

tener información publicada en redes sociales por los sujetos a los que esta se refiere, siempre que la publicación la realizara el propio sujeto.

#### IV. Conclusiones

La búsqueda por la eficacia y el respeto de las garantías inspira el uso de mecanismos de IA en las investigaciones penales, por un lado, promoviendo el desarrollo de mecanismos alternativos para hacer funcionar el sistema de justicia penal y, por otro lado, obligándonos a preguntarnos a qué queremos dar prioridad en este proceso, si a la represión de la delincuencia, el mantenimiento del orden público y la seguridad o a la protección de derechos fundamentales de los presuntos delincuentes y, en su caso, por extensión, a la protección de los datos de población no delictual, empleados aunque de forma anónima, para definir perfiles criminológicos.

Hasta hace poco tiempo, todo apuntaba a que había que elegir. Sin embargo, en el contexto legislativo actual, parece cada vez más viable conjugar el binomio eficacia *versus* garantías en igualdad de condiciones. Es así puesto que es posible usar sistemas de aprendizaje automático, como los previstos en HART y VALCRI, cuya eficiencia potencial en la investigación y represión del crimen ha quedado patente respetando los derechos de los sujetos a que se refieren los datos con que sus algoritmos trabajan, si estos se obtienen y tratan conforme a la normativa, en este caso europea y nacional, desarrollada al efecto.

No puede obviarse, no obstante, que en relación con los derechos fundamentales existe un riesgo adicional que radica en los sesgos o desviaciones de los algoritmos que los sistemas conllevan, algunos justificados, otros no, sin que sea fácil hacer la diferencia en muchos casos. En ese sentido se plantea si el algoritmo puede fallar, siendo discriminatorio, inhumano e ilegal, o si podría *hackearse* para ser modificado, a antojo, según las circunstancias. Ante un supuesto de estas características habría que tener en cuenta el peligro derivado de la posible manipulación de las fuentes de datos, o de su calidad, cuando se usa información procedente de fuentes abiertas (redes sociales, por ejemplo), muy relacionado con las técnicas de des-

(20) MENDOZA GONZÁLEZ, S., “San Francisco, primera ciudad en prohibir la tecnología de reconocimiento facial en EE.UU.,” *El País*, 18 de mayo de 2019, disponible en [https://elpais.com/tecnologia/2019/05/15/actualidad/1557904606\\_766075.html](https://elpais.com/tecnologia/2019/05/15/actualidad/1557904606_766075.html).

información (intoxicación de la información, *fake news*). Controlar estos eventuales peligros, quizás con sistemas de inspección y auditoría, es una de las tareas pendientes, cuyo desarrollo exige involucrar tanto a ingenieros y técnicos como a juristas, para conseguir el equilibrio necesario entre algoritmos justos, poder predictivo y respeto de garantías.

Ante el empleo de mecanismos de IA para la lucha contra la delincuencia, derechos como la tutela judicial efectiva y sus derivados, pueden quedar en entredicho si se emplean para dar sustento a modelos de sanción alternativos a la condena derivada de un proceso judicial y, el derecho a la protección de datos personales, en especial en el marco de investigaciones penales, podría, bien obstaculizar el uso y difusión de información confidencial útil, o bien invalidar determinadas pruebas obtenidas a raíz del uso de sistemas de este tipo que podrían ser esenciales para la obtención de una condena ante un tribunal.

Desde otra perspectiva, los riesgos que en realidad conlleva el uso de estas herramientas son los mismos que existen si el trabajo lo hace un humano, solo que, detectado un error, si es humano sabemos que podemos recurrir a sistemas judiciales para pedir responsabilidad, mientras que si proviene de un sistema de IA estamos aún indefensos ante la ley, motivo por el cual la adaptación del derecho a esta situación es otra de las demandas a afrontar. Además, ante tales circunstancias, puede quedar difuminada la previsibilidad jurídica, desde el momento en que resulta imprescindible ante instancias jurisdiccionales comprender el razonamiento que surge del cálculo máquina, tarea muchas veces no trivial para el jurista.

A pesar de todo ello, no puede negarse que la IA tendrá un impacto muy positivo en la lucha y reducción de la delincuencia en el mundo, pero el verdadero éxito acontecerá solo cuando aprendamos a manejarla bien, siendo este el reto de futuro.

# Medios tecnológicos para investigar: ¿una inversión necesaria?

POR MARÍA CATALINA RANGUGNI Y MARÍA PAZ ZAGO

**Sumario: I. Introducción.— II. Nuevos métodos de búsqueda e investigación.— III. Consideraciones relativas a las nuevas tecnologías.— IV. Conclusiones.**

“Nada era del individuo, a no ser unos cuantos centímetros cúbicos dentro de su cráneo”.

George Orwell

## I. Introducción

La denominada “cuarta revolución industrial” se caracteriza por el desarrollo exponencial de la inteligencia artificial (IA), cuya característica fundamental es la automatización de comportamientos inteligentes por parte de máquinas: recabar información, razonar, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e, incluso, crear, soñar y percibir (1).

La era signada por la aparición de tecnologías de esta naturaleza en múltiples áreas del conocimiento, ha traído novedosas y transformadoras herramientas de trabajo y, consecuentemente, diversos efectos en la vida en sociedad. El derecho no es ajeno a estos cambios, pues los cambios nos enfrentan a ciertos desafíos: ¿qué ocurre cuando los avances de la ciencia, que evidentemente dotan de mayor eficiencia a las investigaciones, ponen en riesgo garantías de los individuos?

Para abordar dichos interrogantes, limitaremos el presente trabajo al análisis de dos métodos para la investigación de delitos e identificación de sus posibles responsables, recientemente

te incorporados en Argentina. Nos referimos, por un lado, a registros de información genética, en particular, al Banco Nacional de Datos Genéticos y al Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual. Por otra parte, nos centraremos en el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos —legislado e implementado en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—.

Nos enfocaremos en esos dos métodos porque creemos que plantean interrogantes diferenciados y resultan ilustrativos de ciertas problemáticas que traen aparejados los progresos tecnológicos. A más de ello, no desconocemos que el universo de la inteligencia artificial abarca desde la creación de robots capaces de realizar cirugías (2), hasta sistemas para predecir la solución de expedientes judiciales (3), pero intentar avanzar sobre toda su dimensión demandaría un trabajo de investigación que excede holgadamente el acotado margen de esta ponencia

## II. Nuevos métodos de búsqueda e investigación

### II.1. Registros de información genética

La primera herramienta tecnológica sobre la cual pondremos el foco de nuestro análisis ha

(1) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo “Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad”, del 31 de agosto de 2017. Allí también se señala que el concepto engloba diversas áreas y puede distinguirse entre IA débil (capaz de realizar tareas específicas) e IA fuerte (con habilidad para realizar las mismas tareas intelectuales que un ser humano).

(2) Sitio web del periódico El Español, consultado el 15/07/2019, [https://www.elespanol.com/omicron/tecnologia/20180619/robots-operan-ojos-hacen-mejor-humanos/316219891\\_0.html](https://www.elespanol.com/omicron/tecnologia/20180619/robots-operan-ojos-hacen-mejor-humanos/316219891_0.html).

(3) Ver en este sentido, en Argentina, el software “Prometea” implementado en el Ministerio Público Fiscal de CABA. Puede consultarse, por caso, CORVALÁN, Juan Gustavo, “La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea”, LA LEY, 29/09/2017.

tenido en Argentina un desarrollo por etapas que se materializó inicialmente en un instrumento tecnológico paradigmático de las investigaciones vinculadas a delitos de lesa humanidad.

El *Banco Nacional de Datos Genéticos* fue creado en Argentina en 1987 como un archivo público y sistemático de material genético y muestras biológicas de familiares de personas secuestradas y desaparecidas durante la última dictadura militar argentina, ocurrida entre 1976 y 1982.

Funciona mediante la realización de un análisis de ADN (ácido desoxirribonucleico), consistente en el estudio de las secuencias de nucleótidos (unidades que lo conforman) que se encuentran en los cromosomas humanos (4). A través de dicho mecanismo fue posible medir sustancias heredables en la sangre para establecer vínculos sanguíneos entre aquellas personas y jóvenes que tenían alguna sospecha sobre su identidad, específicamente sobre la posibilidad de ser hijos de quienes habían estado cautivos y desaparecidos en la época señalada.

En este contexto, un equipo de argentinos genetistas, matemáticos y forenses desarrollaron un innovador ‘índice de abuelidad’ a través del cual era posible saltar la línea más directa en la comparación de sustancias heredables —entre padres e hijos— para identificar a los niños apropiados con la información genética de sus abuelas y otros familiares —hermanos, tíos, etcétera—.

Décadas después, el caso que damnificó a Ángeles Rawson —víctima de los delitos de femicidio, abuso sexual y homicidio agravado críminis causae— cobró gran notoriedad pública y la reacción de la sociedad motivó que se reactivara un proyecto legislativo de larga data que hasta el año 2013 no había llegado a buen puerto. A partir de allí y con la sanción de la ley 26.879, la mecánica operacional descrita fue recuperada para la confección de un Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculados a Delitos contra la

Integridad Sexual (5). Esta tecnología incorporó primariamente el software “Combined DNA Index System” (CoDIS), utilizado por el FBI en Estados Unidos para comparar el ADN de sospechosos de delitos violentos con rastros genéticos almacenados por los forenses (6).

A partir de ese puntapié, en 2014 el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, el Consejo de Procuradores, Fiscales, Defensores y Asesores Generales de la República Argentina, el Consejo Federal de Política Criminal y la Sociedad Argentina de Genética Forense en colaboración con la fundación argentina Sadosky desarrollaron el software nacional GENis, que combinó la ciencia genética y la informática para el almacenamiento y comparación de perfiles genéticos con fines forenses (7).

En esta inteligencia, se acudió al laboratorio de Análisis comparativo de ADN de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al Servicio de Genética Forense del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, al Instituto de Investigación Criminal y Ciencias Forenses del Norte de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires y al Servicio de Huellas Digitales Genéticas de la Universidad de Buenos Aires.

Esta nueva técnica, desarrollada con el objetivo de facilitar las investigaciones sobre delitos sexuales, derivó en autorizaciones judiciales para obtener, a través del hisopado bucal, el perfil genético de 16.605 personas (sobre el total de 23.461 convictos que se encuentran en condiciones de toma de muestras de ADN), todo ello según los datos publicados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (8).

---

(5) Sitio web oficial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos consultado el 13/07/2019 <https://www.argentina.gob.ar/justicia/registro-nacional-datos-geneticos-delitos-contra-integridad-sexual>.

(6) Sitio web oficial del Buró Federal de Investigaciones de los Estados Unidos de América consultado el 13/07/2019 <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>.

(7) Sitio web de la Fundación Sadosky de Investigación y desarrollo en TIC consultado el 13/07/2019 <http://www.fundacionsadosky.org.ar/genis/>.

(8) Sitio web oficial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos consultado el 13/07/2019 <https://www.>

---

(4) Sitio web oficial del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología consultado el 13/07/2019 <https://www.argentina.gob.ar/ciencia/bndg>.



La base total de condenados se conformó de información provista por el Registro Nacional de Reincidencia (RNR), el Registro Nacional de las Personas (RENAPER), el Servicio Penitenciario Federal (SPF) y los Servicios Penitenciarios Provinciales (SPP) que aportaron los datos de las personas condenadas con sentencia firme por delitos contra la integridad sexual.

Sin embargo, dicha legislación no traía la aplicación de un sistema enteramente novedoso. Ya a mediados de la década de los 90 en Estados Unidos comenzaron a sancionarse normas a través de las cuales los distintos estados creaban su “Sex Offender Registry”, enmarcando el movimiento normativo en lo que se conoció como la “Ley Megan”, a raíz del caso de Megan Kanka —una niña de 7 años que fue abusada sexualmente y asesinada por su vecino, que ya tenía varias condenas por abuso de menores, sin que la familia de Megan lo supiera (9)—. De esta manera, se les requería a las policías locales que informaran a los vecinos cuando un agresor sexual condenado se mudaba a la zona, en particular sectores de mayor vulnerabilidad frente a esta clase de delitos como podían ser mujeres o familias con niños. Este sistema, además de generar un almacenamiento de información genética que permitiera prevenir y resolver con mayor celeridad y grado de certeza casos específicos, dio publicidad a la identidad de los convictos en páginas web a las que cualquiera podía acceder a verificar si determinada persona tenía en su haber condenas por delitos sexuales.

Casos similares son los que presentan Canadá —que en 2004 implementó la Ley de Registro de Información sobre Delitos Sexuales, que obliga a los condenados a inscribirse en el “National Sex Offender Registry” (10) (NSOR)— y el Reino Unido —que en 2003, a través de la Ley de Delitos Sexuales creó el “Violent and Sex Offender

Registry” (ViSOR)— (11). En Francia, a su vez, en 1998 se creó el “Fichier National Automatisé des empreintes génétiques” (FNAEG).

Pero también en nuestro país, desde el año 2004, ya existían registros provinciales de esta índole. La primera versión del registro se reguló en la provincia de Mendoza, y encontró asimismo, asidero en Neuquén, Tucumán, Corrientes, Buenos Aires, Chubut, Chaco, Córdoba, San Luis, San Juan, La Pampa, Misiones, Entre Ríos y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De las mencionadas jurisdicciones, solo Tucumán, Mendoza y Entre Ríos han previsto darle publicidad al registro a través de la consulta en una página web. La nómina, de acuerdo con las legislaciones mencionadas, podría ser consultada por cualquier persona y contendría fotografías y las principales características del historial delictivo del condenado.

Se sumaron a esas provincias Neuquén, Corrientes, San Luis, La Pampa y CABA en lo referido a notificar a las autoridades locales (policiales, municipales, escolares, entidades vecinales y otras organizaciones vinculadas a la infancia y la mujer) cuando un convicto egresa de un complejo penitenciario y fija domicilio en la zona, con el propósito de alertar a la población más vulnerable a este tipo de delitos y a los organismos encargados de su protección.

Algunas de las provincias, como son los casos de Córdoba, San Luis y Misiones, van aún más lejos y exigen que estas comunicaciones se actualicen cuando el condenado cambia de domicilio, lo cual trae aparejada la obligación de fijar residencia ante las autoridades estatales y comparecer mensualmente ante un organismo de control, incluso una vez extinguida la pena.

Una cuestión no menor de la norma nacional sancionada es que, si bien no contiene las medidas de publicidad de los datos del registro que algunas provincias han incorporado, trae como

---

argentina.gob.ar/noticias/avances-del-registro-de-datos-geneticos.

(9) Sitio web de la Ley Megan del Estado de California dependiente del Departamento de Justicia, Oficina de la Fiscal General, consultado el 13/07/2019 <https://www.meganslaw.ca.gov/About.aspx>.

(10) Sitio web oficial de la policía montada de Canadá consultado el 13/07/2019 <http://www.rcmp-grc.gc.ca/total/cpcmec-ccpede/bs-sc.nsor-rnds/index-eng.htm>.

---

(11) EDWARDS, David, “ViSOR - Violent and Sex Offender Register”, nota publicada en la sección ‘Police Information Technology Organisation’, del sitio web del ‘Center for Crime and Justice Studies’ consultado el 13/07/2019 <https://www.crimeandjustice.org.uk/sites/crimeandjustice.org.uk/files/0962725030855319.pdf>.

novedad que los registros de ADN se eliminarán solo después de cien años desde la iniciación de la causa, pues en el art. 10 de la ley específicamente se aclaró que no regían los plazos del art. 51 del Cód. Penal (12), ello a pesar de que en el debate legislativo se formularon diversas objeciones a que se mantuvieran durante un lapso tan extenso.

## *II.2. Sistema de Reconocimiento Facial de Prófundos*

En segundo término, consideramos relevante analizar un *software* que se encuentra en constante expansión y cuya característica más sobresaliente consiste en su capacidad de cotejar en tiempo real videofilmaciones con información biométrica obtenida de fotografías. Así, una cámara puede detectar en forma instantánea si la persona filmada coincide con algún perfil registrado anteriormente en su base de datos. Veremos a continuación los pormenores de su implementación.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se creó, mediante ley 5688 del año 2016, el Sistema Público Integral de Video Vigi-

lancia (cfr. art. 474), cuya autoridad de aplicación es el Ministerio de Justicia y Seguridad de esa jurisdicción. La norma invocó, como uno de sus principios rectores, la necesidad de reunir información estadística confiable sobre la ocurrencia de hechos delictivos para mejorar el sistema de seguridad pública (cfr. art. 477).

Posteriormente, en abril de este año, el Ministerio de Justicia y Seguridad de la ciudad dictó la resolución 398/MJYSGC/2019, que incorporó a dicho régimen el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófundos (SRFP).

Esta novedosa herramienta fue concebida, según surge de los considerandos de la citada resolución, a la luz del deber del Estado de garantizar la seguridad pública, entendida como *la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establecen la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

También se hizo hincapié en que la implementación de dicha tecnología perseguía una mejora en la prevención de conductas delictivas y en la investigación de casos judicializados y, en particular, una mayor eficiencia en la detección de personas con orden judicial de captura. Es decir que, fundamentalmente, su establecimiento apuntaba a que fuera posible identificar a aquellos que se encontraba prófugos de la justicia.

El sistema funciona en forma coordinada entre el Registro Nacional de las Personas y el Ministerio de Justicia y Seguridad de CABA: el primero de ellos facilita al segundo los registros biométricos, a solicitud de requerimientos de fiscalías y juzgados.

La misión para la cual fue concebida la instalación de esta técnica ha determinado, a su vez, las limitaciones a las que se encuentra sujeta. Así, en la medida en que su finalidad es la de identificar a quienes hayan evadido el sistema judicial y/o penitenciario, la entrega de muestras biométricas solo puede efectuarse ante el debido requerimiento de un magistrado y de

---

(12) Art. 51.— Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. (...). El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos: 1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales; 2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad; 3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación. En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que solo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial. Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad: 1. Cuando se extingan las penas perpetuas; 2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo; 3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2º), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta; 4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los arts. 65, 68 y 69. La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del art. 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.

conformidad con la normativa vigente. Es decir, solo incluiría a quienes se encuentren registrados en la Base de Datos del Sistema de Consulta Nacional de Rebeldías y Capturas (CONARC) del Registro de Reincidencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

De esta forma y una vez que las fotografías son incorporadas, trescientas cámaras de video vigilancia instaladas en la vía pública —de las siete mil que opera el Centro de Monitoreo Urbano de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires— cuentan con el *software* correspondiente y se encuentran capacitadas para reconocer los rostros ingresados al sistema. En las ocasiones en que se verifica una coincidencia, se dispara una alerta dirigida a dicha dependencia y, en simultáneo, mediante otra aplicación, se envía un aviso a los teléfonos institucionales de la fuerza de seguridad correspondiente, con el nombre, apellido, causa, imagen de la persona identificada y mapa de la cámara que la localizó.

El escaso tiempo transcurrido desde que comenzó a aplicarse el mentado mecanismo —fines de abril de este mismo año— impide contar con estadísticas fehacientes acerca de su nivel de efectividad. Cabe señalar, al menos a modo indicativo, que según fuera anunciado por el vicedirector de Gobierno, Diego Santilli, luego de 60 días se habrían identificado 1063 personas que se encontraban prófugas y se detectó un margen de error de un 4% (13).

### III. Consideraciones relativas a las nuevas tecnologías

*III.1.* En cuanto al primer método analizado, los problemas empezaron a aparecer desde un comienzo en relación con aquel Banco Nacional de Datos Genéticos caracterizado por su innovadora capacidad de brindar datos dirimientes en la búsqueda de información sobre el paradero de hijos de personas desaparecidas.

(13) Sitios web de los medios periodísticos Télam y Clarín, consultados el 12/07/2019 <https://www.telam.com.ar/notas/201907/372573-detuvieron-a-mas-de-mil-personas-por-el-reconocimiento-facial-pero-solo-174-que-daron-presas.html>; [https://www.clarin.com/policiales/detenidos-sistema-reconocimiento-facial-60-dias\\_0\\_XV-MAqEeu1.html](https://www.clarin.com/policiales/detenidos-sistema-reconocimiento-facial-60-dias_0_XV-MAqEeu1.html).

El sistema generó gran controversia cuando algunos de ellos comenzaron a negarse a realizarse extracciones de sangre o a aportar cualquier clase de muestra biológica (14). Aquí el dilema que se presentaba con claridad era si avanzar en la búsqueda de la verdad histórica que un sector de la comunidad venía reclamando y en la promoción de políticas de reparación para las víctimas que impulsaban esos reclamos podía justificar la vulneración de la intimidad de otras víctimas que habían tomado una postura diferente dentro de determinados procesos judiciales.

Resultó de este planteo un problema que trascendía la afectación física que podía llegar a generar una intervención como la de la extracción de muestras de ADN para contrastar con el BNDG, pues además, estaba en discusión un ámbito emocional de la vida privada que se debatió si debía entrar en el paraguas de protección constitucional, ya que en estos procesos judiciales, entre los imputados contra los cuales se alzaría la prueba de cargo obtenida de las huellas genéticas se encontraban muchas veces las personas que habían criado a las víctimas, desarrollando lazos de afecto muy profundos.

Un caso resonante, entre los múltiples que llegaron a conocimiento de los tribunales penales, fue el de los hijos adoptivos de Ernestina Herrera de Noble, que impugnaron la decisión de la jueza interviniente en la etapa de instrucción de ordenar la extracción “voluntaria o compulsiva” de muestras de ADN para cotejar con el material genético almacenado en el BNDG. Allí, puesta a resolver, la Cámara Federal de Casación Penal consideró que el derecho a estar libre de injerencias en la intimidad o la vida privada no era absoluto y podía ser objeto de restricciones en razón de ciertas finalidades legítimas (15). Para ello se basó en lo sostenido por la Corte Supre-

(14) Verbigracia sangre, piel, células óseas o plasma sanguíneo, que albergue ácidos nucleicos o contenga la dotación genética característica de una persona, cfr. la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos aprobada por unanimidad en la 32ª Conferencia Internacional de la UNESCO del 16 de octubre de 2003.

(15) Res. del 02/06/2011 de la sala II de la CFed. Casación en “Noble Herrera, Marcela y otro s/ recurso de casación”, causa 13.957, Reg. 18559 <https://www.cij.gov.ar/nota-6943-Caso-Noble-Herrera--Casaci-n-confirm--el-fallo-que-orden--la-extracci-n-de-muestras-biol-gicas.html>.

ma de Justicia de la Nación en cuanto a que, a falta de consentimiento del interesado, “solo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”(16).

Un aspecto interesante de la mentada resolución casatoria es que, a pesar de haberse rechazado el planteo que pretendía eludir la extracción de muestras de ADN, sí se reconocieron incluidos en la esfera de protección del art. 19 de la CN los sentimientos personales, de manera que su respeto resultaba para la Cámara inescindible de la garantía de un ámbito de autonomía personal. En el caso tratado, en el que el material biológico que se quería extraer era un instrumento para fortalecer —de manera determinante si el resultado era positivo— la prueba de cargo contra los padres adoptivos, no podía dejarse de lado la interferencia generada en sus afectos y el sufrimiento psíquico que podía provocarles la situación, a través de sentimientos de ansiedad, angustia, temor o culpa, así como el planteamiento de un dilema moral.

Una situación similar ya se había presentado en el caso “Gualtieri Rugnone de Prieto”(17), en el cual la Corte Suprema de Justicia introdujo la noción de ponderación de bienes cuando colisionan derechos legítimos —como son el derecho a la verdad de la querrela y el derecho a la intimidad de las personas sobre las que se pretende realizar una extracción de muestras—.

En este caso el Procurador General señaló que no se trataba tan solo del conocimiento de la verdad para juzgar hechos del pasado, sino que la supresión de la identidad, así como la desaparición forzada eran delitos que continuaban perpetrándose. De este modo, entendió que las atribuciones y deberes del Estado para la resolución del conflicto eran mayores, pues el derecho a que cesara un delito en ejecución reconocía menos límites que otros derechos comparables, por ejemplo, al establecimiento

de una sentencia declarativa de la veracidad de los hechos, que sí podía verse subordinada a la salvaguarda de otros intereses también legítimos (observación de garantías procesales, estándares de prueba rigurosos, etc.).

Por lo tanto, según este criterio, la extracción de sangre para comprobar el vínculo entre las víctimas directas y los familiares no sería solo un medio para la persecución penal, sino también el ejercicio de la potestad estatal de llevar a cabo actos que *prima facie* sean idóneos para hacer cesar la ejecución de delitos. Considerando que los requisitos de la prevención de los delitos son más laxos que los de la represión, esta situación arrojaría como resultado una mayor inclinación a habilitar las extracciones compulsivas en detrimento del derecho a la intimidad.

En este punto se concentra uno de los tópicos principales de este trabajo, esto es, cuáles son los límites del Estado para su intromisión en la esfera privada de los ciudadanos y hasta dónde puede avanzar en la implementación de herramientas tecnológicas de máxima rigurosidad para la investigación si ello colisiona con otros intereses de la ciudadanía que también deben ser puestos en valor como es la privacidad o la intimidad.

Los casos descriptos anteriormente, claro está, se distinguen de los generados por las otras tecnologías bajo análisis, básicamente por la esencial diferencia de que quien se somete a la extracción de muestras de ADN ya no es una víctima, sino una persona condenada por la comisión de un delito. Sin embargo, y justamente porque esa condición pone en acción el sistema de garantías propias de todo proceso penal, también han sido motivo de debate los dictámenes judiciales que han ordenado medidas compulsivas contra los imputados. Esto ha ocurrido en particular, en delitos sexuales, donde más habitualmente se presenta la posibilidad de compatibilizar muestras de ADN extraídas de la escena del crimen con el perfil genético del imputado y que, además, representan un ámbito criminal de especial interés para la población civil, donde el umbral de tolerancia para con la impunidad es bajísimo.

En estos casos, la gravedad del delito perpetrado y la sospecha de que el imputado fue el

---

(16) CS, Fallos 306:1892, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida SA”.

(17) CS, Fallos 332:1835, “Gualterri Rugnone de Prieto y otros”.

autor —siempre que exista una razonable probabilidad de su ocurrencia y participación—, terminan de asentar el contrapeso necesario para inclinarse en favor de la intervención estatal compulsiva para obtener el material genético contrastable, siempre que se trate del medio menos lesivo disponible para obtener los resultados buscados para la investigación. De ello son testigos los casos “C., E. s/ medida” (causa 17.709/2015, rta. 19/01/2016 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional) (18) y “C. L. A. s/ ejecución de pena privativa de libertad - recurso de inconstitucionalidad” (rta. 19/03/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba) (19). Pero la fundamentación no necesariamente se vincula a la naturaleza del delito cometido, sino a la proporcionalidad de la medida en razón de su necesidad para el proceso y su funcionalidad sopesada con la intromisión en la intimidad del acusado. Por este motivo, dictámenes similares se han obtenido para otra clase de delitos, como en el caso “M., J. R. s/ robo” (extracción compulsiva de sangre - c. 37.600/11. Inst. 45/122, sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional) (20).

Dicho esto, no podemos dejar de observar que el haber saldado —al menos jurisprudencialmente y con reservas— esta discusión tan solo nos lleva al dilema central que se presenta frente a la creación de un Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual y tiene que ver con la publicidad que se le da a la identidad de los convictos, en particular en las provincias en las que se prevé que se dé aviso a la comunidad, así como la posibilidad de verificar si una persona determinada forma parte de esa nómina de condenados por delitos sexuales y el extensísimo lapso de tiempo (100 años) por el cual se mantiene registrado el perfil gené-

tico de una persona, excediendo con creces los plazos de caducidad registral prevista para cualquier delito.

Aquí las opiniones se dividen entre quienes asignan al sistema una utilidad práctica virtuosa frente a delitos con cierta complejidad probatoria, en el entendimiento de que en manos de la justicia sirve como herramienta eficaz; y, por otro lado, los cuestionamientos que se alzan en su contra por inconstitucional, estigmatizante e inadecuada para lograr mayor seguridad.

En este sentido, parece sensato traer a colación lo dicho por John Braithwaite en cuanto a los efectos negativos que tiene la estigmatización como mecanismo para comunicar lo deshonroso de una conducta reprochada.

El autor señala los altos índices de delincuencia que tienen las sociedades que humillan y degradan a los quienes cometen delitos expresando que aquel que incurrió determinada conducta es una mala persona y, por ende, se encuentra al margen de la sociedad de “los buenos” (21), pues no puede omitirse la amenaza sobre la identidad que siente quien es confrontado de manera denigrante.

Cuando la sociedad expresa su rechazo respecto de una persona, esta ve su *status* en crisis y frecuentemente termina recurriendo a subculturas criminales que reconfiguran el sistema de valores comunitarios de manera que la identidad del individuo se vea contenida en un grupo que lo valora como persona.

En contraposición Braithwaite propone una confrontación reintegrativa como mecanismo de una justicia restaurativa para comunicar a quien delinque que su conducta es deshonrosa y que las consecuencias de lo que hizo sean reprobadas por la comunidad. Esta estrategia radica en poner el énfasis en la conducta perpetrada y no en sus características personales del autor; es decir, el trato debe dirigirse a al sujeto como una buena persona que cometió una injusticia o una acción esencialmente reprochable.

(18) Fallo completo publicado en el sitio web de la Asociación Pensamiento Penal consultado el 20/07/2019 <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/42967-abuso-sexual-extraccion-sangre-objeto-prueba>.

(19) Fallo completo publicado en el sitio web del periódico Diario Judicial consultado el 20/07/2019 <https://www.diariojudicial.com/nota/72392>.

(20) Fallo completo publicado en el sitio web de la Asociación Pensamiento Penal consultado el 20/07/2019 <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/34122-extraccion-compulsiva-sangre>.

(21) BRAITHWAITE, John, “Delito, vergüenza y reintegración” en *Delito y sociedad: revista de ciencias sociales*, 32, ISSN 0328-0101, 2011, ps. 1-2



Así, la garantía de reducir las consecuencias dañinas del delito estará en el valor que la comunidad le da a los bienes protegidos y a conducirse de conformidad con las normas.

Ello nos lleva a adoptar una mirada crítica, o al menos cauta, sin descartar la utilidad práctica de la técnica aludida, pues entendemos que el desarrollo de la inteligencia artificial en este sentido se hace ineludible y necesaria, pero que debe estar sujeta a los límites que las garantías procesales y los fines constitucionales de la pena. Si a la “imborrabilidad” del registro del perfil genético se añaden políticas de publicidad como las adoptadas por ciertas provincias lo cierto es que se somete a la persona condenada a una marca de por vida que ni cumpliendo la más grave de las penas de prisión podrá eludir.

*III.2.* La tecnología que desembarcó en Argentina para permitir el reconocimiento facial es solo un ejemplo más —e incluso, con un alcance funcional restringido— de los progresos de la inteligencia artificial. Desde la creación de la computadora al día de hoy, que se piensa en robots capaces de reemplazar el trabajo humano, la IA ha abierto nuevos paradigmas que interpelan a las personas a lo largo y ancho del globo acerca de las consecuencias de lo que, definitivamente, derivará en nuevas formas de relaciones sociales.

Y aunque en nuestro país su uso es aún incipiente, la dinámica propia de una revolución de estas características que, tarde o temprano, termina atravesando todas las fronteras, nos impone revisar los efectos que ha tenido en otros Estados.

En Estados Unidos, por caso, la regulación de la materia no parece ser tan restrictiva. Lo cierto es que la instalación de cámaras capaces de reconocer rostros no se limita a un circuito de video vigilancia en los medios públicos de transporte. Por el contrario, estudios de universidades y organizaciones no gubernamentales demuestran que su empleo tiene un alcance cada vez más amplio y que resulta una compleja tarea controlar de qué forma se utiliza la información (22).

---

(22) Informe del Center on Privacy & Technology de Georgetown Law University, publicado en el sitio oficial American Under Watch <https://www.americaun->

Se ha señalado, por ejemplo, que las agencias estatales que tienen acceso a las licencias de conducir de los ciudadanos estadounidenses pueden utilizar las fotografías de esos registros, sin su consentimiento, como base de datos para luego cotejar con las cámaras de reconocimiento facial. De este modo, el sistema se utiliza en aeropuertos, espacios públicos, conciertos y eventos masivos y ha servido para la aprehensión de personas en protestas.

La situación descripta ha motivado que los gobiernos de algunas ciudades norteamericanas comenzaran a alzarse en contra de su implementación y así es que en San Francisco, Oakland y Somerville se dispusieron o se encuentran en curso medidas tendientes a prohibir dicha tecnología (23). Pero, además, la innovación no solo generó controversias locales, sino que fue objeto de debate en el Congreso, en el que en mayo de este año se trató exhaustivamente y con especialistas de áreas de tecnología y del derecho las implicancias de medidas de seguridad de esta naturaleza (24).

En la misma tónica, en la Federación Rusa, desde que fue sede del mundial de clubes a la fecha se ha incrementado sensiblemente la cantidad de cámaras con el software de reconocimiento de personas. En Moscú, el plan del gobierno es aumentar de mil quinientas a ciento cincuenta mil dispositivos para este año (25).

En la República Popular China, por su parte, la cuestión se ha tornado crítica, en tanto se acusa al gobierno de utilizar las cámaras de reconocimiento facial con fines que avasallan notoriamente las libertades individuales y, en ocasiones, las barreras de la licitud: desde de-

---

[derwatch.com/](http://www.derwatch.com/) consultado el 13/07/2019. <https://www.banfacialrecognition.com/map/>.

(23) Sitio oficial del periódico estadounidense New York Times, consultado el 17/07/2019. <https://www.nytimes.com/2019/05/14/us/facial-recognition-ban-san-francisco.html>.

(24) Sitio oficial del Congreso de los Estados Unidos, Comisión de Control y Reforma, consultado el 17/07/2019 <https://oversight.house.gov/legislation/hearings/facial-recognition-technology-part-1-its-impact-on-our-civil-rights-and->

(25) Sitio oficial de Statista, consultado el 14/07/2019 <https://www.statista.com/statistics/1022796/moscow-surveillance-and-facial-recognition-cameras/>.



tección de prófugos, pasando por control en baños públicos de cantidad de papel higiénico utilizado cada nueve minutos y hasta persecución de grupos religiosos minoritarios.

En la capital de la República de Chile también se implementa esta tecnología (26) y se ha debatido sobre el asunto en dos casos que fueron tratados por los tribunales de ese Estado (27). Uno de ellos tuvo inicio a raíz de la adquisición, en la ciudad de Santiago, de globos aerostáticos capaces de ascender hasta 150 metros, equipados con cámaras de alta definición, con una visión de 360 grados y un alcance para fijar objetivos de hasta 3 kilómetros (28). El otro caso, ocurrido en la misma jurisdicción, generó controversia por las tareas de vigilancia que se iniciaron mediante dispositivos aéreos no tripulados, también con cámaras de alta resolución y con mayor capacidad de movilidad que los globos aerostáticos, que se destinarían a sobrevolar espacios públicos para evitar el consumo de alcohol y drogas (29).

Los ejemplos precitados son meras muestras de la problemática que subyace al avance de las nuevas tecnologías de seguridad, videovigilancia y prevención de delitos. Hemos traído esos casos porque exhiben con meridiana claridad hacia qué lugares tiende a expandirse el uso de la tecnología por parte de los gobiernos.

Tal como se describen, las cámaras de reconocimiento facial son herramientas que, utilizadas con cautela, pueden conducir al éxito de

investigaciones policiales y a la detección de personas buscadas que los controles habituales normalmente no logran hallar. En Argentina, en particular, es una realidad conocida por quienes se desempeñan en el servicio de administración de justicia que, por lo general, una declaración de rebeldía con orden de captura o la averiguación del paradero de una persona en la práctica se materializan en un oficio dirigido a las fuerzas de seguridad. Son escasas las ocasiones en que la dificultad de hallar a alguien sujeto a un proceso penal —o buscado para intervenir en él— conducen al despliegue de medidas activas tendientes a encontrarlo. Esta circunstancia deriva en una gran cantidad de procesos suspendidos o inconclusos.

El quid de la cuestión radica en si la reversión de esos resultados infructuosos amerita la instalación de “sistemas de seguridad” como los que se vienen describiendo. ¿Es proporcional, como medio para el resultado buscado, que ciudades enteras se sometan a una vigilancia panóptica constante capaz de identificar a cada persona que circula frente a una cámara en espacios públicos, en pos de la mentada “seguridad pública”?

En este punto entra en juego el derecho humano a la vida privada (30), ampliamente reconocido en nuestro ordenamiento constitucional y en instrumentos internacionales (31) y cuyo

(26) Sitio oficial del Municipio de Las Condes, Santiago de Chile, República de Chile, consultado el 15/07/2019 <https://www.lascondes.cl/seguridad/nosotros/monitoreo/reconocimiento.html>.

(27) Caso “Globos”, Corte Suprema de la República de Chile, sentencia del 01/06/2016: [https://microjuriscl.files.wordpress.com/2016/06/mjch\\_mjj44143.pdf](https://microjuriscl.files.wordpress.com/2016/06/mjch_mjj44143.pdf); caso “Drones”, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 21/08/2017: <http://www.pjud.cl/documents/396543/0/DRONES+LAS+CONDES.pdf/bd244e2b-9591-4256-99f8-d4dd3fd617f1>.

(28) Sitio oficial del medio periodístico CNN, consultado el 14/07/2019 <https://cnnespanol.cnn.com/2015/08/18/autoridades-en-chile-monitorearan-las-calles-con-globos-aerostaticos/>.

(29) Sitio oficial del Municipio de Las Condes, Santiago de Chile, República de Chile, consultado el 15/07/2019 <https://www.lascondes.cl/seguridad/nosotros/monitoreo/drones.html>.

(30) Siguiendo a EIDEM, Matías en “Afectación a la vida privada en la vía pública: vigilancia con cámaras de seguridad y restricción de derechos fundamentales”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 56, en cuanto emplea ese vocablo “(...) pese a la usual identificación de este derecho bajo el nombre de intimidad o privacidad, se optará por emplear “vida privada”, ya que es el término adoptado por los tratados internacionales de derechos humanos...”.

(31) Art. 18, CN: “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación...”, Art. 19, CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”; Art. 12, DUDH: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales

alcance encontramos también delimitado en precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la siguiente manera: “En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas; la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello”(32).

En definitiva, poner en manos del Estado un informe acabado, minucioso y fundamentalmente, cotidiano, de lo que hacemos en nuestras vidas, implica entregar un espacio de la esfera íntima independientemente de que esta transcurre en espacios públicos. Y aquí es donde toma preponderancia un concepto que compone el ámbito de la vida privada: el de la expectativa al anonimato, pues hay acciones producto del ejercicio de la autonomía que, sin importar el lugar donde se desarrollen, exigen protección contra la individualización o visualización constante (33).

---

injerencias o ataques”; Art. 17, inc. 1º, PIDCP: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”; Art. V, DADDH: “ Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”; Art. 11, inc. 2º, CADH: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

(32) CS, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida SA”, rto. el 11/12/1984, Fallos 306:1892.

(33) EIDEM, Matías, “Afectación a la vida privada en la vía pública: vigilancia con cámaras de seguridad y restricción de derechos fundamentales”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 71.

Con esto queremos decir que todos aceptamos ser casualmente observados por quienes caminan cerca nuestro, juegan en un parque a una corta distancia o simplemente miran por las ventanas de sus casas mientras circulamos por allí. Sin embargo, incluso en el marco de la más absoluta licitud, es distinto pensar que las acciones que realizamos en espacios públicos son grabadas luego de determinarse nuestra identidad y que, además, pueden ser vistas en detalle una y otra vez —eventualmente, hasta su borrado después de determinado tiempo—.

En otras palabras, aceptamos ir y venir sin ser identificados y sin que nuestras actividades se encuentren sujetas a una especial o prolongada exposición (34) pero, en principio, solo bajo esas condiciones. Lo contrario implicaría que “[q]uedan expuestos y amplificadas, de modo difícil de evitar, aspectos de uno mismo que se exhiben en las calles y tienen, cuando menos, aptitud para poner en ridículo o provocar la murmuración de los demás. Hábitos, formas de ser y, en todo caso, la libertad de desarrollar o no conductas que no configuran infracciones y, sin embargo, pudiera ser deseable para quienes las realizan, que se mantuvieran alejadas del conocimiento general”(35). Esto incluye, solo por mencionar algunas, las relaciones sociales de las personas, su lugar de trabajo, manifestaciones de carácter religioso, afiliaciones políticas, actividades cotidianas.

En esta línea, Daniel Harrendorf y Germán Biddart Campos han expresado que “dentro de la libertad en singular hay un espacio de libertad que es la intimidad o privacidad; sus conductas autorreferentes, es decir, referidas solamente a mí en cuanto no inciden sobre terceros perjudicándolos (o no ofendan el orden, la moral pública, la salud pública etc.), evaden la intromisión del Estado y de terceros. Mi intimidad no es solamente aquello que no se percibe ni se puede percibir o conocer por otros; no es solo lo que yo hago u omito

---

(34) VON HIRSCH, Andrew, “Cuestiones éticas en torno a la vigilancia en espacios públicos mediante cámaras de televisión”, Cambridge Institute of Criminology: [http://www.indret.com/pdf/476\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/476_es.pdf), p. 7.

(35) GARIBALDI, Gustavo - TEJEDA RÍO, Ángeles, “Nuevas tecnologías en el contexto latinoamericano: monitoreo electrónico y videovigilancia en la Argentina. Destinatarios diversos, controles similares”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 3/2012, Ed. Abeledo Perrot, p. 402.

en mi domicilio a puertas cerradas y en soledad; también se halla dentro de mi intimidad una serie de conductas que los terceros conocen, ve, perciben y no por esa especie de notoriedad pública dejan de ser conductas privadas; así quitarme el sombrero delante de un templo de mi religión es signo de referencia es una acción alojada en mi intimidad no obstante que los demás toman noticia de ello; manifestar cual es mi creencia religiosa, vestirme a mi gusto, usar o no barba, dejarme el cabello corto o largo, pintarme o no los labios, sentarme en el banco de una plaza, son conductas privadas. La intimidad se retrae de la intrusión del Estado y de mi prójimo”(36).

Creemos que el concepto de *vida privada*, a la luz de los avances en ciencia y tecnología, exige una constante redefinición. Entenderlo en el sentido explicado en los párrafos precedentes, comprensivo del desarrollo de actividades privadas en ámbitos públicos, reafirma el precepto constitucional que protege la intimidad en su máxima expresión. A su vez, nos hace conscientes como ciudadanos de que la ampliación de los sistemas de videofilmaciones en la vía pública con *software* de reconocimiento facial puede redundar en intromisiones incontroladas de nuestras interacciones en sociedad. Independientemente de los esfuerzos normativos que pretenden limitar su utilización (ver en este sentido, acá. II.B), las experiencias de Estados pioneros en el desarrollo de tecnologías nos demuestran que la expansión de la vigilancia es inevitable. ¿Estamos dispuestos a ser observados en forma constante?

#### IV. Conclusiones

Es notorio que la irrefrenable revolución tecnológica de la que somos testigos trae herramientas investigativas modernas —de prevención o de persecución penal— que pueden ser de gran utilidad para la resolución de casos judiciales. Pero no por ello dejamos de observar que también se circunscriben en una tendencia cada vez más pronunciada a adoptar medidas bajo los preceptos de la “voluntad pública” que reclama más represión para la solución de conflictos sociales.

En definitiva, la conjunción de estos dos fenómenos aconseja que seamos observadores reacios y críticos de los nuevos métodos investigativos y preventivos. Es decir, es fundamental atender a los mecanismos de fiscalización que exigiremos sobre las agencias operadoras. Es cuestión, creemos, de establecer límites precisos de ejecución y de control que regulen el uso de estos mecanismos.

Debemos resaltar, de todos modos, que en cuanto las técnicas aquí analizadas los legisladores y las autoridades del Poder Ejecutivo parecen haber tenido en consideración que los derechos que podían vulnerarse imponían delimitar restricciones claras, lo que quedó plasmado en los instrumentos jurídicos mediante los cuales se implementaron los registros de información genética y las cámaras de videovigilancia con reconocimiento facial.

Por otra parte, quisiéramos señalar que en consideración de lo avanzadas pero a la vez, controversiales, que resultan determinadas medidas en términos de colisión de intereses o derechos legítimos de los ciudadanos, debemos poner un signo de interrogación sobre la incorporación de estas costosas tecnologías, o al menos sobre su modo de aplicación dentro del proceso penal.

Es que, en un contexto de recursos limitados, cabe preguntarse si resulta razonable una inversión orientada al perfeccionamiento de herramientas de investigación que luego el sistema penal, cuyas limitaciones y deficiencias funcionales ameritan un estudio aparte, difícilmente podrá canalizar hacia los fines resocializadores constitucionalmente promovidos.

Del cúmulo de las cuestiones analizadas, resaltamos que las experiencias propias y las que se han visto en otros Estados donde estas tecnologías llevan mayor tiempo de aplicación, nos llevan a reflexionar si el valor que le asignamos a nuestra “seguridad”, al dotarla de instrumentos cada vez más poderosos de investigación y prevención, forma parte del sentido hacia donde queremos avanzar en la búsqueda de vivir en comunidades más pacíficas o si implica una cesión exacerbada de derechos y libertades individuales que no estamos dispuestas a resignar como sociedad.

(36) HERRENDORF, Daniel - BIDART CAMPOS, Germán, “Principios de Derechos Humanos y Garantías”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 174.

# Aplicación de *data science* e inteligencia artificial para producción de información sobre los procesos de desigualdad estructural: la administración de justicia penal como espacio estratégico

POR NADIA BELÉN TOLOSA (\*)

**Sumario: I. Introducción.— II. ¿De qué hablamos cuando decimos “inteligencia artificial”?— III. Aplicación de *data science* e inteligencia artificial para desarticular las desigualdades estructurales en las oportunidades.— IV. Palabras de cierre. Cuando cambiar es la mejor forma de no cambiar.**

## I. Introducción

Los procesos de innovación característicos de un Estado digital están siendo abordados desde la aplicación de inteligencia artificial. Así, la innovación estaría dada por la aplicación de una herramienta de *software* para otorgar respuestas más veloces. Esta forma de acercamiento a los fenómenos tecnológicos deja restringida la potencialidad de la aplicación tecnológica a la mera velocidad de la respuesta y silencia el considerar que un sistema de inteligencia artificial es una parte en un proceso más complejo de administración de datos. La importancia de un análisis integral de cualquier medida de innovación apoyada en tecnología radica en los espacios de trabajo que quedan abiertos para la discusión hacia adentro de la comunidad científica y hacia afuera, en cuanto a la rendición de cuentas públicas.

Cuando la aplicación de estos procesos de innovación se da en la administración de justicia, interviene otro nivel de análisis, donde debe focalizarse en la gestión de la información. El sistema de administración de justicia produce

indicadores, informes de gestión y estadísticas a partir de los casos recibidos. Luego, esta información es utilizada por otros sectores del Estado para producción de políticas públicas.

El objetivo de este trabajo es abrir la pregunta epistemológica sobre los procesos de innovación del sector público que se apoyan en herramientas tecnológicas. Se busca evidenciar que la ausencia de teoría que respalde el traslado de herramientas del sector privado hacia el público conduce a consecuencias que adolecen de legitimidad democrática y, por lo tanto, indeseables en un estado de derecho. Además, se busca desmitificar el desalentador panorama que con ello se genera involucrando la necesidad de sistemas de control permanente y transparencia. El diferencial aportado por la intervención humana en este sentido debió quedar por fuera del trabajo.

El nivel de análisis propuesto en el presente hace foco en la conformación de esos datos, las estrategias para elaboración de las muestras tomadas por las instituciones públicas para informar decisiones de política pública y, con ello, los criterios aplicados para la elaboración de informes públicos. En este sentido, se propondrá la utilización de herramientas tecnológicas para sortear algunos obstáculos derivados de la aplicación de políticas elaboradas con muestras parciales y aplicadas a la población en su conjunto. Desde una mirada crítica en perspectiva

(\*) Abogada, Universidad de Buenos Aires. Diplomada en “Igualdad y no discriminación”, Universidad de Buenos Aires. Desarrolladora web. Alumna del posgrado “Programa de Actualización en Género y Derecho”, Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires. Feminista. Integrante de la Secretaría Judicial de Acceso a la Justicia, Ministerio Público Fiscal - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

democrática, con base en la efectivización de los derechos fundamentales, este trabajo se propone evidenciar los espacios de trabajo para la comunidad científica y, especialmente, para la comunidad de la ciencia jurídica latinoamericana. Del entramado de aristas de trabajo posibles en un sistema de gestión de información con inteligencia artificial, el hincapié estará puesto en los sesgos, utilizando como ejemplo ilustrador a los sesgos de género. Atento a que una de las problemáticas resaltadas en este trabajo está relacionada a la producción del conocimiento científico y técnico desde el sector privado, la bibliografía utilizada para establecer conceptos técnicos provendrá del sector público.

Este trabajo se dividirá en cuatro partes. En un primer apartado, se conceptualizará “inteligencia artificial” y un ciclo de vida, con sus diferentes etapas. La presentación de este esquema es lineal a los fines pedagógicos. Luego, serán conceptualizados distintos “sesgos” y su diferenciación respecto de los estereotipos; el apoyo en los estereotipos de género radica en buscar evidenciar la presencia del sesgo androcéntrico, particularmente en la calidad de masculino cisgénero y heterosexual (1), finalizando con una presentación de ellos como un desafío del sector público del siglo XXI. Llegando a la finalización del trabajo, se aborda la aplicación de data science e inteligencia artificial como una herramienta para obtener información sobre los procesos de desigualdad estructural y/o mecanismos de control poblaciones que producen condiciones de vulnerabilidad, con apoyo en estadísticas de la Ciudad de Buenos Aires. Por último, se ofrecen unas palabras a modo de cierre, donde se remarca el abordaje científico de los procesos de innovación como un verdadero cambio hacia el siglo XXI, al contrario de los aplicacionismos técnicos desde el sector privado hacia el público sin mediar análisis.

## II. ¿De qué hablamos cuando decimos “inteligencia artificial”?

El desarrollo tecnológico se caracteriza por encontrar su impulso en el sector privado. Las

(1) El sesgo androcéntrico también puede contener el etnonacionalismo, el alfabetismo, el habla inglesa —se da en los sesgos androcéntricos en tecnología específicamente—, entre otros muchos.

privadas (empresas y personas individuales) cuentan con una motivación en la innovación cuyo núcleo es el aumento de las utilidades. Las innovaciones que no aumenten las ganancias existentes o disminuyan las pérdidas no forman parte del menú de opciones del sector privado.

La industria digital es parte de este panorama. Desde Apple y Microsoft, hasta Google (2), Facebook, Netflix y WhatsApp fueron pensadas, proyectadas y son ejecutadas por el sector privado. Estos son solo pequeños ejemplos para representar rápidamente el mapa de localización de la información del siglo XXI. Hace unos años, eran los Estados quienes tenían el mayor caudal de información. Con el desarrollo de la industria digital, los emprendimientos privados localizaron un modelo de negocio donde el cliente debe utilizar el servicio con una nula o pequeña erogación monetaria (como puede ser adquirir un teléfono móvil). En la lógica de mercados, un servicio útil por el que no se paga una cuenta es exitoso para el consumo de este. Así, el sector privado logró concentrar el mayor caudal de información que tuvo disponible la humanidad.

Este esquema comercial pudo concretarse por el avance de la industria tecnológica. Mejores posibilidades de hardware abren la puerta a nuevos software y, con ello, a nuevas estructuras de comunicación. Por ejemplo, la administración del caudal de información que hoy circula en Google no podría existir con la tecnología de la Commodore 64 (3). Una de las innovaciones que más resonancia tiene desde fines del siglo pasado es la denominada “inteligencia artificial”.

“Inteligencia artificial” es la locución para significar a un sistema de software. En rigor técnico, es un programa de computación, un código escrito en un lenguaje que puede ser interpretado por un compilador a lenguaje de máquina. Lo que vuelve a un código un “sistema de inteligencia artificial” radica en la complejidad del entramado de tareas y las actividades que el sistema

(2) Para ilustrar el caudal de información que se quiere referenciar, Google se realizan tres billones de búsquedas al día. Informa: [www.seobasico.com](http://www.seobasico.com).

(3) A los efectos de brindar una comparación técnica, la Commodore 64 del año 1982 tenía una memoria RAM de 64 kilobytes; MacBook Pro 2018 cuenta con una memoria RAM de 64 Gigas.



de gestión de información realiza sin intervención humana. Cuando la actividad que resulta de la ejecución del programa de computación emula alguna actividad del intelecto humano, se la denomina “inteligencia artificial”. De hecho, el agregado de “artificial” busca marcar que las actividades realizadas por el sistema son parecidas a las que en la cotidianidad observamos por parte de humanos, pero al final de cuentas terminan siendo también una creación humana (4). De todos modos, la línea que divide a un código “común” de un código con lógica operacional de la inteligencia artificial no está definida por consenso en la comunidad científica tecnológica (5).

Cualquier sistema de inteligencia artificial puede ser descrito con tres partes (6). En primer lugar, debe mencionarse a los modelos, espacio donde quedan seteados objetivos, condiciones, valores y principios —entre otras cosas— que guiarán al sistema en su conjunto. Luego, para su funcionamiento, cuenta con una base de datos de la cual nutrirse. Por último, se encuentran las herramientas para generar la entrada de información (input) y el resultado obtenido (output). Este último momento es el que tiene contacto directo con el entorno, pudiéndose llevar adelante con una persona humana, una interfaz de voz, chatbot o cualquier otro medio que permita ingresar la información a la base de datos (7). En este sentido, puede afirmarse que cada una

de las partes enunciadas cumple un rol determinante en el resultado a obtener.

Se denomina “modelo” a un conjunto de instrucciones escritas en lenguaje de programación, cualquiera sea (8). La particularidad de esta seguidilla de pasos radica en que esta parte del código conforma un conjunto, tejiendo entre sí una serie de reglas, funciones, objetivos, descripciones, condiciones y otras indicaciones que se constituyen en el entorno donde ingresarán los datos para proveer una respuesta. Este conjunto de instrucciones se denomina “lógica operacional” de la inteligencia artificial.

Por otro lado, los datos recibidos conforman una base propia del sistema, de la cual a su vez se nutre para generar respuestas. Los sistemas de gestión de información que se apoyan en la lógica operacional de la inteligencia artificial son programados con algunos datos en su base para que pueda funcionar. Los datos constituyen la “materia prima” del sistema operacional.

Así, se llega en este trabajo al momento en que es oportuno describir cómo es que la información ingresa al sistema y cómo es que el resultado obtenido es mostrado. El contacto directo con el ambiente al que el sistema sirve se produce a través de sensores. La tarea de estos sensores es percibir la información que necesita el sistema operacional para brindar un resultado y puede ser realizada por una persona humana o de manera automatizada. Los *chatbots*, por ejemplo, conforman un sensor que interactúa con una persona humana para obtener información necesaria para brindar la respuesta que la persona misma está requiriendo. Una vez obtenida la información solicitada por el modelo y llegado a un resultado, la interacción con el ambiente para esta actividad también puede ser llevada adelante por una máquina o una persona humana. El resultado brindado

---

(4) RUSSEL, S. - NORVING, P., “Artificial Intelligence: a modern approach”, Ed. Pearson, Londres, 3ª ed., p. 1.

(5) Puede verse una serie de definiciones diferenciadas entre sí por el enfoque epistemológico en RUSSEL, S. - NORVING, P., ob. cit., p. 2.

(6) Esta descripción se apoya en el informe de OCDE sobre la aplicación de inteligencia artificial en la esfera social. Debido a que en este trabajo se presenta la problemática del aplicacionismo de tecnología del sector privado al sector público, se remite a este documento por provenir de un grupo de trabajo experto creado para la labor, cuyo resultado es una serie de definiciones y concepciones que cuentan con el consenso de los Estados miembros de la OCDE donde, si bien Argentina aún no es miembro, participan de foro internacional varios países latinoamericanos (ej. Brasil y Colombia, entre otros). OECD, “Artificial Intelligence in Society”, Ed. OECD Publishing, París, 2019, p. 23, disponible en <https://doi.org/10.1787/eedfee77-en>.

(7) La ordenación aquí hecha no describe de manera literal cualquier sistema de inteligencia artificial, ni tampoco las actividades o procesos que se dan en un sistema de gestión de información digitalizada.

---

(8) Por ejemplo, YouTube cuenta con inteligencia artificial en su funcionamiento; utiliza: JavaScript, C, C++, Python, Java y Go. Facebook, también con tecnología de inteligencia artificial, utiliza JavaScript, PHP, Python, C++, Java, Erlang. Si bien es cierto que no todos estos lenguajes forman parte estrictamente del sistema de inteligencia artificial en cada caso, mirado de manera integral, el producto no podría hacer funcionar su sistema de administración de información sin las estrategias que le permitan obtenerla.



luego de esta cadena de pasos puede tener la forma de una recomendación o una decisión. A su vez, esta respuesta puede ser fuente de otro sistema operacional y constituir una red de varios sistemas.

En la cotidianidad, suele considerarse como “sistema de inteligencia artificial” al sensor o mecanismo de ingreso de información, particularmente cuando es un software. Por ejemplo, es habitual que quienes interactúen con un *chatbot* sientan que están brindándole información a “un robot” y que no lo sientan así cuando miran publicaciones en Facebook o publican algo en Instagram, cuando en realidad en ambos casos existe detrás un sistema de inteligencia artificial que está obteniendo y devolviendo información. Sin embargo, un sistema como el mencionado puede existir con un sensor cuya operatoria sea el ingreso de información de manera directa por la persona usuaria (por ejemplo, poner una película en el buscador de Netflix).

### II.1. Los sesgos

Todo lo anteriormente dicho tiene su origen en decisiones humanas. Un infinito entramado de decisiones humanas da origen a un sistema de inteligencia artificial. Como se mencionó, existe la decisión de la empresa privada de maximizar sus utilidades, reducir las pérdidas. De esto se deriva otro criterio, sobre cuánto se dispone a invertir para poder obtener una ganancia. Decisiones simples como estas dieron impulso a la industria digital de la que hoy somos parte. Es decir, el hardware y software utilizado, salvo contadas excepciones, conlleva en su génesis los intereses del sector privado. Lo cual no implica en sí mismo una posibilidad de reproche, sino una característica que se vuelve necesaria señalar cuando se pretende su aplicación al sector público.

Se denomina “sesgo” a una serie de decisiones, en el marco de una situación, que tienden a favorecer un estándar determinado. Cuando en una situación hay un frecuente hincapié sobre una cosa en detrimento de otra, nos encontramos frente a un sesgo. Esta característica puede encontrarse en cualquier ámbito y constituye un obstáculo epistemológico. Pues la existencia de un sesgo impide notar el detrimento o favor que se produce con su presencia.

Jurídicamente, los “sesgos” son denominados “discriminación”. Así, cuando una empresa decide convocar para una tarea a varones exclusivamente, sin fundamentar por qué las mujeres son excluidas de la posibilidad laboral, se evidencia un sesgo en favor de un grupo (varones) en detrimento de otro (mujeres) que constituye una práctica discriminatoria. Con este ejemplo se evidencia otra característica de los sesgos: la ausencia de intencionalidad. Los sesgos se conforman por creencias o valores, forman parte de la perspectiva de cada persona, y de su operatoria se obtienen estereotipos.

#### II.1.a. Un caso ejemplo: los estereotipos de género

Todas las desigualdades sociales comparten una característica: la gradualidad. Ninguna de las desigualdades existentes empezó a partir de un día en particular. Al contrario, constituyen largos procesos estructurales de carácter social que ocurren de manera permanente y a lo largo del tiempo. En lo que respecta a las disidencias sexuales, de género y otras identidades femeninas, se sostiene que estas tienen un origen biológico. Según se explica, existe un continuo entre la superioridad física, la existencia de testosterona, el pene y los testículos, que le permitió al *homo sapiens* proveer alimento y garantizar la alimentación, y el ciclo biológico femenino que permite la reproducción de la especie junto al cuidado de las crías. A grandes rasgos y haciendo una pecaminosa síntesis, con el avance de la medicina, al conjunto de características comunes se la dividió en dos grupos: 1) quienes tenían pene, testículos y niveles altos de testosterona, fueron denominados como de género “masculino” —hombres— y 2) quienes tenían útero, vulva y niveles altos de progesterona se encasillaron bajo el género “femenino” —mujeres—.

El derecho suele emplear un razonamiento engañoso para la comprensión de las categorías de género, puesto que lo trata como una diferencia en vez de tratar a la diferencia de género como una construcción de la diferencia (9). El abordaje desde la “construcción” es favorable para la

(9) MACKINNON, Catharine A., “Feminismo inmodificado: Discursos sobre la vida y el derecho”, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 24.

efectivización de la igualdad real de oportunidades puesto que advierte la existencia de procesos sociales de carácter continuo y permanente cuyo resultado es el género. Omitiendo este análisis, dejando todo en la diferencia genetal, el camino empleado que lleva a engaños, invisibilizaciones y desigualdades es el siguiente: como la diferencia biológica es inevitable, entonces la desigualdad social también lo es (10). Este razonamiento es incorrecto, puesto que no se logró demostrar que la existencia de determinados genitales esté relacionada con la vocación por el cumplimiento de ciertos roles sociales y menos aún que los ordenamientos jurídicos no deban intervenir para aportar mayor equidad a la situación.

Prescindiendo de conjeturas y ante la ausencia de evidencia que pruebe lo contrario, el género puede definirse como una desigualdad de poder resultado de la construcción de la diferencia. Recurriendo a la perspectiva de género, aflora como evidente que el problema no radica en la diferencia de género, sino en cómo se traduce dicha diferencia en lo social (11), que puede ser sintetizada entre existencia de poder y falta de poder (12). Las diferencias sexuales únicamente ocupan el rol de ser excusas para la desigualdad (13), es decir, en términos de discurso, la desigualdad antecede a la diferencia sexual.

La desigualdad de poder trae como consecuencia que un género prime por sobre otro. A partir de la teoría de la diferencia sexual, el estándar de igualdad resultante es el masculino (14). Esto quiere decir que el sujeto masculino es el referente para dirimir los conflictos y al que deben remitirse todo el universo de identidades existentes, que podrían calificarse como “identidades femeninas” puesto que la “feminidad” es una categoría donde son incluidas aquellas personas socialmente devaluadas. Lo masculino logra imponerse porque ocupa un mayor espacio en el discurso: es lo masculino y además es lo neutral (15). De esta manera, el género masculino logra torcer una distinción presuntamente

válida (la sexual o biológica) hacia un detrimento presuntamente sospechoso (16) (la desigualdad de poder).

Esta identificación además se apoya en la coherencia impuesta sexo-género, indisolublemente unida gracias a la interpretación científica. Cuando una persona nace, lxs médicos miran sus genitales y le dicen a los progenitores de esta persona qué roles sociales deberá querer cumplir. Les profesionales de la salud hicieron sin saberlo una interpretación del sexo, de modo que sexo siempre fue género (17). El resultado de esta interpretación es que el sujeto masculino-cisgénero-heterosexual es en torno a quien giran las estructuras sociales, estructurando así un sesgo androcéntrico. Ahora bien, sin que podamos percibirlo, este razonamiento se apoya en la construcción de estereotipos.

#### II.1.b. ¿Por qué estereotipamos?

La realización de estereotipos constituye una herramienta para nuestro cerebro que le permite procesar de manera más fácil la información. Haciendo el mundo más simple favorecemos la posibilidad de predecir comportamientos, puesto que la predictibilidad en la complejidad del mundo en que vivimos, sin los estereotipos, implicaría la necesidad de un cruce de datos tan importante que sobrepasa las capacidades actuales del intelecto humano (18). Lejos de percibir el mundo “tal y como es”, lo conocemos con las preconcepciones que nos permiten entender, simplificar y procesar infinitas variables, atributos, características y roles individuales (19). A partir de la imagen simple del mundo que el estereotipo nos permite alcanzar podemos identificar diferencias.

El estereotipo nos permite asignar diferencias con relación a las normas con las que tenemos familiaridad. Es decir, lo “diferente” siempre será relativo, porque el concepto lleva consigo la sub-

---

(16) *Ibidem*, p. 77.

(17) BUTLER, Judith, “El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 57.

(18) COOK, Rebecca J. - CUSACK, Simone, “Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives”, Ed. University of Pennsylvania Press, 2009, ps. 16-17.

(19) *Ibidem*, p. 12.

---

(10) *Ibidem*, p. 41.  
(11) *Ibidem*, p. 43.  
(12) *Ibidem*, p. 47.  
(13) *Ibidem*, p. 24.  
(14) *Ibidem*, p. 46.  
(15) *Ibidem*, p. 90.

jetividad de quien está mirando. Así, aquello que se relaciona con normas distintas a las mías, lo etiqueto como distinto y me ahorro el esfuerzo de entender esas diferencias o de conocer a esas personas en particular (20). Simplifico el mundo a partir de una estructura: mis normas - lxs otrxs que se rigen por otras normas y puedo establecer un “guion de identidades” donde prescribo atributos, roles y comportamientos según la etiqueta realizada. Un ejemplo útil puede ser la categoría que adquiere una persona que está siendo perseguida penalmente. Automáticamente se transforma en un “delincuente”, que llegó a ese lugar por tener malos hábitos y no querer esforzarse lo suficiente para “ir por el camino del bien”. La traducción de este ejemplo es identificar “el caer en el sistema penal” con “un desprecio absoluto por las normas comunitarias”. Como consecuencia, al perder el interés por las normas que nos son comunes a todes, la persona pierde su status de ciudadanía. Esto solo es posible gracias a que la simpleza del estereotipo nos da idea de auto-suficiencia y comprensión total del mundo. Por ende, debe deducirse que los seres humanos no tenemos errores (21) y los otros, que son mi reflejo, tampoco tienen errores; así, las personas que delinquen son una categoría distinta que no vale la pena esforzarse en comprender.

Aquí aparece una característica del estereotipo: la devaluación de la persona estereotipada. El estereotipo puede ser “bueno” o “malo” según tenga una incidencia negativa o no en los derechos de la persona estereotipada. En lo que sigue nos vamos a focalizar en el “estereotipo negativo”, definido como un conjunto de concepciones sobre una persona, que se derivan de su pertenencia a un grupo determinado, utilizadas para justificar la desigualdad de oportunidades y derechos que la afectan. Las dos clases de discriminación basada en estereotipo sufridas por las disidencias sexuales y de género, están relacionados con el género, por eso los llamamos “estereotipos de género”.

Los estereotipos de género se utilizan para comprender y construir a los hombres y mujeres

como tales. Como se mencionó, su operatoria se da sobre la base de una diferencia biológica y construye diferencias sociales (22), organizándolos de manera jerárquica. El estereotipo no explica por qué la desigualdad biológica necesariamente tiene que implicar diferencias sociales porque eso sería tornar compleja la situación y el estereotipo tiene como finalidad la simplificación. En pos de su objetivo, el mundo queda separado en un régimen de hombres y mujeres, que se supone dentro de cada grupo todes sus integrantes tienen vivencias y sentimientos personales idénticos. Así, en tanto se presume que cada grupo cumple roles y tiene atributos específicos, se cree que una persona, por el simple hecho de que al momento de nacer se la ubicó en cierto casillero social, actuará conforme los patrones que socialmente se esperan de ese grupo (23) que, por cierto, son inexistentes. No se cuenta con una reglamentación a la cual recurrir para saber cómo ser un “hombre” o cómo ser una “mujer” (24).

Sin la herramienta del estereotipo, deberíamos en cada caso con cada persona que nos topamos hacer un ejercicio empático de ponernos en su lugar para poder comprenderla y aun así nos encontraríamos con limitaciones. El estereotipo entonces nos forja una visión del mundo a partir de lo que consideramos bueno o normal, tendiendo a devaluar todo aquello que no es por nosotros compartido. Lo cierto es que, aunque nos esforcemos en negarlo, los estereotipos funcionan de manera permanente y continua en nuestra interpretación del mundo y hasta son útiles en la mayoría de los casos. Es decir, gracias al razonamiento estereotípico podemos desenvolvernos en la vida diaria con más comodidad porque nos permite la simpleza. Sin perjuicio de ello, el resultado es una visión pequeña y parcial del mundo, que, a su vez, por los procesos estructurales de desigualdad luego impactará de manera negativa en los derechos de aquellos quienes ven el mundo desde otra perspectiva.

(20) Ibidem, p. 19.

(21) DUFFE, Antony, “Sobre el castigo: Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad,” Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 47.

(22) COOK, Rebecca J. - CUSACK, Simone, ob. cit., p. 2.

(23) Ibidem, p. 11.

(24) Este es uno de los niveles de análisis que dieron origen a la ley 26.743 de Identidad de Género de la República Argentina.

### II.1.c. Los sesgos: el desafío del sector público del siglo XXI

En este camino de ideas, puede vislumbrarse que los sesgos carecen de intencionalidad y constituyen un obstáculo epistemológico, mientras que los estereotipos representan una clasificación que opera en detrimento de una persona. Lo que queda entonces por comprender es cuál es la relación entre los sesgos, los estereotipos y los sistemas de gestión de información digitalizada que utilizan inteligencia artificial.

Retomando la lógica lineal de presentación de un sistema de gestión de información digitalizada, puede inferirse que la información requerida ingresa a través de un sensor hacia la base de datos; allí es organizada y clasificada, para ser volcada al modelo. La lógica operacional de inteligencia artificial —aplicación del modelo— consiste en cruzar esos datos con los objetivos, reglas y principios —entre otros— para elaborar una recomendación o decisión, que vuelve hacia el entorno a través de una operadora (una máquina o una persona humana). Por ejemplo, una persona llega a una cabina de la administración pública para un trámite, interactúa con una persona humana o un *chatbot* ingresando lo que necesita saber y obtiene una respuesta. Lo que ocurre entre lo requerido por la persona —*input*— y la respuesta recibida —*output*— constituye el proceso descrito precedentemente. Con una observación más profunda de este panorama se pueden comenzar a hacer surgir a los sesgos que probablemente actúan y, con ello, los estereotipos que se reproducen.

En primer lugar, existe el sesgo propio de la aplicación de productos del sector privado al sector público. A la fecha, los Estados no exhiben un desarrollo tecnológico que pueda suplantar al sector privado, ni siquiera para las particularidades de su gestión. Así, los Estados nacionales recurren a herramientas del sector privado para realizar la gestión pública. Como se mencionó, esto en sí mismo no constituye problema alguno, pero si ahondamos en la problemática de este apartado aflorará un nivel de análisis epistemológico. Este sesgo será denominado “sesgo de origen”.

Los valores y principios que motorizan la producción tecnológica en el sector privado persi-

guen el horizonte de maximización de utilidades reduciendo las pérdidas. Esta perspectiva se materializa en, por ejemplo, los principios de eficiencia y optimización que rodean a los sistemas de gestión digitales. Vale decir, la “inteligencia artificial” no “busca” la eficiencia y la optimización, sino que es programada con esos dos principios. El razonamiento es sencillo: si existe un modelo, es porque alguien lo programó. Por lo tanto, no puede silenciarse que así como la eficiencia y la optimización son el horizonte de la IA, bien puede pensarse una IA guiada por otros principios si es desarrollada desde el sector público. Sin embargo, la problemática del sesgo de origen no se extingue con la mera producción de un sistema de gestión de información digitalizada a cargo del sector público con prescindencia del sector privado.

Los lenguajes de programación con los que son programados los sistemas de gestión de información constituyen a su vez una herramienta de software que fue programada. Por lo tanto, todos los comentarios sobre los principios y los valores que los nutren por tener su génesis en el sector privado son trasladables a los lenguajes de programación. A todo ello, debe sumársele que son diseñados por personas, que también tendrán su identidad de género, de clase, pertenencia cultural, un anclaje geográfico y, por qué no, un interés geopolítico. Por ejemplo, en el sector tecnológico, las mujeres que quieren acceder, mantener y promoverse en su posición laboral, enfrentan serios obstáculos; entre ellos: un ambiente masculinizado, prácticas rígidas, que no permiten equilibrio entre la vida personal y profesional, diferencia en la valoración de las capacidades técnicas (25). Si se retoma lo explicado sobre los sesgos y estereotipos de género, se concluye que los lenguajes de programación tendrán en ellos volcados un sesgo androcéntrico proveniente de la mayoría masculina del sector y, probablemente, estereotipos de género sobre las mujeres. Esta situación, para el colectivo travesti-trans, más pequeño y con

---

(25) El estudio fue realizado por el colectivo feminista “Chicas en Tecnología”, el Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe y el Banco interamericano de Desarrollo. Link de acceso: <https://publications.iadb.org/es/un-potencial-con-barreras-la-participacion-de-las-mujeres-en-el-area-de-ciencia-y-tecnologia-en> (accedido el 24 de junio de 2019).

reclamos sociales aún no consolidados, es aún más dramática.

En segundo lugar, se encuentran los sesgos provenientes del propio equipo que decide la implementación del sistema en un área del sector público. Estos sesgos serán denominados “sesgos de objetivo”, puesto que son aquellos que rodean a las tareas que fueron seleccionadas para ser realizadas con un sistema digital de gestión de información y el objetivo que con ello se persigue. Por ejemplo, es habitual que las reparticiones del sector público tengan una alta demanda de trabajo. Luego, cada equipo de gestión decidirá si la implementación de un sistema de gestión de información digitalizada se realiza únicamente para reducir la carga de trabajo o bien emplean esfuerzos tecnológicos para sacarle un mejor provecho al caudal de información en pos de nutrir a las políticas públicas de información más precisa.

En tercer lugar, cuando se trata de un sistema de gestión de información digitalizada aplicado al sistema de administración de justicia, aparece un sesgo particular. La administración de justicia encuentra su razón de actuar a partir de la existencia de causas o controversias; sin este requisito constitucional el Poder Judicial no tiene posibilidad de intervención en conflicto alguno. Esto significa de por sí varios recortes a la información disponible. Una controversia entre dos partes habilita la intervención del poder judicial para que tome una decisión que ponga fin al conflicto. Para decidir, operan una serie de restricciones.

El primer recorte de panorama se da con la existencia misma de la causa o controversia, única hipótesis sobre la cual puede emitir opinión el tribunal. Sin perjuicio de que con el afianzamiento del sistema de derechos humanos el derecho decimonónico perdió terreno, lo cierto es que no se ve con buenos ojos la intervención del Poder Judicial por fuera del modelo clásico de la autoría (persona individual, intencionada). Luego, hay un estrechamiento de las conductas a juzgar, debido a que solo algunas acciones humanas están expresamente reguladas. Esto último da lugar a otro recorte, sobre a cargo de quién estará el juzgamiento (juez único o colegiado, por ejemplo, y las perspectivas que se juegan en cada caso). Esta serie de estrecha-

mientos sobre el universo de situaciones puede catalogarse como “lógica de casos”. Implica un sistema de pensamiento o interpretación de la realidad en perspectiva de división de poderes o república. No necesariamente significa que sea el mejor abordaje para pensar políticas públicas. Sin embargo, esta es la lógica que se replica en distintos espacios institucionales y, sobre todo, en las formas de administración de información dentro del Poder Judicial aunque no tengan como finalidad resolver una causa (por ejemplo, producción de informes públicos).

El sistema de administración de justicia organiza la información con base en determinaciones legales (como la materia o la jurisdicción, por ejemplo) establecidas de manera previa por el Congreso de la Nación. Se toman decisiones de organización con base en criterios públicos (como la distribución del gasto) en pos de asegurar el servicio de justicia. Por otro lado, es observable que son los movimientos sociales quienes con sus reclamos generan movimientos en las estructuras institucionales. Llegamos así al principal problema que ofrece la lógica de casos: además de hacer un recorte importante en las posibilidades, ofrece conclusiones que, al momento de publicarse como informes de gestión, ya cambiaron de forma en el campo social. ¿Cómo es posible entonces utilizar los datos de informe de gestión del poder judicial como informantes de políticas públicas que miran hacia el futuro?

Tanto el sesgo de origen, como el de objetivos y el de la lógica de casos constituyen los principales desafíos que enfrenta el sector público frente al paradigma digital. Más adelante se verá que se trata de un desafío permanente, de carácter contingente, donde el horizonte de su absoluta eliminación solo puede conducir a otro sesgo.

Los mecanismos utilizados para alimentar una base de datos suelen combinarse con un fenómeno denominado *machine learning*. Fue traducido en la literatura local como “aprendizaje de máquina” o “aprendizaje automatizado” pero lo cierto es que no se produce ningún aprendizaje de la máquina. Luego de ocurrido ese fenómeno, la recomendación o decisión resultante es el producto final de la serie de recortes arriba mencionados. Lejos de tomar una decisión, el modelo de decisión simplemente



realiza un ajuste de la respuesta a los criterios y objetivos prefijados. La consideración sobre este mecanismo se vuelve relevante al hablar de sesgos debido a que el propio mecanismo está destinado a producirlos.

Esta serie de pasos utiliza la propia información producida para retornarla a la base de datos y utilizarla luego como fuente. Sus propias conclusiones forman parte de su teoría. Algo impensable en el paradigma científico de la modernidad y posmodernidad. Lo cierto es que con este mecanismo el resultado es la fabricación de patrones: se obtiene información del entorno, se brinda una respuesta y, con la corrección de la respuesta, retorna a la base de datos como “respuesta correcta”. Así, en el caso siguiente, en pos de la eficiencia y la optimización, el algoritmo omite los pasos que eran necesarios para llegar a la respuesta anterior, pues ya concluyó que la respuesta anterior era la correcta. A simple vista puede observarse el problema de legitimidad democrática que caracteriza entonces a cualquier procedimiento con *machine learning*.

La democracia es en sí misma el trabajo en la complejidad, la convivencia en la heterogeneidad. Cualquier esfuerzo por buscar la homogeneidad de las existencias humanas debe ser desechado y menos aún si se llega a la fabricación de patrones con el fin de “reducir la carga de trabajo”. Esta idea será retomada en las palabras de cierre.

### **III. Aplicación de *data science* e inteligencia artificial para desarticular las desigualdades estructurales en las oportunidades**

Habiendo evidenciado los obstáculos epistemológicos desconocidos o silenciados con relación al establecimiento de criterios y objetivos de una inteligencia artificial, cabe entonces el análisis sobre las bases de datos. Como se mencionó anteriormente, las bases de datos se engrosan con dos mecanismos: a) la provisión de datos de manera directa y b) los proporcionados por la persona usuaria por vía de la interfaz. Más arriba se mencionaron los recortes y obstáculos epistemológicos que ocurre en este trayecto del tratamiento de la información. Sin perjuicio de ello, debe también considerarse el control sobre la base de datos como espacio es-

tratégico de análisis en pos de sortear obstáculos como los mencionados.

Como primera medida, es necesario remarcar que, de los sesgos mencionados, el que de manera inmediata debe propender a eliminarse es el de la “lógica de casos”. Este modo de gestión de la información es un requisito constitucional para habilitar la intervención de los tribunales pero de ninguna manera puede utilizarse para informar políticas públicas que vayan más allá de la organización del trabajo. Supone la individualización de las vidas, borra la experiencia de lo colectivo y desvanece los mecanismos que generan las condiciones de vulnerabilidad social. El trabajo sobre los vectores de vulnerabilidad ofrece herramientas para el pensamiento desde lo estructural. En este escenario, el sistema de administración de justicia penal constituye un espacio estratégico para la construcción de indicadores sociodemográficos que brinden información sobre los mecanismos de control poblacional que generan condiciones de vulnerabilidad.

Las personas pertenecientes a los sectores más pobres de Argentina llevan una vida desprovista de proyecciones o realización de plan de vida alguno. Por ejemplo, según UNICEF, 6,3 millones de los niños, niñas y adolescentes en la Argentina es pobre (48% del total), correspondiendo 20 puntos porcentuales a privaciones severas (vivir cerca de un basural, zona inundable o no haber tenido contacto con el sistema educativo) (26). En muchos casos, el único contacto que estos niños, niñas y adolescentes tienen con el Estado es a través del sistema de administración de justicia penal. Según informó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Argentina en 2015, niños y niñas comienzan a delinquir a los 5 años; en el mismo año, el 23% de los presuntos autores de homicidios fueron adolescentes de entre 14 y 19 años (27). Por otro lado, personas integrantes de los mismos sectores sociales corren un mayor

---

(26) UNICEF, “Pobreza monetaria y privaciones no monetarias en Argentina”, Buenos Aires, 2018, 1ª ed.

(27) DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE JUSTICIA Y LEGISLACIÓN PENAL - SUBSECRETARÍA DE POLÍTICA CRIMINAL - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre jóvenes, delito y justicia penal”, 2015, disponible en: <http://www.jus.gov.ar/media/3211256/Informe%20>



riesgo de ser víctimas de delitos, en combinación con las barreras de acceso a la Justicia y a justicia derivadas de la condición de vulnerabilidad. Este estado situación indica una relación entre vulnerabilidad social y contacto con el sistema penal, según la cual a mayor vulnerabilidad social aumentan las posibilidades de tener contacto con él.

Por ejemplo, la Secretaría Judicial de Acceso a la Justicia del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, registró un total de 37.358 contactos, que representan un 21,6% de aumento respecto de igual periodo anterior (28). Este caudal de información fue clasificado bajo el criterio de: 1) “denuncias”, para todo aquello que corresponda a una falta, contravención o delito de competencia de la CABA y 2) orientaciones, correspondientes a situaciones que no eran denuncias pero se brindó información en pos de evitar la denegación de justicia. Todo este caudal de información, se administra bajo la lógica de casos y, a su vez, bajo esos dos criterios de organización interna. Luego, esa información es mostrada de esta manera y se originan estadísticas macro sobre la situación del sistema de justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en conjunto con informes de otras reparticiones públicas, como por ejemplo el Ministerio de Seguridad y Justicia.

La consecuencia que sobreviene a esta situación es que el informe de gestión es utilizado para diseñar, evaluar y/o monitorear políticas públicas, sin cuestionar la lógica de casos que la organiza. No se trabaja sobre los recortes que se produjeron al universo de situaciones posibles, implicando que, por primacía del modelo de la autoridad, toda la información que haga a la vulnerabilidad socio-estructural de la persona queda desechado. Lo que subyace a esta gestión de la información pública es un criterio de distribución de trabajo. El error se comete cuando no se tiene en cuenta que para las políticas públicas es importante pensar de manera macro o estructuralmente.

sobre%20J%C3%B3venes,%20Delito%20y%20Justicia%20Penal%20final.pdf.

(28) MPF, “Tercer informe de gestión”, 1 de junio de 2017 - 31 de mayo de 2018, ps. 268-269, <https://www.fiscalias.gob.ar/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Gestion-2018.pdf> (accedido el 24/07/2019).

Aquí aparece como novedosa la herramienta que surge de la combinación de las técnicas de código conocidas como data science y su confluencia con un sistema de inteligencia artificial que se apoye en una interfaz de reconocimiento de texto o voz. De esta manera, al fijarse la plataforma fáctica de un caso, pueden ingresar factores sociodemográficos. Por ejemplo, si una persona denuncia un robo de sus pertenencias, entre las que se encuentra la billetera con sus tarjetas de crédito, puede obtenerse que la persona tiene un nivel económico determinado acompañado de una situación laboral que le permite estar bancarizada. En un país como la Argentina, que en 2019 ofrece un índice de empleo informal del 49,3% (29), podemos afirmar que la persona que se comunicó pertenece al restante 50,7% de la población, generando un indicador socio económico. Continuando con este ejemplo, si de los 37.358 llamados anteriormente mencionados se pudiese obtener esta clasificación, se contaría con un indicador social de relevancia estructural donde se conecte la variable “personas que tienen acceso al sistema de justicia” con “personas con empleo informal”, teniendo en consideración que la informalidad del empleo ofrece un rol protagónico en la vulnerabilidad social. Para este objetivo, el campo principal de trabajo es la base de datos. Siendo la administración de justicia penal el espacio de contacto directo con las personas en mayor condición de vulnerabilidad social, es oportuno pensar mecanismos técnicos que permitan absorber la mayor cantidad de información sobre el camino que siguió esa persona para llegar a tener un reclamo de justicia. Sin embargo, queda pendiente el rol que los sesgos cumplirán en este procedimiento.

### *III.1. Los sesgos: patrimonio de la humanidad*

La discusión vuelve a girar entonces sobre la problemática de los sesgos, en este caso en las actividades de diseño de las categorías que contienen las bases de datos. Así como se mencionó que los lenguajes y los modelos contie-

(29) DONZA, Eduardo (coord.), “Heterogeneidad y fragmentación del mercado de trabajo (2010-2018)”, Educa, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., p. 8, disponible en <http://wadmin.uca.edu.ar/public.ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2019/2019-OBSERVATORIO-DOCUMENTO-ESTADISTICO-HETEROGENEIDAD-FRAGMENTACION.pdf> (accedido 24/07/2019).

nen sesgos, el diseño de la base de datos no es ajeno a la problemática. Aún con este desafío pendiente, lo cierto es que la administración de justicia penal es la institución por excelencia de gestión pública de conflictos sociales.

La observación de las categorías de cada dataset conforma un espacio de trabajo fundamental que desde el sector público argentino no está explotado de manera eficiente. Sí es cierto que existe una iniciativa nacional para nuclear datasets en formato de datos abiertos para que estos puedan ser utilizados por otras instituciones públicas (30). Sin embargo, la pregunta epistemológica sobre la conformación de esas categorías no es abordada. En el sitio no se cuenta con una herramienta en cada dataset para conocer quiénes, cómo y por qué las conformaron, involucrando la posibilidad de “arrastrar” sesgos hacia otros trabajos/ informes.

Sin perjuicio del obstáculo generado por la falta de transparencia y trabajo científico sobre la conformación de los procesos de innovación tecnológica aplicados al sector público, es oportuno tener a consideración que la inexistencia de sesgos es un horizonte inalcanzable. La propia existencia de los movimientos sociales evidencia la imposibilidad de ofrecer un sector público no-sesgado. Es decir, como son los movimientos sociales son el actor que incide sobre la agenda de derechos a ampliar, el sector público no tiene otra herramienta que estar dispuesto a ofrecer mecanismos de transparencia y contralor sobre los sesgos. Su extinción es una hipótesis destinada al fracaso.

#### **IV. Palabras de cierre. Cuando cambiar es la mejor forma de no cambiar**

A largo de estas páginas se trabajó sobre algunos de los problemas epistemológicos que pueden observarse en esta práctica aplicacionista de metodología del sector privado hacia el público. De este mecanismo se derivan varias “verdades” que, con rigor científico, resultan falsas. Por ejemplo, los principios de eficiencia y optimización quedan reducidos a un fatalismo tecnológico que, en rigor, no es tal. Así como

se diseñan esos criterios, el sector público debe invertir esfuerzos para diseñar software guiado por otros principios. Uno de ellos, sin duda, deberá ser el democrático entendiéndolo como una forma de abrazar la complejidad de las diversidades, dejando atrás cualquier sistema de homogeneización de las problemáticas sociales. Es bien sencillo el razonamiento: si hay un modelo es porque alguien lo diseñó. La pregunta que queda abierta es sobre la perspectiva epistemológica de ese alguien que diseñó el modelo ya que el avance de la técnica no alcanza para explicar los criterios y objetivos de determinados modelos o lenguajes. Postergando este interrogante para otro eje de trabajo, podemos observar que la perspectiva y los criterios aplicados a los modelos de gestión de información lejos están de ser “neutrales”. Como resultado de ello, lo que se obtiene no son estrictamente patrones sino patrones fabricados. Esta situación nos convoca a que nos preguntemos para qué finalidad son obtenidos estos patrones y qué es lo que se busca con generarlos.

La lógica de casos aplicada a los procesos de innovación tecnológica produce un fenómeno de corrimiento del objetivo principal del sistema de administración de justicia. Desplaza el lugar de la administración de justicia como espacio de búsqueda de justicia al lugar de “institución sobrecargada de trabajo”. Retornando el foco hacia los conflictos, la administración de justicia penal vuelve a ser un espacio estratégico para recabar datos sobre cómo se configuran condiciones de vulnerabilidad social que abren la puerta a los conflictos traídos para resolución. Ante un panorama donde la búsqueda de justicia colapsa las posibilidades de la institución judicial, poner el foco en “cómo quitarse el trabajo rápido de encima” parece uno de los abordajes con menos perspectiva de derechos humanos.

La aplicación de inteligencia artificial no necesariamente conlleva un “proceso de innovación”. Se pueden modernizar las formas de gestión para hacer las mismas tareas e incluso retornar a lógicas de siglos pasados. Este último caso se observa con la ausencia de la teoría que sustente el avance tecnológico y el retorno a las “verdades reveladas” producidas por técnicos en la soledad de sus trabajos. Es decir, no existe una discusión teórica que sustente la técnica

---

(30) Puede accederse a través de <https://datos.gob.ar/>. A la fecha 09/08/2019 cuenta con 932 datasets.

abordada en este trabajo. En consecuencia, el sector público ofrece “innovaciones” con lógicas que preceden al paradigma del método científico. Como para el sector privado el avance tecnológico únicamente requiere que sea útil para maximizar utilidades y reducir pérdidas, las preguntas éticas quedan fuera del menú de debates.

Las potencialidades de la innovación tecnológica en la faz jurisdiccional del Estado son prometedoras para pensar políticas públicas con mayor conocimiento sobre proce-

sos estructurales que generan la desigualdad de oportunidades. Lo que con este trabajo se busca despertar en quien lee es una pregunta sobre cómo se piensan los procesos de innovación tecnológica aplicados a la administración de justicia. La lógica aplicada hasta el momento permite concluir que, una vez más, se está buscando una forma de presentar a la administración de justicia como “más moderna” pero las lógicas aplicadas siguen perteneciendo al siglo XX. Conforman un buen ejemplo de cuando cambiar es la mejor forma de no cambiar.

# Prevención y persecución de ciberdelitos: ¿un nuevo terreno para la inteligencia artificial?

POR JOSELINA PASTORINI <sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. Introducción.— II. Problemática en torno a la prevención e investigación de los ciberdelitos.— III. Nuevas tecnologías contra el cibercrimen del siglo XXI: inteligencia artificial.— IV. Mecanismo de inteligencia artificial con fines preventivos y/o investigativos en el derecho comparado.— V. ¿Es posible la adopción de los sistemas de inteligencia artificial en nuestro país?— VI. Conclusión.— VII. Referencias.**

## I. Introducción

El avance de las nuevas tecnologías ha dado surgimiento a nuevos tipos de delitos, así como también a la comisión de delitos tradicionales mediante el uso de las TIC (1).

Estos delitos no convencionales pueden tener alcances y resultados indeterminados, atento a su carácter “transnacional” y la inexistencia de límites geográficos, lo cual rompe la barrera clásica de la “ley territorial”.

Las nuevas tecnologías constituyen un desafío para los conceptos jurídicos existentes y los procesos de investigación que se llevan adelante en nuestro país.

Postulamos aquí que la implementación de sistemas de inteligencia artificial, puede representar una herramienta valiosa a la hora de procurar una persecución ágil y eficaz de esta particular forma de criminalidad.

El presente trabajo propone, en primer lugar, detectar cuáles son los inconvenientes y dificultades que los ciberdelitos plantean en torno a su investigación y persecución.

Como segundo eje, se pretenden analizar algunos sistemas de inteligencia artificial que se encuentran operativos en otros Estados —para la prevención e investigación criminal— sus ventajas e inconvenientes tanto desde una perspectiva práctica como jurídica.

Así se tomará del modelo español el “sistema VeriPol”; del modelo penal holandés el “sistema Sweetie” y “VALCRI” (Visual Analytics for Sense-making in Criminal Intelligence analysis), del modelo estadounidense el sistema “COMPSTAT”. Asimismo, analizaremos el sistema Prometea recientemente implementado en nuestro país. Si bien algunos de estos sistemas han sido creados y/o utilizados para la investigación de delitos tradicionales, el estudio en este caso, se hará desde una perspectiva “cibercriminal”.

Por último, se realizará un análisis en torno a las posibilidades reales de uso de estos sistemas de inteligencia artificial en nuestro país, ello en función de la posibilidad o no de colisionar con los derechos fundamentales.

## II. Problemática en torno a la prevención e investigación de los ciberdelitos

A nivel mundial no se ha establecido ninguna definición general de los términos “ciberdelitos” y “cibercrimen”, ni tampoco la doctrina ha llegado a un consenso de si ambos conceptos significan o pueden ser utilizados para referirnos a lo mismo: criminalidad a través de medios informáticos.

<sup>(\*)</sup> Universidad Católica de La Plata.

(1) Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son todos aquellos recursos, herramientas y programas que se utilizan para procesar, administrar y compartir la información mediante diversos soportes tecnológicos (computadoras, teléfonos, portátiles de audio y video, etc.).

A los fines de la presente comunicación, se entenderá por “delito informático”, “ciberdelito”, o “cibercrimen”, a aquella *conducta típica antijurídica y culpable, cuyo medio de comisión o cuyo objeto es la informática.*

En el primero de los casos, vamos a referirnos a delitos tradicionales, pero que por el avance de las TIC han cambiado su modalidad de comisión, convirtiéndolos en delitos más complejos. Por su parte, el segundo plantea la aparición de nuevos tipos penales, nuevas figuras delictivas, a raíz del surgimiento de estas nuevas TIC dando lugar a nuevos delitos no convencionales.

Los ciberdelitos, ya sea por su naturaleza desconocida, por su espacio indefinido, o por la rapidez con que se han instalado, poseen particularidades propias, que los convierte en un nuevo desafío a la hora de poder criminalizarlos.

Entre algunas de las dificultades que presentan encontramos:

### *II.1. Indeterminación del espacio físico: ciberespacio*

Las consecuencias de los delitos informáticos pueden tener mayor alcance, dado que las mismas no están restringidas por los límites geográficos o las fronteras nacionales.

Las características de este tipo de agresiones permiten a sus ejecutores actuar a nivel global y de manera anónima, adquiriendo así una capacidad y un alcance que parecieran no tener límites, dando lugar a la instauración de redes mundiales de ciberdelincuencia.

### *II.2. Jurisdicción y ley aplicable*

Las nuevas tecnologías constituyen un desafío para los conceptos jurídicos existentes.

La información y la comunicación fluyen con facilidad por todo el mundo. Las fronteras han dejado de ser barreras para ese flujo. Los delincuentes se encuentran cada vez menos en los lugares en donde se producen los efectos de sus actos. Sin embargo la legislación nacional está destinada a un territorio específico.

En delitos cometidos a través de Internet lo corriente será que se trate de “delitos a distancia” en los que la conducta no se inicia o no tiene lugar en el mismo Estado que la consumación, o de “delitos de tránsito”, donde tanto la conducta como la consumación tienen lugar en país extranjero, sirviendo el Estado de que se trate solamente de lugar de tránsito (por ejemplo, porque la información pasa por un servidor ubicado allí). En estas clases de delito resulta necesaria una elaboración teórica para determinar cuál o cuáles son los Estados facultados para ejercer su jurisdicción y aplicar su derecho penal sobre el caso.

### *II.3. Dificultad y desconocimiento en la investigación del delito informático*

La evidencia digital es volátil e intangible, es decir, puede desaparecer o ser alterada muy rápido, por lo que las investigaciones que involucran este tipo de pruebas deben ser rápidas y precisas. Para esto, se requiere un proceso penal ágil y eficiente, con esfuerzo organizado por parte de los países.

Si bien el fenómeno de las “nuevas tecnologías” ya no es tan nuevo, los operadores jurídicos suelen no estar familiarizados con su análisis jurídico. Parece imprescindible romper esta tendencia, pues el fenómeno de la informática ha irrumpido en las ciencias jurídicas.

Las nuevas tecnologías requieren de una capacitación constante de los operadores judiciales, policiales y/o administrativos en la materia.

### *II.4. Indeterminación del bien jurídico protegido*

El tratamiento legislativo brindado a los delitos informáticos en su generalidad, plantea problemas de interpretación, dado que las conductas típicas, a diferencia de otros delitos, involucran a más de un bien jurídico, por lo que quedan vinculados sus elementos típicos a los parámetros comunes de interpretación de los delitos con los que se encuentran agrupados.

En consonancia con la preocupación que en el ámbito internacional existe, parece haberse iniciado un camino —al menos en el ámbito doctrinal— en el que se entiende que este tipo de delitos tienen por objeto de protección un bien jurídico de primer orden relacionado con las

nuevas tecnologías, pudiendo proteger, además, otros bienes jurídicos que se manifiesten con menor intensidad (intimidad, patrimonio, etc.). En virtud de ello, la ubicación de los delitos informáticos en la normativa interna de cada Nación dependerá de su reconocimiento como una clase autónoma y/o novedosa que requiere un tratamiento diferenciado, o por otro lado, podrá ser considerado e incluido como parte de los delitos tradicionales pero con características distintas en su mecanismo de comisión.

### **III. Nuevas tecnologías contra el cibercrimen del siglo XXI: inteligencia artificial**

Los ciberdelitos, tal como se ha hecho mención, requieren la adopción de nuevos mecanismos para su combate eficaz.

El derecho nunca va por delante de la tecnología, por lo cual es necesario que el mismo, se adapte a las nuevas realidades que las TIC plantean.

Los sistemas basados en inteligencia artificial (IA) pretenden cambiar el concepto de la investigación de los delitos, logrando encontrar conexiones que los humanos a menudo pasan por alto.

Como resultado, la inteligencia artificial, mediante la utilización de algoritmos, podría anticiparse a la delincuencia y apoyar la investigación de casos individuales, logrando resultados positivos en las investigaciones criminales.

### **IV. Mecanismo de inteligencia artificial con fines preventivos y/o investigativos en el derecho comparado**

#### *IV.1. España*

##### **IV.1.a. Sistema VeriPol**

El Sistema VeriPol es una herramienta informática diseñada por la Policía Nacional de España, para estimar la probabilidad de que una denuncia —en principio por robo con violencia e intimidación o hurto con tirón (RVI-HT)— sea falsa. Constituye una herramienta que predice con alta efectividad si una denuncia es falsa o verdadera y desde fines del año 2018 se utiliza el programa en todas las Comisaría de Policía del mencionado país.

Tal como hiciera referencia, el sistema VeriPol fue desarrollado por iniciativa de la Policía Nacional de España, mediante un proyecto con la Universidad Complutense y la Carlos III de Madrid, y La Sapienza de Roma. Juntos han desarrollado un programa por el que pasan todas las denuncias escritas para que detecte ciertos patrones y los clasifique, tal y como hace, inconscientemente, el policía más experimentado.

VeriPol ha sido presentado, como una herramienta novedosa para la detección de denuncias falsas, dentro del campo de la “Policía Predictiva”, y su nacimiento estuvo dado a partir de la idea de crear un sistema de combate ante el alto porcentaje de denuncias falsas en delitos de robo con violencia o hurtos —sobre todo de teléfonos móviles de alta gama— que registraba el mencionado país, lo que implicaba despliegue en la investigación policial-judicial, gasto de tiempo y de recursos públicos.

El sistema inteligente creado, analiza el lenguaje de la denuncia, e indica la probabilidad de que esta no sea verídica. Se trata de un análisis automático de las declaraciones de denunciantes utilizando técnicas de procesamiento del lenguaje natural y aprendizaje automático.

Además, se ha integrado perfectamente con el sistema SIDENPOL (sistema policial de almacenamiento y gestión de denuncias). Es decir, la entrada del sistema consiste en el documento de cada denuncia, desde el cual se extrae el texto descriptivo de la misma. Estas características se pasan a un modelo matemático que estima la probabilidad de falsedad de la denuncia. La salida del programa es la probabilidad de que la denuncia introducida sea falsa.

De comprobaciones empíricas realizadas sobre el sistema VeriPol, se logró demostrar que el mismo logró reducir el nivel de subjetividad presente en la toma de denuncias, mejorar la calidad de las decisiones y aumentar el nivel de satisfacción de los policías involucrados (2).

---

(2) QUIJANO-SÁNCHEZ, Lara - LIBERATORE, Federico - CAMACHO-COLLADOS, José - CAMACHO-COLLADOS, Miguel, “Applying automatic textbased detection of deceptive language to police reports: Extracting behavioral patterns from a multi-step classification model to understand how we lie to the police”, Knowledge-Based Systems, vol. 149, junio 2018. DOI: 10.1016/j.knsys.2018.03.010.



A partir de dos conjuntos de denuncias, verdaderas en uno y falsas en el otro, VeriPol aprende automáticamente las características más salientes de cada conjunto y así entrena un modelo estadístico. Por ejemplo, se sabe que en los casos de robo, las declaraciones verdaderas presentan más detalles, descripciones e información personal, frente a la insistencia exclusiva en el objeto extraído y la omisión de detalles sobre el atacante o cómo sucedió el incidente de las falsas. A partir de este análisis lingüístico, VeriPol es capaz de crear un patrón eficaz.

Para estudiar su eficacia antes de implantarlo en las comisarías nacionales, los científicos llevaron a cabo un estudio piloto en dos provincias españolas en el mes de junio del año 2017, y en tan solo una semana, se detectaron y cerraron 49 casos de hurto falsos, mientras que entre 2008 y 2016 fueron de 3,33 y 12,14 en Murcia y Málaga, respectivamente. La eficacia del estudio piloto fue de un 83%.

La aplicación en la Policía de una herramienta basada en VeriPol es doble: por un lado desalentar a los ciudadanos a presentar denuncia falsas; y por otro, evitar el uso de recursos policiales en situaciones en las que no es necesario, optimizando esfuerzo y tiempo.

Se traduce en una reducción del ruido debido a las denuncias falsas en las bases de datos de la policía, ayudando a la limpieza de casos de simulaciones de delito por RVI-HT.

Si bien VeriPol se ha desarrollado para detectar denuncias falsas por los delitos de robos con violencia e intimidación, hurto/tirón, actualmente la Policía Nacional se encuentra adaptando el sistema VeriPol para que pueda ser utilizado en la totalidad de denuncias que a diario se reciben en los destacamentos policiales —a excepción de las denuncias por violencia de género—.

## IV.2. Holanda

### IV.2.a. Sistema VALCRI

VALCRI (Visual Analytics for Sense-making in Criminal Intelligence Analysis) es un proyecto creado por la policía de West Midlands (Reino Unido) y de Amberes (Bélgica)— financiado por la Unión Europea— basado en el sistema de in-

teligencia artificial, desarrollado para lograr agilidad y eficacia en la investigación policial de los delitos criminales.

El origen del proyecto encuentra su respuesta en la necesidad de abordar la creciente preocupación que despierta la inseguridad y la delincuencia en toda Europa.

El sistema, se encarga de analizar la escena de un delito escaneando en cuestión de segundos millones de fuentes de información de distintos formatos, —tales como registros, imágenes e interrogatorios—, detecta todos los patrones sospechosos y en virtud de ello capaz de reconstruir escenas delictivas, así como un “mapa del delito”. Utiliza un *software* de reconocimiento facial asistido con tecnologías de inteligencia artificial, con el que detecta e identifica a personas concretas tomando como fuentes cámaras de circuito cerrado de televisión. En tiempo real, logra una interacción analítica entre los datos de análisis visuales confrontados contra los datos contenidos en el Big Data utilizando herramientas de IA.

La combinación de la inteligencia artificial y el análisis visual, sumado al *software* de reconocimiento facial, permite detectar e identificar —con alta probabilidad— al posible autor de un delito. Para que sea efectivo, es indispensable digitalizar los antiguos archivos policiales.

El sistema VALCRI, ha logrado un gran avance en las investigaciones criminales, logrando que las mismas se desarrollen con más velocidad y precisión, y sobre todo con menos despliegue de recursos.

### IV.2.b. Sistema Sweetie

El proyecto Sweetie fue desarrollado en Holanda a finales del año 2013 por la ONG “Tierra de hombres” (3), con el objeto de verificar el alcance y la gravedad del problema de “turismo sexual infantil” a través de internet y demostrar que métodos de investigación “novedosos” y amoldados a los requerimientos que las nuevas tecnologías

(3) “Tierra de Hombres” es una ONG fundada en 1960 por Edmond Kaiser, tiene como objetivo, y mediante la acción, promover el desarrollo de la infancia defendiendo sus derechos, sin discriminación de orden político, racial, confesional y de sexo, <https://www.tierradehombres.org>.

plantean, resultan ser más eficaces en la lucha contra este particular tipo de criminalidad.

Sweetie fue el nombre dado a esta menor virtual de diez años de origen filipino, creada a través de técnicas de animación avanzadas que captan los movimientos y la voz de una persona real (de una niña), para poder llegar hasta los miles de delincuentes sexuales que navegan cada día por la web.

Del proyecto —que duró un total diez semanas— el equipo “Tierra de Hombres”, constató que Sweetie atrajo en la red, a través de chats públicos, a 20.000 adultos dispuestos a que la niña realizara actos sexuales ante su webcam a cambio de dinero. De esta cifra, 1000 pudieron ser identificados y localizados gracias a las huellas digitales que las redes sociales dejan en las web.

Los datos de estos adultos identificados, pertenecientes a 71 países diferentes, fueron enviados por parte de la ONG a la Interpol para intentar que las autoridades policiales y judiciales, intervinieran en la cuestión.

El sistema, reitero, creado en el ámbito privado por medio de una ONG, demostró un gran avance de la tecnología para la protección del menor y la seguridad en la red, y evidenció la necesidad de adoptar políticas de investigación proactivas que otorguen a las agencias de aplicación de la ley el mandato de patrullar activamente los puntos de acceso a Internet donde este abuso infantil se produce todos los días y a escala mundial.

### IV.3. Estados Unidos

#### IV.3.a. Sistema COMPSTAT

El modelo COMPSTAT, es un mecanismo desarrollado por la Policía Nacional de los Estados Unidos, para ser utilizado en la prevención e investigación en el ámbito policial, y se basa en varios principios:

1. *Objetivos específicos:* al contar con información precisa y oportuna, el Sistema define prioridades, qué problemas son dignos de atención y esfuerzo, y cuáles no.

2. *Inteligencia oportuna y precisa:* el componente esencial de COMPSTAT es el análisis científico y el uso de información oportuna y de calidad. La data es recolectada a partir de una variedad de fuentes, incluyendo información generada externa e internamente.

3. *Estrategias y tácticas efectivas:* uno de los componentes más interesantes del modelo COMPSTAT es el desarrollo de tácticas efectivas basadas en zonas geográficas y no en unidades específicas. En este sistema se procura dar mayor información a todos los involucrados en una zona para que actúen de forma mancomunada.

4. *Despliegue rápido de personal y recursos:* uno de los puntos fuertes de COMPSTAT es la “rendición de cuentas”. Una vez que un problema ha sido identificado y una estrategia ha sido desarrollada, es responsabilidad del oficial pertinente el asegurarse de que los pasos necesarios sean adoptados. Si no lo hace, en el marco del concepto original de COMPSTAT, el Oficial puede ser reasignado o incluso degradado por su falta de atención y compromiso con el proceso de COMPSTAT.

### IV.4. Argentina

#### IV.4.a. Sistema Prometea

En el transcurso del año 2017, el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en conjunto con el Ministerio Público Fiscal de la ciudad autónoma de Buenos Aires, desarrolló un sistema de inteligencia artificial conocido como Prometea. Se trata de un *software* que potencia la inteligencia humana al hacerse cargo de diversas tareas rutinarias en el ámbito judicial y de la administración pública, y que además trabaja con un asistente de voz (tal como lo hace Siri de Apple), permitiéndole realizar un dictamen jurídico de manera íntegra.

El nombre del sistema (Prometea), deriva de “Prometeo”, un titán de la mitología griega que le robó el fuego al Olimpo, catalogado como uno de los más inteligentes de su época, y como este es el siglo de las mujeres, quisieron reivindicarlas cambiando el nombre a “Prometea”.

Juan Gustavo Corvalán (4), creador del sistema, explicó que el procedimiento es conducido íntegramente por la inteligencia artificial, de la siguiente manera: llega un expediente a dictaminar, que no ha sido analizado por ninguna persona. Se carga entonces el número de expediente a la inteligencia artificial Prometea, y el sistema de IA busca la carátula en la página del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, lo asocia con otro número (vinculado a las actuaciones principales) y luego va a la página del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Juscaba). Busca y lee las sentencias de primera y segunda instancia, luego analiza más de 1400 dictámenes (en la prueba del sistema, analizo sentencias emitidas durante 2016 y 2017), para finalmente emitir la predicción. En concreto, detecta un modelo determinado para resolver el expediente y ofrece la posibilidad de completar algunos datos para imprimir o enviar a revisar el dictamen con base en ese modelo (esto mismo podría hacer, si se tratara de dictar una sentencia).

En el mes de Mayo del corriente año, el sistema Prometea fue presentado en la ciudad de Ginebra en la Cumbre Mundial de Inteligencia Artificial, como el primer sistema de inteligencia artificial predictivo de América Latina, actualmente aplicado a la justicia y la administración pública.

Algunos de los resultados obtenidos por Prometea en la justicia:

- Predice la solución de un caso judicial en menos de 20 segundos, con una tasa de acierto del 96%. En solo 45 días elabora 1000 dictámenes jurídicos en expedientes relativos al derecho a la vivienda. Sin Prometea el tiempo empleado para la obtención de estos resultados es de 174 días.

- En materia contravencional, el sistema se encuentra en desarrollo para ser aplicado a los casos por conducción en estado de ebriedad. Ya se ha realizado una primera prueba de concepto con grandes resultados: si se implementara el

sistema en estas investigaciones, se podrían generar 1000 resoluciones de suspensión de juicio a prueba en 26 días de trabajo, lo que manualmente se realiza en 110 días.

- En la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Prometea fue entrenado como un asistente virtual para la creación de resoluciones y notificaciones en distintos idiomas, y como herramienta de búsqueda avanzada.

Algunos resultados de Prometea en la Administración Pública:

- En el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires, las 6000 rectificatorias de partidas administrativas que aproximadamente ingresan en un año, se realizan en 2 meses con Prometea, lo que antes demoraba 8 meses.

- Por último, cabe destacar que en todos los casos Prometea reduce la cantidad de errores de tipeo en un 99%; y permite hacer un control exhaustivo de aspectos formales de los documentos involucrados.

## V. ¿Es posible la adopción de los sistemas de inteligencia artificial en nuestro país?

En el año 2001, fue firmado en el seno de la Unión Europea, el Convenio sobre Cibercriminalidad en Budapest, el cual planteó entre sus principales objetivos: 1. armonizar los elementos de los delitos conforme al derecho sustantivo penal de cada país en materia de delitos informáticos; 2. establecer conforme al derecho procesal penal de cada país los poderes necesarios para la investigación y el procesamiento de dichos delitos informáticos, 3. establecer un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional.

Dicho instrumento internacional constituye el primero en su especie en regular esta nueva modalidad de criminalidad informática. Si bien el tratado fue creado en el seno de una Institución Europea, está abierto para que otros Estados puedan adherirse. Actualmente, hay 56 Estados parte que provienen de los cinco continentes. Por el lado de América Latina, ya son parte Chi-

(4) CORBALÁN, J. G., "La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea", LA LEY del 29/09/2017.

le, Costa Rica, República Dominicana, Panamá, México, Argentina (5).

Por tal, desde el punto de vista jurídico internacional, se evidenció la necesidad de emplear nuevas herramientas para el combate del cibercrimen, y por sobre todo crear conciencia de Cooperación Internacional a los fines de poder combatir este nuevo fenómeno, adoptando nuevos procedimientos dado que los mecanismos tradicionales resultan insuficientes a la hora de hacer frente, a este nueva forma de criminalidad.

Y es en función de ello, que la adopción de mecanismos de inteligencia artificial, para enfrentar a las nuevas TIC utilizadas para cometer delitos por parte de los delincuentes parecería ser una decisión acertada, analizando previo a su implementación, los derechos fundamentales que cada ordenamiento jurídico propone a efectos de evitar colisiones normativas.

Asimismo, y repito, tal como fue planteado en el Convenio de Budapest, al ser los ciberdelitos de carácter de transnacional, es necesaria la cooperación entre países, y la adopción por parte de los mismos de nuevos mecanismo en las formas de obtención de las prueba, dado que como principal particularidad que presentan es que la evidencia ya no es física, sino digital.

Si bien los sistemas analizados, en su mayoría han sido creados con fines preventivos de delincuencia convencional, parecería que su adopción a la criminalidad informática no resulta algo ilógico, sino por el contrario, se adaptan a la nueva realidad que el siglo XXI y la nueva criminalidad informática nos plantean.

Sistemas como VeriPol, VALCRI, COMPSTAT, constituyen —tal como ha surgido de las estadísticas arrojadas— herramientas válidas a las fuerzas policiales y judiciales en las investigaciones delictivas. A su vez su implementación, y sobre todo sus buenos resultados, han sido posible por ir los mismos acompañados de otras herramientas, tales como un fuerte resguardo de protección de datos personales —lo que impide que la obtención de pruebas resulte nula por aplicación

---

(5) Argentina ratificó el Convenio de Budapest mediante ley 27.411 el 15/12/2017.

de mal procedimiento, y a su vez asegura que los derechos de los individuos se vean respetados—, y una política criminal comprometida.

No escapa a la realidad de la transnacionalidad de los delitos informáticos (6), que dado a que la investigación y recolección de evidencia —digital— requiera muchas veces de la cooperación internacional, se debieran implementar sistemas cuyo funcionamiento traspase las “barreras nacionales”, y el Ciberconvenio de Budapest constituye un primer camino hacia esos fines, más allá que el mismo haya quedado desactualizado —dado que fue firmado en el año 2001—, y hasta el momento no se ha realizado ninguna adecuación a la realidad tecnológica en las que nos encontramos inmersos.

Distinto parecería ser el caso del sistema Sweetie, el cual fue creado y utilizado en el ámbito privado, por una ONG, y cuya obtención de prueba —de la cual se logró una sentencia condenatoria—, a la luz del respeto de los derechos fundamentales, resulta al menos dudoso.

Si bien el Sistema Sweetie fue utilizado en esa única oportunidad, y logró “demostrar” que mecanismos de avance, van de la mano con efectividad en las investigaciones criminales, no volvió a utilizarse. Su aplicación en nuestro país, no resultaría viable sin que ello colisionara con derechos fundamentales de alcance internacional tales como principio de legalidad, defensa en juicio, igualdad, entre otros.

Por último, el sistema Prometea, implementado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y con reciente aplicación en la provincia de Mendoza, ha sido presentado como el primer sistema de inteligencia artificial de América Latina operativo en el ámbito judicial y de la Administración Pública. Los resultados obtenidos a raíz de su implementación, han sido positivos, aunque al ser un sistema reciente, habrá que realizar un estudio y seguimiento del mismo, y en función de

---

(6) Los delitos que se cometen en y a través de la red suelen tener carácter transnacional, ya sea porque son cometidos por personas que operan en diferentes países, porque las víctimas están en un país distinto o porque la prueba está alojada en servidores ubicados en países distintos al que lleva adelante la investigación.

ello replicar —o no— el Sistema a la totalidad del extenso territorio de nuestro país.

## VI. Conclusión

Los Sistemas de inteligencia artificial pretenden cambiar el concepto de investigación de los delitos criminales. Los delitos informáticos, por su ya mencionada “no convencionalidad”, y rapidez con que nacen y se expanden en ese nuevo llamado “ciberespacio” requieren necesariamente de la adopción de mecanismos de combate, tecnológicos, rápidos y eficaces.

El siglo XXI exige otro tipo de herramientas para garantizar la prevención y persecución que las nuevas tecnologías plantean. Emplear mecanismos de prevención e innovación en las investigaciones policiales y judiciales en la realidad que hoy nos encontramos, resulta una necesidad inmediata a los fines de poder combatir el fenómeno de la cibercriminalidad.

La tecnología en constante avance, nos demuestra que el Derecho debe cumplir su función de acompañar el desarrollo tecnológico para un progreso sostenido y seguro de nuestra sociedad, y ello resulta posible con la adopción de nuevas herramientas, tales como la aquí reseñada: inteligencia artificial, tanto en la prevención como en la persecución de esta nueva forma de criminalidad que parecería no tener límites claros.

La inteligencia artificial constituye un mecanismo acertado en la lucha contra el cibercrimen, pero para que pueda lograr su eficacia, es necesario que dichos instrumentos puedan ir acompañados del respeto a la legalidad y derechos fundamentales de una Nación. Utilizada esta IA de otro modo, puede constituir una herramienta libre para abusos y malas prácticas, y violatoria de todas las garantías constitucionales de los ciudadanos, lo cual no solo no cumpliría con los objetivos propuestos, sino que generaría la peor de las vulneraciones en una Nación: inseguridad jurídica.

## VII. Referencias

SOCIEDAD DIGITAL Y DERECHO, “Boletín Oficial del Estado Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED”, España.

VeriPol, “Inteligencia artificial a la caza de denuncias falsas”, Universidad Complutense de Madrid Vicerrectorado de Transferencia del Conocimiento y Emprendimiento Oficina de Transferencia de Resultados de Investigación (OTRI).

VeriPol, “Improving Professional Training”.

“El rastro digital del Delito”, Trabajo de Investigación de la Facultad de Ingeniería de la Universidad FASTA, 2007.

BUOMPADRE, J. E., “Una aproximación al delito de *grooming* en el Derecho Penal argentino”.

AROCENA, G., “La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino”.

DÍAZ GÓMEZ, A., “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest. Especial consideración a España y Argentina”, trabajo de investigación de la Universidad de La Rioja, España, 2009.

TEMPERINI, Ma. B. C. - MACEDO, M., “La cifra negra de los delitos informáticos: Proyecto ODI-LA”.

RIQUERT, M. A., “Delincuencia informática en Argentina y el Mercosur”, Ed. Ediar.

LA CONVENCION DE CIBERCRIMEN DE BUDAPEST Y AMÉRICA LATINA, “Breve guía acerca de su impacto en los derechos y garantías de las personas”, Área Digital Asociación por los Derechos Civiles.

### VII.1. Páginas de consulta

<https://www.ba-csirt.gob.ar/>.

<http://www.poderjudicial.es>.

<https://www.incibe.es/>.

<https://www.aepd.es/>.

<https://sbarrera.es/>.

<https://www.fiscal.es>.

<https://www.tierradehombres.org>.

# Procesos judiciales e inteligencia artificial: desafíos de su aplicación

El caso “State v. Loomis”

---

POR MALENA MACEIRA

**Sumario: I. Introducción.— II. Diversos sistemas de IA.— III. La IA y el derecho.**

## I. Introducción

Existen diversas formas de entender la inteligencia artificial y su aplicación. La IA podría resumirse en la emulación por parte de una máquina del pensamiento humano. Es el procedimiento matemático —algoritmos— por el cual una computadora puede acceder de manera cognitiva a un objeto determinado. El empleo de la IA abarca campos como por ejemplo la robótica, la visión artificial, técnicas de aprendizaje y la gestión del conocimiento (1).

Con el avance del estudio de la IA, fue diversificándose la forma en la cual la computadora puede acceder al conocimiento y, a su vez, dar una respuesta de manera inteligente al respecto.

Sin embargo, existen actualmente varios sistemas de IA que tienen aplicabilidad en el mundo empresarial y de los negocios, que son las áreas dónde obtener una decisión eficiente está rodeada de inmensa cantidad de información a la hora de analizar los riesgos.

Este trabajo se concentra en un área en especial; sin embargo, en términos aclaratorios resulta relevante conocer cuáles son las que existen y cuya aplicación está vigente.

## II. Diversos sistemas de IA

En este punto, mencionaré brevemente cuáles son las técnicas más utilizadas en la actualidad. Entre ellas mencionaré a los Sistemas Expertos,

redes neuronales, algoritmos genéticos y los de lógica difusa (2). Esta distinción no es absoluta y existe la combinación de sistemas para brindar soluciones. Pero con el objeto de aprehender cómo puede asistirnos un sistema de IA, es que entiendo útil recurrir a su explicación.

Los sistemas expertos o su término en inglés, *machine learning*, permiten que la información que posee un experto sea volcada en el *software*. Es decir, se intenta reproducir el proceso de razonamiento para resolver problemas de la forma en que lo haría ese experto. La diferencia con otros sistemas de carga de datos que forman parte de los hechos de la realidad es que estos sistemas incorporan experiencia que si bien incluye los hechos como datos, agrega cuáles son los procedimientos determinados para razonar ante esos datos. Es decir, incorpora pautas de acción al proceso informático.

Entonces, la construcción de este sistema precisa que constantemente se esté alimentando de conocimiento experto al programa para que ante una mutación en el dato, construya la resolución procedimental propuesta por el experto. De esta manera, el conocimiento que se introduce continua modificando al anterior, generando reglas para las excepciones y mejorando las resoluciones.

La cantidad de datos —hechos de la realidad— que puede procesar un sistema de IA es inmensamente mayor a la que puede procesar un experto. Es por ello que si bien el objeto es

---

(1) BONILLA MURILLO, L., “Inteligencia Artificial Aplicada en la Prevención y Detección de Lavado de Activos y Financiamiento del terrorismo”, Ed. BAC Credomatic Network, San José, Costa Rica, 2014, p. 12.

---

(2) ALFARO PARADA, A. E., “Utilización de metodologías de Inteligencia Artificial y sus aplicaciones en El Salvador”, año 2, nro. 3, diciembre de 2011 - mayo de 2012, Ed. Universidad Don Bosco, p. 56.



que comprendan el razonamiento del experto, no lo reemplazan sino que optimizan su labor.

Este tipo de sistemas generalmente es utilizado para auditoría, contabilidad de costos y análisis financiero; como así también para obtener soluciones en el campo del derecho y la medicina, ya que precisan de la información de un experto con información en casos donde la solución tomada fue exitosa (Razonamiento Basado en Casos - RBC) (3).

Los sistemas de redes neuronales —que también complementan y refuerzan a los sistemas de *machine learning* y RBC— buscan emular la forma de intercambiar información en una neurona en el mundo real. Es decir, la manera en que el ARN instruye a las neuronas en sus conexiones, el código del programa instruye a las neuronas artificiales a hacerlo a través del aprendizaje. Esa forma de resolver problemas es constitutiva de la neurona, que es para lo cual ha sido entrenada. Por ejemplo, el reconocimiento de determinados caracteres en un documento, se realiza a través de este tipo de IA ya que la neurona artificial está entrenada para reconocer ese carácter en especial. Asimismo, las redes neuronales son útiles para optimizar grandes búsquedas de información y problemas de predicción y clasificación.

Los algoritmos genéticos —inspirados en la teoría de la evolución— seleccionan las estrategias más aptas para resolver que son las que producen mutaciones para sobrevivir al mismo sistema. En este sentido, la aplicación de este tipo de sistemas responde a la lógica encadenada que presenta la genética. Cada solución realizada por el individuo codifica un eslabón en la cadena genética. Al aplicar la solución de ese algoritmo genético, los genes más aptos son los que sobreviven a la siguiente generación, que cambia los genes defectuosos. Es así como evoluciona el sistema para brindar soluciones más certeras. Por ejemplo, los casos que presentan derivaciones de soluciones muy complejas para resolver, son ejemplos de aplicación de este tipo de algoritmos, ya que al ir mutando y mejorando el sistema, prevé mayor cantidad de posibles variables. El mismo sistema se deberá detener

cuando encuentre la solución óptima o la más cercana a lo óptimo.

Por último, los algoritmos de lógica difusa (*fuzzy logic* en inglés) permiten analizar información de carácter vago o de difícil especificación. Por lo que estos tipos de sistemas se basan en lo observado, como valor aleatorio, que a su vez se le da un contexto —referido al punto diferencial del observador— y se lo compara. Es de lógica difusa porque la información se agrupa en conjuntos difusos a los cuales se les aplica criterios que pueden ser reglas emanadas de un experto o del mismo sistema y producen conductas conducentes. Es más, este tipo de sistema puede estar combinado con un sistema de redes neuronales con el objeto de fortalecer a futuro esa toma de decisiones que resultó de un conjunto difuso para conocer mejor qué regla aplicar a cada conjunto.

### III. La IA y el derecho

La relación entre la IA y el derecho está atravesando un punto de inflexión que revolucionará la forma en que se vinculan. La idea de asociar programas cuyos productos finales, de ser atribuibles a un humano, presupondrían el procesamiento inteligente de la información por parte de un operador jurídico. Por ejemplo, recabar legislación de *soft law*, motores de búsqueda jurídicos que uniformaran el lenguaje jurídico, asesoría jurídica, recuperación de documentación jurídica, entre otras (4).

En los últimos años, la investigación ha llevado a que empezara a aplicarse al campo del derecho desde modelos de lógica o de debate, hasta extracción de información. En un principio, la idea de poder enseñar a un sistema a responder preguntas legales fue el disparador, aunque al analizar su desarrollo, no era posible explicar el razonamiento por el cual había llegado a ese resultado.

En la actualidad, la relación está evolucionando hacia la utilización de herramientas de tecnología en clave de análisis de textos legales,

(4) CÁCERES, E., “Inteligencia Artificial, Derecho y E-Justice (El proyecto IJ-CONACYT)”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, nro. 116, mayo-agosto de 2006, ps. 593-611.

(3) *Ibidem*, p. 58.

que asimismo, son analizados por sistemas de razonamiento legal, acompañados de la experiencia de los desarrolladores que deberán formar parte del mundo de la programación y del derecho (5). El objeto buscado entre la IA y el derecho está en la predicción de resultados con la posibilidad de poder entender el razonamiento legal utilizado para ese resultado. Este tipo de sistemas es conocido como CMLR por sus siglas en inglés, *computational models of legal reasoning* o como CMLA, *computational models of legal argument*. Este segundo funciona como una subespecie del primero. Este tipo de programas no solo crea los patrones de razonamiento, sino que además actúa sobre ellos. Pero de la mano a los algoritmos, indefectiblemente existirán los investigadores, ya que las definiciones morales referidas por ejemplo a cual es un caso “fácil” o “difícil” son asociaciones subjetivas del humano, que nutrirán al algoritmo en cuestión. Estos modelos de algoritmos se basan en dos parámetros que resultan clave: por un lado, los investigadores realizan preguntas —fácticas o jurídicas— que deberán ser respondidas por el texto a analizar que se extraerán del texto analizando y resumiendo su contenido; y, en segundo lugar, se buscarán en el texto todas las construcciones argumentativas que existan teniendo en cuenta estructuras lógicas de comunicación, por ejemplo, premisa y conclusión, relaciones entre argumentos comparados, entre otros (6).

Este tipo de trabajos argumentativos están cambiando radicalmente la participación de la IA en el mundo del derecho. Tal es así, que a continuación analizaremos como la IA fue utilizada ya no por particulares, sino por el Estado en cuestiones vinculadas a la libertad de los individuos.

A. En el marco de los procesos penales, los algoritmos relacionados al análisis de probabilidades y manejo de riesgos fueron utilizados en diferentes etapas del juicio penal. Al comienzo, se trató de la aplicación de sistemas vinculados al *risk assesment* que posteriormente fueron ganando terreno. La mayor aplicación de este tipo

---

(5) ASHLEY, K., “Frontmatter. In Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age”, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 4.

(6) *Ibidem*, p. 5.

de sistemas responde en gran medida a la posibilidad de contar con mayor información al alcance de los investigadores generada por el acceso a internet, redes sociales y *smartphones*. Ante la pregunta de qué posibilidades existen para tratar esta masiva cantidad de datos, surgió la aplicación de procesos que analizaran la información para poder tomar decisiones en torno a la política pública.

Un gran número de herramientas vinculadas a la medición de los riesgos se nutrieron del machine learning para generar modelos de riesgo basados en la gran cantidad de data producida. Al ser modelos que se utilizan a lo largo de un período de tiempo, se pueden ir ajustando a través del machine learning por la nueva información ingresada (7).

Este tipo de programas se ha utilizado hace años ya en cuestiones prejudiciales, programas de rehabilitación de prisión, y sentencias. Por ejemplo, respecto del encierro en la etapa que lo llaman en el sistema judicial estadounidense de Pre-trial, asimilable con la prisión preventiva, cuya herramienta de evaluación de riesgo pone el foco en factores de riesgo estáticos. Por ejemplo, el programa desarrollado por la Laura and John Arnold Foundation, funcionaba con información de 29 estados, correspondientes a 300 jurisdicciones (8). En ellos, se procesó data de 1.5 millones de delitos, donde se evaluaron factores vinculados con la edad del imputado y su historia criminal. El objetivo de esta herramienta fue ayudar a tomar decisiones respecto si un individuo debía permanecer detenido o no antes del juicio (9). En el caso particular de esta Fundación, trabajan en conjunto con universidades que investigan estos temas con el objeto de evitar que el modelado de este tipo de herramientas sea eficiente y no contaminado con elementos de parcialidad que devengan de preconceptos discriminatorios.

---

(7) KEHL, Danielle - GUO, Priscilla - KESSLER, Samuel, “Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing. Responsive Communities Initiative”, Berkman Klein Center for Internet & Society, Ed. Harvard Law School, 2017, p. 9.

(8) *Ibidem*, p. 10.

(9) Public Safety Assessment, Laura and John Arnold Foundation, disponible en <https://www.arnoldventures.org/work/pretrial-justice>.

Otra reconocida y popular herramienta utilizada se conoce como COMPAS (10), creada por la compañía Northpointe Inc. En este caso, el uso de COMPAS se vio vinculado a la asistencia para dictar un veredicto y los elementos de riesgo analizados comprendían cinco áreas principales: autoría y participación, relaciones/ estilo de vida, personalidad/actitud, familia y exclusión social.

La utilización de esta herramienta no es pacífica, ya que su uso generó varias controversias. Una de ellas, fue la que originó el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos “State c. Loomis” que analizaremos a continuación.

B. A comienzos de 2013, el estado de Wisconsin imputó a Eric Loomis con cinco cargos criminales relacionados con un tiroteo hecho desde un auto en curso en La Crosse (11). La defensa de Loomis negó su participación en el tiroteo, pero admitió que había manejado ese mismo auto que luego se vio involucrado ese día por la tarde en el tiroteo. Loomis se declaró culpable de dos de los cinco delitos, los menos graves —intento de huir de un oficial de tránsito y operar un vehículo sin el consentimiento de su dueño.

A la hora de emitir la sentencia, un departamento oficial de la Corte de Wisconsin, produjo un informe presentencia (PSI por sus siglas en inglés), que incluyó lo indicado por la herramienta COMPAS. Este informe estimaba el riesgo de reincidencia basado tanto en lo obtenido de la entrevista con el imputado como de la información obtenida de los registros criminales del imputado, y Loomis fue designado por el algoritmo como de “alto riesgo” en tres tipos: reincidencia previa al juicio, reincidencia general y reincidencia violenta.

Sin embargo, la metodología diseñada detrás COMPAS es un secreto comercial de acuerdo a Northpointe Inc., por lo que los resultados de estimación de reincidencia no permiten conocer el camino por el cual se arribó a ese resultado —es decir, su trazabilidad— y solo el infor-

me final es remitido a la corte. En la audiencia de sentencia, el fallo se refirió a lo informado por COMPAS y sentenció a Loomis a seis años de prisión y a cinco años de supervisión extendida.

Ante este resultado, Loomis apeló basándose en que la utilización de los parámetros de COMPAS afectaba el debido proceso, ya que los reportes informados tomaban data relevante solo de grupos particulares, y que la metodología utilizada permanecía en secreto. Loomis argumentó que el uso por parte de la corte de COMPAS infringió tanto su derecho a recibir una sentencia individualizada como su derecho a ser juzgado sobre información cierta.

Asimismo, Loomis expresó que la corte consideró de manera inconstitucional el género a la hora de evaluar el riesgo de reincidencia. Ante estos argumentos, la Corte de Apelaciones de Wisconsin denegó la moción, permitiendo la apelación ante la Corte Suprema de Wisconsin.

Finalmente, la Suprema Corte de Wisconsin rechazó los argumentos de Loomis y autorizó el uso de COMPAS, pero no sin hacer antes recomendaciones al respecto.

Para rechazar los argumentos de Loomis, la Corte respondió que la información sobre la que se basó el modelo de evaluación de riesgo fue información que provino tanto de Loomis como de su historial criminal, ambas públicas. Respecto del argumento sobre ser juzgado por una sentencia individualizada, contestó que el informe de riesgo no fue el único elemento que tuvo el tribunal que lo condenó a la hora de evaluar su libertad, sino que fue uno de tantos. Por lo que, al no ser el único elemento determinante, no habría una afectación al debido proceso. Por último, lo referido al argumento en relación a discriminación por género, la Corte respondió que el género debe ser considerado solamente con valor estadístico, ya que los hombres y las mujeres presentan diversas tasas de reincidencia y diferente potencial de rehabilitación.

La Corte de Wisconsin rechazó los tres argumentos esgrimidos por Loomis, pero realizó observaciones respecto del uso de COMPAS en

(10) Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions.

(11) Disponible en: <https://www.leagle.com/decision/inwico20160713i48>.

el futuro. En primer lugar, el uso de COMPAS no puede ser determinante a la hora de dictar una sentencia, ya que no se modeló con todas las metas que deberá contemplar el castigo penal, sino que su objetivo era asistir a las audiencias de *parole*, es decir, para considerar la libertad de la persona encarcelada y su riesgo de reincidir en el delito. Esto hará que sea una herramienta metodológicamente pobre a la hora de determinar la extensión de las sentencias, pero quizás sea más adecuada para poner luz a la hora de analizar factores de prisión en términos de pre-juicio. En segundo lugar, la Corte estableció que los PSI deberán contener información que alerte a los jueces respecto de las limitaciones de la herramienta como por ejemplo el desconocimiento de la trazabilidad de su proceso para meritar los diferentes factores por tratarse de una herramienta de *software* privada. Asimismo, los puntajes de riesgo son tomados de analizar grupos, por lo cual identifica criminales de alto riesgo colectivos, no los altos riesgos en cada individuo. Destaca que varios estudios han sugerido que COMPAS puede prejuzgar en base a criterios de minorías de los delincuentes. Por último aconseja que la herramienta sea constantemente monitoreada por ser sus estándares de comparación dinámicos; y que no es una herramienta pensada para dictar sentencias.

C. A modo de concluir el análisis del caso, resulta importante destacar que el uso de inteligencia artificial es casi innegable en términos de optimización de procesos. La clave será entonces, en forma previa, analizar cómo son los procesos de modelado de los algoritmos antes de que esos productos utilizados como herramientas de evaluación sean empleados en la práctica.

Es cierto que mucho de los procesos que atraviesan al sistema judicial penal en la Argentina se relacionan con las particularidades del caso, para lo cual un analista judicial analiza sus vicisitudes en lo concreto. Sin embargo, es cierto que estas herramientas pueden ser utilizadas para procesar grandes masas de información como podrían ser sentencias de diferentes tribunales, dictámenes fiscales, dictámenes de la defensa, hechos y hasta interpretación del alcance del derecho que, junto a un sistema de *machine learning*, o de redes neuronales, vaya

tomando decisiones que puedan irse ajustando por los operadores judiciales y mejorarse. Por ejemplo, en el sistema penal, resulta interesante pensar su aplicación para delitos de la criminalidad económica. Por caso, es relevante para una mejor distribución de recursos investigativos, entender cuál puede ser la cantidad de dinero evadida por contribuyentes en el marco de una cierta jurisdicción y así, anticiparse a pensar junto con otros órganos de control, cuáles pueden ser los elementos que tienen en cuenta los contribuyentes a la hora de cometer delitos tributarios; y, en base a esos comportamientos, a qué empresas conviene entonces investigar y luego denunciar en el marco de una causa penal.

A pesar de sus usos, resulta relevante tener en cuenta que la aplicación de estas herramientas no está explorada en estas latitudes, con lo cual es fácil extender los riesgos procesales de violar garantías constitucionales. Tal como se observa en el caso Loomis, es acotado el margen de inconstitucionalidad que acepta la Corte respecto de COMPAS. Sin embargo, la incapacidad de trazar los pasos que elegidos por el algoritmo para tomar las decisiones de evaluación, resulta riesgoso y en el gris de la violación al debido proceso. El riesgo es sobre todo, por ejemplo que se identifique como criminal a alguien que no cometió un delito. El caso de la implementación de herramientas de reconocimiento facial, desarrolladas también gracias a la utilización de algoritmos, ya trajo aparejado casos de “falsos positivos” —y fuertes críticas por parte de organismos defensores de derechos humanos— es decir, de casos donde se utilizó el reconocimiento de personas por sus caras, donde se detuvo a personas inocentes por errores en el reconocimiento (12). Tal fue el caso del software de reconocimiento facial de Amazon (13), en los EE.UU., en el Congreso, varios representantes fueron erróneamente confundidos con personas imputadas de delito, o que

---

(12) Facial Recognition wrongly identifies public as potential criminals 96% of time, figures reveal, <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/facial-recognition-london-inaccurate-met-police-trials-a8898946.html?amp>.

(13) Ver <https://www.wired.com/story/amazon-facial-recognition-congress-bias-law-enforcement/>.

habían sido arrestadas (14). Con lo cual surge claramente a la luz, que las nuevas tecnologías deberán ser acotadas para no interferir en la esfera del debido proceso legal establecido en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y en particular, en el art. 18 de la CN.

No pareciera entonces que la aplicación de estas herramientas de prevención o de evaluación del riesgo funcionen tan automáticamente. Por el contrario, el acceso a la motivación de una sentencia en el caso de la utilización de un *software* como COMPAS parece cada vez más oscuro, más aún al tratarse de empresas que venden el producto pero no informan el proceso de su licencia por tratarse de un secreto comercial.

A la hora de aplicar estas herramientas, en la Argentina existe actualmente la primera herramienta judicial que ya utiliza inteligencia artificial: Prometea (15). Este software creado por el equipo coordinado entre el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, junto a la Fiscalía General del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, trabaja

(14) Ver <https://www.nytimes.com/2018/07/26/technology/amazon-aclu-facial-recognition-congress.html>.

(15) CORVALÁN, Juan Gustavo, “Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades. Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, nro. 1, jan./abr. 2018, ps. 295-316. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55334.

con un asistente de voz (tal como lo hace Siri de Apple) que permite realizar un dictamen jurídico de manera íntegra. Asimismo, el dictamen jurídico íntegro al que hace referencia, es corregido y controlado por un agente judicial. Es decir, existen riesgos concretos que el algoritmo falle y deberá ser controlado por un humano.

A modo de conclusión podemos decir que las herramientas que se están desarrollando y que están siendo aplicadas al mundo del sistema judicial no son nuevas, pero sí cada vez son mejoradas. El control de su aplicación y constante mejora quizás limite su uso en el aspecto práctico, pero esta restricción trae aparejado el beneficio de contar con procesos tecnológicos que sean respetuosos de los derechos individuales. Si como operadores del derecho intentamos regular este tipo de tecnología, es preciso entonces formarnos para entender sus alcances. Como operadores judiciales e investigadores no podemos desatender estas tendencias. Debemos apuntar a replicar este tipo de interconexiones para lograr un lenguaje de entendimiento común (16) entre el campo científico y el jurídico con el objeto de volver a la justicia más eficiente. Si es posible mejorar el análisis de la información, ¿por qué entonces no trabajar para hacerlo de una forma que no vulnere derechos de las personas involucradas?

(16) GALINDO AYUDA, F., “Acción Procesal como Punto de Partida para la Relación Inteligencia Artificial-Derecho”, conferencia del 9 de mayo de 1990, durante el XIV Curso de Informática y Derecho: “El proceso informatizado”, Mérida, p. 93.



# A prova digital no processo penal e seus efeitos colaterais na preservação dos direitos fundamentais

POR TATIANA LOURENÇO EMMERICH DE SOUZA <sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. Introdução.— II. Aspectos gerais da prova digital.— III. A prova digital e a violação dos direitos fundamentais.— IV. Conclusão.— V. Referências.**

## I. Introdução

A partir do surgimento da Internet, verificamos que o desenvolvimento de mecanismos de comunicação e da própria informática cresceu vertiginosamente, permitindo a comunicação a distância entre pessoas em fração de segundos. Esse fator foi crucial para a mudança nos meios de interação social, que passaram das cartas para aplicativos conectados à rede, como por exemplo, o *WhatsApp*.

Apesar da era globalizada permitir avanços dentro das comunicações fechadas —estas em que o emissor da mensagem escolhe previamente seu receptor, a partir da oferta de novos aparelhos, dispositivos e aplicativos de telecomunicação, observa-se que os usuários desses novos meios ainda se preocupam com a privacidade e confidencialidade dos dados emitidos nestas comunicações.

Isto, porque, temos de um lado a universalização do acesso a novas tecnologias e, do outro, diretamente proporcional, temos a vulnerabilidade da rede e dos dispositivos onde são executados as novas formas de se comunicar, estes que permitem, muitas vezes, a quebra da privacidade com a intromissão alheia em conversas até então confidenciais, como foi o caso do Juiz Sérgio Moro que teve suas conversas vazadas e expostas na Internet (1).

<sup>(\*)</sup> Mestre pela Universidade Federal do Rio de Janeiro pelo Programa de Pós Graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos (UFRJ / PPDH). Professora Universitária. Pós - Graduada em Direito Penal Econômico e Europeu, pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu IDPEE, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em parceria com o Instituto Brasileiro

Ressalta-se, que este tipo de situação descrita a cima é corriqueira e passível de acontecer com todos os usuários de comunicações digitais no mundo, tanto pela invasão dos dispositivos eletrônicos por *crakers* e/ou por agentes de Estado, quanto pela falta de informação dos usuários, que por muitas vezes lançam seus dados de cunho pessoal na rede sem posterior tratamento ou correto armazenamento.

Portanto, verifica-se que os direitos individuais se encontram mais desprotegidos do que nunca com as comunicações digitais, impondo ao mundo jurídico respostas as lacunas impostas pelo mundo cibernético, a fim de regular a

de Ciências Criminais IBCCRIM. Especialização em Garantías Constitucionales de la Investigación y la Prueba en el Proceso Penal, Universidad de Castilla-La Mancha, UCLM, Espanha. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas Matrices Autoritárias do Processo Penal Brasileiro: A Prova Penal e o Sistema de Controles Epistêmicos. (Faculdade Nacional de Direito - LADIH/UFRJ).

(1) A investigação em torno da invasão dos celulares de autoridades ligadas à Operação Lava Jato teve sua primeira fase deflagrada nesta terça-feira [23]. Foram presos pela Polícia Federal quatro suspeitos de envolvimento na invasão do telefone do ministro da Justiça, Sérgio Moro. Segundo comunicado da PF, a ação, realizada dentro do inquérito que investiga o vazamento de conversas privadas de autoridades usando aplicativos de mensagens, visou “desarticular uma suposta organização criminosa que praticava crimes cibernéticos”. Foram emitidas 11 ordens judiciais, sendo 7 mandados de busca e apreensão e 4 mandados de prisão temporária em três cidades de São Paulo — Araraquara, Ribeirão Preto e a capital. As investigações foram autorizadas pelo juiz federal Vallisney de Souza Oliveira, da 10ª Vara da Justiça Federal em Brasília. Segundo informações da Justiça, as quatro prisões foram realizadas. Seis dos 7 mandatos de busca e operação também já foram cumpridos até o fim da tarde desta terça. Os suspeitos presos foram transferidos para Brasília, onde prestarão depoimentos.



elaboração de mecanismos de proteção de dados eficientes, que permitam não colocar em risco os direitos fundamentais, estes que vão além da privacidade, abrangendo a inviolabilidade dos domicílios, intimidade, o sigilo das correspondências e a reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Assim, é de suma importância o estudo da vulneração desses direitos, principalmente, no tocante ao recolhimento de dados, ou seja, na produção de provas digitais advindas de crimes.

Nesta esteira, o trabalho que se baseia na metodologia de pesquisa bibliográfica, que irá abordar em sua primeira parte os aspectos gerais da prova digital e suas características, até chegar na análise da violação dos direitos fundamentais, como por exemplo, a privacidade, advindos do recolhimento e produção de provas digitais.

## II. Aspectos gerais da prova digital

Com o crescimento da cibercriminalidade, observamos que tanto o direito penal quanto o direito processual penal estão despreparados para lidar com os novos meios de obtenção de provas, estas que passaram de seu *status* físico —das tradicionais cenas de crimes que deixam vestígios materiais, para os ambientes digitais, estes em que as provas possuem características virtuais, ou seja, não deixam vestígios ou indícios de autoria e materialidade, capazes de serem vistos a olhos nus.

Portanto, quando falamos de provas digitais, devemos ter em mente estas são espécies de provas eletrônicas constituídas pelas evidências de transmissão de informações de base da lógica binária (2), advindas especialmente dos crimes.

(2) A lógica binária, ou bitwise operation é a base de todo o cálculo computacional. Na verdade, são estas operações mais básicas que constituem todo o poderio dos computadores. Qualquer operação, por mais complexa que pareça, é traduzida internamente pelo processador para estas operações.

Tabela 1. Prova Eletrônica e Prova Digital.



Ou seja, a prova eletrônica é o gênero da onde a prova digital está inserida, portanto, infere-se que as provas eletrônicas abrangem todo e qualquer tipo de dispositivo que funcione a partir do movimento de elétrons, como por exemplo os antigos rolos de filmes com seus negativos, bem como daqueles que se utilizam da lógica binária, onde podemos citar os *pendrives* ou fotos armazenadas nas nuvens.

Esclarecido isso, passamos as características intrínsecas as provas digitais.

Primeiramente, não podemos deixar de citar neste estudo as principais características das provas digitais, isto, porque, as evidências de natureza digital apresentam determinados atributos que as diferem de outras provas, contexto que determina seu modo de abordagem, identificação, recolhimento, estabelecendo-se, por conta disso, claras diferenças na investigação criminal que as tenha por objeto (Kist, 2019) (3).

Destarte, elencamos as 03 (três) mais importantes, conforme podemos verificar na tabela abaixo:

(3) KIST, Dario José, “Prova Digital no Processo Penal”, Ed. JH Mizuno, Leme-SP, 2019.

Tabela 2. Características das Provas Digitais



Portanto, podemos concluir que as provas digitais são autônomas se comparadas com as provas físicas, isto, porque, são dotadas de invisibilidade, fragilidade e disseminação.

### III. A prova digital e a violação dos direitos fundamentais

Como vimos no breve introito deste trabalho, quando falamos de provas digitais e violação dos direitos fundamentais, devemos nos restringir, especialmente, as provas obtidas a partir de cibercrimes.

Desta maneira, é evidente que até por conta das características dessas provas, já abordadas no tópico 2 deste artigo, todo cuidado é pouco quando o agente estatal —Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes e até a mesmo a defesa, for produzi-las vez que, o exercício do *ius puniendi* deve seguir um regime rígido a fim de que não se interfira na esfera individual daquele sujeito, o qual se investiga.

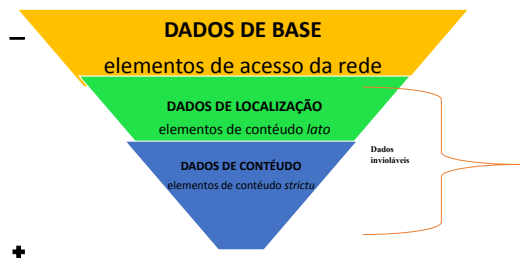
Isto se dá porque o ordenamento a partir do momento que permite restrições a determinados direitos fundamentais, deve fazê-lo de forma descrita em lei, em respeito ao princípio da legalidade, bem como adequando-o estas restrições ao direito positivo, em respeito também o princípio da proporcionalidade.

Este é o grande marco da temática da proibição de determinadas provas e a seus métodos de obtenção, que nem sempre seguem o

os princípios do estado democrático de direito, regidos pela Carta Magna de 1988.

Portanto, para estipular um regime adequado para coleta e produção de provas digitais é fundamental definir quais os dados são produzidos e atrelados a uma determinada comunicação na rede, a saber, se são dados de apenas cadastrais —aqueles necessários por exemplo para efetuar um cadastro no *Facebook* para abertura de conta, ou dados de localização —aqueles que revelam a localização do emissor da mensagem, meio eletrônico utilizado, podendo citar os IP's ou se são dados de conteúdo —aqueles que revelam o conteúdo das mensagens de *whatsaps*.

Tabela 3. Classificação dos dados e nível de intrusão



Ademais, observa-se do gráfico a cima, que o maior grau de intrusão a dados de conteúdo, ou seja, as mensagens, maior é o grau de violação do direito fundamental a privacidade, uma vez que estes dados são invadidos por terceiros desconhecidos ao seu emissor.

Destarte, o trabalho irá se debruçar nos dados de conteúdo, já que são estes, quando violados, são os que mais afetam a segurança jurídica dos direitos fundamentais. Ressalta-se, que iremos analisar somente o direito à privacidade, por se tratar de um estudo pontual com investigação ainda em andamento.

Nesta esteira, observa-se que o direito à privacidade (4) é um direito humano desen-

(4) Desde o ano de 2013, quando agências governamentais, sob o pretexto de combater atos terroristas, como a NSA, CIA, e outras envolvidas no escândalo internacional, foi-se descoberto que as pessoas estavam sob vigilância de órgãos do governo do mundo todo, o

volvido a partir do pensamento liberal, sendo este um atributo ligado à personalidade que merece proteção dos ordenamentos mundiais.

O direito à vida privada está citado na Constituição Federal do Brasil como um direito fundamental, ou seja, faz parte de um conjunto de direitos considerados essenciais para o ser humano em uma determinada sociedade, constituindo pilstras para a conservação e concretização da dignidade humana (Nascimento, 2009, p. 28).

Porém, nem sempre é unânime na doutrina o entendimento sobre a privacidade, vez que se chegar a uma ponderação de interesses, nem sempre é fácil diante do caso em concreto.

Vida privada é um conceito mutável, varia conforme cultura, época e costumes de um povo, uma sociedade. À privacidade deve-se proteção, em relação ao Estado ou a particulares, que por algum determinado interesse podem “perfurar” a barreira entre o público e o íntimo do indivíduo (Nascimento, 2009, ps. 23-24).

Em 1953 uma teoria chamada de Teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada ou Teoria das esferas da personalidade elaborada mais detalhadamente pelo alemão Heinrich Hubmann ganhou relevância sendo divulgada no Brasil por Elimar Szaniawski adotada pela doutrina minoritária.

Posteriormente, a teoria seria revisitada por Heinrich Henkel (1957) que determinaria a posição majoritária da doutrina (Di Fiori, 2012, p. 2) A teoria dos Círculos Concêntricos, consiste em 3 círculos concêntricos (um dentro do outro). Nestes círculos, dividiu-se a esfera da

---

inabalável direito humano à privacidade foi prejudicado e foi tema de debate internacional. O que está em questão se o direito à privacidade pode coexistir com a capacidade atual das agências governamentais de descobrir, acessar e analisar todos os detalhes da vida de uma pessoa em qualquer lugar no mundo. Uma grande questão atualmente diz respeito à se o direito à privacidade deve ser revogado ou não, como parte do contrato social, para reforçar a defesa contra ataques ou atos terroristas.

vida privada do ser humano em 3 círculos. A classificação de Heinrich Hubmann deu-se em: privacidade (esfera externa), segredo (esfera intermediária) e intimidade (esfera interna) (Gomes, 2008, p. 20).

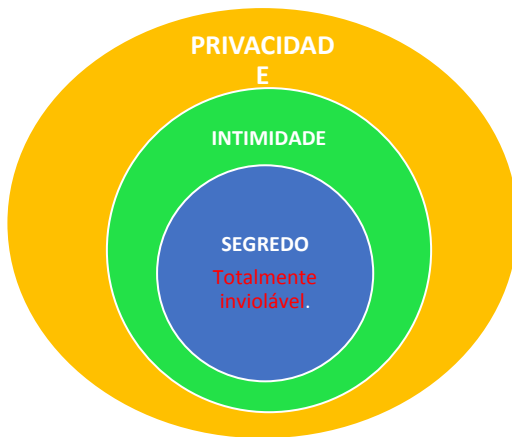
Em 1957, Heinrich Henkel também deu forma tripartida da teoria dos círculos concêntricos. O autor alemão dividiu a vida privada (em sentido amplo) em: o círculo da vida privada em sentido estrito, o círculo da intimidade e, por sua vez, o círculo do segredo. Já este entendimento majoritário, foi difundido no Brasil por Paulo José da Costa Junior (Di Diori 2012, p. 2).

A privacidade é a camada mais externa, onde as relações interpessoais são rasas, mais superficiais, não se tem o amplo conhecimento da vida da outra pessoa. Esta esfera de privacidade, conforme Tércio Sampaio Ferraz Junior (Nascimento apud Ferraz Junior, 2009) é uma situação de convivência com os outros indivíduos, excluindo terceiros que não representam nenhum tipo de relação mais próxima (Nascimento, 2009, p. 26).

Na vida privada há interesse público, onde algumas circunstâncias do ser humano são relevantes para a comunidade. Onde o acesso à vida privada não perde a condição de íntimo, nem de privacidade devido ao conhecimento de alguns aspectos. O acesso ao público é restrito, mas sendo plausível de ingresso em caso de interesse público, por exemplo, pois é o menor grau de privacidade entre as três esferas. Um exemplo disto é a quebra do sigilo de ligações telefônicas (pelo Poder judiciário e por CPI) (Di Fiori, 2012, p. 3).

A intimidade, esfera intermediária, destina-se a proteger as relações mais íntimas, mas não secretas, nas quais se mantém um sigilo mais profundo, onde não há a necessidade de conhecimento de outrem e nem se quer a divulgação de determinados acontecimentos em sua vida (Nascimento, 2009, p.). Diz-se que “a esfera íntima protege a pessoa inteiramente, ficando a mesma intocável aos olhos e ouvidos do público” (Szaniawski, 2005, ps. 357-358).

Tabela 4. Esferas de Proteção de Heinrich Hubmann



O fato de a pessoa depor fatos íntimos a amigos não significa que as informações perdem sua intimidade, não transportando da esfera da intimidade para a esfera da vida privada. O que ocorre é a aproximação de terceiros a um conhecimento concreto da intimidade ou da privacidade (Gomes, 2008 apud Delgado, 2005, ps. 24-26).

Nesta esfera intermediária está protegido o sigilo domiciliar, profissional e algumas comunicações telefônicas. Esta camada engloba informações mais restritas sobre o indivíduo, informações que são compartilhadas com poucas pessoas, ou seja, apenas de seu ambiente familiar, amigos mais íntimos, ambiente profissional por necessidade (Di Fiori, 2012, p. 4). É uma tarefa árdua diferenciar os conceitos intimidade e vida privada, pois trata-se de aspectos subjetivos do homem, além de serem passíveis de mutação devido às influências culturais, religiosas, políticas, entre outras, em determinada época na qual vive-se (Sampaio, 2006).

O jurista José Adércio Leite Sampaio (2006) salienta que a diferença entre esses dois conceitos baseia-se na abrangência do círculo de conhecimento, ou seja, o número de pessoas quem tem posse a determinada informação. Fato íntimo está ligado a um conhecimento próprio do indivíduo e revelado apenas a um pequeno grupo de pessoas. Já um fato no qual ultrapassa esses limites, mas não é explícito ao público em geral, é considerado privado (Nascimento, 2009, p. 27).

O segredo é a camada mais profunda, onde estão guardadas as informações mais íntimas do ser humano, geralmente não compartilhadas com outros indivíduos. Exemplificando, a opção sexual, religiosa e/ou política (Di Fiori, 2012, p. 4).

Percebe-se do exposto que quanto mais íntima a interferência de terceiros dentro da vida privada de uma pessoa maior é a afronta ao direito de personalidade e conseqüentemente maior o dano causado por outrem. Quanto mais profunda for a invasão na escala da privacidade, maior o dano e maior será a repressão/proteção.

Portanto, conclui-se que a mera tentativa de extrair elementos de prova de searas inacessíveis para serem utilizadas em investigações penais, tomou novo rumo a partir do mundo digital, este que é gerido pelas exposições nas redes sociais, bem como pelas facilidades de intromissão na rede, estas que dificultam a ponderação de interesses a medidas protetivas a privacidade.

No que tange ao recolhimento e produção da prova digital, observa-se que é nítida a preocupação dos agentes estatais em recolher as provas advindas de cibercrimes, uma vez que se coloca em cheque muitas vezes a preservação dos direitos a intimidade e privacidade.

A título de exemplo, podemos citar uma situação hipotética de busca de um tablete de um sujeito qualquer, por uma autoridade policial de forma sumaria. Neste caso, infere-se que o agente estatal pode acessar todo e qualquer tipo de dados inserido no dispositivo eletrônico, estes que podem ir desde fotos, exames, simbologias até indícios efetivos de condutas de relevância para configurar autoria e materialidade de um delito hipotético.

Destarte, é necessário definir a partir da abordagem policial alguns pressupostos, como por exemplo: como seria a forma de acesso a essas informações? Qual seria a compatibilidade do acesso a esses dados com o regime jurídico de proteção aos direitos fundamentais? Qual seria o efeito de tal atitude para valoração das provas?

Se mudássemos de perspectiva, e tivéssemos a autorização judicial para a realização de uma

busca apreensão, por exemplo, deveríamos seguir outras estratégias para se atingir os dados, a saber: Qual dado seria possível retirar do dispositivo? A decisão que autorizou a busca me permite acessar mais do que seja necessário para investigação/processo criminal?

É fato, que todas essas respostas deveriam ser respondidas pelos dispositivos legais, porém, não é o caso do Brasil, que não possui em seu ordenamento respostas objetivas, deixando nas mãos dos magistrados, que não possuem, na maioria das vezes, conhecimento técnico sobre as provas digitais, o tratamento que devem receber as provas digitais.

Portanto, insta salientar que todo e qualquer elemento digital relacionados a intimidade e privacidade devem ter um tratamento diferenciado na sua produção e recolhimento.

#### IV. Conclusão

A partir desta breve análise, podemos concluir que toda problemática relacionada a prova digital no processo penal e seus efeitos colaterais na preservação dos direitos fundamentais estão relacionadas principalmente:

a) As características intrínsecas das provas digitais que dificultam seu recolhimento e eventual produção;

b) A linha tênue existente na ponderação de interesses no que tange a produção de provas digitais e a preservação de direitos fundamentais como a privacidade e intimidade;

c) A falta de normas que possam regular e auxiliar operadores do direito a recolher, preservar e produzir esse tipo de prova, de maneira proporcional sem violar direitos fundamentais;

d) A grande facilidade/probabilidade de se obter provas ilícitas a partir das provas digitais e;

e) A grande exposição gerada pelas redes sociais que acabam prejudicando a preservação da intimidade e privacidade dos indivíduos, deixando-os mais vulneráveis a intromissões.

#### V. Referências

ANDRADE, Manuel da Costa, “Sobre as Proibições da Prova no Processo Penal”, Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2015, 1ª ed.

BARBERÁ, Juan Climent, “La justicia penal em la internet, Territorialidad y competencias penales”, *Cuadernos de derecho judicial*, 10, 2001.

BARROSO, Luís Roberto, “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2015, 5ª ed.

CASEY, Eoghan, “Digital Evidence and Computer Crime. Forensic Science, Computers and the internet”, Ed. Academic Press is na imprint of Elsevier, Boston, 2011, Third Edition.

CORREIA, João Conde, “Prova digital: as leis que temos e a lei que deveríamos ter”, *Revista do Ministério Público*, 139 (julho-setembro de 2014), ps. 29-70.

DI FIORE, Bruno Henrique, “Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica”, 2012. Acesso em: 16 de abr. de 2014.

NASCIMENTO, Aline Tiduco Hossaka Mollette, “Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV e sua proteção no ambiente de trabalho”, Curitiba, 2009.

PINTO, Paulo Mota, “A proteção da vida privada e a Constituição”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 76, Coimbra, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar, “Direitos de Personalidade e sua tutela”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

SYDOW, Spencer Toth, “Crimes Informáticos e suas vítimas”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2013.

VIANNA, Túlio Lima, “Fundamentos de Direito Penal Informático. Do acesso não autorizado e sistemas computacionais”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003.

# Implicações do uso do *big data* no exercício jurisdicional penal brasileiro

POR NARA CRISTINA E SILVA REZENDE (\*) Y RENATO WATANABE DE MORAIS (\*\*)

**Sumario: I. A segurança começa onde acaba a privacidade.— II. Analisando dados.— III. A culpabilidade conforme o Código Penal Brasileiro: direito penal do autor e do fato.— IV. Seriam os algoritmos preconceituosos?— V. Conclusão.**

## Resumo

O modo como os indivíduos se relacionam é permanentemente monitorado atualmente. Os dados são armazenados em grandes bancos que calculam os padrões comportamentais dos cidadãos por meio de algoritmos. Trata-se, pois, do *big data*, que pode ser usado por empresas para mudar o relacionamento com seus clientes. As preferências dos consumidores definem não apenas a abordagem para cada produto, mas também os transformam em valiosas mercadorias de informações. Isto posto, observa-se o *big data* servindo para outros propósitos. Na China, ele é utilizado tanto na padronização das relações entre particulares como meio de controle por parte do Estado. Câmeras de segurança são capazes de criar um cenário de vigilância permanente e o Estado classifica qualquer pessoa de acordo com seus costumes, lugares frequentados e até mesmo jeito de andar. Nos Estados Unidos, penas altas são justificadas pelas informações pessoais do condenado e até de pessoas que fazem parte do seu círculo social. Buscar-se-á discutir os riscos do uso das tecnologias de informação como ferramentas decisórias auxiliares pelo Poder Judiciário brasileiro. Ainda que um Direito Penal minimamente democrático seja pautado no Direito Penal do fato, em várias passagens do ordenamento jurídico as características dos indivíduos são determinantes para aplicação da sanção penal. To-

mem-se como exemplos o Código Penal, ao tratar da dosimetria da pena, e a Lei 11.343/2006, na distinção do usuário do traficante de entorpecentes. Se a inteligência artificial ainda não evoluiu a ponto de tomar decisões, mas apontar soluções pré-definidas em critérios preestabelecidos, a partir do momento em que há interação humana as informações implantadas sofrem o crivo dos vieses de quem as insere. Esse cenário, num país marcado por profundas diferenças sociais, sobretudo em desfavor da população negra, é catastrófico, principalmente por legitimar o racismo institucional na suposta neutralidade da análise dos dados.

## Abstract

The way individuals interact is constantly monitored nowadays. Their data are stored in large banks that calculate behavioral patterns through algorithms. It is the big data, used by companies to change the relationship with their customers. Consumer preferences analytics define not only the approach to each product but also transform them into valuable information goods. Regardless the big data also serves for other purposes. In China, it is used both in the standardization of relations between individuals as a means of social control by the state. Security cameras creates a permanent surveillance scenario and the state classifies anyone according to their behavior, places frequented and even the way of walking. In the United States, high sanctions are justified by the convicted personal information and even by his or her social circle data. This paper aims to discuss the risks of information technologies usage as decision-making auxiliary tool by the Brazilian

(\*) Graduanda em Direito. Licenciada e Bacharel em Letras pela Universidade de São Paulo.

(\*\*) Bacharel e Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito da Universidade Santo Amaro e da Universidade Brasil - Unidade Suzano/SP.



Judicial Branch. Although a minimally democratic criminal law is based on criminal law of fact, in several passages of the legal system the characteristics of individuals are decisive for the application of the criminal sanction. Take as examples the Penal Code, when establish the penalty dosimetry rules, and Law 11.343/2006, that distinguishes the user from the drug dealer. If the artificial intelligence has not yet evolved to the point of making genuine decisions, but to point out pre-defined solutions in a pre-established criterion, since there is human interaction the implanted information undergoes the biases of those who insert them. In a country marked by deep social differences, especially in disfavor of the black population, this scenario is catastrophic, mainly for legitimizing institutional racism thanks to the supposed neutrality of data analysis.

### **I. A segurança começa onde acaba a privacidade**

Com algum destaque, a imprensa brasileira noticiou a primeira apreensão de uma pessoa com o auxílio de um avançado sistema de reconhecimento facial. Um rapaz de 19 anos, que estava com um mandado de prisão expedido, tentou, fantasiado de mulher, ingressar em um dos blocos de carnaval da cidade de Salvador, na Bahia. Uma das câmeras de vigilância de alta definição, então recém instalada para aumentar a segurança dos foliões, conseguiu individualizar seu rosto, colhendo informações em tempo real sobre suas feições e expressões. Esses dados foram automaticamente encaminhados para um algoritmo vinculado a um banco de dados da polícia e constatou uma porcentagem de semelhança suficiente para avisar os agentes de segurança (1). De acordo com uma das fontes locais, mais de 18 milhões de reais foram investidos somente em softwares de reconhecimento facial, além dos valores relativos à logística, treinamento de pessoal e equipamentos como câmeras e drones (2).

---

(1) "Salvador registra primeira prisão por reconhecimento facial", *Correio 24 Horas*, 2019. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/salvador-registra-primeira-prisao-por-reconhecimento-facial/>. Acesso em 25 de jul. de 2019.

(2) "Câmeras de reconhecimento facial vão ajudar a identificar criminosos no Carnaval", *Correio 24 Horas*,

Sem qualquer surpresa, observou-se grande parte da cobertura jornalística a tentar impressionar o público com aquela que seria a mais moderna ferramenta de combate ao crime. Imagens em alta definição, números e porcentagens na tela aliados a efeitos computadorizados que ajudavam a criar uma atmosfera de ficção científica para o assunto.

Pouco se falou sobre eventuais contrapartidas. O assombro misturado com a admiração de uma tecnologia que só se via em filmes se massificando, em prol do utópico fim da criminalidade, vendeu a sensação de progresso humano e de eficácia estatal.

### **II. Analisando dados**

As câmeras de vigilância conseguem identificar centenas de pessoas num curto espaço e todas essas imagens geram uma grande quantidade de dados, que precisam, de alguma forma, ser depurados e individualizados para que seja possível a extração de alguma informação relevante. É certa, porém, pelo grande volume de dados gerados, a impossibilidade de verificação por um agente humano de cada pessoa observada pela câmera.

Essa problemática começará a ter relevância no início do século XXI, mas em aplicações diversas. A astronomia e a genômica foram as primeiras ciências a experimentarem essa explosão de informações. Assim, cunharam o termo big data, em face da dificuldade que os próprios computadores tinham em lidar com tantos bytes gerados. Logo, a mudança quantitativa de dados precisou ser acompanhada de uma mudança qualitativa. Surgiu a necessidade da criação de métodos de leitura que dinamizassem a análise dos números gerados (3).

O uso de métodos algorítmicos foi a maneira encontrada para descobrir respostas legíveis. A

---

2019. Disponível em <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/cameras-de-reconhecimento-facial-va-ajudar-a-identificar-criminosos-no-carnaval/>. Acesso em 25 de jul. de 2019.

(3) MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor - CUKIER, Kenneth, "Big Data: A revolution that will transform how we live, work and think [digital]", Ed. Eamon Dolan, Nova Iorque, 2013, pos. 7 de 109.

massificação dos meios informáticos faz com que o conceito de *big data* e o uso de algoritmos migrem para outras áreas do comportamento humano.

Big data se refere a coisas que podem ser feitas em larga escala que não podem ser feitas de outro jeito, extraindo novos discernimentos ou criando formas de valor, de maneira a modificar mercados, organizações, o relacionamento entre cidadãos e governos e assim por diante (4).

O conceito propriamente dito de *big data* não é consensual. Isso porque sua composição e suas referências ainda não foram bem delimitadas por quem o pesquisa. Certo é que suas características podem ser condensadas em cinco conceitos, sendo eles volume, variedade, velocidade, veracidade e valor.

Diz-se do volume pela grande quantidade de dados gerados e trabalhados. Suas fontes são variadas e seus conteúdos não necessariamente são correspondentes, o que aumenta a complexidade da análise. Esta, por sua vez, precisa ser veloz, já que o input por si é inútil se não for depurado. Outro cuidado que se deve cuidar é a fidedignidade desse conteúdo. Há de se questionar em que medida as fontes são confiáveis e qual seu índice de confiança. Ao final, toda a leitura dos dados deve trazer uma informação útil. O grau de “utilidade”, ou seja, quais conclusões podem ser alcançadas, quais medidas podem ser adotadas, assim por diante, define o valor do big data criado (5).

Daí surge um dos dilemas a respeito do uso de dados. A partir do momento que algo adquire valor, há o potencial de acumulação de capital e a possibilidade de seu enviesamento para atingir algum fim em específico. O valor pode ser monetizado ou, ainda que não adquira valor financeiro, pode ser direcionado a um motivo (6).

---

(4) Ob. cit., pos. 8 de 109.

(5) Cf. HILBERT, Martin, “Big Data for Development: A Review of Promises and Challenges”, Development Policy Review, Overseas Development Institute, n. 34[1], ps. 135—174.

(6) ZUBOFF, Shoshana, “Big Other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization”, Journal of Information Technology, 30, 2015, p. 78.

Desta forma, há de se ter especial atenção quanto à metodologia utilizada para o colhimento e depuração desse grande banco de dados. Observa-se o fenômeno da “datafication”, princípio epistemológico em que o conjunto de dados coletados se torna Verdade, portanto, única e universal. Se Crátilo, personagem do diálogo de Platão, como lembra Sadin, foi por séculos desacreditado por defender uma correlação direta e acrítica entre as palavras e seus objetos, no século XXI, assiste-se à naturalização desse movimento quanto ao big data. Sua confiabilidade é respaldada pelo grande volume de informações geridas, pela complexidade da análise e pela aparente neutralidade conferida pelos números (7).

Volta-se, agora, ao propósito inicial da digressão. Ao se discutir sobre o uso de dados em políticas públicas, em última análise, está-se a se afirmar pelo uso de números para legitimar a privação de liberdade de indivíduos. Ora, se há a crença na integridade das informações apresentadas, a despeito de qualquer eventual falha metodológica, o magistrado se encontra em posição menos incômoda quando de sua decisão. Como será discutido adiante, num Direito Penal democrático —partindo do pressuposto da sua viabilidade— a justificativa pela prisão deve estar ancorada em requisitos objetivos e explícitos como forma de evitar qualquer espécie de perseguição individual ou social. Mas, se a ordem se justificar num ente acima de qualquer crítica, logo a repressão estará além de escolha judicial. Nada poderá fazer o juiz salvo reforçar a reprovabilidade da conduta do agente, já que os dados obrigam a tanto.

Retoma-se o caso das câmeras de vigilância. Em maio de 2019, a Universidade de São Paulo anunciou o desenvolvimento de novas técnicas de reconhecimento facial. Seria possível identificar um indivíduo ainda que ele estivesse mais velho, em poses variadas ou em movimento —mesmo que o teste tenha sido realizado com imagens estáticas— ou com o uso de adereços. Tal pesquisa teria conseguido índice de acerto de 96,8% (8). A leitura fria da porcentagem faz

---

(7) SADIN, Éric, “La Vie Algorithmique: critique de la raison numérique”, Ed. L’échappée, Paris, 2015, p. 59.

(8) Pesquisa desenvolve técnicas mais eficientes de reconhecimento facial. Jornal da USP, 2019. Disponível em [https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-exatas-e-da-](https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-exatas-e-da)

acreditar estar-se próximo da certeza, contribuindo, assim, para o cumprimento de mandados de prisão, como mostrado no início deste trabalho, ou mesmo para reforçar algum dos parâmetros definidores da culpabilidade do art. 59 do Código Penal como será abordado. Todavia, quando se estende o resultado numa amostragem de milhões de pessoas percebe-se que está a se falar em milhares de pessoas reconhecidas equivocadamente. Isto num sistema que, em tese, possui um índice de acerto acima daqueles já atualmente implementados.

São vários os métodos utilizados para reconhecimento de faces. Em regra, podem-se ser apresentados quatro principais: baseados em conhecimento, em características invariantes, em templates e em aparência (9).

Em resumo, aqueles baseados em conhecimento importam em técnicas de detecção de faces que utilizam alguma base de regras estabelecida partindo de uma ideia prévia sobre o objeto a ser analisado, ou seja, define-se uma face de acordo com parâmetros estabelecidos pelo criador do algoritmo. Mas, com alta taxa de ingerência humana, o método se encontra perene a vieses de quem o utiliza. Já os métodos baseados em características invariantes são aqueles em que o algoritmo busca um rosto de acordo com traços invariáveis de determinada face, como cor da pele e posição dos olhos, pouco importando sua posição.

O método baseado em *templates* é caracterizado pela comparação. Cria-se um paradigma geométrico e tudo o que se encaixar neste molde é dado por positivo. Por fim, a metodologia por aparência é aquela em que não há intervenção externa. Baseada em *machine learning*, a detecção não sofre influência externa inicial. O próprio algoritmo colhe dados, cria um padrão por repetição. Se num primeiro momento este

sistema é o que aparenta menor grau de envio, este risco não é menor, pois fica totalmente dependente do *input* do ambiente em que foi instalado.

Em todos os meios apresentados, portanto, observa-se a probabilidade de distorção dos dados produzidos e a produção de resultados que não condizem com a realidade. No entanto, se a tendência de uma crença cega na analítica gerada perdurar, não haverá somente impacto na detecção errônea de pessoas, senão também na própria noção de culpabilidade do agente enquanto grau de reprovabilidade.

### III. A culpabilidade conforme o Código Penal Brasileiro: direito penal do autor e do fato

“O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro”(10).

Ora, partindo do entendimento acima, observa-se que, desde Beccaria, é fundamental, para que raciocínios valorativos genéricos não sejam feitos em demasia, que a lei contenha as normas incriminadoras de maneira objetiva, limitando a coação estatal. Segundo Bitencourt (11), para a prática efetiva do princípio da legalidade, o legislador deve ser diretivo, evitando, assim, ambiguidade na interpretação da lei. Não há lugar para palavras vagas ou genéricas. Não obstante, temos neste ponto um dilema. Pensando que a ciência jurídica aceite algum grau de indeterminação, permitindo muitas vezes que mais de uma interpretação seja feita, qual seria o desafio do legislador? A resposta está no equilíbrio quando da redação das normas:

Na verdade, uma técnica legislativa correta e adequada ao princípio da legalidade deverá evitar ambos os extremos, quais sejam, tanto a proibição total da utilização de conceitos normativos gerais como o exagerado uso dessas cláusulas

terra/pesquisa-desenvolve-tecnicas-mais-eficientes-de-reconhecimento-facial/. Acesso em 25 de jul. de 2019.

(9) LOPES, E. C. - FILHO, J. C. B., “Detecção de Faces e Características Faciais”, [S.l.]: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul — PUCRS, Programa de Pós-Graduação em Ciência da Computação, 2005. Relatório Técnico número 45. Disponível em: <http://www.pucrs.br/facin-prov/wp-content/uploads/sites/19/2016/03/tr045.pdf>. Acesso em 25 de jul. de 2019.

(10) BECCARIA, Cesare, “Dos delitos e das penas”, Ed. Hemus, São Paulo, 1983, p. 17.

(11) BITENCOURT, Cezar Roberto, “Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, 17ª ed.

gerais valorativas, que não descrevem com precisão as condutas proibidas. Sugere-se que se busque um meio termo que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como gravemente censuráveis, de um lado, e o uso equilibrado das ditas cláusulas gerais valorativas, de outro lado, possibilitando, assim, a abertura do Direito Penal à compreensão e regulação da realidade dinâmica da vida em sociedade, sem fissuras com a exigência de segurança jurídica do sistema penal, como garantia de que a total indeterminação será inconstitucional (12).

Mesmo no século XVIII, Beccaria já vislumbrava que, sem a presença de uma lei clara, as chances de ocorrerem explicações arbitrárias por parte das autoridades, “geralmente com intenção dolosa”, seria imensa, e os cidadãos estariam sujeitos à tirania covarde e a arbitrariedade na aplicação das penas. Seria, então, um texto subjetivo ou de interpretação, por vezes, extensiva embutido de segurança jurídica? Vemos na atualidade, notadamente na legislação brasileira, em especial quando se observa a redação do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, uma proximidade com o conceito de direito penal do autor.

O juiz atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, à circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...).

Ao usar termos como “conduta social” e “personalidade do agente” a redação do artigo corrobora a ideia do direito penal do autor porquanto o estado, enquanto ente pretensamente legitimado a exercer a força, seria apenas um signo para sancionar um indivíduo que, segundo os operadores do controle social formal, deveriam ser punidos, eis que enraizados de pecados penais, segundo o viés valorativo subjetivo acima mencionado. Poderia, então, o juiz acrescentar à prova colhida alguns dados particulares do praticante do delito. Com o uso da tecnologia da informação, há o risco de cada vez

mais moradores de bairros periféricos, negros, profissionais liberais e autônomos, reincidentes em crimes, ainda que não como incurso nos mesmos tipos penais de outrora (ou seja, ainda que não reincidentes especificamente), serem severamente sentenciados de acordo com seus dados pessoais e com a comparação deles a um banco de dados, como se verá adiante.

A questão é saber em que escala isso pode ocorrer. Afinal, quando o uso de expressões como as acima citadas são apresentadas na própria legislação há uma clara legitimação de sentenças que extrapolam o caso concreto —distanciando-se do direito penal do fato e, portanto, excedendo a prática delituosa. Diante do refletido acima, forçoso explanar sobre o conceito de direito penal do autor e direito penal do fato.

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (13) ensinam que, para as teorias do direito penal do autor, a conduta criminosa seria apenas uma lente que permite ver onde está o real desvalor do delito; na característica pessoal do autor. Assim, chegar-se-ia ao raciocínio de que a essência da prática delitiva residiria numa inferioridade moral, biológica, psicológica ou social, sendo certo que o big data poderia servir para o propósito de classificar os cidadãos, justificando, assim, o delito como um sintoma de uma característica particular do acusado.

Já direito penal do fato abarca a ideia de que os conflitos são produtores das lesões jurídicas e provocados por práticas humanas autônomas (ente responsável/pessoa). Tal conduta humana pode, pois, ser censurada na medida da culpabilidade de quem atuou. Conforme nos lembram os autores:

isso faz a pena retributiva converter-se numa pena preferentemente dedicada aos tabus, razão pela qual não é possível legitimá-la a partir da ética. Entretanto, ao incluir a retribuição jus-privatista em sua proposta, ele tem inquestionáveis vantagens sobre o anterior. Assim sendo, exige que os conflitos se limitem aos provocados por

---

(13) ZAFFARONI, Eugenio Raúl - BATISTA, Nilo - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, “Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal”, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 2003.

(12) Ob. cit., p. 92.

ações humanas (*nullum crime sine conducta*), exige uma estrita delimitação dos conflitos na criminalização primária (*nullum crime sine lege*) e exige que a culpabilidade pelo ato constitua o limite da pena (*nullum crime sine culpa*) (14).

Nesse sentido, o direito penal do fato se aproxima de um direito mais democrático justamente porque as agências jurídicas que o assume decidem com menos irracionalidade, quicça subjetividade e violência, que as demais. Afinal, a conduta humana tipificada na legislação é preponderante à característica do autor.

Toma-se, neste momento, por mero exemplo, alguns trechos de uma denúncia ofertada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da suposta prática de tráfico de entorpecentes (15):

Consta dos inclusos autos do inquérito policial que (...) [o indiciado] trazia consigo, para fins de comercialização, fornecimento e entrega a consumo de terceiros, drogas, consistentes em 05 (cinco) porções de maconha (...), 46 (quarenta e seis) invólucros de cocaína (...), e 21 (vinte e uma) pedras de crack (...).

Segundo o apurado, na data dos fatos, policiais civis realizavam diligências no local dos fatos, haja vista se tratar de um lugar de sabida atividade de tráfico de drogas, e visualizaram o indiciado parado em uma viela em atitude suspeita. Desse modo, deliberaram por abordá-lo. Em vistoria ao local, foi encontrada, oculta sob um pedaço de madeira próximo ao indiciado, uma pochete, na qual haviam (*sic*) drogas (...).

Interrogado sobre os fatos, o denunciado disse que fumava um baseado (...).

A redação desta manifestação do Ministério Público é sintomática de como o Direito Penal brasileiro se afasta de pilares mínimos de uma experiência democrática, caso se entenda pela possibilidade de conciliação de ambos. Partin-

do, assim, dos pressupostos teóricos dos princípios da igualdade e da legalidade, natural a compreensão de que será autoritário e ilegítimo o aparato repressivo que não se encontra em consonância com o chamado Direito Penal do fato. Isto porque a violação de bens jurídicos, merecedora de uma severa punição, ocorre por condutas praticadas e não por pessoas. Explica-se: está-se a se falar de uma conduta humana em que se encontra nexo de causalidade com o resultado proibido previsto na norma penal, mas o que motiva a aplicação da sanção criminal é a existência da ação ou omissão realizada intencionalmente por um ser humano e não ele por si.

Ao analisar o tipo penal do tráfico de entorpecentes, observa-se que o denunciado aqui exemplificado não estava incorrendo qualquer dos núcleos verbais do artigo (16). Ainda que a redação afirme “trazia consigo” o restante da denúncia não corrobora tal narrativa. Observa-se que, respeitando o fato como descrito, a única conduta praticada pelo indivíduo foi uma inconclusa “atitude suspeita” e que policiais civis decidiram realizar diligências por ser localidade conhecida —e o Promotor não especificou por quem nem por quais motivos— pela mercancia.

Não se trata ainda de condenação, mas apenas o início da relação jurídica processual. Entretanto, há de se salientar que ela somente seria possível se houvesse justa causa para a oferta da peça inicial, ou seja, indício suficiente de autoria e prova da materialidade da conduta. Se, como visto, o agora acusado não estava incorrendo em nenhuma das ações ou omissões previstas no artigo, logo, estar-se-ia diante da atipicidade da conduta. Imperativo, portanto, o pedido de arquivamento do inquérito policial.

É certo que, neste exemplo, pelos argumentos apresentados, o juiz ainda pode proferir sentença absolutória. Contudo, analisando a com-

(14) Ob. cit., p. 134.

(15) Peça acusatória constante nos Autos de n. 1507896-54.2019.8.26.0228, cujo trâmite se encontra na 13ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

(16) Lei 11.343/2006, art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.



posição da população carcerária brasileira (17) e observando o conteúdo das condenações nos bancos de sentenças dos diversos sítios dos Tribunais do Brasil, ao realizar um exercício de futurologia, o cenário que se vislumbra não é positivo para a defesa da liberdade.

A adoção de medidas que se aproximam de um Direito Penal do autor não se explica somente pelo viés punitivista de parte dos membros da magistratura ou da procuradoria. A própria redação legal, como visto acima, permite que se puna o indivíduo pela sua vida, e não pelos atos praticados. Veja-se a redação do §2º do art. 28 da lei 11.343/2006, que visa a diferenciar o usuário do traficante:

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (grifos nossos).

Ou seja, trata-se de critério subjetivo em que o julgador preencherá seu conteúdo conforme lhe julgar conveniente (18).

---

(17) Dados de julho de 2019 do Conselho Nacional de Justiça registram mais de 812 mil presos no Brasil. Número ainda impreciso já que Estados como São Paulo e Rio de Janeiro não tinham ainda enviados os dados consolidados. Esse número ainda não leva em consideração aqueles que estão em monitoramento eletrônico, nem em prisão albergue domiciliar. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em 25 de jul. de 2019. Os últimos dados consolidados datam de 2016, quando o sistema carcerário contava com mais de 726 mil pessoas. Dessas, 64% eram negros ou pardos, demonstrando clara hiperrepresentatividade desse marcador social, num país em que 54% assim se autodeclararam. Disponível em [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br). Acesso em 25 de jul. de 2019.

(18) Pesquisa realizada pela agência Pública ([apublica.org.br](http://apublica.org.br)) indica que os negros são mais condenados por tráfico, e com menos droga, em São Paulo. Levantamento analisou quatro mil sentenças de tráfico em 2017. A título de exemplo, em média, o negro é condenado por tráfico de entorpecentes quando apreendido 136,5g de maconha. O branco, por sua vez, para deixar de ser usuário aos olhos do judiciário paulista precisaria de, em média, 482,4g da substância. Disponível em <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>. Acesso em 25 de jul. de 2019.

Uma vez não existindo regulamentação suficiente sobre o uso de dados, e levando-se em consideração a abertura que a própria legislação penal concede ao magistrado, nada impede que o uso de dados pessoais coletados não possa servir de motivação suficiente para o recrutamento na dosimetria da pena.

#### IV. Seriam os algoritmos preconceituosos?

É comum a afirmação de que a popularização da internet no dealbar do século XXI, sobretudo com a diminuição do preço dos serviços móveis, modificou a forma como as pessoas se comunicam. É certo, porém, que a mudança não se deu somente na camada comunicativa da sociedade, mas na cognição do indivíduo da faceta da realidade que lhe é apresentada.

O ser humano, por razões evolutivas de sobrevivência, quando da tomada de decisões a curto prazo, opta por aquilo que lhe traz menor gasto energético, ou seja, pelo meio menos complexo de alcançar determinado fim. A escolha pelo caminho mais fácil não é propriamente racional, mas característica atávica (19).

Numa realidade em que a coleta de dados pessoais é uma constante, implica esta particularidade na abdicação de parte de sua privacidade em prol da comodidade. Ao tornar parcela da vida pública, recebe-se uma contraprestação que nem sempre é proporcional à importância cedida (20). Tal reflexão se mostra visível quando os dados são fornecidos de forma ativa, ou seja, o próprio

---

(19) Cf. CHEVAL, Boris - BOISGONTIER, Matthieu P., “Avoiding sedentary behaviors requires more cortical resources than avoiding physical activity: An EEG study”, *Neuropsychologia*, vol. 119, Ed. Elsevier, Amsterdã, out. 2018, ps. 68-80.

(20) Sobre o assunto, afirma Fernanda Bruno: “No rastro moderno destes dispositivos encontramos princípios arquitetônicos, jogos de luz e contraluz, procedimentos disciplinares, hermenêuticos, terapêuticos. (...) Rastro que remete, portanto, a dois importantes vetores do regime de visibilidade moderno, com implicações fundamentais para a subjetividade: a disciplina e o espetáculo. Estes dois vetores renovam-se hoje, envolvendo outras táticas do ver e do ser visto, com diferentes repercussões sobre a subjetividade tanto nos circuitos de controle e segurança quanto nos circuitos de prazer e entretenimento” (cf. “Máquinas de Ver, Modos de Ser: vigilância, tecnologia e subjetividade”, Ed. Sulina, Porto Alegre, 2013, p. 53).



titular entrega para o operador informações suas. Assim, concedem-se todos os contornos faciais, por exemplo, possibilitando uma prospecção algorítmica da idade, do estilo de vida, dos gostos pessoais, em troca de uma projeção de realidade aumentada com orelhas felinas.

Certo é que, a médio e longo prazo, o escambo realizado entre o usuário e quem fornece o serviço é altamente desproporcional. Um valioso ativo no atual estado de coisas da economia é o dado pessoal, que permite direcionar qualitativamente e quantitativamente as informações a serem consumidas, bem como quais produtos serão ofertados. Deixa-se de ser consumidor para se tornar produto, limitando ainda mais seu poder de escolha.

Este pensamento aparece de forma menos evidente quando se pensa em novos mecanismos de controle social. Da mesma maneira que as grandes empresas se valem do *big data* para maximizar seus lucros, o Estado pode utilizar o volume de dados gerado para direcionar sua política criminal. E, neste caso, mais uma vez, observa-se uma mutação. De cidadão, o indivíduo passa a ser objeto de controle, logo, também sem privacidade.

O exemplo mais conhecido de estratégia de política criminal é o crescente uso de câmeras de vigilância nos centros urbanos, embora haja outros mecanismos igualmente presentes, como a biometria, o reconhecimento de tatuagens, drones, leitores automáticos de placas de carro. Na China, identifica-se a pessoa também pelo jeito de andar. Somado a outros dados, cria-se um rating que avalia quem são bons cidadãos (21). Não obstante, não se pode olvidar que mesmo dados colhidos por particulares podem ser compartilhados com governos (22).

Bebendo das fontes da Lei e Ordem, equipara-se segurança pública com monitoramento

---

(21) “A China já pode identificar seus cidadãos só pela forma de andar”, El País, 2018. Disponível em [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/10/politica/1541853964\\_264737.amp.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/10/politica/1541853964_264737.amp.html). Acesso em 25 de jul. de 2019.

(22) A título de exemplo, pode-se citar corriqueiros escândalos de vazamento de dados pelo Facebook para a Agência de Segurança Nacional estadunidense.

permanente: a solução para a diminuição da criminalidade está na construção de um panóptico gigante, em que todas as atitudes são observadas não se sabe por quem nem por onde. Mesmo em espaço público, perdem-se as liberdades plenas de ir e vir e de ação. O anonimato deixa de existir graças às imagens em alta definição que podem ser ampliadas centenas de vezes, registrando o que foi feito, onde e quando.

Ao mesmo tempo, é certo que não é possível vislumbrar, ainda, que toda e qualquer rua será local de vigilância permanente. Quais são os critérios para a instalação? Se os dados produzidos forem de uma localidade em que há alto índice de notificação de delitos (não necessariamente um número real alto comparativamente), pode-se estar reforçando uma comunicação sobre as pessoas que ali se encontram e o perigo social que geram. Mesmo que cada viela tenha uma câmera, a filmagem de cada passo do indivíduo afeta sua privacidade num nível além do necessário. Em pouco tempo a prevenção de atos ilícitos pode virar o policiamento de costumes. Num Estado com dificuldades em lidar com a democracia, a perseguição política pode se tornar mais palpável, como alerta Dave Maass (23).

Inclusive quem se sente seguro, acreditando não praticar qualquer ilegalidade, poderá ser severamente prejudicado caso se entenda por sua imoralidade ou inadequação. Num cenário que se aproxima de Orwell, todos são alvos de vigilância. Logo, todos os lugares que um denunciado frequentar e as diversas pessoas com quem se relacionar serão passíveis de julgamento e poderão influenciar no poder decisório do magistrado.

Nos Estados Unidos, já se encontra o uso do *big data* para justificar uma maior pena para o condenado, comparativamente a outro senten-

---

(23) Diz em entrevista: “(...) [as pessoas] imaginam que essas tecnologias sabem quem são os criminosos. Não, elas coletam dados de todos. Você tem sua privacidade invadida porque outra pessoa cometeu um crime. (...) As pessoas controlando esses sistemas são humanas, falíveis e com interesses próprios”. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2019/05/27/tecnicas-de-vigilancia-como-identificacao-facial-ainda-sao-falhas.htm>. Acesso em 25 de jul. de 2019.

ciado por crime abstratamente menos grave. A reunião de características como índice de criminalidade da região em que mora, dados de consumo de pessoas próximas, eventuais delitos praticados por familiares, renda pessoal, e assim por diante, entrega um score que auxilia o juiz, já que são dados objetivos e, aprioristicamente, isentos de qualquer viés (24).

Lembra Evgeny Morozov que “(...) a democracia sempre teve como alicerces os pressupostos de que o nosso conhecimento do mundo é imperfeito e incompleto” (25). Não por outra razão, num direito penal minimamente democrático, a condenação somente pode se dar quando o julgador tiver certeza da culpa do acusado. Os algoritmos podem acabar com esse manejo jurídico-político, já que o rigor matemático teria o condão de eliminar qualquer dúvida do magistrado.

É certo afirmar que o algoritmo por si não é preconceituoso. Algoritmo é apenas uma fórmula matemática que entrega um resultado de acordo com o acúmulo de informações coletadas e conforme os parâmetros estipulados por quem o criou. Afirma Virginia Eubanks que “geralmente achamos que os algoritmos são neutros, mas não é assim. Os vieses são estruturais e sistêmicos, têm pouco a ver com uma decisão individual”. Seguindo na mesma esteira, Cathy O’Neil define algoritmos como “opiniões fechadas em matemática” (26). Assim, as regras que serão aplicadas para a compilação de dados, quais os resultados

que serão buscados sobre o input e quais ações e conclusões a serem adotadas, mesmo que automatizadas, apresentam um trabalho que reflete a perspectiva de mundo de quem as cria. Os critérios e a ênfase analítica podem ser modulados conforme a conveniência do programador ou com seu julgamento de necessidade, que, por vezes, pode refletir uma visão preconceituosa de determinados fatos sociais. Ainda assim, como visto, os números carregam em si a frieza suficiente para dar um caráter de neutralidade.

## V. Conclusão

Diante do refletido, interessante notar que uma disciplina, por que não dizer, tão racional e a priori afastada das ciências humanas, como a tecnologia da informação, poderia se aproximar tão rapidamente do campo do Direito. É certo, no entanto, que as reflexões sociológicas e filosóficas, essenciais às ciências jurídicas de maneira a atingir suas finalidades em campos que são falhos, infelizmente parecem estar cada vez mais distantes dos entes legitimados a exercer a força. Ganham notoriedade, entretanto, recursos tecnológicos que auxiliam a fundamentação de sentenças condenatórias, como trabalhado neste artigo, sendo certo que tal constatação nos afasta de pilares democráticos de um Estado de Direito, notadamente porque predomina o fator subjetivo, como explicado. No Direito Penal Brasileiro, o próprio ordenamento jurídico dá margem para que decisões sejam corroboradas em orientações apartadas do direito penal do fato. Afinal, as características de uma pessoa, o bairro onde ela mora, os lugares que frequenta podem, por si só, explicar uma pena? Tragicamente, as decisões e manifestações dos titulares de ações penais parecem caminhar nesse sentido.

---

(24) O’NEIL, Cathy, “Weapons of Math Destruction: How big data increases inequality and threatens democracy [digital]”, Ed. Crown, Nova Iorque, 2016, pos. 96 de 252.

(25) “Big Tech, A ascensão dos dados e a morte da política [digital]”, Ed. Ubu, São Paulo, 2018, pos. 1680 de 2475.

(26) “Quem vigia os algoritmos para que não sejam racistas ou sexistas?”, El País, 2019. Disponível em [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/18/tecnologia/1552863873\\_720561.amp.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/18/tecnologia/1552863873_720561.amp.html). Acesso em 25 de jul. de 2019.

---

gia/1552863873\_720561.amp.html. Acesso em 25 de jul. de 2019.

# El arrepentido y el colaborador premiado

## Surgimiento, regulación y práctica

POR GONZALO GUERRERO

**Sumario: I. De su creación a su regulación actual.— II. Análisis comparativo de la normativa actual.— III. La alegada afectación al principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.— IV. La normativa argentina y brasileña frente a la afectación al *nemo tenetur*.— V. Algunas conclusiones.**

El objeto del presente trabajo es principalmente analizar comparativamente el surgimiento y la regulación actual de las figuras del arrepentido, en Argentina (hoy en ley 27.304), y del colaborador premiado, en Brasil (hoy en ley 12.850) y, a partir de eso, plantear algunos lineamientos frente a las críticas que ha sufrido la figura.

Para esto, en un primer momento se estudiará brevemente la evolución que tuvo la regulación de estos institutos, tratando de establecer si fueron influidos por contextos similares, hasta llegar a la normativa presente. Luego, se desarrollará en mayor detalle la comparación de las normas actuales, que exhiben, en las leyes mencionadas, una previsión más minuciosa sobre las figuras.

A partir de este estudio comparado, se explicará brevemente una de las principales objeciones que se expusieron a estas figuras, al mostrar una tensión entre garantías penales y eficacia en la persecución de la criminalidad económica y la corrupción pública: la afectación al principio de prohibición de la autoincriminación.

Finalmente, se intentará establecer de qué forma cada uno de los regímenes permite sortear estas críticas, con el fin de determinar las conveniencias y desventajas de las distintas regulaciones.

### **I. De su creación a su regulación actual**

Tal como se ve en las legislaciones brasileña y argentina, en el derecho comparado la figura

recibió distintos nombres y tuvo amplias discusiones sobre cuál era el más acertado. Desde sus apariciones más antiguas, en las legislaciones más influyentes, como en Reino Unido y Alemania, recibió el nombre de *Queen's evidence* o testigo de la corona (*Kronzeuge*).

En Argentina se tomó el nombre de los penitentes italianos, sin perjuicio de que “arrepentidos” es indudablemente la denominación más criticada (1). El arrepentimiento parecería referirse a una cuestión moral o religiosa que excede a lo jurídico, pues lo relevante sería la información aportada por el imputado y no la posible contrición por el hecho realizado (2). Así, pese a que la definición que toma la Real Academia Española resulta aplicable (3), no puede dudarse de que el uso habitual de la voz “arrepentidos” parecería indicar un reconocimiento sobre un hecho pasado.

En la regulación brasileña, con el término de colaborador o delator premiado se acerca de una forma más sincera a lo que este instituto impli-

(1) SANCINETTI, Marcelo A., “Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de ‘Arrepentido’ y de ‘Extinción de Dominio’ (Explicaciones complementarias a la intervención del 03/08/2016 a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha)”, Buenos Aires, 16/08/2016, p. 3.

(2) DE LLANO, Hernán, “Una aproximación a la figura del arrepentido desde una perspectiva comparada. Análisis de la legislación argentina y brasileña”, RDP 2019-V-888.

(3) “Dicho de un delincuente: Que colabora con la justicia, generalmente mediante delación, a cambio de beneficios penales”.

ca en la realidad: la declaración de un imputado que aporta información que podrá traerle beneficios (4).

La aplicación de la figura —de gran trascendencia mediática y social en los últimos tiempos— se encuentra vinculada a los más recientes cambios que recibió. En Brasil, el 2 de agosto de 2013 se sancionó la ley 12.850 con la finalidad de proveer medios de investigación contra las organizaciones criminales, definiendo en dicha norma a estas organizaciones y disponiendo medios de obtención de prueba como: la colaboración premiada, la acción controlada, la infiltración de agentes, entre otros (5).

Por su parte, en Argentina se sancionó la ley 27.304 (6) que reguló en detalle la figura del “arrepentido” tanto en sus requisitos de fondo, como las normas procesales que lo reglamentan. Si bien en nuestro país la regulación se dio de forma exclusiva en una ley “del arrepentido”, lo cierto es que, tan solo dos semanas más tarde, se sancionó la ley 27.319 (7), denominada ley de “Investigación, Prevención y Lucha de delitos complejos”. En esta se modificó la previsión normativa de las figuras del agente encubierto, el agente revelador, el informante y la entrega vigilada.

Ahora bien, esto no fue novedoso, sino que los institutos ya se encontraban previstos en leyes especiales para algunos delitos en particular; lo que se hizo fue sistematizarlo, profundizar la regulación procesal —la cual era escasa— y ampliarlo a otros delitos.

Resumidamente, en Argentina, el primer antecedente del arrepentido se ve en el art. 217 del Cód. Penal, al eximir de pena al que revelare la conspiración de traición —tomar las armas contra la Nación o unirse al enemigo— antes de haberse comenzado el procedimiento. Luego, se reguló la eximición para quien denunciare el

espionaje o sabotaje previsto en la ley 13.985 (8), antes de haberlo consumado.

Más recientemente, mediante la ley 24.424 —modificatoria de la ley 23.737— (9) se previó la posibilidad de reducir o eximir de pena a quien se encontrara incurso en los delitos de tráfico de estupefacientes y aportara información relevante para la investigación. Luego, a través de la ley 25.241 (10), se definieron los hechos de terrorismo y se reguló la figura bajo el nombre de “colaborador eficaz”. Con esta norma tuvo, por primera vez, una regulación más detallada sobre circunstancias como, por ejemplo, de qué forma se reduciría la pena, cuándo se aplicaría y el control por las partes.

Finalmente, los últimos tres cambios previos a la normativa actual se tratan de la incorporación de la posibilidad de disminuir la pena a quienes colaboren con la investigación en los delitos de secuestro extorsivo (ley 25.742) (11), de trata de personas (ley 26.364) (12) y el lavado de activos (ley 26.683) (13).

Por su parte, y también sucintamente, en Brasil las primeras regulaciones aparecieron mediante el beneficio de reducción de pena para los delitos de secuestro extorsivo (dec. ley 2848/1940), los crímenes contra el sistema financiero nacional (ley 9080/1995, modificatoria de la ley 7492/1986) y los crímenes “hediondos” (ley 8072/1990, entre estos, se prevenían el homicidio, abusos sexuales y el genocidio) (14).

En 1998, mediante la ley 9613, se previó además de la posible reducción de la pena, la eximición, así como la sustitución por otra pena, en casos de lavados de activos. Luego, en 2006, a través de la ley 11.343, se incorporó el uso de

(4) DE LLANO, Hernán, ob. cit.

(5) ABOSO, Gustavo E., “El arrepentido en el Derecho Penal Premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator”, B de F, Buenos Aires, 2019, p. 28.

(6) BO 02/11/2016.

(7) BO 22/11/2016.

(8) BO 16/10/1950.

(9) BO 09/01/1995.

(10) BO 17/03/2000.

(11) BO 20/06/2003.

(12) BO 30/04/2008.

(13) BO 21/06/2011.

(14) ROHLING, Marcos, “A (In)Constitucionalidade da Delação Premiada no Direito Processual Penal Brasileiro”, *Ámbito Jurídico*, 17/07/2019. Disponible en: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/a-inconstitucionalidade-da-delacao-premiada-no-direito-processual-penal-brasileiro/>.

la figura del colaborador para los casos de contrabando, producción, fabricación, comercialización y transporte de drogas.

Este análisis comparativo muestra evidentes coincidencias. La incorporación a los ordenamientos jurídicos fue paulatina, respondiendo —como es habitual en el derecho penal— a circunstancias de emergencia y excepción que terminan convirtiéndose en ordinarias (15). En particular, la regulación en ambos países comenzó sin previsiones procesales precisas (16) y para ciertos delitos, entre los cuales coinciden ambas normativas: secuestro extorsivo, lavado de activos y tráfico de estupefacientes.

## II. Análisis comparativo de la normativa actual

Tras el camino recorrido en ambos países, actualmente estos cuentan con leyes que prevén una minuciosa regulación sobre la aplicación del instituto y la forma en la cual debe ejecutarse. Veamos los principales elementos:

### II.1. Beneficio al colaborador

En este punto existe una fuerte diferencia. En Brasil, la ley 12.850 establece que el juez, a pedido de las partes, podrá conceder el perdón judicial —eximiendo al autor de pena según el art. 107 del Cód. Penal—, reducir la pena en hasta dos tercios o sustituirla por pena restrictiva de derechos (art. 43, Cód. Penal) (17). Además, se prevé la posibilidad de no realizar la denuncia si el colaborador no fuese el líder

de la organización y fuese el primero en prestar colaboración efectiva como delator premiado y la disminución de la pena hasta la mitad para condenados.

Por su parte, según establece el Código Penal argentino, las escalas penales pueden reducirse a las de la tentativa, es decir, con una disminución de la pena de un tercio a la mitad, lo cual mantiene la discusión sobre cómo se lleva a cabo esta reducción (18). En cuanto a los delitos reprimidos con reclusión perpetua, la disminución puede ser hasta los 15 años de prisión.

Sumado a esto, la norma argentina prevé expresamente que, cuando la reducción de pena sea probable, esta debe ser considerada para los fines de excarcelación o exención de prisión (19).

En concreto, entonces, la normativa argentina resulta hoy más restrictiva que la brasileña en cuanto a los beneficios otorgables. Se eliminó la posibilidad de eximir de pena que daba la ley 24.424, permitiendo únicamente una reducción, mientras que la legislación de Brasil permite el perdón judicial y, además, la no presentación de la denuncia.

### II.2. Casos en los que resulta aplicable

Cuando un imputado decide colaborar con la investigación en búsqueda de una recompensa, deben diferenciarse dos delitos: por un lado, el delito por el cual es investigado y, por otro, por el delito con cuya investigación colabora.

(15) ELTZ DE LIMA, Camile, “Delação premiada: de inimigo a colaborador do estado”, *Âmbito Jurídico*, 30/06/2007. Disponible en: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/delacao-premiada-de-inimigo-a-colaborador-do-estado/>.

(16) VARELA DISNAR DA SILVA, Flavia C., “Aplicabilidade do Instituto da Delação Premiada na Ação de Improbidade Administrativa”, *Âmbito Jurídico*, 24/07/2019. Disponible en: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/aplicabilidade-do-instituto-da-delacao-premiada-na-acao-de-improbidade-administrativa/>.

(17) Art. 43, Cód. Penal: “As penas restritivas de direito são: I — prestação pecuniária; II — perda de bens e valores; III — (Vetado); IV — prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V — interdição temporária de direitos; VI — limitação de fim de semana”.

(18) La fórmula ya conocida sostiene que la pena “se disminuirá de un tercio a la mitad”, lo que dio lugar a la discusión de si es el máximo o el mínimo el que se debe disminuir en un tercio o en la mitad. Esta discusión tiene distintas soluciones en distintas provincias argentinas, por lo cual, la problemática se extenderá a la aplicación del régimen de la ley 27.304.

(19) Este punto resulta fuertemente controversial ante un posible uso extorsivo de la figura, cuando la prisión preventiva puede actuar como un factor que dispone al arrepentimiento. De hecho, esto implica el peligro de fomentar las detenciones y las prisiones preventivas con el objeto de tener un valor para negociar con el arrepentido. (En este sentido, cfr. DE LLANO, Hernán, ob. cit., p. 891; RQUERT, Marcelo, A., “El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado? Análisis de la ley 27.304”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 113).



En primer lugar, respecto de los delitos en los que puede aplicarse, en Argentina, el art. 41 ter, Cód. Penal prevé la aplicación para los delitos de tráfico de estupefacientes, los delitos aduaneros, el terrorismo, la explotación de la prostitución, la corrupción de menores, los vinculados a la pornografía infantil, el secuestro extorsivo, la trata de personas, la asociación ilícita, ciertos delitos contra la administración pública (a saber: cohecho, malversación de fondos, negociaciones incompatibles, enriquecimiento ilícito, prevaricato y administración fraudulenta) y los delitos contra el orden económico y financiero.

Por su parte, en la legislación brasileña, no existe una enumeración de delitos, sino que procede al investigarse a organizaciones criminales, las cuales se definen como la asociación de cuatro o más personas estructuralmente ordenada y caracterizada por la división de tareas con el objeto de obtener ventajas de cualquier naturaleza mediante la práctica de infracciones penales cuyas penas máximas sean superiores a cuatro años o sean de carácter transnacional (art. 1º, § 1º). Asimismo, resulta aplicable para los casos de terrorismo (art. 1º, § 2º).

En segundo lugar, en Argentina se exige que la información brindada sea sobre los delitos investigados u otros conexos y, más concretamente, el artículo tres establece que la información que se aporte debe referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe.

Mientras tanto, en Brasil, la información que se solicita para que proceda el beneficio no se define por los hechos investigados, sino que es más amplia; en vez de centrarse la información en el hecho investigado, se exige únicamente que sean datos vinculados a la organización criminal en sí misma, por ejemplo, la revelación de la estructura jerárquica, la recuperación del producto de los delitos cometidos por la organización o la prevención de futuros.

Es decir, en Argentina se exige la colaboración respecto del delito o uno conexo, debiendo partir de uno de los tipos penales expresamente enumerados en la ley, mientras que en Brasil se trata de cualquier información vinculada a delitos cometidos por las organizaciones criminales —allí definidas—.

### *II.3. Objeto de la información*

La extensa enumeración de objetivos que pueden buscarse mediante lo informado por el arrepentido o colaborador para recibir el beneficio evidencian que se buscó dar una amplia herramienta a los fiscales en sus investigaciones.

En nuestra regulación se requiere que la información aportada implique una contribución a que: i) se evite o impida el comienzo, la permanencia o consumación de delito, ii) se esclarezca el hecho objeto de investigación u otros conexos, iii) se revele la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos, iv) se proporcione datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctima privadas de su libertad, v) se averigüe el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito o iv) se indique las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

En la legislación brasileña, los resultados que se deben dar para que proceda el premio son: i) la identificación de los demás coautores y partícipes de la organización criminal y de las infracciones penales por estas practicadas, ii) la revelación de la estructura jerárquica y la división de tareas de la organización criminal, iii) la prevención de infracciones penales que surjan de las actividades de la organización, iv) la recuperación total o parcial del producto o provecho de los delitos cometidos por la organización, o v) la localización de la eventual víctima con su integridad física preservada.

En ambos casos el objetivo de la información parecería ser conocer el funcionamiento, financiamiento y estructura de la organización criminal, así como permitir el avance en la investigación en curso.

Si bien la numerosa cantidad de fines que persiguen las normas parecerían en principio loables, como intento de sistematización, correspondería preguntarse dos cuestiones estrictamente vinculadas.



La primera es cuál debe ser el objetivo de la figura: ¿debe simplificar investigaciones sobre hechos ya ocurridos o debe apuntar a la prevención de nuevos delitos cometidos por las organizaciones criminales mediante su desarme? Por más improbable que pueda resultar, ¿si se estuviera investigando a una organización criminal que ya no resulta operativa, deberían también aplicarse estas figuras, la condena de partícipes justifica de por sí la impunidad parcial para otros?

La legislación brasileña parecería apuntar más claramente a la finalidad preventiva al enfocarse en información vinculada a la organización criminal, mientras que la argentina parecería más amplia —o menos clara— al permitir que la información trate únicamente sobre los hechos investigados.

Ante este panorama, y contradiciendo la idea de que el imputado debe ser “arrepentido”, lo cierto es que la legislación argentina permite que se aporte información que “impida el comienzo” de delitos. Evidentemente, esto lleva a preguntarse cómo podría el imputado arrepentirse aportando información de algo que todavía no comenzó (20).

Esta circunstancia muestra con claridad la segunda cuestión: ¿qué es lo que debe informar el imputado colaborador? El beneficio penal —o procesal— que recibe se basa en reconocer su participación o en aportar información que permita esclarecer delitos cometidos por otros o prevenirlos aportando datos de la criminalidad organizada.

### III. La alegada afectación al principio *nemo tenetur se ipsum accusare*

Sin perjuicio de que el foco del presente trabajo no es el estudio de las críticas que se le opusieron a

las figuras bajo estudio (21), antes de analizar estas cuestiones, corresponde desarrollar brevemente una de las principales objeciones: la afectación a principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Al respecto, una de las oposiciones más claras en nuestro país la encontramos en palabras de Sancinetti:

“Y ocurre que si, respecto de quien sí confiesa, hay una ‘reducción,’ ello implica necesariamente —en términos comparativos— que para el que no reconoce su culpabilidad (supóngase, en sí merecida) hay un incremento de su punición, por lo que, como saldo, se lo presiona a declarar contra sí mismo so pena de ser incrementada su punición por no declararse ‘voluntariamente’ culpable. Por consiguiente, todo estímulo a la autoincriminación implica una lesión al art. 18, CN (principio *nemo tenetur*) Esto es así, y no puede ser de otro modo” (22).

Si bien no es un evidente caso de afectación de la garantía por coerción física, la situación de coerción psicológica podría verse con claridad: el acusado se encontraría frente a una posible pena alta y, ante esta posibilidad, decide colaborar con la investigación (23).

La dificultad para ver una afectación a este principio en el caso de una confesión mediante una colaboración es que, como se observa en el texto citado, la afectación sería indirecta. En definitiva, el acusado culpable se vería beneficiado mediante la colaboración y el reconocimiento de su aporte, pues obtendría de esta forma una pena menor.

Por este motivo, se entiende, en contraposición, que se trata de una admisión por conveniencia que no se encuentra prohibida por normas constitucionales o convencionales (24). De hecho, en una aplicación en un caso concreto, la

(20) Sancinetti, marcando esta diferencia desde una perspectiva claramente diferente, considera que debe distinguirse al imputado que aporta información de aquel que evite o impida el comienzo, permanencia o consumación del delito, pues “esta hipótesis muestra una estructura completamente distinta, que sí merece una disminución de pena, sin ningún vicio constitucional”, al resultar paragonable al desistimiento de la tentativa (cfr. SANCINETTI, Marcelo A., ob. cit., ps. 3-4).

(21) Entre otros, la afectación al principio de igualdad, de culpabilidad, la imparcialidad del juez y la posibilidad de afectar la finalidad disuasiva de la pena, así como la función resocializadora (Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., ob. cit., p. 9; ABOSO, Gustavo E., ob. cit., ps. 78, 100 y 105; RIQUERT, Marcelo A., ob. cit., ps. 116-117).

(22) SANCINETTI, Marcelo A., ob. cit., p. 8.

(23) ABOSO, Gustavo E., ob. cit., p. 90.

(24) RIQUERT, Marcelo A., ob. cit., p. 109.

declaración de inconstitucionalidad implicaría rechazar un beneficio para el imputado justificándolo en sus garantías, lo cual podría afectar una interpretación pro homine.

Ahora bien, y primando un criterio pragmático, lo cierto es que en la práctica no hubo tribunales que decretaran la invalidez constitucional de la figura.

#### **IV. La normativa argentina y brasileña frente a la afectación al *nemo tenetur***

A partir de esta crítica, se puede observar que existen argumentos que permiten objetar —al menos— la conveniencia de estas figuras por implicar un debilitamiento de las garantías de los imputados. Así, desde esta perspectiva se analizará la cuestión que se dejó planteada con relación a las normativas brasileña y argentina, es decir, si el beneficio que se otorga se basa y debería basarse en la confesión o en la información aportada sobre el hecho o sobre otros partícipes.

En concreto, en la doctrina brasileña se entiende que es un presupuesto necesario para la colaboración premiada que el imputado confiese su participación en el hecho investigado (25). En este sentido, se sostuvo que se hablaría de delación premiada únicamente si el autor confiesa la infracción penal, pues, de lo contrario, se estaría frente a un simple testimonio (26).

Por su parte, en Argentina esto no resulta tan claro. La respuesta a la cuestión parecería plan-

tearse en el art. 7° de la ley 27.304, cuando establece que en el acuerdo de colaboración deberá consignarse “[l]a determinación de los hechos atribuidos, el grado de participación que se le atribuyere al imputado arrepentido” y las pruebas en su contra. Sin embargo, esto llevó a diversas interpretaciones.

En tal sentido, se dio un caso en el cual, al presentar el acuerdo de colaboración para la homologación por parte del juez, este lo rechazó dado que el acusado había negado su participación en el hecho. Finalmente, ante recursos de ambas partes, la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico sostuvo que “los términos generales de la ley se refieren a la determinación de hechos ilícitos atribuidos y al grado de participación que se le atribuyere al imputado en aquellos, redacción que no permite interpretar que se refiera a hechos ilícitos cuya responsabilidad penal deba ser reconocida o admitida por el imputado que pretende acceder al beneficio legal” (27).

Contra dicha interpretación, la redacción del Nuevo Código Procesal Penal Federal —que ha comenzado a aplicarse en distintas provincias del país— modificó la regulación, al establecer que en el acuerdo de colaboración deberá constar “el grado de participación que acepta el imputado” (28). Por lo tanto, lo cierto es que, pese a las discusiones que puede generar la aplicación de la ley 27.304, manifiestamente la nombrada ley adjetiva exigirá el reconocimiento de la participación por parte del acusado (29).

En consecuencia, al contrastar las leyes bajo análisis se ve que indudablemente el precio que debe pagar el acusado en Brasil es el de la confesión y la información sobre la organización criminal, mientras que en el caso argentino no es tan claro que el imputado deba reconocer la participación en su propio hecho, sino que bastaría —hasta la total aplicación del código regulado por la ley 27.063— con la información del hecho o de otros hechos conexos.

(27) CNPenal Econ., sala A, “L., W. D. s/ inf. ley 22.415”, causa 1523/2015, reg. 667/2017, rta. 26/10/2017.

(28) Ley 27.482, modificatoria de ley 27.063, art. 199, inc. A.

(29) Sin embargo, se mantendrá la problemática que se deriva de una posible regulación en distintos códigos procesales.

(25) ROHLING, Marcos, ob. cit., con cita de MOUGENOT BONFIM, Edilson, “Curso de Processo Penal”, Ed. Saraiva, São Paulo, 11ª ed., 2016, p. 470 y DE JESÚS SANTOS, Priscila C., et al., “A (in) constitucionalidade dos Acordos de Delação Premiada em Face do Princípio do Devido Processo Legal”, *Direito em Foco*, 2016-I-2.

(26) DESSOTTI CAVALCANTE DI SCHIAVI, Jeferson, “Delação premiada às avessas e a sua ilegalidade durante o cumprimento da prisão preventiva decretada no curso das investigações relacionadas às organizações criminosas”, *Âmbito Jurídico*, 01/11/2016. Disponible en: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/delacao-premiada-as-avessas-e-a-sua-legalidade-durante-o-cumprimento-da-prisao-preventiva-decretada-no-curso-das-investigacoes-relacionadas-as-organizacaoes-criminosas/>, con cita de LIMA, Renato B., “Legislação criminal especial comentada”, *JUSPODIVM*, Salvador, 2016, 4ª ed., p. 521.

Desde esta perspectiva, y si se entiende que la afectación al principio *nemo tenetur* es la crítica más relevante contra el instituto, debe ponerse en cuestionamiento la conveniencia de que la normativa de estos países exija el reconocimiento de la propia participación en el hecho investigado (30). En este punto no puede soslayarse que se mantendría el problema de que la confesión podría ser inevitable en el intento de entregar al partícipe, así como en el aporte de información vinculada al producto del delito o la ubicación de la víctima (31).

En este sentido, el derecho comparado muestra un claro ejemplo en la legislación española, en la cual con el objeto de evitar que pueda haber una afectación indirecta al principio en cuestión (32), se eliminó el requisito de la confesión del delito del art. 376 del Cód. Penal (33). Otro ejemplo se da en Alemania, donde la doctrina sostiene que la autoinculpación no es una condición necesaria para acceder al beneficio (34).

## V. Algunas conclusiones

Si bien el objeto del presente trabajo no es traer respuestas, sino plantear interrogantes, corresponde extraer algunos lineamientos de lo expuesto.

En cuanto al estudio comparado que tuvo la normativa en ambos países, se constató la aparición y un desarrollo similar de las figuras como consecuencia de contextos de emergencia. En estos, se reguló la colaboración de los imputados en un comienzo con fines principalmente vinculados a la evitación de afectaciones a bie-

(30) Esto podría llevar a la objeción de que el acusado se beneficiaría de forma “gratuita” dando información que no lo afecta, lo cual pondría en duda la —ya endeble— fuerza probatoria. En tal sentido: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las leyes orgánicas 7/ y 15/2003”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005-VII-17.

(31) RIQUERT, Marcelo A., *ob. cit.*, p. 108.

(32) ABOSO, Gustavo E., *ob. cit.*, p. 91.

(33) Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al modificarse por el art. único 132 de la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Ref. BOE-A-2003-21538; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *ob. cit.*, p. 17.

(34) ABOSO, Gustavo E., *ob. cit.*, ps. 89-90.

nes jurídicos —como en los casos de secuestros extorsivos— para ampliarse a la prevención y la investigación de ciertos delitos —como el tráfico de estupefacientes y el lavado de activos—, que se vincularía a contextos de presión internacional.

Por su parte, la regulación actual guarda evidentes similitudes, pese a la falta de una sistematización que permita clarificar los objetivos que se persiguen con estas herramientas. En este sentido, si bien una amplia discrecionalidad hacia los fiscales puede resultar favorable para la persecución de los objetivos de política criminal, no puede soslayarse que da un margen de maniobra que puede resultar peligroso. Esto se encuentra potenciado y debilita aún más las garantías del acusado cuando este debe abandonar su defensa y colaborar con el acusador, para beneficiarse mediante la reducción de la pena.

En este sentido, Ferrajoli, con gran claridad, expuso:

“La negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la inquisición. El contradictorio, de hecho, consiste en la confrontación pública y antagónica, en condiciones de igualdad entre las partes. Y ningún juicio contradictorio existe entre partes que, más que contender, pactan entre sí en condiciones de desigualdad. Sin contar con que, en un contexto como el italiano, culturalmente marcado por la experiencia de la emergencia, esta práctica puede generar perjuicios aún mayores de los que ha producido en el sistema americano” (35).

Ante tan clara crítica, que adquiriría más fuerza en contextos latinoamericanos, la eliminación de la exigencia de la confesión por parte del imputado podría ser un paso hacia un mayor respeto a las garantías procesales del imputado, dejando pendiente —como discusión imprescindible— el valor probatorio que correspondería darle a los dichos del colaborador.

(35) FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Madrid, 2009, 9ª ed., p. 748.

# Criminalización y seguridad: el caso de los *cuidacoches*

---

POR MATÍAS E. EIDEM

**Sumario: I. Introducción.— II. Ley 6128 CABA.— III. Los *cuidacoches* y la ciudad.— IV. Los *cuidacoches*. Una aproximación desde la división del trabajo.— V. Los *cuidacoches*. Comunicación, opinión pública y control social.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.**

## I. Introducción

A partir de las últimas décadas del siglo pasado, el concepto de *seguridad* ha sido dirigido a un sentido estrictamente delictivo. Los cambios políticos, económicos y socioculturales desarrollados desde 1970 —aproximadamente—, han llevado a la clase política a reafirmar la capacidad del Estado para actuar en la prevención y lucha por la seguridad, refundando un Estado penal (Wacquant, 2010, p. 66), que devino en una adicción (Baumann & Lyon, 2013, p. 111). Tal como enseñó Foucault, la época del predominio de la ley y la disciplina cedió ante el momento de la “seguridad” (Foucault, 2009, ps. 25 y ss.). La centralidad de este problema se observa con claridad en nuestro país, donde la lucha por la seguridad es una de las políticas de estado que el gobierno nacional más comunica.

El espacio por excelencia donde se desarrollan las medidas preventivas son las ciudades. En este trabajo se analizará a los *cuidacoches* de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA) como amenaza contra la seguridad en los espacios públicos, consagrada normativamente con la sanción de la ley 6128 de esa ciudad. Para ello se trabajará con exclusividad con la obra de Robert Ezra Park, concretamente con las categorías que él denominó “división del trabajo” y “comunicación” (o “consenso”). Estas, por más que ya tengan casi un lustro, permiten explicar ciertos fenómenos de criminalización en este momento histórico en América Latina. La falta de consideración de otros autores no obedece a una cuestión de fanatismo ni a pensar la obra de Park en términos de superioridad respecto de la de otros sociólogos.

Esta decisión únicamente se vincula con la extensión propuesta para este trabajo.

## II. Ley 6128 CABA

La ley 6128 fue sancionada el 13/12/2018 por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual previa promulgación mediante dec. 15/2019 del 04/01/2019, fue publicada en el BO del 07/01/2019.

Los proyectos o leyes anteriores permiten comprender cómo se fue delineando la normativa actual, e incluso la definición del término *cuidacoches*.

Finalmente, en la ley 6128, específicamente en sus arts. 7º, 8º y 9º, se prevén variaciones al régimen de personas que cuidan vehículos en la vía pública. Es interesante destacar que se trata de un proyecto que no modificó el art. 79 CC-CABA que es el que regulaba la actividad de los *cuidacoches*, sino el 84, que hace a la ocupación de la vía pública de acuerdo con la denominación en el CCCABA. Concretamente, se criminalizó a quien “ofrece o presta en la vía pública, de manera directa o indirecta, servicios de estacionamiento, cuidado de coches o limpieza de vidrios”.

## III. Los *cuidacoches* y la ciudad

¿Por qué partir de la obra de Robert E. Park? ¿Por qué enlazar a los *cuidacoches* con la ciudad?

Las respuestas pueden ser múltiples. Una sencilla sería que los *cuidacoches* trabajan ahí.

Difícilmente uno se imagine un *cuidacoches* en espacios rurales donde el caudal de vehículos es sensiblemente menor que en las ciudades.

La propia composición de la palabra *cuidacoches* impone que tiene que haber multiplicidad de vehículos automotores, por lo que hay ciertas ciudades que quedan excluidas (p. ej., La Cumbrecita, Córdoba).

Ahora bien, que el principal medio de transporte sea el automóvil, y que exista un tránsito considerable, no implica que existirán *cuidacoches*. Entran en juego otros aspectos propios de la ciudad, y para ello resultará útil la enseñanza de Park sobre la *ciudad* como categoría.

El autor en cuestión estudió a la *ciudad* y explicó que no se trata de los límites, de saber dónde terminan las ciudades, sino de la relación entre la comunidad, el territorio y sus interrelaciones (Park, 1999, p. 89). La estructura de la ciudad tiene su fundamento en la naturaleza humana (Park, 1999, p. 51).

El lugar donde se organiza una comunidad la modifica, y viceversa. Estos son procesos complejos en permanente dinámica. La ciudad en sí adopta el estado de ánimo de las personas que allí residen, sus costumbres, tradiciones, actitudes organizadas, sentimientos; y a su vez, todas estas características se ven modificadas por la ciudad (Park, 1999, p. 49).

En cuanto a las comunidades en las ciudades, Park fue preciso en que no se trata de “meros agregados de población”, sino que se desarrollan, principalmente en las grandes ciudades, procesos de selección y segregación, que probablemente en conglomerados más pequeños no ocurrirían (Park, 1999, p. 90). Este último punto es fundamental, ya que adelanta que será en las grandes ciudades donde se desarrolle de manera más profunda la división del trabajo.

Hasta ahora, algunos puntos conceptuales que permiten explicar por qué hay *cuidacoches* en CABA. Esto se conjuga con la cantidad de población de CABA, así como de los partidos del Gran Buenos Aires; con que en CABA está radicado el 10% de los más de 15 millones de vehículos patentados en el país (GCBA D. G., 2018-2), y que las autopistas porteñas durante

2018 fueron transitadas por más de 10 millones de vehículos por mes (GCBA D. G., 2018-1).

En CABA estuvieron dadas las condiciones para que surgiera un grupo de personas que se desempeñe como *cuidacoches*, y que sean criminalizados. Los ejes *división del trabajo* y *consenso* de Park, que luego se abordarán en profundidad, están aquí presentes.

Park señaló que “[e]xiste una sociedad simbiótica basada en la competencia y una sociedad cultural basada en la comunicación y el consenso” (1999, p. 137), y explicó que “[l]a comunicación y la competencia constituyen procesos sociales y elementales que aseguran y mantienen la continuidad de la comunidad urbana como unidad orgánica y funcional” (1999, p. 144).

En CABA, al igual que en el resto del país, la situación económica constantemente obliga a las personas a rebuscárselas para poder satisfacer sus necesidades. La oferta de empleo no alcanza a la demanda, y quienes no logran conseguir trabajos formales acuden a diversas profesiones, como la de cuidar vehículos. Esto puede suceder por la dimensión de la ciudad, la afluencia de gran cantidad de automóviles a ciertos puntos de estacionamiento libre, y el *plus* de seguridad que otorga a los conductores que alguien “mire” el auto. La criminalización de esta labor se empeña en transformar a personas que podrían brindar mayor seguridad en focos de inseguridad.

Los *cuidacoches* no se encuentran en todo el espacio público. Debe ser considerada una profesión dentro de la comunidad que, como tal, tiene un espacio específico dentro de la ciudad. En Buenos Aires existen zonas de bancos, de oficinas, de productoras de canales de televisión, de embajadas, de joyerías, de negocios de ropa, de venta de autopartes de automóviles, de venta de telas, etc.

Los *cuidacoches* en CABA se ubican principalmente en zonas de restaurantes y bares ubicadas, por ejemplo, en Palermo, Las Cañitas o Caballito. Son lugares donde el precio de los locales ya restringe de por sí al público. No es para cualquiera, todo lo contrario, y se supone que quienes pueden abonar determinado mon-



to por una comida o una bebida, también están en condiciones de aportar otro tanto, por más pequeño que sea, para que le cuiden el auto. A eso hay que sumar que una importante proporción de quienes acuden ahí lo hacen en vehículos particulares, y el espacio para estacionar es codiciado.

El problema en CABA es que, si bien se trataba de una actividad con cierta aceptación, se la comenzó a estigmatizar y a asociar con la criminalidad reiteradamente. La propuesta normativa de 2004 es radicalmente distinta a la que hay en la actualidad, en función de la ley 6128.

De 2004 a esta parte el inconveniente legal se relacionaba, como ya se citó, con la exigencia de una retribución (art. 79 CCCABA) y con la ocupación de la vía pública “en ejercicio de una actividad lucrativa” (art. 84 CCCABA). Más allá de los serios problemas de técnica legislativa, la actividad se desarrolló, pero evidentemente, la necesidad de excluir a ciertos grupos sociales de las calles mediante el poder punitivo finalmente ganó.

#### **IV. Los cuidacoches. Una aproximación desde la división del trabajo**

La competencia es el principio organizador fundamental en las comunidades vegetales y animales. Se aplica también en las comunidades humanas, pero a diferencia de las anteriores, se funda principalmente en la división del trabajo, es decir, en la “diferenciación de funciones y profesiones entre organismos individuales” (Park, 1999, p. 142).

Los *cuidacoches* son productos de una división del trabajo, de la competencia económica. La mayoría de ellos no tienen otras posibilidades laborales, y se desempeñan en esa profesión porque la prefieren ante otras alternativas.

Desde luego, acá no se apaña ninguna situación de amenaza o extorsión, pero esas situaciones están criminalizadas en el Código Penal hace muchos años. El problema pasa por otro lado.

Park afirmó que en la ciudad se ofrece “un mercado para las aptitudes específicas de los individuos, y la competencia entre personas

tiende a seleccionar para cada tarea el individuo mejor capacitado para desempeñarla” (1999, p. 58). En consecuencia, la división del trabajo surge como consecuencia inevitable del libre cambio de bienes y servicios (Park, 1999, p. 103).

Este punto de partida es muy interesante. Es una afirmación que permite explicar en cierto modo la distribución laboral, con eje en el “mercado”, la “competencia”, y la “selección”.

A partir de ellos se puede explicar que hay gente con ciertos trabajos porque lo “merecen”, o porque no hicieron mérito suficiente para salir de su situación. Esto implicaría también confiar ciegamente en ciertas interpretaciones literales de la *invisible hand* de Adam Smith, en la “meritocracia” que supone idéntico punto de partida entre quienes compiten y, por qué no, en creer que Huxley al escribir *Un mundo feliz* describió una realidad en lugar de una distopía.

Desde una posición antagónica, podemos emplear esas categorías para describir un panorama sensiblemente distinto. Que quede claro, no se trata de una justificación, sino una visión para intentar comprender un problema. Es evidente que hay un mercado donde se valoran las aptitudes de cada uno. El *know how* proviene generalmente de estudios, o cierta formación que comprende al *homo laborantus* (si hay *homo economicus*...). Estos lineamientos los traza el mercado, pero no de forma independiente u objetiva, sino que depende de ciertos intereses hegemónicos.

Acá ya tenemos el primer punto que arruinaría una interpretación lineal de la supuesta “meritocracia”. Realizar estudios secundarios o posteriores, es un derecho que la realidad demuestra que se transformó en privilegio. La *necesidad de satisfacer necesidades*, valga la redundancia, impide a muchas personas jóvenes culminar o profundizar sus estudios.

Es decir, debemos saber que la división del trabajo en los términos que describió Park partirá de distintas posibilidades reales que tuvo cada cual para desarrollar sus aptitudes.

Esta circunstancia obviamente influye en la competencia. Obviamente que hay situaciones



excepcionales, pero en una competencia de carreras, es más probable que gane quien se haya entrenado más, y ni que hablar si es este quien debe recorrer menos camino. Con la división del trabajo pasa igual. La competencia suele darse en terrenos donde el haber trabajado por necesidad desde joven jamás será premiado, todo lo contrario.

El último paso es la selección, es el paso que configura la exclusión de quien tiene menores aptitudes de las que el mercado cree que “valen”, y quien no pudo competir. Otra vez, los intereses hegemónicos juegan su papel.

Como se observa, las categorías de Park son muy interesantes para explicar ciertos fenómenos que nos guste, o no, suceden. Es algo meramente descriptivo, no prescriptivo.

El problema que debemos afrontar es que ante afirmaciones como la referida anteriormente, el eje no resulta ser el “mercado”, la “competencia” o la “selección”, sino la persona, con sus aptitudes, necesidades y contexto o posición social en la que vive. Si se tiene en cuenta ello, la división del trabajo se podrá vislumbrar con sus influencias reales, y se despojará de elementos mágicos (*invisible hand* o el *soma del mundo feliz* de Huxley).

Para este último punto —contexto o posición social y su influencia en el desarrollo de la persona—, también se tomará otra reflexión de Park que permite entender lo que se intenta exponer, o mejor dicho, aclara y ordena las ideas:

“[L]a sociedad en que vivimos se antoja invariablemente un orden moral donde la posición de un individuo así como la idea que construye de sí mismo —lo que constituye el núcleo de su personalidad— vienen determinadas por las actitudes de los otros y por los modelos en que se apoya el grupo. En semejante sociedad el individuo deviene persona. Una persona no es sino un individuo que tiene una posición social en una sociedad cualquiera; pero, en último término, el status resulta una cuestión de distancia —de distancia social” (1999, p. 98).

Ahora bien, el “mercado” no valora el trabajo de *cuidacoches*, y como ya se dijo, en CABA desde hace rato se pretende criminalizar su con-

ducta. Esto en términos de derecho penal trae un grave problema, porque en rigor de verdad, no se está criminalizando una conducta, sino una profesión, una forma de vida, rememorando viejas legislaciones que fueron desechadas, en su mayoría, por inconstitucionales.

El “mercado” excluyó a ciertas personas, y como su actividad molesta o estorba a gente de cierto poder adquisitivo, debe acudirse al supuesto salvador de estos últimos tiempos, que además incrementa la intención de voto: el poder punitivo. En lugar de la *hormiga atómica* para luchar contra el mal, se cuenta con la herramienta punitiva.

La división del trabajo explica como el mercado expulsa a personas que no logran conseguir un trabajo formal. La contracara del mercado, para terminar de expulsar a esta gente es el poder punitivo. No es nada nuevo, pero su explicación a partir de las categorías de Park resulta atrayente.

La explicación puede encontrarse en el dinamismo de la propia ciudad, en cómo cambia, y la forma en que se modifican las relaciones. Desde luego, la competencia también marca el ritmo de la ciudad y sus variaciones, y he aquí una cabal demostración. La selectividad propia de la división del trabajo que describió Park indudablemente funciona. Que esté bien o mal es otra cosa, pero en CABA se aplicó. El problema es que en el último tiempo se seleccionó a los *cuidacoches* —junto con muchas personas más, pero no viene al caso—, como *outsiders* del mercado. La selección fue exclusiva, y la solución para la exclusión es el sistema penal que protege a los seleccionados inclusivamente: los vecinos o ciudadanos.

Esta concepción parte de las ideas que brindó Park sobre la “competencia”, término en el cual comprendió “no la simple rivalidad económica, sino más fundamentalmente la lucha por la existencia” (1999, p. 142). Hoy por hoy en CABA, el mercado excluyente se impuso para suprimir la existencia de un grupo que realiza determinado trabajo.

Vale reiterar que no se apaña ninguna conducta delictiva. El problema está en asumir que una persona por tener una profesión es un de-

linciente. Derecho penal de acto vs. Derecho penal de la persona. Es una discusión superada en las aulas, pero no en la realidad.

Finalmente, la exposición de motivos de la ley 6128 recientemente sancionada toma los conceptos anteriores, y consagra la prohibición de una profesión.

### **V. Los cuidacoches. Comunicación, opinión pública y control social**

La comunicación, según Park, consistió “en integrar, sintetizar y consolidar las funciones de los individuos y de los grupos en el seno de algo parecido a una unidad orgánica o superorganismo” (1999, p. 142); es el eje de la acción colectiva, más allá de los varios niveles en que pueda darse (1999, ps. 70-71).

En esa línea, Park destacó que la comunicación es “un proceso psicosocial que permite a un individuo adoptar, en un cierto sentido hasta cierto punto, las actitudes y perspectivas del otro; es el proceso por el cual un orden racional y moral entre los hombres sustituye a un orden puramente psicológico e instintivo” (1999, p. 144).

De esa manera Park siguió las observaciones de Dewey, y afirmó que “la sociedad solo existe en y por la comunicación [...] la comunicación [a diferencia de la imitación y la sugestión] implica más bien una transformación de los individuos que se comunican” (1999, p. 96).

Más allá de que la forma más obvia de control social sea la ley, pues se supone que se dicta para su cumplimiento y ordenamiento, esta no funciona de manera aislada, puesto que necesita que las agencias judiciales o policiales, entre otras, la apliquen (Berganza Conde, 2000, p. 166), y además necesita los procesos de interacción que Park enmarcó dentro de la comunicación.

Es ahí donde entra en juego la opinión pública (Berganza Conde, 2000, ps. 155-158). Según explicó Berganza Conde “la opinión pública constituye para él [Park] un producto social supraindividual, no una mera colección de opiniones diversas, sino la opinión de una colectividad caracterizada como ‘pública’” (Berganza Conde, 2000, p. 150).

La opinión pública suele estar al tanto de los proyectos normativos que se presentan, pero el acceso que se suele obtener es a través de la prensa. Es decir, difícilmente se tome conocimiento de la letra cabal del proyecto, sino que se llega a conocer lo que la línea editorial del medio de *comunicación* correspondiente pretendió. Vale recordar, según indicó Berganza Conde que, para Park, el poder de la prensa residía en su influencia en el proceso de formación de la opinión pública y en el poder político (Berganza Conde, 2000, p. 215).

La relación entre las leyes y la opinión pública fue tomada por Park, tal como refirió Berganza Conde: “para Park, las leyes son opinión pública que se ha solidificado y se ha fijado en la sociedad, y que, con el paso del tiempo, pasarán a formar parte de las costumbres” (2000, p. 158).

En ese sentido, Park expresó que a “través de los medios de comunicación los individuos comparten una experiencia común y mantienen una vida colectiva” (1999, p. 97).

Acá hay un punto que es central para el tema que se aborda en este trabajo, puesto que la norma que prohíbe la actividad de *cuidacoches* tuvo su período de gestación en la opinión pública. Ello, promovido por parte de la prensa. Berganza Conde refirió que Park, a partir de su experiencia en la profesión periodística, ya destacaba el poder que tenían los medios de comunicación para manipular la opinión pública, y así lograr que la opinión se formare directamente al percibir la idea, de una manera irreflexiva (2000, p. 204). Además, tal como explicó Park, en las grandes ciudades esta influencia se intensifica, y la opinión pública —con su construcción— se torna en un factor importante (1999, p. 77).

De Luca explicó hace algunos años en un panel relacionados con delitos de expresión y derecho penal que “los medios de comunicación responden a lógicas y patrones de un mercado complejo y globalizado cuyos objetivos no son meramente los de transmitir noticias [...] sino los de influir de algún modo en los destinatarios de los mensajes” (De Luca, 2010).

En otros términos, Berganza Conde explicó que para Park la prensa no orientaba únicamen-

te al público, sino que hacía “surgir el deseo colectivo y generar un poder político que movilice a la comunidad a actuar” (2000, p. 217).

En esa línea, y previo a observar cómo funcionó el control social con relación a los *cuidacoches*, vale retomar un ejemplo de Park que indudablemente tiene un nexo con el tema que aquí se trata, puesto que hace específicamente a la construcción del enemigo asociado con determinado grupo social, en este caso los extranjeros:

Se ha pretendido que la razón del rápido incremento de la criminalidad en nuestras grandes ciudades se debe al hecho de que el elemento extranjero de la población no ha logrado asimilar la cultura norteamericana y no se adapta a sus costumbres. Esto sería interesante si fuera cierto, pero los hechos parecen sugerir que quizás hay que buscar la verdad en el sentido opuesto (1999, p. 69).

La nueva ley que modificó el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pretende reflejar un aspecto concreto instalado en la opinión pública. Sea manipulado o no, el tratamiento mediático que se le brinda a los *cuidacoches* comparte categoría con otras profesiones como los limpiavidrios, servicios de mensajería en motocicleta, o personas inmigrantes de bajos recursos. Son los enemigos de turno, son lo ajeno al “nosotros”, a los “ciudadanos” o “vecinos,” los culpables de todos los males que deben ser neutralizados o eliminados.

La norma pretende reflejar un consenso, una criminalización indispensable. Es muy interesante, como veremos, que se aplica una agravante específica para supuestos de *cuidacoches* en espectáculos deportivos, cuando en el Congreso Nacional se pretende introducir la Ley sobre los barras, y a semanas de uno de los mayores escándalos en espectáculos deportivos de la historia, ocurrido en las inmediaciones del estadio del club River Plate, donde se demonizó a las barras bravas.

El aparente consenso al que se arribó es un claro ejemplo de control social. Los discursos relacionados con la seguridad del vecino.

Así, los proyectos reseñados en el apartado anterior fueron recurrentes en torno a las situa-

ciones de temor que sufrían quienes eran abordados por los *cuidacoches*.

Sobre el tema han salido informes, por ejemplo, la ONG “Defendamos la República Argentina” difundió un documento titulado *El multimillonario negocio de los Trapitos en Buenos Aires*, realizado por Javier Miglino, quien recurrentemente sale en artículos de medios periodísticos de difusión masiva (ver, por ejemplo, en *La Nación* artículos titulados “Cuidacoches, cerca de ser procesados” y “Delincuentes con fachada”).

A su vez, el domingo 12 de febrero de 2017 el tema se discutió en el almuerzo de Mirta LeGrand, que es uno de los programas televisivos con mayor difusión. Allí el Jefe de Gobierno de CABA, Horacio Rodríguez Larreta, pidió una ley que prohibiera a los *cuidacoches*.

Unos días antes que se discutiera la reforma que finalmente prohibió a los *cuidacoches* en CABA, se publicó un artículo periodístico en *La Nación* titulado: “El gobierno prepara el terreno para aplicar la doctrina de la ‘mano justa’”. Allí surge el tema de los “trapitos” como una de las medidas de seguridad del gobierno. Es interesante como la nota funde (o confunde) propuestas a nivel nacional como a nivel de CABA. Es uno de los puntos de la “batalla por el orden público” (*La Nación*, “El Gobierno prepara el terreno para aplicar la doctrina de la ‘mano justa’”, 2018).

Este fenómeno también se verifica en otras ciudades como Mar del Plata (*La Capital*, 2019); Córdoba (*La voz del interior*, 2018); y Rosario (*Aire de Santa Fe*, 2018). Los ejemplos podrían seguir. Lo que debe destacarse aquí es la influencia que tiene la prensa en la opinión pública, que muchas veces repite de manera irreflexiva. El uso de palabras como *mafia*, *extorsión* y un discurso que gira en torno a la apropiación del espacio público por la fuerza, indudablemente generan cierto efecto. Más que nada cuando la seguridad, como ya se dijo, es un tema tan relevante en la agenda pública. En definitiva, se instaló un tema en los medios de comunicación, se lo delineó y luego se dio el golpe con la prohibición. Obviamente, el éxito con este proceder en modo alguno está garantizado, pero expresa una selección de la división del trabajo, y este nexo es fundamental para

aproximarnos de otra manera a cuestiones de ecología urbana.

## VI. Conclusiones

Las categorías de la obra de Park permiten esbozar ciertas explicaciones sobre fenómenos de la ciudad. Aquí, sin pretensiones de agotar el tema, se pretendió observar cómo está operando la división del trabajo y la comunicación sobre una actividad laboral propia de las ciudades, que se desarrolla en CABA.

La exclusión y criminalización en favor de la seguridad, tan corrientes por estos días, pueden ser analizadas con las herramientas que brindan las ciencias sociales, y a partir de estas se podrá, o no, ver un poco mejor qué hay en el fondo de la cuestión.

## VII. Bibliografía

ANIYAR DE CASTRO, L., “Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2010.

BAUMANN, Z. - LYON, D., “La vigilancia líquida”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2013.

BERGANZA CONDE, M. R., “Comunicación, opinión pública y prensa en la sociología de Robert E. Park”, Ed. CIS, Madrid, 2000.

DE LUCA, J. A., “La veracidad, las expresiones y el derecho penal”, *Seminario “Libertad de expresión. Sistema Penal y Medios de comunicación”*, Barcelona, abril de 2010.

DEFENDAMOS LA REPÚBLICA ARGENTINA, “El multimillonario negocio de los Trapitos en Buenos Aires”, 2016, recuperado el 17 de febrero de 2019, de <https://defendamosargentina.blogspot.com/2016/02/el-multimillonario-negocio-de-los.html>.

FOUCAULT, M., “Seguridad, territorio y población”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009.

GCBA, D. G. (2018-1), “Circulación de vehículos por peaje que transitan por las autopistas. Ciudad de Buenos Aires. Enero de 2014/

noviembre de 2018”, recuperado el 9 de febrero de 2019, de <https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc.?p=41995>.

GCBA, D. G. (2018-2), “Parque automotor y participación porcentual de la Ciudad en el total del país. Ciudad de Buenos Aires y Argentina. Años 2010/noviembre 2018”, recuperado el 9 de febrero de 2019, de <https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc.?p=44506>.

INDEC, “Censo”, 2010, recuperado el 9 de febrero de 2019, de [https://www.indec.gov.ar/nivel4\\_default.asp?id\\_tema\\_1=2&id\\_tema\\_2=41&id\\_tema\\_3=135](https://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135).

PARK, R. E., “The immigrant press and its control”, Ed. Harper & Brothers publishers, Nueva York y Londres, 1922.

PARK, R. E., “La ciudad y otros ensayos de ecología urbana”, Ed. del Serbal, Barcelona, 1999.

WACQUANT, L., “Castigar a los pobres”, Ed. Gedisa, Barcelona, 2010.

“Rosario reabre el debate por los ‘cuidacoches’: ¿Regular o prohibir la actividad?”, *Aire de Santa Fe*, 5 de diciembre de 2018, obtenido de <https://www.airedesantafe.com.ar/noticias-regionales-santa-fe/rosario-reabre-debate-los-cuidacoches-regular-prohibir-la-actividad/>.

“Cada vez hay más cuidacoches y crece la violencia y la extorsión”, *La Capital*, 28 de enero de 2019, doi:<https://www.lacapitalmdp.com/cada-vez-hay-mas-cuidacoches-y-crece-la-violencia-y-la-extorsion/>.

“Cuidacoches, cerca de ser procesados”, *La Nación*, 3 de septiembre de 2010, recuperado el 17 de febrero de 2019, de <https://www.lanacion.com.ar/1300812-cuidacoches-cerca-de-ser-procesados>.

“Delinquentes con fachada”, *La Nación*, 12 de noviembre de 2010, recuperado el 17 de febrero de 2019, de <https://www.lanacion.com.ar/1323960-delinquentes-con-fachada>.

“Denuncian aumento de robos en Belgrano por bandas asociadas a cuidacoches”, *La Na-*

*ción*, 10 de febrero de 2015, recuperado el 17 de febrero de 2019, de <https://www.lanacion.com.ar/1767212-aumento-robos-y-violencia-belgrano-banda-trapitos-cuidacoches>.

“Con el tema de los trapitos necesitamos una ley porque no está prohibido”, *La Nación*, 12 de febrero de 2017, obtenido de <https://www.lanacion.com.ar/1984017-horacio-rodriguez-larreta-con-el-tema-de-los-trapitos-necesitamos-una-ley-porque-no-esta-prohibido>.

“‘Más seguridad y menos economía’, el nuevo lema de la comunicación del Gobierno”, *La Nación*, 21 de agosto de 2018, recuperado el 9 de

febrero de 2019, de <https://www.lanacion.com.ar/2164154-mas-seguridad-menos-economia-nuevo-lema-comunicación>.

“El Gobierno prepara el terreno para aplicar la doctrina de la ‘mano justa’”, *La Nación*, 7 de diciembre de 2018, obtenido de <https://www.lanacion.com.ar/2200149-el-gobierno-prepara-el-terreno-para-aplicar-la-doctrina-de-la-mano-justa>.

“Entre la contravención y la extorsión”, *La voz del interior*, 1 de octubre de 2018, obtenido de <https://www.lavoz.com.ar/editorial/entre-contravencion-y-extorsion>.

# Participación necesaria de dirigentes deportivos en el marco de delitos cometidos por sociedades delictivas vinculadas a las denominadas “barrabravas” y la necesidad de implementar programas de cumplimiento normativo en el ámbito deportivo

---

POR NICOLÁS E. AYESTARÁN <sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. Introducción.— II. Barrabravas, ¿afición u oportunismo?— III. La problemática de las tristemente célebres “barrabravas” en la agenda del Poder Legislativo.— IV. Integrar una “barrabrava” como delito de organización. Particularidades sobre las diferentes formas de intervenir en el delito.— V. Intervención delictiva de dirigentes de instituciones deportivas.— VI. Programas de cumplimiento normativo como herramientas útiles de contención de esta clase de riesgos.— VII. Conclusión.— VIII. Bibliografía complementaria.**

## I. Introducción

La presente investigación tiene por objeto realizar un breve estudio sobre la responsabilidad penal de dirigentes de clubes de fútbol respecto de delitos cometidos por personas organizadas bajo la conocida denominación de “barrabravas”. Primeramente, se realizará un abordaje, de tipo sociológico, en relación con este fenómeno producido en Argentina en relación con el costado más violento y virulento de las aficiones o hinchadas vinculadas a instituciones deportivas donde se practica fútbol de manera profesional. Es decir, a modo de introito, y para comprender cabalmente las referencias dogmático-penales que

*infra* se desarrollarán, se efectuará una breve reflexión en torno a los “barrabravas”.

Luego, y de manera particular, se analizará si es posible que aquellas personas respondan como partícipes necesarios en aquellos tipos penales que la inminente reforma del Código Penal prevé para sancionar a aquellas personas que de alguna manera se asocien para cometer esta clase de delitos.

De esta manera, se abordará tangencialmente un viejo dilema dogmático: determinar si es posible intervenir en un delito de organización, como es por ejemplo la asociación ilícita, en carácter de partícipe necesario. Asimismo, para arribar a una conclusión provisional será de suma utilidad acudir a novedosos postulados dogmáticos elaborados en torno a la intervención delictiva, como aquellos propuestos por el jurista español Ricardo Robles Planas.

Consecuentemente, se brindarán una serie de argumentos según los cuales resulta necesario implementar, en el ámbito de clubes deportivos, programas de cumplimiento normativo, sin perjuicio de lo establecido en la ley 27.401.

---

<sup>(\*)</sup> Abogado egresado de la Universidad Nacional de San Juan. Especialista en Cumplimiento Normativo en Materia Penal por la Universidad de Castilla - La Mancha. Maestrando en la Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales dictada por la Universidad Nacional de Cuyo, desarrollando una tesis vinculada a estudios de dogmática penal aplicada. Secretario general de CRIMINT. Docente en la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de San Juan. Correo electrónico: abog.nicolas.ayestara@gmail.com / nayestaran@crimint.org.



## II. Barrabravas, ¿afición u oportunismo? (1)

Como se adelantara *ut supra*, este trabajo comenzará con un breve análisis respecto al fenómeno social moderno conocido como “barrabravas”. Cuando se escucha algún tipo de mención o referencia a este vocablo, las primeras ideas que surgen en el imaginario popular se encuentran vinculadas al concepto de “hinchada”, es decir, a un grupo de personas que se encuentran identificadas con un determinado equipo de fútbol, que se reúnen para asistir a los encuentros deportivos, munidos de banderas con los colores que caracterizan a su cuadro, oportunidades en la que no solo vitorean a su equipo, sino que también entonan ingeniosos cantos de aliento compuestos por ellos mismos, los cuales muchas veces se encuentran dedicados a los equipos rivales, o a sus seguidores.

En este sentido, el Lic. José Garriga Zucal ha efectuado una investigación muy profunda sobre este fenómeno social, pudiendo afirmarse que se trata de la exégesis más completa y desarrollada que existe al respecto (2). Así, el citado autor sostiene que las “hinchadas”(3), son los únicos espectadores de estos encuentros deportivos que tienen tres cualidades distintivas, que los diferencian y los aglutinan (4). La primera de ellas sería la fidelidad: estos simpatizantes afirman ser aquellos que a pesar de las condiciones desfavorables asisten a los partidos, sin importar si la adversidad tiene facetas deportivas o climá-

ticas o de largas distancias. A esta cualidad generalmente se la identifica con un valor conocido como “aguante”.

En segundo lugar, se encontraría el fervor, ya que quienes integran estos grupos, dentro del contexto definido por un espectáculo futbolístico, son los únicos espectadores que durante todo el encuentro deportivo cantan y alientan a su equipo, independientemente del resultado del partido. De alguna manera, el fervor sería una manera de demostrar la intensidad de la fidelidad.

Por último, señala Garriga Zucal, la tercera cualidad estaría definida por las prácticas violentas. Así, destaca: “Los miembros de ‘la hinchada’ pondrían a disposición del honor del club sus posibilidades violentas para no ser ofendidos por las parcialidades adversarias. Es decir, los integrantes de estos grupos de personas “consideran que subyacente al encuentro futbolístico se dirimen cuestiones de honor y prestigio del club y de sus simpatizantes que solo pueden debatirse en el plano de la violencia”(5).

Sin embargo, y sin perjuicio de la caracterización formulada por el autor citado, aquí se defiende una visión parcialmente distinta. En efecto, la fidelidad y el fervor son elementos que indudablemente caracterizan a muchas “hinchadas”, pero de acuerdo con el panorama actual, pueden identificarse grupos de barrabravas que no respondan a esas cualidades, identificándose solo con las prácticas violentas. Más aún, me permite agregar una cualidad circunstancial: las relaciones de poder, ya sea con la dirigencia del club, o con eslabones políticos (e incluso, en muchas veces pueden verificarse ambos).

De hecho, lo manifestado en el párrafo anterior constituye una diferencia fundamental respecto de los hooligans (6). Todavía hoy se recuerda las manifestaciones vertidas por Steve Powell, integrante de la Federación de Hinchas de Inglaterra y Gales, quien, como consecuencia de haber contribuido a la erradicación

(1) En la primera parte de este trabajo resultan decisivos los aportes realizados por el Lic. José A. Garriga Zucal, quien con absoluta generosidad compartió con el autor sus profundos conocimientos vinculados a esta temática, facilitando numerosos trabajos de su autoría, los cuales resultaron objeto de consulta en forma permanente.

(2) Incluso, el autor citado convivió durante mucho tiempo con la “hinchada” del Club Atlético Huracán, de Parque Patricios, lo que asegura no solo un trabajo sólido desde el punto de vista teórico, sino que se encuentra dotado de datos y elementos que solo puede proveer la realidad.

(3) Garriga Zucal prefiere utilizar este término, toda vez que la alocución “barrabrava”, a su criterio, se encuentra cargada con una fuerte connotación negativa. Aquí, ambos términos se utilizan indistintamente.

(4) GARRIGA ZUCAL, José, “Haciendo amigos a las piñas. Interacciones, intercambios y relaciones de una hinchada de fútbol”, disponible online a través del siguiente link: <https://www.efdeportes.com/efd88/hinchada.htm>.

(5) Ob. cit.

(6) Grupo de aficionados a clubes de fútbol ingleses, caracterizados por sus prácticas violentas.

de aficionados en su país, fue convocado a Argentina a fin de brindar sus consejos en orden a la problemática de los barrabravas. Sin embargo, destacó que de acuerdo con el contexto social y político de nuestro país, dicha posibilidad era inviable, toda vez que, a diferencia de lo que ocurría en Inglaterra, aquí los barrabravas contaban con apoyo y contactos políticos, existiendo una suerte de connivencia entre ambos (7).

Esto resulta determinante en orden a las ideas que se pretenden esbozar en lo sucesivo, ya que esos contactos —dirigenciales o políticos— no solo aumenta su peligrosidad, sino que también se erige en poderosa razón para que distintas personas pretendan por diversos medios —principalmente violentos— alcanzar o conservar el mando de una determinada hinchada (8). En este sentido, surge de manera diáfana el peligro que representan este tipo de organizaciones, máxime cuando están amparadas u apoyadas de cualquier manera por quienes ostentan una cuota de poder.

### III. La problemática de las tristemente célebres “barrabravas” en la agenda del Poder Legislativo

La problemática descrita ha ocupado un importante espacio en la agenda de varios legisladores, y particularmente, en la Comisión de Reforma del Código Penal Argentino. Para la elaboración de este trabajo se han tenido en cuenta algunos trascendidos en algunos medios de comunicación, como así también un proyecto de ley elaborado por el Ministerio de Seguridad y presentado ante el Senado en el mes de agosto de 2016, que fue reflatado a fines de 2018 producto de los graves incidentes acaecidos el 24 de noviembre de dicho año (9).

---

(7) <https://noticias.perfil.com/2018/12/04/futbol-y-politica-por-que-no-se-controla-la-violencia/>.

(8) La historia reciente de nuestro país tiene numerosos ejemplos para aportar en este punto.

(9) Horas antes de disputarse el segundo partido correspondiente a la final de la Copa Libertadores 2018, un grupo de aficionados del Club Atlético River Plate atacó ferozmente el colectivo donde se trasladaba el plantel de Boca Juniors, ocasionando severas lesiones a algunos jugadores, circunstancia que obligó a suspender el encuentro.

Ya en la exposición de motivos de este instrumento normativo, el legislador manifestó su preocupación en torno a esta problemática, destacando que “[r]esulta imperioso para este Gobierno enfrentar dicho flagelo y recuperar las condiciones de tranquilidad, orden y seguridad necesarias a fin de que la sociedad recobre el hábito de disfrutar de un deporte tan arraigado en la idiosincrasia del país”. A continuación, y en línea con lo que habíamos señalado en el punto I) *in fine*, postula: “Si bien la problemática de las ‘barrabravas’ no es nueva en la República Argentina, no es una problemática únicamente local sino que, numerosos países han tenido que enfrentarla pudiendo lograr resultados exitosos. Sin embargo, el fenómeno de las ‘barrabravas’ en el país presenta orígenes y características propias que ameritan su tratamiento individual”.

En este orden de ideas, este proyecto de ley busca tipificar conductas que habitualmente se verifican en el ámbito de espectáculos deportivos. Así, y ciñéndonos especialmente al tema que nos ocupa, este proyecto de ley prevé, entre otras, conductas tales como la agresión o intimidación grupal, venta de entradas no autorizadas, cobros no autorizados de estacionamiento (“trapitos”), facilitación de ingreso, etcétera. De acuerdo con el art. 13 de este proyecto de ley, cualquiera de los delitos previstos en esta norma se agravará considerablemente cuando los mismos sean perpetrados por una asociación o grupo de tres o más personas que esté destinado a cometer estos ilícitos con habitualidad. En la norma citada, el proyecto de ley cristaliza por medio de este agravante lo que se denomina “accionar de grupo”, reflejo de la problemática de los aficionados violentos.

Hasta aquí se ha explicado sucintamente las particularidades del proyecto de ley presentado en fecha 28 de noviembre de 2018 en torno a la problemática de los “barrabravas”. Ahora corresponde efectuar un análisis similar respecto del proyecto de reforma del Código Penal, que se encuentra actualmente siendo objeto de estudio en el Congreso de la Nación. Primeramente, es preciso destacar una diferencia esencial en cuanto al abordaje de estos problemas por parte de ambas herramientas legislativas. El proyecto de ley comentado refiere, exclusivamente, a las contingencias delictivas que pueden suceder

en un espectáculo futbolístico, funcionando no solo como agravantes de otras figuras penales (10), sino también tipificando conductas autónomas, como la intimidación grupal que afecte un espectáculo deportivo (11), la emisión y distribución de entradas a grupos de personas que respondan a las características de organizaciones de barrabravas (12), venta de entradas falsas (13), entre otras.

Por su parte, el proyecto de reforma del código de fondo busca resguardar, en su Libro Segundo - Título XXV, al deporte en general, previendo figuras típicas que no solo se vinculan a espectáculos futbolísticos. El primer capítulo de este Título se avoca exclusivamente a la problemática de la violencia en espectáculos deportivos, contemplando delitos como la interrupción, mediante actos materiales, la realización de espectáculos deportivos en estadios de concurrencia pública (14); creación de peligro de aglomeración o avalancha (15); consentir que se guarden en estadios de concurrencia pública armas o explosivos; entre otras (16).

(10) Cómo las contempladas en los arts. 79, 81, 89, 90, 91, 92, 95, 96, 104, 106, 107, 149 bis, 149 ter inc. 1º, 162, 164, 165, 166, 167 incs. 1º y 2º, 183, 184 inc. 1º, 191, 209, 211, 212, 237, 238, 239 y 296 del Cód. Penal argentino, y aquellos previstos por los arts. 5º y 14 de la ley 23.737 (Ley de Estupefacientes).

(11) Art. 5º.— Agresión o intimidación grupal. Se impondrá prisión de tres —3— a seis —6— años al que, con el concurso de dos o más personas, mediante el empleo de violencia o intimidación, alterare el normal desarrollo de un espectáculo futbolístico, provocare disturbios, amedrentare o ejerciere presión sobre protagonistas, concurrentes u organizadores, en las condiciones del art. 1º de la presente ley. Si el hecho se llevara a cabo con la utilización de armas las penas mínimas se incrementarán en dos tercios y las penas máximas se incrementarán en un tercio. La pena será de cinco —5— a doce —12— años de prisión, si se emplearen armas de fuego.

(12) Art. 6º.— Privilegios y financiación: Se impondrá prisión de dos —2— a cuatro —4— años, a los organizadores, protagonistas o responsables de la emisión y distribución de entradas a espectáculos futbolísticos, que las provean, sin pagar el precio correspondiente, a personas que integren grupos con las características mencionadas en el art. 13.

(13) Art. 8º.— Venta de entradas falsas. Se impondrá prisión de dos —2— a seis —6— años al que vendiere entradas falsas para el ingreso al espectáculo futbolístico.

(14) Conf. art. 473.

(15) . Art. 474.

(16) Art. 477.

Sin embargo, y tal como se analizará a continuación, ambos instrumentos normativos coinciden en hacerse cargo de que existen grupos de personas que, de forma organizada, pueden cometer delitos previstos en los mismos. Además, ambos proyectos legislativos valoran que dirigentes o miembros de instituciones deportivas pueden contribuir a la consumación de estas conductas delictivas, previéndose al efecto sanciones para las mismas.

#### **IV. Integrar una “barrabrava” como delito de organización. Particularidades sobre las diferentes formas de intervenir en el delito**

Dentro de los puntos salientes del proyecto de ley enviado por el Ministerio de Seguridad al Congreso en agosto del año 2016 se destaca la previsión de que quienes cometan delitos vinculados a espectáculos futbolísticos puedan organizarse como una verdadera asociación ilícita (17): “Grupos: Será reprimido con prisión de dos —2— a ocho —8— años, si no resultare un delito más severamente penado, el que integre una asociación o grupo de tres —3— o más personas, que esté destinado a cometer con habitualidad cualquiera de los delitos previstos en la presente ley y aquellos que fueran agravados por el art. 3º. Para los fundadores, cabecillas, jefes, organizadores o quienes hayan contribuido a la financiación de dichos grupos y para todo aquel que, interviniendo de cualquier otro modo obtuviere provecho o utilidad personal o económica producto de la actividad del grupo, el mínimo de la pena será de cuatro —4— años de prisión” (art. 11) (18).

Por su parte, el proyecto de reforma del Código Penal también contiene previsiones sobre la posibilidad de que se formen grupos tendientes a cometer delitos en el ámbito deportivo. Así, el art. 478 prescribe que será sancionado penalmente quien “instigare, promoviere o facilitare de cualquier modo, la formación de grupos des-

(17) Sin perjuicio de que la jurisprudencia ya ha considerado que una barrabrava puede funcionar como pantalla para cubrir verdaderas asociaciones ilícitas (véase fallo del Tribunal Oral nro. 17 en el que se condenó a José “El Abuelo” Barrita y a otros integrantes de la barrabrava de Boca Juniors como integrantes de una asociación ilícita).

(18) <http://www.minseg.gov.ar/regimen-penal-especial-para-espectaculos-futbolisticos>.

tinados a cometer alguno de los delitos previstos en el presente Título”. De igual manera, se prevé como agravante del delito consistente en vender entradas falsas, el hecho de que la misma sea cometido por una asociación de tres o más personas (19).

Surge de manera diáfana como, en los ejemplos citados, el núcleo del injusto recae precisamente en esta noción de “organización”. En este sentido, existen autores que buscan distinguir dos sistemas de injusto a partir de la idea o concepto de organización. Como acertadamente señala Mañalich (20), un buen ejemplo lo provee la célebre distinción, introducida por Lampe, entre “sistemas de injusto simple” y “sistemas de injusto constituido”.

Partiendo de la premisa que todo sistema de injusto (con relevancia jurídico-penal) es un conjunto de “relaciones entre individuos organizadas hacia fines injustos”, un sistema de injusto será simple en la medida en que el sistema se halle organizado “hacia un fin común a través de la voluntad de los individuos” que integran el sistema, mientras que un sistema de injusto o estará constituido en tanto su organización adquiera una “configuración institucional duradera mediante una constitución o unos estatutos”. Como ejemplo por antonomasia de injusto simple, Lampe menciona la coautoría; como instancias de sistemas de injusto constituido, en cambio, la organización criminal, la empresa económica con tendencia criminal, así como los Estados y las estructuras estatales criminalmente perversos (21).

Ciñéndonos al fenómeno social que motiva esta investigación, dependiendo del grado de conformación alcanzado por las organizaciones de barrabravas, nos encontraremos ante un sistema de injusto simple, o uno constituido. Así, si la organización solo se conforma para cometer una serie de delitos puntuales, nos encontraremos ante un injusto simple. Por el con-

trario, si la misma tiene vocación de permanencia, y una forma de actuar sistemática, podría erigirse en un sistema de injusto constituido.

En otro orden de ideas, y como bien destaca Cancio Meliá, los delitos de pertenencia a una organización criminal ocupan una posición peculiar dentro del Derecho Penal, bastando con compararlos con infracciones criminales consideradas “normales”, en las que se produce una lesión concreta a un bien jurídico individual. Si se relaciona con el simple hecho de formar parte de una asociación considerada ilícita con la estructura de aquellos delitos de lesión, se comprueba que actos concretamente realizados para la integración de una organización criminal son previos conceptualmente a toda preparación o participación respecto de una infracción concreta: desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales, constituyen supuestos de prepreparación o protopreparación (22). La razón del injusto radica, en palabras del profesor español, en el “elemento colectivo”.

Entonces, lo que aquí se destaca es, precisamente, que el elemento central es la “organización”, la concurrencia de voluntades con el fin de cometer una serie de ilícitos vinculados a los espectáculos futbolísticos. Entonces, si tal como ha trascendido en distintos medios periodísticos, la intención de la Comisión de Reforma es crear una figura que permita catalogar a un grupo de “barrabravas” como asociación ilícita, es importante considerar adecuadamente algunos elementos de esta figura a fin de realizar una correcta interpretación de este novedoso tipo penal.

Particularmente, y por cuestiones de extensión expositiva, estimo pertinente hacer expresa mención a dos cuestiones de incommensurable valor para tesis que aquí se desea exponer. En primer lugar, debemos preguntarnos si basta prestar cualquier tipo de aporte para poder considerar que una persona integra esta particular asociación ilícita. Por otra parte, debe analizarse si ese aporte puede constituir una participación necesaria en los términos del

---

(19) Art. 483.

(20) MAÑALICH, Juan P., “Organización delictiva”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, nro. 2, 2011, ps. 279-310.

(21) LAMPE, Ernst-Joachim, “La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo” (trad. a cargo de Carlos Gómez-Jara) et al., Grijley, Lima, ps. 104-112.

---

(22) Véase: CANCIO MELIÁ, Manuel - SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Delitos de organización”, en *Estudios y debates en Derecho Penal*, nro. 4, colección dirigida por Jesús María Silva Sánchez, Ed. B de F, p. 15.

art. 45 del Cód. Penal, y también, se indagará si ese aporte puede ser prestado “por fuera” de la organización.

Con relación a la primera de estas cuestiones, es conveniente hacer referencia a un interesantísimo aporte realizado por Patricia S. Ziffer respecto al tipo penal previsto en el art. 210 del código de fondo. En efecto, la autora citada considera que para que quien integra o toma parte en la asociación delictiva pueda revestir el carácter de “miembro” es preciso que su aporte o participación esté orientado a integrar la vida de la agrupación de forma permanente (23). Es decir, según la autora el tipo requiere la existencia de una vocación de permanencia, no solo como consecuencia de su caracterización como delito permanente, sino como elemento definitorio del disvalor de la asociación: debe existir *affectio societatis*, es decir, voluntad de incorporarse a la asociación con intención de perdurar en la misma.

Ahora bien, respecto de la segunda cuestión, la autora citada destaca que en esta especie de delitos ninguno de los miembros realiza el tipo por sí solo, sino necesariamente a través de la interacción con el resto de los adeptos a la asociación, desapareciendo el sentido de distinguir entre autores y partícipes, pues la acción típica es, precisamente, la de participar en la organización. Por ello, Ziffer concluye que “cuando la formulación del tipo es justamente la que caracteriza a la participación, como ocurre en el art. 210, cuando el autor es definido por el tipo legal como aquel que ‘toma parte’, el fundamento de la previsión explícita parece decaer, y la distinción entre autor y partícipe ya no parece tener sentido” (24). Luego de esta afirmación, se pregunta si esta equiparación típica entre autores y partícipes alcanza solo a los denominados “partícipes primarios (o necesarios)” o si también alcanza a quien realiza un aporte a la asociación susceptible de ser calificado como partícipe secundario. En este sentido, Ziffer admite que puede participarse en la asociación sin intervenir directamente en los delitos “objeto” de la organización, aludiendo que esta, no es más que una participación secundaria.

Consecuentemente, la participación necesaria solo podría prestarse, de acuerdo con la tesis sostenida por la autora, desde la propia asociación, quedando entonces dentro de la equiparación entre autores y partícipes antes aludida.

Como bien señala el Dr. Fernando Díaz Cantón, la autora parece caracterizar la esencialidad o no del aporte del partícipe no en la virtualidad que el mismo tenga (o no) para la configuración de la organización delictiva, sino en el grado de compromiso con la asociación y en la intervención o no en los delitos que constituyen el objeto de la misma (25). Sin embargo, estos aspectos no pueden ser determinantes para definir, si dentro de estos delitos de organización, el aporte es necesario o no, como tampoco para sostener que este tipo de intervención no pueda prestarse “por fuera” de la asociación. En este orden de ideas, considero que resulta sumamente útil recurrir a las construcciones dogmáticas elaboradas por Ricardo Robles Planas a fin de definir y distinguir los dos niveles en los que se puede intervenir en un delito (26). En primer lugar, el autor citado propone emanciparnos de la idea de considerar la noción de “autor” como punto de partida de la construcción de toda la dogmática de las formas de intervención, ya que es solo un subconcepto secundario del concepto primario de “intervención” en el delito.

Asimismo, el autor distingue dos momentos dentro de la problemática de la intervención delictiva: la fundamentación de la intervención por un lado, y su calificación por el otro. El primer momento (fundamentación de la intervención) está estrechamente vinculado a la teoría de la imputación objetiva, resultando importante tener en cuenta el principio de autorresponsabilidad, pero entendido de una forma normativa: creación desaprobada —activa u omisiva— de un riesgo teniendo en cuenta la conducta autorresponsable de otro sujeto. En la medida en que la conducta de varios intervinientes está desaprobada en vistas a un mismo hecho delictivo pue-

(23) ZIFFER, Patricia S., “El delito de asociación ilícita”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 142 con cita de Lackner-Kühl.

(24) *Ibidem*, ps. 139-141.

(25) Véase DÍAZ CANTÓN, Fernando, “Posibilidad de participación necesaria por fuera de la asociación ilícita”, en ZIFFER, Patricia S. (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, vol. 4, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 31.

(26) ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret Penal* [2], 2012.



de sostenerse que el hecho delictivo pertenece a todos los intervinientes (27).

Por su parte, la calificación de la intervención busca determinar, entre el círculo de intervinientes, quienes deben recibir mayor pena. Si bien todos han infringido una norma, la intensidad de la infracción no siempre es la misma. Por tanto, todo se reduce a una gradación de las infracciones de deberes realizadas por cada interviniente. Para ello, será determinante analizar la magnitud de los actos de organización de cada uno y su incidencia en la concreta realización típica. Como bien señala el citado autor, la valoración del aporte de cada interviniente debe realizarse no solo teniendo en cuenta la proximidad fáctica con el menoscabo del bien jurídico o con el dominio del hecho que conduce al mismo, sino también el significado que dicha aportación tiene como acto de organización para la negación del Derecho, donde cobra relevancia la infracción de deberes especiales. Entonces, el injusto del interviniente será mayor cuanto más probabilidad y mayor grado de lesividad incorpore su aportación para afectar al bien jurídico y más intensa sea la lesión de deberes jurídicos especiales en relación con la situación típica así como, en general, más intenso sea el grado de negación del Ordenamiento Jurídico (28).

De esta manera, el carácter esencial de un aporte no debe buscarse en el nivel de compromiso con la organización delictiva ni en la estricta vinculación del mismo con los delitos objeto de la asociación ilícita, sino que dicho análisis debe abordar los dos momentos de la intervención delictiva recién analizados, es decir, la fundamentación y calificación de la intervención.

### **V. Intervención delictiva de dirigentes de instituciones deportivas**

Es sumamente conocido dentro de la realidad de nuestro país que gran parte del poder que ostentan las “barrabruvas” de diversos clubes de fútbol se debe a los aportes que realizan los dirigentes de estas instituciones. Estos aportes revisten diversas modalidades, como por ejemplo no ejercitar adecuadamente el derecho de admisión, allanar obstáculos para que puedan

disponer de las instalaciones del club para sus abyectos fines (como, por ejemplo, lugares donde guardar armas o sustancias estupefacientes), facilitar tickets para su reventa, entre otros.

Ahora bien, debemos preguntarnos cuál es el grado de intervención delictiva que corresponde asignárseles. En primer lugar, si bien la segunda parte del art. 11 del proyecto de ley mencionado anteriormente prevé una extensión de la responsabilidad penal respecto de aquellos que “hayan contribuido a la financiación de dichos grupos y para todo aquel que, interviniendo de cualquier otro modo obtuviere provecho o utilidad personal o económica producto de la actividad del grupo [...]”, estos fines no siempre estarán presentes en la casuística que pueda presentarse, o quizás no hayan podido materializarse. No obstante ello, y conforme lo que ya se ha sostenido anteriormente, si estos directivos prestan un aporte que, además de contribuir a los fines de la organización delictiva, demuestre una verdadera *affectio societatis*, no caben dudas de que deberá reputárselo autor de este peculiar delito de organización.

Por otra parte, estos aportes pueden ser prestados también “por fuera” de la asociación delictiva, y sin ánimo de integrar la misma de forma permanente. En estos casos, y bajo la óptica de los elementos analizados anteriormente, deberá evaluarse si estos aportes convierten a quien los presta en partícipes necesarios o secundarios del delito. Si tenemos en cuenta que generalmente quienes revisten el carácter de dirigentes de instituciones futbolísticas se encuentran en ejercicio de deberes especiales, y que, además, se encuentran en condiciones de prestar colaboraciones absolutamente escasas dentro del mercado delictivo (29), estimo que, en la mayoría de las ocasiones, los aportes de estas personas serán manifestaciones de una verdadera participación necesaria.

### **VI. Programas de cumplimiento normativo como herramientas útiles de contención de esta clase de riesgos**

Ahora bien, las conductas delictivas desplegadas por agrupaciones delictivas organizadas

---

(27) *Ibidem*, p. 3.

(28) *Ibidem*, p. 8.

(29) En este sentido cobra relevancia la “teoría de los bienes escasos” formulada por Enrique Gimbernat Ordeig para discernir cuando un aporte es esencial o no.



bajo el formato de barrabravas no forman parte de las previsiones de la ley 27.401 para habilitar el régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas allí contemplado (30). Sin embargo, y tal cómo se anticipara, cuando directivos de estas instituciones deportivas participan de alguno de los delitos contemplados tanto en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal como así también en el proyecto de ley que busca prevenir actos de violencia en espectáculos deportivos, puede dar lugar no solo a la responsabilidad penal de los mismos, sino también de la persona jurídica que representan, toda vez que se prevén penas de multa, inhabilitación y clausura de sus respectivos estadios.

En efecto, el proyecto de ley presentado en noviembre de 2018, referido a la violencia en espectáculos futbolísticos, prevé en su art. 26, una multa al club o establecimiento deportivo cuando “alguno de los delitos previstos por la presente hubiere sido cometido por un director, administrador, dirigente, miembro de comisiones directivas o subcomisiones de la misma, en ejercicio o en ocasión de sus funciones o por sus dependientes con conocimiento de aquellos”.

En sentido similar, el anteproyecto de reforma del código de fondo establece que si alguno de los delitos previstos en el Capítulo 1 del Título XXV —que, como dijimos, refiere a violencia en espectáculos deportivos en general— hubiere sido cometido por un director o administrador de un club deportivo, dirigente, miembro de comisiones directivas o subcomisiones, en ejercicio o en ocasión de sus funciones, podrá aplicársele una multa. Pero no solo ello, ya que el tribunal actuante se encuentra facultado para ordenar, mediante resolución fundada, la clausura del estadio por un término máximo de

(30) Art. 1º.— Objeto y alcance. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los arts. 258 y 258 bis del Cód. Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el art. 265 del Cód. Penal; c) Concusión, prevista por el art. 268 del Cód. Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los arts. 268 [1] y [2] del Cód. Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el art. 300 bis del Cód. Penal.

sesenta días. Todas estas son claras manifestaciones de que los efectos de actividades desplegadas por barrabravas pueden registrar importantes impactos en las instituciones delictivas.

Resulta necesario destacar que la sociedad actual no solo se caracteriza por ser una “sociedad del riesgo”, sino que, además, se trata de una sociedad de enorme complejidad donde la interacción individual ha alcanzado ribetes hasta ahora desconocidos, desprendiéndose de ello dos importantes consecuencias: por un lado, la profunda interrelación de las esferas de organización individual incrementa la posibilidad de que de algunos de estos contactos sociales redunden consecuencias lesivas; y por el otro, la creciente interdependencia da lugar, a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos dependan de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros, agregando que “las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos —recíprocos— de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas” (31).

Cómo lógico corolario de ello, y atento a la posibilidad de que las instituciones deportivas incurran en responsabilidad penal por comportamientos desarrollados por sus directivos —particularmente en lo que concierne a su vinculación con “barrabravas”—, considero que una manera óptima de gestionar estos riesgos es aplicando los lineamientos contenidos en los arts. 22 (32) y 23 (33) de la ley 27.401. Esto es, mediante la implementación de Programas de Integridad don-

(31) SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., “La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Ed. Civitas, Barcelona, 2001, 2ª ed., p. 29.

(32) Art. 22.— Programa de Integridad. Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación.

(33) Esta norma prevé los elementos que debe contener un Programa de Integridad.

de consten, entre otras cosas, un código de ético interno (que puede ampliarse para socios que eventualmente deseen formar parte de la Comisión Directiva) una clara identificación y análisis de riesgos que pueden devenir de la actividad de la persona jurídica, canales internos de denuncia abierto a socios y terceros, la incorporación de un compliance officer, la implementación de acciones positivas tendiente a disminuir estos riesgos.

Por consiguiente, considerando que actualmente las instituciones deportivas pueden ser utilizadas como medios para el desarrollo de comportamientos delictivos, quienes ofician como representantes de las mismas deben implementar medidas útiles para gestionar estos riesgos, particularmente aquellos que provengan a raíz de la vinculación de sus dirigentes y organizaciones delictivas como las “barrabravas”), funcionando los lineamientos de integridad referidos como una herramienta útil y conducente para estos fines.

## VII. Conclusión

A modo de colofón, puede concluirse que afortunadamente la problemática de las organizaciones delictivas organizadas como “barrabravas” está siendo objeto de análisis por parte de la Comisión de Reforma, que busca dar respuestas desde el Derecho Penal. Asimismo, y si bien no se conoce asertivamente el texto con el que se encuentra trabajando la Comisión (y por tanto, se tomó como referencia el de un proyecto presentado por el oficialismo), ello no ha sido óbice para poder realizar un abordaje dogmático sobre estos novedosos tipos penales. En efecto, el estudio de estas sociedades delictivas se erige en una buena oportunidad para realizar un análisis genotípico sobre diversas

formas de intervenciones delictivas dentro del especial fenotipo de las “barrabravas”.

Por ende, resulta necesario no solo evaluar qué grado de responsabilidad penal registrarían estos sujetos, sino también instaurar mecanismos de control y prevención que permitan disminuir los riesgos penales vinculadas a la existencia y funcionamiento de las entidades deportivas.

## VIII. Bibliografía complementaria

FRISCH, Wolfgang - ROBLES PLANAS, Ricardo, “Desvalorar e imputar”, *Estudios y debates en derecho penal*, nro. 2, colección dirigida por Jesús María Silva Sánchez, Ed. BdeF.

FRISTER, Helmut, “Derecho penal. Parte general”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

MONTIEL, Juan Pablo (dir.) - AYESTARÁN, Nicolás (coord.), “Lineamientos de integridad. Reportes en *compliance*”, *Crimint*, 2018 (disponible en formato *e-book* a través del siguiente link: <http://crimint.com.ar/2018/08/08/crimint-prepara-un-informe-sobre-los-lineamientos-de-integridad-de-la-oficina-anticorrupcion-de-argentina/>).

ROBLES PLANAS, Ricardo, “Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales”, Ed. Atelier, 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo, “Deberes negativos y positivos en Derecho Penal”, *InDret Penal* [4], 2013.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Delito de infracción de deber y participación delictiva”, Ed. Marcial Pons, 2002.

# Torcidas organizadas, violência e comportamento policial

POR LUCAS LUCIANO SERAFIM MACIEL (\*) Y VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ (\*\*)

**Sumario: I. Introdução.— II. As torcidas organizadas (hinchadas) no Brasil e na Argentina e as legislações nos dois países.— III. As ações “criminalizadoras” pelo poder público no Brasil. Ministério Público (Fiscalia).— IV. As ações realizadas pelo poder público. Polícia.— V. Conclusão.**

## I. Introdução

Os eventos futebolísticos têm um status de elevado espetáculo em muitas sociedades e, não raras vezes, adquirem um efeito análogo até mesmo ao da religião.

Assistir às partidas, quando se tem uma afeição pelo esporte em questão, proporciona sentir uma carga emocional capaz de gerar satisfação ou frustração, a depender do desempenho do resultado final obtido pela equipe. Entre o contexto de frustração e satisfação há um ponto de tangência: a busca pela diversão. Existe, nesse sentido, uma importante contribuição da área psicanalítica, que auxilia no raciocínio da temática futebol/diversões/ torcidas:

A vida, tal como nos coube, é muito difícil para nós, traz demasiadas dores, decepções, tarefas insolúveis. Para suportá-la, não podemos dispensar paliativos. Existem três desses recursos, talvez: *poderosas diversões*, que nos permitem fazer pouco de nossa miséria, gratificações substitutivas, que as diminuem, e substâncias inebriantes, que nos tornam insensíveis a ela. FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. (Texto grifado)

O destaque do termo “poderosas diversões” é importante porque permite ilustrar justamen-

te o que ocorre nos eventos futebolísticos: um espetáculo cujo maior objetivo de quem assiste é entreter-se de maneira evolvente e divertir-se de maneira muito intensa.

No contexto da Argentina, a formação das torcidas organizadas remete às classes mais populares e também às rivalidades históricas (1). No Brasil a origem não difere, pois, a composição de torcidas organizadas é de, ao menos em sua maior parte, pessoas oriundas de classes mais pobres e a rivalidade com outras torcidas deriva de disputas históricas já consolidadas entre clubes locais. Nesse sentido, não se verifica rivalidade acentuada entre torcedores do clube Juventus “da Mooca” (bairro da Capital do Estado de São Paulo) com Palmeiras ou Corinthians, por exemplo, ao passo que entre esses dois últimos já está consolidada uma prévia tensão entre os seus torcedores. Na Argentina, é inevitável não se lembrar do clássico Boca Juniors vs. River Plate (El Superclásico), contudo há outras rivalidades acentuadas com base em times do mesmo bairro, como é o caso de San Lorenzo vs. Huracán.

## II. As torcidas organizadas (*hinchadas*) no Brasil e na Argentina e as legislações nos dois países

Como exemplo de torcidas organizadas no Brasil, é possível mencionar a “Mancha Alvi Verde” (do Palmeiras, fundada em 1983), Gavi-

(\*) Graduado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Brasil.

(\*\*) Professor Associado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e do PROLAM - Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo, Brasil.

(1) TADDEI, Renzo, “La invención de la violencia (de las hinchadas de Buenos Aires)”, *Antípoda - Revista de Antropología y Arqueología da Universidade de Los Andes*. Acesso: <http://dx.doi.org/10.7440/antipoda24.2016.02>, em 24/07/2019.

ões da Fiel (do Corinthians, fundada em 1969) e “Raça Rubro-Negra (do Flamengo, fundada em 1977. Na Argentina temos como exemplo a *La 12* (do *Boca Juniors*, fundada em 1973), a *Los Borrachos Del Tablón* (do *River Plate*, fundada nos anos 70) e *La Gloriosa Butteler* (do *San Lorenzo de Almagro*, fundada em 1959).

E se a diversão é um elemento que conduz à apreciação do futebol, o que ocorre nas disputas entre torcidas rivais? Disputas estas que se distanciaram do caráter “divertido” do futebol e seguiram uma tendência violenta.

O que era busca pela diversão deixou de sê-lo para certos grupos de torcedores envolvidos ativamente com os jogos da equipe. A violência no futebol que ocorre entre as torcidas organizadas gerou consequências graves, como morte de torcedores. No Brasil foi adotada a medida de “torcida única” em partidas, nas quais envolvem torcidas rivais entre si, ou seja, nos ditos clássicos locais. O início ocorreu no Estado de São Paulo (equivalente a uma província na Argentina), pois foi onde primeiramente se formalizou administrativamente a proibição: nas partidas de futebol que envolverem entre si Corinthians, Palmeiras, Santos e São Paulo Futebol Clube apenas haverá torcida para o clube mandante. Cabe destacar que, embora sejam ações recentes e determinadas por cada Estado brasileiro, o amparo legal se embasa no art. 17, parágrafos 1º e 2º do Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003).

Como parâmetro comparativo, tem-se o futebol argentino, no qual também está prevista a torcida única desde 2013 para as partidas entre times rivais sediados na capital Buenos Aires. A medida proibitiva foi resultado de uma decisão conjunta entre o Governo Federal da Argentina e a A.F.A., *Asociación del Fútbol Argentino*.

Apesar de a medida ter ocorrido no ano de 2013, já no início dos anos 2000 existia uma tendência mais ativa do poder público argentino com relação aos eventuais danos causados por torcedores nos eventos futebolísticos. Vejamos uma decisão (2) relevante do Poder Judicial de La Provincia de Buenos Aires:

(2) CC0001 LZ 52088 RSD-475-1 S 20/12/2001 Juez BA-SILE (SD) Carátula: “Sánchez de Mazparrote, Marina y ot. c. C. A. Los Andes y ot. s/ Daños y perjuicios”, magis-

Civil y Comercial B2550188 Daños y perjuicios - Espectáculos deportivos | Daños y perjuicios - Responsabilidad objetiva | La Asociación del Fútbol Argentino, por integrar el aparato organizador del espectáculo deportivo, es responsable del daño que pueda sufrir un espectador —en el caso, un hincha sufrió lesiones al ser agredido por la hinchada del club visitante— y, en consecuencia, debe resarcir el daño causado por la violación del deber de seguridad y esa responsabilidad es solidaria con el club organizador.

Nesse ponto é inevitável destacar que a Argentina se atentou à questão dos espetáculos esportivos muito antes do Brasil: a Ley 23.184 foi promulgada em 21 de junho de 1985 (3). A decisão citada, por exemplo, não destoa do que está previsto no art. 33, ley 23.184, Régimen Penal y Contravencional para La violencia en espectáculos deportivos (tratativa da responsabilidade Civil na jurisdição da Argentina).

No Brasil, por sua vez, houve uma demora para que fossem estabelecidas regras legais que conferissem maior estabilidade às tensões provenientes dos espetáculos futebolísticos (lembramos que o Estatuto do Torcedor no Brasil adveio apenas em 2003). E após o estatuto a política de segurança pública dos governos se valeu de ações persecutórias “de combate” às torcidas organizadas. O problema de uma postura dita “de combate” é que ocorre um deslocamento para ações mais voltadas ao conflito do que à solução de tensões.

### III. As ações “criminalizadoras” pelo poder público no Brasil. Ministério Público (*Fiscalia*)

Vejamos, por exemplo, como ações promovidas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo mais prejudica as relações do poder público com as torcidas organizadas do que visam à desconstrução de eventuais elementos nocivos que eventualmente nelas estejam. No início dessa década o Ministério Público ingressou com

trados votantes: Basile-Mazzetti-Tabernerero, LA LEY 2002, 829.

(3) Sítio eletrônico: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26207/norma.htm>, acesso em 24/07/2019.

uma ação civil pública (4) junto ao Poder Judiciário com intuito de promover a extinção de uma torcida organiza. Um argumento fortemente citado, dentre outras, foi o “receio de lesão grave ou de difícil reparação”. Nota-se, no caso, uma tentativa de realizar política criminal criminalizando toda uma estrutura social, de modo que o argumento para tal é justamente a crença de que ocorrerá a redução da criminalidade. Esse raciocínio vai ao encontro da crítica à utilização das normas ocasião (5), a qual é utilizada por operadores do direito para criminalizar condutas ou aumentar suas penas sob o argumento de uma busca pela redução da criminalidade.

Ao menos na resposta do poder judiciário a tese não prosperou, conforme se pode ver no acórdão (6) proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

A ação civil pública em exame foi ajuizada com fundamento na ocorrência de evento preterito, qual seja, o fato de torcedores terem sido vítimas de brigas envolvendo torcidas organizadas, inclusive com evento morte, bem como a ocorrência reiterada deste tipo de tumulto. Evidente que o tema é delicado e merece atenção do Poder Público, como forma de prevenção. No entanto, não pode este Poder, ora representado pelo Judiciário, tomar medidas antecipadas para suspender a atuação de associação regularmente constituída, pois estar-se-ia violando, a priori, o disposto no art. 5º, inc. XVII da Constituição Federal, que dispõe sobre a liberdade de associação, desde que para fins lícitos e sem caráter paramilitar.

E a postura persecutória pelo Ministério Público paulista contra torcidas organizadas vai adiante, pois há, inclusive, a tentativa de enquadrar condutas decorrentes de conflitos em crimes mais graves, como no caso de 2010 em que torcedores do Corinthians foram denunciados por infração aos artigos 157 (roubo) e 288 (associação criminosa) do Código Penal Brasileiro

(4) Ação Civil Pública resultante no processo 0147285-80.2012.8.26.0000, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Comarca de São Paulo.

(5) RODRÍGUEZ, Víctor G., “Fundamentos de Direito Penal Brasileiro”, Ed. Atlas, São Paulo 2010, p. 77.

(6) Acórdão 2012.0000534919, 7ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ro. Na ocasião os envolvidos se envolveram em disputas com um torcedor de outro time e no desdobramento tomaram posse de seus bens, como boné e óculos de sol. No em caso em foco é pertinente uma reflexão penal sobre o dolo e não sobre a estrita conduta praticada pelos agentes, como bem observa o acórdão:

Não houve anúncio de assalto. Pelo que se depreende, o dolo dos agentes não era o de subtrair, mas sim o de agredir, por se tratar de briga de torcidas rivais, como inclusive já destacou o d. Juízo *a quo*. Seria mais adequado que respondessem por lesão corporal, mas este não foi o objeto da denúncia e nem sequer do recurso do Ministério Público. A subtração foi mero desdobramento das agressões, não havendo provas de que todos estivessem em conluio para a prática do crime de roubo. O que se conclui é que um dos réus, ou mesmo o adolescente (não se sabe quem), aproveitou-se da situação e tomou para si o boné do São Paulo F.C. (não se sabe para qual finalidade), tendo em vista que eram todos torcedores de um time rival. Enfim, a autoria desta subtração, que ocorreu isoladamente em meio às agressões, não está suficientemente demonstrada. (Acórdão proferido pela 2ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, sob o registro 2015.0000456895, Relator Desembargador Diniz Fernando, votação unânime, julgado em 22 de junho de 2015)

Tratada de maneira mais ponderada pelo juiz da causa, a capitulação utilizada pelo órgão acusador na denúncia também está completamente contrária às considerações sobre o “dolo”, observada a doutrina da ação finalista (7), de Hans Welzel, amplamente difundida e adotada no campo das ciências penais:

A teoria do dolo não pode pôr seriamente em prática sua tese. O dolo requer uma consciência (percepção ou representação) real, atual, dos elementos do tipo no momento do fato. O autor tem, contudo, raras vezes uma consciência dessa natureza sobre a antijuricidade e esta lhe *falta completamente nos delitos passionais graves e nos delitos instantâneos*. (Texto grifado).

(7) WELZEL, Hans, “O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista”, tradução de Luiz Regis Prado, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, 4ª ed.



#### **IV. As ações realizadas pelo poder público. Polícia**

O problema da execução de ações estatais equivocadas gera proporções maiores, pois existem menções de integrantes de torcidas organizadas sobre provocações realizadas por policiais que atuam nos eventos desportivos. Esse ponto não é de simples constatação, pois a resposta oficial (e política) de qualquer órgão estatal é a de que ele atua com as devidas observâncias e na defesa dos direitos, com apuração de eventuais condutas irregulares. Não haverá, nesse caso, confissão formal de que integrantes das forças policiais provoquem os torcedores no contexto dos eventos esportivos. Apesar de ser um objeto mais sensível e com grande dificuldade empírica de constatação, a questão merece importantes reflexões que seguem na conformidade do que Zaffaroni e Pierangeli (Manual de Direito Penal Brasileiro) discorrem sobre a “instigação”:

De outra parte, cabe considerar que a impunidade do *agente provocador* deixa livre uma forma de “investigação” de delitos bastante discutível, pois, em lugar de investigar policialmente delitos cometidos, trataria de instigar o cometimento de delitos para puni-los. Semelhantes métodos não têm cabimento num Estado de Direito, porque a ética deste impede a degradação da sua imagem, não permitindo que o Estado se valha do crime, para a realização da sua justiça. ZAFFARONI, Eugenio R. - PIERANGELI, José H., “Manual de Direito Penal Brasileiro”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, 10ª ed. (Texto grifado).

No caso do Estado de São Paulo, a organização administrativa da força policial (8) preventiva que atua no policiamento em eventos desportivos (Polícia Militar) obedece ao padrão das demais unidades. Disso implica que na unidade policial militar existem setores que escapam à atribuição do policiamento preventivo e atuam em uma espécie de investigação. Trata-se do “serviço reservado”, conhecido internamente na Polícia Militar como “P2” e que possui caráter in-

vestigativo, contudo a sua estrutura, composição de policiais designados e diretrizes de atuação não é acessível de maneira transparente. Aí se pode notar outro problema, uma vez que a polícia judiciária, que tem por atribuição a investigação das infrações penais, sequer tem relação administrativa de conexão com o setor de investigação construído pela Polícia Militar.

Vejamos as diferenças de abordagens realizadas pelas polícias brasileira e argentina. No caso brasileiro o policiamento para eventos desportivos é incumbido às polícias militares, de maneira que muitas vezes existe uma vinculação à unidade de policiamento de choque. No Estado de São Paulo, por exemplo, o policiamento em questão é exercido na Capital e Grande São Paulo pelo Comando de Policiamento do Choque. A administração policial que permite espírito de policiamento de choque realizado nos eventos desportivos traz um prejuízo ao propósito da ação. O cenário é composto, acima de tudo, por torcedores em um evento de lazer e não por um quadro de distúrbios civis.

Já na Argentina as forças policiais atuantes nos eventos desportivos são vinculadas às províncias, mas têm natureza civil, de modo que é mitigada a mentalidade de policiamento militarizado e de choque para esses eventos.

#### **V. Conclusão**

Como consequência, vê-se a diferença: no Brasil existem conflitos maiores entre as torcidas organizadas e a polícia. No contexto argentino, por exemplo, ocorreram conflitos sérios entre a polícia e torcedores desde 2013, ocasião em que foi determinada a torcida única para as partidas, nas quais figurassem clubes de Buenos Aires. Por um momento se percebeu notável aumento de confrontos entre torcedores e a polícia. Isso fez com que se percebesse que a torcida única não era a solução para um problema que envolve não apenas questões de criminalização e de segurança pública, mas sim, também uma reflexão antropológica e social.

É evidente que não se pode permitir que grupos como os *Barra Bravas* ajam sem que o Estado interfira em suas ações, entretanto, ao serem adotadas diretivas menos agressivas por parte da polícia o cenário evoluiu, inclu-

---

(8) No caso da Capital e a região metropolitana de São Paulo, o policiamento em eventos desportivos é responsabilidade imediata do 2º Batalhão de Policiamento de Choque da Polícia Militar.



sive, para avanços, como anúncios recentes sobre a possibilidade de volta das torcidas visitantes nas partidas de futebol argentino.

No Brasil, contudo, a determinação das torcidas únicas aumentou para outros Estados e hoje o que acontece e a vedação de torcedores visitantes frequentarem às partidas entre os clubes locais ditos rivais. As consequências apontam para a constatação de que é necessário um olhar crítico e alteração do programa de treinamento das polícias brasileiras, o qual necessita de diretrizes que de priorizem a redução de conflitos com as torcidas organizadas.

Dada a importância da efetividade das ações policiais com respeito aos direitos e garantias fundamentais, cabe realizar uma comparação com as ações da polícia argentina e as diretrizes administrativas dos governos locais. Por desdobraimento, o foco da pesquisa consiste na construção de estratégias de redução da

violência entre as ações policiais e as torcidas organizadas.

A conclusão indica que um treinamento de caráter civil e não focado primordialmente no policiamento de choque contribui para maior estabilidade social nos espetáculos desportivos, assim como também contribui com a valorização profissional do policial brasileiro. Pelo futebol se tratar de um elemento marcante na identidade esportivo-cultural dos dois países, visa-se, por fim, promover um reconhecimento mútuo da inserção do policial como membro da sociedade e desta em reconhecê-lo de fato como seu integrante.

Do contrário, o único caminho possível será o alijamento das camadas menos favorecidas da presença no espetáculo, o que retira grande parte de sua natureza e transforma o futebol em mais um dos tantos entretenimentos que, ao conseguir êxito, “monetariza-se” e passa a excluir justamente os que o tornaram popular.

# Alternativas en el uso de las medidas cautelares para reducir la prisión preventiva en México

POR SALVADOR MOLINA GUTIÉRREZ (\*)

Coautores: **Jennifer Alejandra Olmos Cocoba, Josué Ortega León, Yanitza Isabel Valenzuela Rodríguez y Yubixa Adilene Mendoza Martínez**

**Sumario: I. Presentación.— II. La prisión preventiva sustentada en las reformas a la Constitución.— III. La jurisprudencia y criterios de la Suprema Corte.— IV. Estadística del Estado de Sonora, respecto al uso de la prisión preventiva.— V. Las bases de la legalidad de la detención de la persona.— VI. La percepción de si la prisión preventiva disminuye la criminalidad o los delitos.— VII. El uso de dispositivos o localizadores en Estados Unidos de Norteamérica.— VIII. Propuestas.— IX. Conclusiones.**

## I. Presentación

Todo modelo procesal-penal aspira a alcanzar un mínimo de eficacia (Peña, 2013) (1).

Es por ello que consideramos que la importancia de las medidas cautelares, tienen en el proceso penal ha recobrado gran relevancia, principalmente el uso de la prisión preventiva.

México tiene dos reformas al sistema penal acusatorio, primero estableció, nueve delitos para determinar la prisión preventiva de forma oficiosa, para que la Fiscalía pueda continuar con la investigación, y esta pueda solicitar la prisión preventiva cuando a su consideración otras

medidas cautelares no fueran suficientes siendo el objetivo garantizar la presencia del imputado a proceso, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento (2).

La segunda reforma agregó cuatro delitos más de prisión preventiva, debido a la presión de la sociedad por la supuesta “falla” del sistema, el juez se basa en el informe de autoridad de medidas cautelares donde indica que un imputado puede tener un riesgo mínimo, medio, máximo para determinarla (3). Esto carece de objetividad científica para tomar decisiones adecuadas, y abusando del uso de la prisión preventiva, pues debería considerarse además la fortaleza de la acusación, peligrosidad del individuo y no los delitos en sí mismos, lo cual viola la presunción de inocencia del imputado. No se busca la verdadera integración del imputado con la sociedad y pronosticar su conducta, el Estado omite en sus políticas públicas establecer nuevas formas donde la aplicación de la ciencia y tecnología evitaría el grave perjuicio al imputado, ya que realiza

(\*) Dr. en Derecho Constitucional, Penal y DH por el Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal AC, Maestría en Procesal Penal en Sistema Acusatorio en Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal AC, Maestría en Amparo Universidad Durango Santander, profesor de Derecho Procesal Penal, Procesal Civil, Procesal Internacional y de Juicio de Amparo en la Universidad de Sonora Campus Nogales, miembro de la Academia Jurídica y de Psicología de Unison, abogado postulante.

(1) PEÑA CABRERA FRAYRE, Alonso R., “La prisión preventiva en el marco de la política criminal de ‘seguridad ciudadana’”, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre 2013, 1ª ed., p. 11.

(2) Código Nacional de Procedimientos Penales, Reforma junio de 2016, arts. 153, 155.

(3) BOJORQUEZ, A., “Autoridad de Supervisión de Medidas Cautelares”, entrevista sobre uso de la prisión preventiva.

la investigación criminal en perjuicio de su libertad la que se equipara a una pena anticipada.

Este trabajo pretende ofrecer nuevas alternativas para asegurar el proceso penal, identificar elementos clave de la conducta humana que ayudaría a evitar la prisión preventiva o en su caso aquellas conductas que atentan contra la paz social.

## II. La prisión preventiva sustentada en las reformas a la Constitución

### *II.1. Reformas en delitos que autorizan la prisión preventiva de manera oficiosa en México*

La reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública de 2008 busca la transformación de las prácticas de la utilización de las medidas cautelares en el sistema penal mexicano. Chacón, Segob (s.f.) (4).

Con la implementación del sistema penal acusatorio, se estableció un cierto número de delitos de los cuales el juez de control estaba autorizado para decretar la prisión preventiva oficiosamente mismos que se contemplaban en la reforma constitucional de Junio de 2016, entre los que se encontraban los casos de Delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Con la implementación de los nuevos sistemas de justicia penal, prácticamente en toda Latinoamérica podemos observar que, se trataba de buscar nuevas prácticas más acordes al respeto y dignidad de la persona que enfrenta un proceso penal en su contra, como se sabe la prisión preventiva en el sistema anterior era la regla para buscar conseguir sus fines, sin querer entrar en ese ámbito tan analizado por excelentes juristas.

Partiendo del estudio que se hace en México por la Secretaría Técnica del Consejo de Coor-

dinación para la implementación del sistema de justicia penal alrededor del año 2008, se aprecia la intención de cambiar el esquema mental a la que estamos acostumbrados en nuestra cultura de utilizar la prisión preventiva para dar supuestamente solución a todos los problemas de delincuencia, y en su explicación de dicho estudio, nos plantea el cambio de paradigma que representa implementar este sistema de justicia penal, que sin perder de vista el objetivo del sistema en cuanto al uso de las medidas cautelares, nos indica “la regulación de las medidas cautelares es un elemento de la mayor importancia en el diseño del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano”. Su efecto incide directamente en la vida de los ciudadanos sujetos a proceso y su adecuado funcionamiento es uno de los grandes retos del nuevo sistema (5).

Cabe precisar que en el estudio de referencia que hace la Secretaría Técnica hace especial énfasis en la transformación radical de los parámetros que justifican la aplicación del uso de la prisión preventiva, sin embargo resulta pertinente señalar y precisar que en este proceso de adaptación del sistema penal, tal y como se señala en otros estudios interesantes acerca de la evolución y desarrollo el sistema de justicia ha encontrado de la misma forma en México una realidad fuerte que dificulta su desarrollo, de la misma forma los medios, la sociedad resiente y ha generado un sentimiento de ineficacia de la justicia, en la que se percibe que la ley se ha debilitado, que la delincuencia sigue en aumento, y el nuevo sistema no ha ayudado o poco ha ayudado para abatir los índices de delincuencia, tal como lo ha señalado Carrasco 2011, “la implementación de la reforma no se debe limitar únicamente a capacitación, sino más bien a adoptar estrategias para la reorganización de todas las instituciones involucradas para adecuar sus funciones de acuerdo con las nuevas exigencias del sistema acusatorio”(6).

(5) *Ibidem*, p. 163.

(6) CARRASCO SOLIS, J., “Estudio Comparativo: El Impacto de las reformas procesales en la prisión preventiva en México”, Revista Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Prisión Preventiva y reforma procesal penal en América Latina, evaluación y perspectivas, vol. 2, 2011, p. 199.

(4) CHACÓN ROJAS O. - NATARÉN NANDANYAPA, C. (colab.), “Las medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio”, Secretaría Técnica del Consejo de Implementación del Sistema de Justicia Penal.

De la misma manera es importante lo que comenta Carrasco 2011, que para que se tenga mayor éxito de la reforma es necesario que “la seguridad ciudadana, procuradurías o fiscalías, defensorías, tribunales y reinserción social tienen que caminar de manera coordinada y sincronizada para lograr mejores resultados” (7), lo que impacta directamente al núcleo de la población, cuando se tiene un trabajo coordinado ante la sociedad, este resulta en su beneficio. Sin embargo la realidad es que no lo existe por eso se refleja en los altos índices de delincuencia, y el Estado para dar una “solución” pasajera y superficial ante los índices de criminalidad en sus políticas públicas legisla, aplica la utilización represiva de la prisión preventiva, que con las reformas vuelve a dar de un nuevo uso desmedido en la mayoría de delitos, ante la incapacidad de hacer frente al problema, la solución es la medida legislativa de incorporar más delitos que recibirán prisión preventiva oficiosa.

## II.2. Las contrarreformas al sistema penal implementado

La situación actual respecto al funcionamiento del sistema penal acusatorio implementado, se puede describir a razón de lo que otros investigadores ya comentaban años atrás, al mencionar la labor que los medios venían haciendo acerca del funcionamiento del sistema al compararlo con la “puerta giratoria” de la delincuencia (Carrasco, 2011) (8).

Lo anterior se demuestra con las reformas a la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en fechas julio de 2011 y abril de 2019, en las que se incorporan nuevos delitos que ameritan por sí mismos que se dicte la prisión preventiva oficiosa.

Para efectos de visualizar los cambios legislativos en materia de control de la criminalidad se procede a comparar gráficamente las últimas reformas que se han realizado en materia de prisión preventiva oficiosa, en particular al art. 19 Constitucional que prevé dicha materia.

### *Reformas en materia de prisión preventiva oficiosa al art. 19 de la Constitución mexicana:*

Reforma de julio de 2011	Reforma de abril de 2019
<p>El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.</p> <p><i>Párrafo reformado DOF 14-07-2011</i></p>	<p>El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de <b>abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.</b></p> <p><i>Párrafo reformado DOF 14-07-2011, 12-04-2019</i></p>

(7) Ibidem, p. 199.

(8) Ibidem, p. 222.

En lo relativo a las contrarreformas que se han estado generando en México, se observa que el sistema penal garantista que en un inicio se planteaba, ha encontrado una fuerte resistencia a que las personas lleven el proceso penal en libertad, tanto los medios como la sociedad han pugnado para que las personas a las que se les imputa un hecho delictivo, se les retenga provisionalmente mientras se toma alguna decisión legal para resolver el caso, con la sensible percepción de que para la sociedad en su conjunto la prisión del imputado debe ser primero, o trastocar el derecho a la presunción de inocencia, o bien el de utilizar otras medidas cautelares que el propio sistema considera, por lo que tanto la fiscalía como jueces consideran básicamente como única opción el uso de la prisión preventiva, por el supuesto riesgo de fuga que se percibe, y se deja de utilizar otras alternativas que precisamente contempla el Código Nacional de Procedimientos Penales, contempladas en su art. 167 de dicho ordenamiento y que establece las siguientes:

<b>MEDIDAS CAUTELARES:</b>	
<b>Artículo 155. Tipos de medidas cautelares</b>	
A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:	
<b>I.</b>	La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquel designe;
<b>II.</b>	La exhibición de una garantía económica;
<b>III.</b>	El embargo de bienes;
<b>IV.</b>	La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;
<b>V.</b>	La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
<b>VI.</b>	El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
<b>VII.</b>	La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares;
<b>VIII.</b>	La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
<b>IX.</b>	La separación inmediata del domicilio;
<b>X.</b>	La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;
<b>XI.</b>	La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;
<b>XII.</b>	La colocación de localizadores electrónicos;
<b>XIII.</b>	El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o
<b>XIV.</b>	La prisión preventiva.
Las medidas cautelares no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada.	

Como puede apreciarse del recuadro anterior, se desprende que existen trece medidas cautelares que podrían ser utilizadas previas al uso de la prisión preventiva, mismas que poca utilidad

tienen procesalmente, no debiendo de perder de vista que la prisión preventiva ubicada en la posición catorce es la última ratio para determinarse, como lo establece el art. 155 del Código

Nacional de Procedimientos Penales en la fracción XIV que establece la prisión preventiva.

En el último párrafo del indicado artículo refiere que las medidas cautelares no pueden ser reconocidas como una sanción penal anticipada, sin embargo gran parte de la doctrina, considera que toda prisión que se aplique a un imputado sin que tenga resolución firme de culpabilidad en el juicio, se considera la prisión preventiva como pena anticipada violatoria de derechos humanos.

Sin embargo, el propio código mencionado precisa en el art. 156 el principio de proporcionalidad que debe aplicar el juez de control al momento de aplicar las medidas cautelares, considerando de igual forma el criterio de mínima intervención, lo cual en su conjunto establece una serie de criterios que a saber orientan la razón al momento de establecer las medidas cautelares, por lo que de ellos se desprende que debe ponderar ampliamente la afectación que produce la mayor de las medias cautelares a saber la prisión preventiva en la vida de la persona, que si en un determinado caso no se encuentra adecuadamente justificada en su idoneidad y proporcionalidad, debe entonces inaplicarse, y en su caso utilizar otras que sean idóneas y proporcionales a la situación, sin embargo como se observa en la realidad con el incremento de los delitos que ameritan de forma oficiosa la prisión preventiva dichos criterios quedan en el olvido, con lo que todo el trabajo que hizo el legislador para que la medida cautelar de prisión preventiva sea utilizada en última instancia, es entonces que con las nuevas reformas y la adición de delitos que merecen prisión preventiva, de esa forma los principios mencionados pierdan efectividad al momento de presentarse esos casos, ya que la argumentación jurídica que se podría entablar en consecuencia carecerá de efectividad, y con ello la indefensión del imputado.

Por ello es preciso señalar que el nuevo sistema de justicia penal con sus reformas y regresión al uso de la prisión preventiva de forma ampliada, viene a debilitar los postulados que originaron la implementación del sistema, es decir, bajar los niveles de hacinamiento en las prisiones, de tal forma que se observa que de nueva cuenta se volverá a la práctica del anterior sistema de tener a todo imputado en prisión preventiva con

las consecuencias que ello conlleva, lo anterior sin pasar por alto que las medidas alternas y el procedimiento abreviado puede disminuir la cantidad de personas en las prisiones, tal como lo observan los jueces penales.

### **III. La jurisprudencia y criterios de la Suprema Corte**

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado en torno a la medida cautelar de prisión preventiva, y ha establecido la siguiente jurisprudencia sobre el criterio para justificar dicha figura, considerando lo siguiente:

“Prisión preventiva. La pena máxima como única razón para justificar su imposición como medida cautelar, vulnera el principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal, contenido en los arts. 20, apartado b, fracción i, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 7º y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

El art. 19, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la prisión preventiva tiene el carácter de excepcional, ya que debe solicitarse cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Asimismo, precisa que la prisión preventiva procede oficiosamente cuando se trata de delitos muy específicos y de alto impacto, como delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud. Por su parte, el art. 20, apartado B, fracción I, de la propia Constitución, regula el principio de presunción de inocencia, que implica que toda persona debe ser tratada como inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio mediante una sentencia, impidiendo, en la mayor medida posible, la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la antici-



pación de la pena. De igual forma, de los arts. 7º y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deriva que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal; y que todo inculpado por un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. En ese orden de ideas, la necesidad de la prisión preventiva en función únicamente de la pena de prisión que prevé el hecho delictuoso señalado por la ley como delito, deviene contraria a los preceptos constitucionales y tratado internacional invocados, pues atento al carácter excepcional de la medida cautelar en análisis, como al principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal, su imposición con el solo argumento de la penalidad es una postura anticipada sin justificación alguna, pues se tiene por cierto que el imputado se sustraerá del procedimiento penal con base en la posible imposición de la pena de prisión que el tipo penal sanciona. Máxime si se tiene en cuenta que la fracción II del art. 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales expresa que para decidir sobre el peligro de sustracción del imputado, deberá atenderse al máximo de la pena que, en su caso, pudiera llegar a imponerse de acuerdo con el delito de que se trate y a la actitud que voluntariamente adopte el imputado, de lo que se advierte que el factor relativo al máximo de la pena no debe ponderarse aisladamente, sino en conjunto con las circunstancias señaladas.

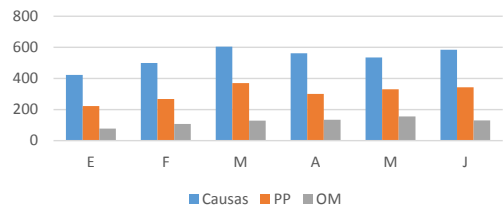
De la anterior tesis de jurisprudencia, podemos advertir que el argumento que se presente para tratar de imponer la prisión preventiva por el solo factor que se refiere al máximo de la pena que en su caso pueda imponerse, no es por sí mismo un elemento definitivo para decretar la prisión preventiva oficiosa, y que se pueda considerar por la fiscalía que el sujeto se vaya a extraer de la acción de la justicia, es por ello, que debe existir un complejo argumento para determinar la medida cautelar de prisión preventiva, ya que en el caso de México es la última ratio que debe aplicarse en su caso justificado.

#### IV. Estadística del Estado de Sonora, respecto al uso de la prisión preventiva

Con el fin de tener una mayor claridad y objetividad en torno al uso de la prisión preventiva en México, se presenta a continuación la estadística obtenida del Supremo Tribunal de Justicia

del Estado de Sonora, sobre el funcionamiento del sistema penal acusatorio, específicamente del año 2019, en donde podemos apreciar la incidencia de las causas penales procesadas, así como la incidencia y utilización de las medidas cautelares consistente en la prisión preventiva, el uso de otras medidas cautelares, así como el funcionamiento de otras medidas alternas para dar salida o resolución al conflicto penal, para ello se presentan las siguientes graficas que ilustran los resultados:

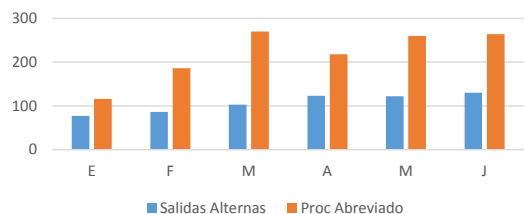
Uso de Prisión Preventiva 2019



Se aprecia en la anterior grafica como del total de las causas penales, en promedio a más de la mitad de estas se aplicó la prisión preventiva como medida cautelar, y por el contrario otras medidas cautelares fueron utilizadas en muy baja proporción (9).

Por otra parte en cuanto a las salidas alternas para solucionar el conflicto penal, podemos observar gráficamente los resultados en cuanto al uso de salidas alternas, se presenta la siguiente grafica para observar sus resultados y su utilización durante el presente año 2019:

Salidas Alternas



(9) Fuente: Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sonora, consultado en la página [http://www.stjsonora.gob.mx/acceso\\_informacion/NuevoSistemaJusticiaPenal2019.htm](http://www.stjsonora.gob.mx/acceso_informacion/NuevoSistemaJusticiaPenal2019.htm), fecha 21/07/2019.

Cabe precisar que en el procedimiento abreviado de igual forma se utiliza la prisión preventiva como medida cautelar para asegurar la presencia del imputado al proceso, sobre todo en los asuntos de alto impacto.

### **V. Las bases de la legalidad de la detención de la persona**

De conformidad con el art. 16 Constitucional se establece que cualquier persona puede detener a un indiciado en el momento de estar cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido.

Lo anterior se precisa detalladamente en el art. 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al establecer los supuestos en las que se entiende que existe flagrancia del delito, en los siguientes dos supuestos:

#### *“Art. 146. Supuestos de flagrancia*

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o

II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:

a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o

b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo”.

Como se aprecia en el primer supuesto, la detención sin orden judicial de un indiciado puede ocurrir al momento de estar cometiendo el delito, por lo que en caso de ocurrir la detención deberá ponerse de inmediato a la autoridad más cercana y esta de inmediato ante el Ministerio Público, lo cual está facultado tanto por la Constitución Federal y en el propio código de procedimientos penales.

A su vez el segundo supuesto que establece flagrancia, considera el hecho que puede ser detenida la persona inmediatamente después de cometer el delito, derivado de los siguientes supuestos divididos en dos incs. a) y b), que establecen lo siguiente.

En el inc. a), la persona al ser sorprendida cometiendo el delito, es perseguida inmediatamente de forma material e ininterrumpidamente, ello evita la arbitrariedad de la detención.

De igual forma el inc. b) requiere para la detención inmediata del señalamiento de la víctima u ofendido, o del testigo presencial de los hechos, quien hubiere intervenido con ella en la comisión de los hechos delictivos, o bien tenga en su poder los instrumentos u objetos, productos del delito, buscando con ello que exista certeza en la detención de la persona, sin menoscabo que deba llevarse a cabo el procedimiento de identificación de personas establecido a fin de evitar que personas similares sean señaladas de forma irregular.

Con lo anterior se busca que exista evadir la impartición de justicia y erradicar la impunidad, debiéndose seguir todos los procedimientos legales, constitucionales y los establecidos en la Corte Interamericana de derechos humanos, para que las autoridades justifiquen plenamente las detenciones en flagrancia con estricto apego a la legalidad (10).

### **VI. La percepción de si la prisión preventiva disminuye la criminalidad o los delitos**

Recientemente consideramos importante entrevistamos a diversos operadores del sistema penal acusatorio como son jueces, responsables de la supervisión de medidas cautelares, defensores públicos, con el fin de conocer su punto de vista en torno al incremento de los delitos que establecen la prisión preventiva oficiosamente, con los siguientes resultados de forma concreta.

Los resultados son contundentes, la prisión preventiva no es un medio adecuado para reducir la criminalidad, los delitos o incidencia delictiva,

---

(10) Corte IDH, caso “López Álvarez c. Honduras”, Fondo reparación y Costas, Serie C, nro. 141, sentencia 1 de febrero de 2006.

la medida de prisión preventiva dista muchísimo de ser una política pública adecuada para controlar el fenómeno delictivo, más bien responde a situaciones momentáneas de lo que sucede en el entorno social, que dispara conductas sociales y se reflejan en actos contra el sistema legal, sin embargo, el incrementar los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, no responde al fondo del porqué del incremento del índice criminal.

La aplicación de la prisión preventiva se observa como una respuesta al incremento del índice delictivo, al tener en cuenta que la sociedad espera que se controle al criminal, o al supuesto criminal, se refleja como un reclamo necesario a fin de que los imputados no se encuentren en la calle, afectando el patrimonio de las personas, o en su caso la vida en el caso de homicidios, se entiende como una de las fuentes de presión de parte de la sociedad hacia el Estado para poner un remedio al incremento de la delincuencia y la afectación de la sociedad en su patrimonio, la vida entre otras bienes jurídicos tutelados (11).

A opinión de la juez entrevistada, el factor socioeconómico no es la parte fundamental del incremento de la delincuencia, ya que tanto personas de alto nivel económico cometen delitos, o bien en su caso existen personas de escasos recursos que no cometen delitos, se refiere más bien a los valores éticos y morales con los que actúa la persona para desplegar su conducta, donde en la actualidad también los factores de drogadicción influyen demasiado para que alguna persona realice alguna conducta delictiva.

Resulta de notoria importancia refiere la juez, como los valores establecidos en el seno de la familia pueden repercutir de gran manera en la conducta futura de la persona, ya que existen familias de escasos recursos económicos, pero los hijos educados en altos valores morales y éticos donde estos no se convierten en delinquentes, o bien por otra parte familias con recursos económicos sobresalientes donde los hijos por falta de valores éticos adecuados, cometen conductas delictivas a pesar de ser personas con alto nivel económico y educativo (12).

(11) Jueza Marcia Patricia Majalca Vásquez, Jueza de Juzgado Oral Penal, Nogales, Sonora.

(12) Misma entrevistada.

## VII. El uso de dispositivos o localizadores en Estados Unidos de Norteamérica

Entrevista a personal de la Corte Superior del Condado de Santa Cruz, en Nogales, Arizona, respecto a la utilización de dispositivos electrónicos localizadores, obteniéndose lo siguiente:

La utilización y frecuencia depende de cada caso y su impacto social, el juez determina con base en la petición planteada los casos en que se puede autorizar, en ese condado se han utilizado el uso es relativamente poco, debido a que la persona es la que paga el servicio del localizador, cuyo monto es de alrededor de \$5.00 dólares diarios, que cobra la compañía por dicho servicio de localización, y se ha presentado en casos por ejemplo de abusos deshonestos, con muy poca frecuencia en otros casos como homicidios, donde la fianza es bastante alta y la persona muchas ocasiones no puede pagarla y en tal caso se queda en prisión preventiva (13).

Por otra parte no en todos los casos aplica la autorización de dispositivo electrónico ya que dependerá de la gravedad del caso, y del pago de fianza con montos muy altos.

De lo anterior se aprecia que bajo ese sistema de altos montos de fianzas, las personas con menos recursos son las que quedarán en prisión preventiva, al no poder acceder a dicho beneficio por falta de medios económicos.

## VIII. Propuestas

La presente investigación nos arroja datos por demás interesantes, ya que nos permite profundizar en el fenómeno delictivo, en cómo responde la sociedad ante dicha problemática, en tal sentido se vuelve a las viejas prácticas de utilizar la prisión preventiva más que nada como un paliativo a la problemática social, por ello nuestras propuestas son las siguientes:

1. Invertir en la educación verdadera desde los inicios de la niñez, que la política sea que ninguna persona se quede atrás sin estudiar, elevar su

(13) Guzmán, J., administrador de la Corte Superior del Condado de Santa Cruz, Nogales, Arizona. Entrevista el día 24/07/2019.

nivel de vida, fortalecer los valores éticos y morales en la familia.

2. Elevar el nivel socioeconómico de la población, generar oportunidades adecuadas de trabajo elevando el nivel educativo, que se concrete la seguridad social de la población y con ello la estabilidad de la salud, de la familia, buscando la equidad, justicia social.

3. Mejorar el programa de servicios previos al juicio, integrando profesionales en diversas ramas para dar seguimiento y control a la libertad condicional de las personas, en su caso contar con profesionales de servicios sociales, psicólogos, para que desarrollen actividades dirigidas a los imputados buscando su integración social.

4. Utilizar la tecnología de localizadores electrónicos como una alternativa de control para los delitos que hoy están considerados de prisión preventiva y que sean menos impactantes para la sociedad, en conjunto con otras medidas de educación y de integración social. A las personas de bajos recursos, se les puede dar la oportunidad de trabajar para pagar el dispositivo y evitar la discriminación por falta de recursos económicos.

## **IX. Conclusiones**

Como podemos observar la situación en México respecto al uso de la prisión preventiva va en incremento, la evidencia más contundente se observa en las reformas constitucionales que establecen mayor número de los delitos que ameritan la imposición de la prisión preventiva de forma oficiosa, con la consecuencia que con ello se incrementará el número de personas que recibirán esa medida cautelar, igualmente el número de prisioneros, pero permaneciendo el fondo de la problemática de no reducirse la criminalidad.

Sin embargo se tiene contemplado en este nuevo sistema el uso de medidas alternas para despresurizar el proceso penal, y con el procedimiento abreviado con el cual la persona acuerda la responsabilidad de los hechos, aunque no su culpabilidad, pero se le reduce la pena hasta en una tercera parte, con lo cual se agilizan los procesos, debe considerarse también que el caso presente solidez y fortaleza de los datos de la acusación para que pueda determinarse la prisión preventiva, teniendo en cuenta que permanece el dilema del uso de esta alternativa en forma desmedida.

# Análisis de la violencia en las prisiones de la zona metropolitana de Buenos Aires (\*)

POR GABRIELA GUSIS (\*\*)

**Sumario: I. Sobre la violencia y sus conceptos (advertencia sobre la violencia o las violencias).— II. ¿De qué violencias? (El reflejo estructural de la violencia en la prisionización).— III. Avances en el orden de las violencias y relatos en primera persona.**

Abordar la cuestión de las violencias en la prisión importa preguntarnos, en primer lugar, sobre el significado de la palabra (1) violencia (2) y sus proyecciones sobre el campo de la prisión (3).

(\*) Presentación de algunos de los ejes planteados en el Proyecto UBANEX 2018/2019 sobre “perspectivas de la violencia en las prisiones”.

(\*\*) Docente de Derecho Penal y Criminología UBA, UNDAV y UNLP. Fue coordinadora del Programa de Criminología UNSAM (2012-2016) y es actualmente secretaria adjunta de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología y secretaria del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la UBA.

(1) Sobre el significado y poder de las palabras, puede profundizarse en Noam Chomsky, en su obra lingüística; CHRISTIE, Nils, “Los límites del dolor”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984; FOUCAULT, Michel, “Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 1968; COHEN, Stanley, “Estados de Negación”, Ed. Universidad de Buenos Aires-British Council, Buenos Aires, 2005.

(2) La violencia fue siempre tema de central de la criminología latinoamericana. Ya en los Cursos Internacional de Criminología desarrollados en 1973 por la Universidad de Zulia, en la ciudad de Maracaibo fue el tópico central. Tal se destaca en ANIYAR de CASTRO, Lola - CODINO, Rodrigo, “Manual de Criminología Sociopolítica”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2013, p. 251.

(3) La noción de campo nos permite referirnos a la prisión en términos relacionales. Un campo es, según Bourdieu, una red o una configuración de relaciones objetivas entre posiciones diferenciadas, socialmente definidas y en gran medida independientes de la existencia física de los agentes que las ocupan. Un campo, por lo tanto, es una esfera de la vida social que se ha ido autonomizando progresivamente a través de la historia en torno a cierto tipo de relaciones sociales, de intereses y de recursos propios, diferentes a los de otros campos. Cada campo genera una disposición particular y define cuáles serán los capitales que operarán en la configuración de

Este tratamiento de la cuestión merece además explicitar nuestro posicionamiento de análisis, el cual parte de la criminología crítica latinoamericana para indagar desde nuestro margen (4) y presentar una mirada del saber que integre una perspectiva emancipatoria (5), con un contenido teórico y práctico crítico del control social (6) que contribuya, en función política criminológica (7) de contención de poder punitivo, a la prevención, denuncia y reducción de la violencia (8). También consideramos de gran

esa red de relaciones (BOURDIEU, P. - WACQUANT, L., “Respuestas. Por una antropología reflexiva”, Ed. Grijalbo, México, 1995).

(4) ZAFFARONI, E. Raúl, “Criminología. Aproximación desde un margen”, Ed. Temis, Bogotá, 1987.

(5) Emancipadora en el sentido anticolonialista y también epistemológica, del modo en que Lola Aniyar de Castro expresaba en su “Criminología de la Liberación”: alternativa, no violenta, desde la mirada de los oprimidos, antirrepresiva y aún antiprisionizante y por supuesto inter y transdisciplinaria.

(6) En el sentido que le atribuye Lola Aniyar de Castro al método de Alessandro Baratta “un pensamiento y también una práctica: como debe ser para quien cree... que el conocimiento es práctico”. Ver: ANIYAR de CASTRO, Lola, “Baratta y la Criminología Crítica. Un filósofo que revolucionó la criminología y la encaminó a ser teórica crítica del control social”, Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, 2, 2010.

(7) Las posiciones que plantean asepsia científica suelen en verdad llevar intrínseca una postura que, no por ocultarse no se tiene, y que en general se traducen en graves consecuencias —en el plano penal y criminológico—.

(8) Nos posicionamos aquí en la necesidad de que la criminología sea preventiva de masacres, y desde esa óptica abonamos a la criminología de (o para) los derechos

importancia los aportes de la criminología realista de izquierda (9), tanto como los aportes críticos de la sociología penal norteamericana (10) y la criminología y sociología europea (11), que han contribuido a un marco teórico sustancial para la comprensión de diversos aspectos en torno al trabajo, en particular, sobre el análisis de las políticas punitivistas y su influencia en el cuadro situacional del encarcelamiento (12).

humanos (ANIYAR de CASTRO, Lola, "Criminología de los Derechos Humanos", Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2010) como complementaria de la criminología cautelar (ZAFFARONI, E. Raúl, "La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2010).

(9) Han sido de gran relevancia para la investigación los trabajos de la izquierda inglesa de Walton Taylor y Young, los trabajos de Young y los trabajos de Roger Matthews en especial por sus trabajos sobre prisiones. También han resultado un marco de referencia por las propuestas y pretensión de incidencia en políticas públicas, es decir, en la necesidad de pensar investigaciones de campo que contribuyan al conocimiento tanto como que aporten al mismo desde propuestas para la reforma.

(10) En especial, de GARLAND, David, "La cultura del control del delito", Ed. Siglo XXI, también en "Castigo y sociedad moderna", Ed. Siglo XXI; SIMON, Jonathan, "Juicio al encarcelamiento masivo", Ed. Didot, Buenos Aires, 2019; SIMON, Jonathan, "Gobernar a través del delito", Ed. Gedisa, Barcelona, 2011; BECKER, Howard, "Outsiders —hacia una sociología de la desviación—", Ed. Siglo XXI; GOFFMAN, Erwin, "Internados —ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales—", Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2001, 1ª ed., 3ª reimp.; sin desconocer el señero trabajo de SYKES, Gresham, en la "Sociedad de los Cautivos", más allá de posicionarnos en un lugar diferente y aún con distintos puntos críticos.

(11) BARATTA, Alessandro, "Criminología crítica y crítica del derecho penal", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, 1ª ed., 1ª reimp.; PAVARINI, Massimo - MELOSSI, Darío, "Control y Dominación", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002; RUSCHE, G. - Kirchheimer, "Pena y estructura social", Ed. Temis, Bogotá, 2004; WACQUANT, Loic, "Las cárceles de la miseria", Ed. Manantial, Buenos Aires, 2006; FASIN, Didier - PAVARINI, Massimo, "Un arte abyecto", Ed. Ad hoc, Buenos Aires, 2006; entre otros...

(12) Sin perjuicio de que la investigación se ha propuesto abordar el campo de las violencias en prisión, particularmente las violencias relatadas y consideradas como tales desde la primera persona (desde los y las detenidos), lo cierto es que tanto el gobierno de las prisiones como las condiciones de vulnerabilidad por las que se arriba a la cárcel, a las que se suman las violencias estructurales de la prisión con las características propias de una institución total, resultan el marco general a partir del cual centrar y enfocar el análisis cualitativo. Tampoco es dable desconocer que las políticas puniti-

## I. Sobre la violencia y sus conceptos (adver-tencia sobre la violencia o las violencias)

La violencia ha sido motivo de reflexión de distintas disciplinas a lo largo del tiempo. La definición misma de la violencia, la utilización filosófica, jurídica, política, social, cultural y aún de otros saberes marca el rumbo de su comprensión y tratamiento. Tal como nos señala Christie "el poder, es el poder de definir"(13).

Violencia o violencias, violencias sociales, institucionales, institucionalizadas, legales, culturales, mediáticas, etc. establecen los rasgos característicos de estas, y sus consecuencias nos brindan un primer acercamiento a disímiles definiciones y posicionamientos (14).

Se ha definido a la violencia como "el uso intencional de la fuerza física, amenazas contra uno mismo, otra persona, un grupo o una comunidad que tiene, o es muy probable que tenga, como consecuencia un traumatismo, daños psicológicos, problemas de desarrollo o la muerte"(15).

Galtung, por su parte, ha aportado con su definición que "estamos en presencia de violencia

vistas proyectadas desde los políticos inescrupulosos que llaman a las campañas de ley y orden, tanto como los medios de comunicación reforzando estereotipos y estigmas discriminatorios atraviesan todo el trabajo.

(13) CHRISTIE, Nils, ob. cit.

(14) Sobre los conceptos y clasificaciones de la violencia, SAN MARTÍN, José, "La violencia y sus claves", Ed. Ariel, Barcelona, 1ª ed. (2000), 6ª ed. (2013).

(15) Organización Mundial de la Salud, [www.who.int/topics/violence/es/](http://www.who.int/topics/violence/es/). Tomando el concepto de KRUG (ver <http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/725/9275315884.pdf>). Por la multiplicidad de sus formas, se suele referir a las violencias en plural, las cuales se las clasifica según a quién o quiénes va dirigida (autoinfligida, interpersonal o colectiva) y según su naturaleza (física, sexual, psíquica, privaciones o abandono). El Gespydh destaca que de esta definición se rescata que violencia no es solo el uso de la fuerza, sino también su amenaza, lo que cuenta al momento de aproximarse a la definición. Asimismo, se destaca que no se trata solo de la violencia física, sino también de la psicológica, y no solo de las acciones, sino también de las omisiones, como el abandono (GUEMUREMAN, Silvia - OTAMENDI, Alejandra - ZAJAC, Joaquín - SANDER, Joanna - BIANCHI, Eugenia, "Violencias y Violencias estatales: hacia un ejercicio de conceptualización", *Revista Ensamblés*, primavera 2017, año 4, nro. 7, ps. 12-25).



en aquellas situaciones en el cual el desarrollo efectivo de una persona en términos físicos y espirituales resulta inferior a su posible desarrollo potencial”, entendiéndose también como violencia a las limitaciones al desarrollo. Muestra así que el “triángulo de la violencia” conecta la “violencia directa” con la “violencia estructural” y con la “violencia cultural” (16).

Se ha profundizado en el análisis de la violencia estableciendo características de instrumentalización, tanto como de su valor simbólico (17), y aún se han ensayado clasificaciones tendientes al examen desde una macroestructuralidad y una microestructuralidad (18). Zizek (19) nos invita a debatir toda concepción simplista sobre la violencia, postulando una teoría compleja que aplica constantemente a situaciones políticas contemporáneas de distintos países (20), proponiéndonos distanciarnos del “señuelo” de aquellos tipos de violencia en que el responsable es inmediatamente identificable ya que esta es la única parte subjetiva, la más visible, de una tríada de la violencia que

se compone de otros dos elementos objetivos: violencia sistemática y violencia simbólica (21).

Tal como ha sostenido el equipo del Gespydh, es cierto que “el concepto de la violencia se ha difundido en nuestro vocabulario cotidiano y forma parte de nuestros relatos. Sea como adjetivo que califica una acción, sea como sustantivo, ontologizando la problemática, o como sintagma de un determinado “tipo de violencia... [D]esde las ciencias sociales, ha sido abordado por la mayoría de los más importantes teóricos. Entre otros los padres fundadores de la sociología Marx (1942; 2007), Weber (2008) y Durkheim (1985), pero también autores contemporáneos como Jean-Paul Sartre y Franz Fanon (2009), Pierre Bourdieu y Wacquant (1995), Walter Benjamin (2001) y Norbert Elias (1994)...” (22).

Más allá de la necesaria revisión de algunas definiciones extendidas en el vasto campo del pensamiento social acerca de la noción de violencia, es interesante el aporte que dicho equipo ha delimitado como propuesta para el abordaje del campo punitivo en tanto sostiene que delimitar el concepto de violencia estatal, como concepto, permite ubicar al Estado en el centro de la teorización respecto de la violencia ejercida por las agencias de control social de carácter público (23).

(16) Los autores previamente citados afirman que “el aporte de esta lectura sobre la violencia reside en subrayar que las violencias no son solo físicas, sino también simbólicas, y este carácter simbólico conduce o puede conducir a la invisibilización de las condiciones estructurales que limitan el desarrollo potencial de las personas”.

(17) Particularmente en BOURDIEU, Pierre - PASSERON, Jean Claude, “Fundamentos de una teoría de la violencia simbólica”, en *La Reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, Ed. Popular, España, 2001, Libro 1.

(18) La primera sería aquella valorada a través de las estructuras del aparato del Estado, la mayor o menor cultura democrática, las interrupciones del orden constitucional, las diferencias sociales y desigualdades económicas, etc.; mientras la segunda brinda un análisis que abordada “el ejercicio de la coacción interpersonal en encuentros de diversa naturaleza que, en función de valores, situaciones o percepciones de los actores envueltos en el encuentro, generan respuestas de diversa intensidad y consecuencias, pero que se traducen, en todo caso, en una conducta impetuosa con intención de causar daño. El elemento “impetuosidad” permite distinguir los conceptos de violencia y agresión”.

(19) ZIZEK, Slavoj, “Sobre la violencia: seis reflexiones marginales”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2009.

(20) PISCIOTTANO, Lucia, “Comentario a ZIZEK, Slavoj, ‘Sobre la violencia: seis reflexiones marginales’, *Delito y Sociedad*, 37, año 23, 1º semestre 2014.

(21) *Ibidem*.

(22) GUEMUREMAN, Silvia - OTAMENDI, Alejandra - ZAJAC, Joaquín - SANDER, Joanna - BIANCHI, Eugenia, “Violencias y Violencias estatales...”, ob. cit., ps. 12-25.

(23) Es interesante tomar como medida de análisis este concepto que permite una delimitación más concreta que el que se proyecta sobre el concepto de violencia institucional, por lo que uno de los aspectos de análisis será reorientado a partir de esta definición. Sin perjuicio de ello, las clasificaciones específicas o tipos de violencias deberán ser delimitadas para el análisis concreto de las situaciones fácticas que se presenten a los largo de las entrevistas y análisis. Ello significa que, a pesar de que nuestro estudio de la violencia será limitado por el campo del poder punitivo, y más específicamente por el dispositivo-campo prisión, ella no será la única categoría de violencia afirmada. También es dable sostener que focalizar en el Estado sobre la violencia en la prisión no importa dejar de visualizar que las relaciones de poder tal como advierte Foucault no son exclusivamente verticales, sino antes bien tensiones, un campo de lucha, en el que, por ello el poder produce subjetividades. Así, también todo ejercicio de poder es básicamente un ejercicio de gobierno: ‘Gobernar’ no solo cubre las formas

En el campo latinoamericano la violencia ha sido —desde siempre— crucial, y la teoría criminológica crítica latinoamericana así lo reflejó desde de los primeros cursos y congresos internacionales realizados. Lola Aniyar ya por entonces afirmaba: violencia es todo en América Latina.

La preocupación por lo que entonces, y aún hoy, es definido como violencia, y el punto donde se focaliza desde diferentes perspectivas que —quieran o no— definen una postura política, nos obliga también a afirmarnos en la centralidad de las violencias estatales e institucionalizadas (24), particularmente, aunque sin olvidar aquellas que lo preceden simbólicamente, pues ello impondrá la necesidad de denunciar las prácticas de estas, tanto como los discursos desde donde habla y tensiona el poder, las agencias estatales y los sistemas de control social informales que influyen particularmente en el campo, como los medios masivos de comunicación.

Ello, con el objeto de expresar un necesario contrapunto antitético, crítico de aquello que no se dice, se enuncia, oculta, minimiza o aún se desarrolla subterráneamente (25) desde dentro de las propias estructuras y agencias, que en el plano del control social formal criminalizan, a la vez que en el campo del control social informal se expresan por otras agencias que, en igual sentido, reproducen discursos o prácticas que contribuyen a fortalecer o aún crear propias políticas criminales —en sentido amplio—.

Tal como se ha señalado “... la noción de violencia cambia históricamente a medida que se

---

legítimamente constituidas de sujeción política o económica, sino también modalidades de acción más o menos consideradas y calculadas, orientadas a actuar sobre las posibilidades de acción de los otros. Gobernar, en este sentido, es estructurar el posible campo de acción de los otros” (FOUCAULT, 1999, p. 112).

(24) En este sentido, las violencias inherentes al sistema mismo, solventadas por las formas de vida de quienes más tienen. Así, los sujetos no son identificables, pues la sistematicidad y reproducción en las estructuras burocráticas es la que lo refuerza.

(25) ANIYAR de CASTRO, Lola, “Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal, y sistema penal subterráneo”, *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, 13, Cali, 1985, p. 301.

mudan sensibilidades y legitimidades. Así numerosas acciones y representaciones que antaño eran consideradas ‘normales’ pasaron a ser definidas como violentas. Nuevos criterios de legitimidad sacuden los límites modificando los hitos de lo socialmente aceptado. Allí que la violencia física asoma como un recurso válido, en contextos donde antes estaba desvalorizada, regulando la conflictividad social. Estas transformaciones, además, desplazan las fronteras de aquello que es definido como violento” (26).

## II. ¿De qué violencias? (El reflejo estructural de la violencia en la prisionización)

Entonces, hemos decidido hablar, analizar, aproximarnos a la violencia desde las perspectivas adelantadas. Hablar nosotros de nuestras experiencias, de nuestra particular violencia, repeliendo así la violencia epistémica (27) que acarrearía hablar con definiciones ajenas a nuestras realidades. La violencia que sufre y a la que se somete al ser latinoamericano (28), en la que la afirmación adelantada por Lola Aniyar de Castro encuentra toda su fortaleza y entidad: *la violencia está en todos lados*. Sin embargo, a través del análisis de una fracción mínima del sistema penal —por la imposibilidad abarcativa de todo el fenómeno criminal o socio-criminal— puede verse nítidamente aquella que se traduce en lo institucional e institucionalizado, por ser ella una sus fuertes expresiones: la manifestación de la violencia de las prisiones en América Latina.

Esta elección no es antojadiza ni asertiva, sino que la hemos elegido por signar, tanto en el pasado reciente como en la actualidad, un problema no resuelto, que hoy se ha traducido en la interseccionalidad (29) de problemas que

---

(26) <http://www.revistaensambles.com.ar/ojs-2.4.1/index.php/ensambles>.

(27) Sobre este concepto ver: CHAKRAVORTY SPIVAK, Gayatri, “¿Puede hablar el subalterno?”, Ed. El Cuenco de Plata, Buenos Aires, 2015.

(28) Sin perjuicio de la observada alienación que produce en muchas ocasiones el sometimiento del ser latinoamericano, que fuera resaltada por Fanon en *Piel negra máscaras blancas*.

(29) Concepto del feminismo no hegemónico acuñado por la pensadora CRENSHAW, Kimberlé, en PLATEIRO, Raquel (Lucas) (coord.), “Intersecciones: cuerpos y

arrastra desde lejos y atraviesan la región: pobreza, marginalidad, exclusión social, que en gran medida se convierte por diversos factores en criminalización, victimización y prisionización, con sus consecuencias deteriorantes, estigmatizantes y vulnerabilizantes (30).

Como se afirmó hace unos años: “La pobreza no causa delincuencia, sino personas vulnerables a ser criminalizadas y encarceladas. Y todo el problema de la justicia penal y el control social no es más que un problema político”(31).

Si la criminología contemporánea se interesa por el tejido social, sus injusticias, garantizar los derechos fundamentales y denunciar todo aquello (prácticas, discursos, instituciones, etc.) que impide su goce y desarrollo, resulta imperante analizar las condiciones políticas sobre las que se construye la selectividad de los sistemas de justicia penal, para así develar su base discriminatoria, solventada en estereotipos de delincuentes, pues —al decir de la propia Aniyar de Castro— “si hay algo que sabemos es que en el mundo entero, y en nuestras sociedades especialmente, las personas que van presas no son las que cometen delitos, sino la porción de ellas que es más vulnerable a ser criminalizada”.

La clara vinculación entre la pobreza, el sistema penal —especialmente por el rasgo selectivo del propio sistema— y la prisionización, es en América Latina, pero no solo en ella, uno de sus distintivos característicos.

Por otra parte, además de resaltar el rasgo esencial del sistema penal, debe ponerse de manifiesto una realidad extremadamente preocupante en nuestros países, cual es el sobreencarcelamiento y la sobrepoblación penitenciaria, con sus violentas consecuencias (tanto físicas como psicológicas) en quienes padecen

tales deshumanos encierros. Elías Carranza, histórico Director del ILANUD destacaba ya hace algún tiempo: “Muchos años después del advenimiento de las democracias en los países de América Latina y el Caribe, y ya sin gobiernos militares, continúan habiendo masacres, violaciones masivas de derechos humanos en el corazón mismo de los sistemas de justicia penal cuya función es, paradójicamente, hacer justicia. La situación de la justicia penal, y particularmente la de las cárceles, con pocas excepciones, es grave en la actualidad en el mundo entero, pero notablemente peor en los países de medianos y bajos ingresos como es el caso de todos los de América Latina y de la gran mayoría de los países del Caribe”(32).

Las estadísticas del ILANUD y otros estudios demuestran que un gran porcentaje de los prisionizados provienen de extracciones pobres, marginación social no ligada exclusivamente al dato económico, con disímiles condiciones de vulnerabilidad producto de fuertes sociedades estratificadas y desigualitarias que tras la caída de los estados de bienestar se acrecentaron (33). Afirmó también que “ser condenado a prisión en las actuales condiciones, en la mayoría de los casos es ser condenado a una pena de muerte aleatoria. Es ser condenado a prisión, con la pena accesoria de que, además, quizá los maten” (34).

La investigación criminológica también ha verificado que existe una alta correlación entre la inequidad de la distribución del ingreso y las tasas de los homicidios intencionales, una de las violencias más contundentes. Las mayores tasas de homicidios se dan justamente en América Latina y África. Entre tantos factores intervinientes, la incidencia de la inequidad de la distribución del ingreso se observa como un

sexualidades en la encrucijada”, Ed. Bellaterra, Barcelona, 2012, ps. 87-122.

(30) Sobre vulnerabilidad y selectividad cfr. Rosa del Olmo, Alessandro Baratta, Lola Aniyar de Castro, entre muchos más.

(31) BISTAGNINO, Paula, “Lola Aniyar de Castro, precursora de la criminología en América Latina, visitó la UNSAM”, (Equipo de Comunicación UNSAM) en <http://cosecharoja.org/lola-aniyar-de-castro-precursora-de-la-criminologia-en-america-latina-visito-la-unsam/>.

(32) CARRANZA, Elías - ILANUD, “Las cárceles en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer?, ¿qué no hay que hacer?”, conferencia brindada en Qatar, abril de 2015, disponible en [www.un-congress.org/Publications/GetFile?id=552fbf0396218b474447ec64](http://www.un-congress.org/Publications/GetFile?id=552fbf0396218b474447ec64).

(33) Sobre el estudio crítico de la influencia de los estados de bienestar y el incremento o no de la tasa de prisionización, puede verse SOZZO, Máximo (coord.), “Postneoliberalismo y Penalidad en América del Sur”, Ed. Clacso, Buenos Aires, 2016.

(34) CARRANZA, Elías, ob. cit.

factor crucial, porque se relaciona no solo con las tasas de criminalidad sino con todas o casi todas las otras variables sociales, muchas de las cuales inciden a su vez en el incremento del delito y de la sobrepoblación penitenciaria (35).

La afirmación de que esos factores se dan de modo conjunto, retroalimentándose entre sí y produciendo un cóctel fatal en materia de violencia y criminalidad dentro de América Latina parece un presagio, sino cumplido, pronto a cumplirse.

Particularmente las prisiones, y más específicamente las prisiones de América Latina, nos siguen mostrando la forma en que se controla o pretende controlar a través del sistema penal (36) a aquellas poblaciones molestas, los enemigos de turno, los vulnerables improductivos, los disidentes, etc. a los que se deja fuera de circulación a poco, mediano o largo plazo en locales del Estado que no son más que campos de depósito, o concentración de personas que —más allá de haber cometido o no una infracción penal— (37) se descartan socialmen-

te (38), o bien se los somete extramuros con la latente amenaza de encierro, a la vez que se les altera sus planes de vida con la captura de sus allegados.

Las condiciones de hacinamiento, sobrepoblación, maltrato y desidia estatal en las que se encuentran las personas alojadas allí nos permite afirmar precisamente que no son instituciones que en el *factum* permitan ningún tipo de reinserción social ni preparación para el regreso al medio libre, sino más bien un simple desplazamiento población, una segregación

---

(35) Según datos relevados por ILANUD y dados a conocer por Elías Carranza: “UNESCO y UNICEF nos explican que a mayor inequidad en la distribución del ingreso, peor educación; la Organización Mundial de la Salud OMS y la Organización Panamericana de la Salud OPS nos explican que a mayor inequidad en la distribución del ingreso peor salud; HABITAT nos explica que a mayor inequidad en la distribución del ingreso peor situación en materia de vivienda y asentamientos urbanos; la Organización Internacional para las Migraciones OIM nos explica que a mayor inequidad en la distribución del ingreso se tiene como resultado más migraciones hacia los países y regiones que ofrecen trabajo y condiciones adecuadas de vida; la Organización Internacional del Trabajo OIT nos explica que a mayor inequidad en la distribución del ingreso corresponde peor situación en materia de relaciones laborales con más desempleo y trabajo informal; y por su parte la información de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC y el ILANUD verifican que a mayor inequidad en la distribución del ingreso —tanto entre países como al interior de los países— tenemos como resultado tasas más altas de homicidios y de delitos contra la propiedad”.

(36) No solo controlando a la población o clientela tradicional de las agencias de control sino también a toda la población por medio del poder configurador positivo (Foucault).

(37) Recordemos que en América Latina un gran número de países posee más del 50% de sus poblaciones penales en calidad de procesados, es decir, inocentes.

---

(38) Nuestras cárceles ya no parecen esas instituciones totales con fines de reinserción económica ni social sino antes bien lo más parecido a espacios de no derecho, de paréntesis temporal en el que los detenidos quedan suspendidos con privaciones de numerosos derechos que superan ampliamente la libertad ambulatoria y sin ninguna esperanza cierta de la vuelta a la sociedad. Es marginalidad de la marginalidad que podríamos afirmar permite controlar o excluir socialmente a los ya marginado o excluidos sociales. Son nuda vida, vida sin valor de vida, y donde las omisiones de los Estados importan en verdad una larva o semilla de masacre que se produce en muchos casos por goteo (enfermedades, propagación de enfermedades, hacinamiento, falta de alimentación adecuada, etc.) pero también en otros como masacres inmediatas (motines, incendios, ejecuciones masivas extrajudiciales, etc.). En sentido asertivo Máximo Sozzo sostiene que aún se vislumbra en las prisiones argentinas una cuota importante del dispositivo normalizador/disciplinario, a pesar de que la persistencia de las prácticas propias del proyecto normalizador, correccional no significa que este, en sí mismo persiga (en la realidad) su finalidad declarada. Por otro lado, sostiene que la principal razón de persistencia de este proyecto normalizador, disciplinario, correccional en las prisiones argentinas contemporáneas tiene que ver con la idea de producir una “prisión quieta” a la que en términos prácticos solo le basta para subsistir de modo más humilde en que los presos no alteren el orden de la prisión y si lo hacen, que su impacto no sea extendido. Para terminar sugiere que el desbalance de la economía mixta de las prisiones en nuestro país hacia un modelo de prisión jaula o prisión depósito, no son buenas noticias para los presos ni para los que abogan por un cambio profundo en el sistema; pero tampoco lo es la persistencia del proyecto normalizador, disciplinario, correccional, es más bien un elemento empírico, que nos permite observar cuáles son los carriles más viables para alentar una política en materia penitenciaria que reduzca los daños que la prisión genera cotidianamente. Para mayor abundamiento puede verse: SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina”, *Jura Gentium —Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale—*, disponible en: <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/sozzo.htm>.

contentora de población considerada residual (39).

Los datos sostienen que existe un montaje violentísimo desde el aparato estatal represivo de control punitivo masivo de la población excluida. El fenómeno del sobreencarcelamiento manifiesta así un crucial problema latinoamericano de la violencia: Anitúa advierte, precisamente que “hoy nos caracteriza el problema del sobreencarcelamiento, un problema que es latinoamericano actualmente”(40).

“La principal y, quizás, única finalidad explícita de las prisiones es la eliminación de los seres humanos residuales: una eliminación final y definitiva. Una vez desechados, son ya desechados para siempre [...] En resumen: las prisiones, como tantas otras instituciones sociales, han dejado atrás la fase del reciclaje y han pasado a la de la eliminación de residuos”(41).

Desde este plano, el encierro institucionalizado contemporáneo constituye un campo necropolítico que expone a umbrales de muerte tanto física como social a las personas privadas de la libertad (42).

En la introducción de la reedición de su *Historias del pensamiento criminológico* explica: “Los Estados Unidos habían llegado para cuando se escribió este libro a la altísima cifra de los 700 presos cada 100.000 habitantes. Una cifra horrorosa y que valió la comparación, que aquí se reproduce, de Nils Christie con el Gulag soviético o con el Holocausto nazi. Esa cifra terrible sigue vigente en la actualidad, pero lo cierto

(39) Que en la actual realidad latinoamericana de poblaciones altamente divididas, con un 70% de excluidos y 30% de incluidos que poseen los medios económicos y la riqueza de prácticamente toda la población, la utilización de la cárcel depósito se presenta con todas sus fuerzas (<https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2012/05/IA2012-3-El-modelo-de-la-prision-deposito.pdf>).

(40) ANITÚA, Gabriel I., “Historias de los pensamientos criminológicos”, Ed. Didot, Buenos Aires, 2015, 1ª edición.

(41) BAUMAN, Zygmunt, “Archipiélago de excepciones”, Ed. Katz, Buenos Aires, 2008, ps. 65-66.

(42) MEMBE, Achille, “Necropolítica”, trad. y edición a cargo de Elisabeth Falomir Archambault, Ed. Melusina, Barcelona, 2011.

es que no aumentó o aumentó en pequeña medida. Ese es el gran problema latinoamericano en esta comparación: ese aumento desmesurado que ha continuado casi exclusivamente en nuestro margen. En algunos países de la región las cifras por sí solas ya son alarmantes... casi todos los países latinoamericanos vieron aumentada la población carcelaria... Ello repercute en que actualmente todos los sistemas penitenciarios de los países de América Latina se encuentran sobrepoblados... uno de los efectos negativos de ese crecimiento del número de personas encarceladas”(43).

Los datos más actuales a los que se ha arribado informan que las tasas de encarcelamiento de América Latina superan la tasa de 150 por cada 100.000 habitantes (tasa de referencia mundial), encabezando la prisionización Cuba y Brasil con tasas superiores a los 500 y 300 cada cien mil, aunque Uruguay también llama la atención con un número elevado de encarcelamiento que también asciendo por arriba de los 300 cada cien mil, tanto como resultan alarmantes las tasas de Perú, Colombia y Ecuador, que superan los 200 cada cien mil (44). De todos modos ya marcan un preocupante rumbo las elevadas tasas de todo el continente, que superan el 100 cada 100.000 habitantes.

Por caso particular, resulta gráfica la situación de Argentina, que ha incrementado su tasa de encarcelamiento desde el 2006 hasta 2017 en un 41% aproximadamente. Se acompaña imagen de la publicación del Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena. La cifra oficial (45) presentada por el Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal, aunque advierte no registrar todos los datos de detenciones ya

(43) *Ibidem*.

(44) Datos obtenidos del International Centre for Prison Studies (King's College, Universidad de Londres), relevados por el Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), publicación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(45) Sin perjuicio de cuestionar los mecanismos y métodos mediante los que se recaba la información oficial, la que además resulta parcial según informan debido a escasez de respuestas en algunas jurisdicciones, lo cierto es que los datos oficiales nos permiten arribar a una referencia más o menos fidedigna que esboza un panorama a nivel país en torno a tasas referenciales a nivel comparado.



resulta en sí misma escandalosa: 194 personas privadas de libertad cada cien mil habitantes que, tal como se advierte, no representa un número real de encarcelamiento debido a los detenidos en comisarías y otros datos faltantes en el mismo.

En números totales, Argentina ocupa el sexto lugar en cantidad de población total detenida en América, superada con números totales pavorosos en los casos de países como Estados Unidos de América, Brasil que tiene más de medio millón de personas encarceladas, México, que le sigue con un cuarto de millón de personas, Colombia y Perú.

La evolución de tasas de población penal penitenciaria marca que desde el año 2006 a la actualidad Argentina elevó en un 40% la misma y un 88% en relación a 2001, tal como advierte el gráfico que sigue a continuación (46). El número de la tasa oficial de prisionizados cada 100.000 habitantes marca para 2017 una referencia de 194 presos. Esta tasa ha sido claramente incrementada durante el año 2018 si seguimos las proyecciones y referencias de encarcelamiento anual (47).

En los últimos tres años (2016-2019), por su parte, se han hecho estragos en el sistema penitenciario produciendo una sobrepoblación de más del 40% tan solo en el ámbito del sistema federal, afectando particularmente a las prisiones federales del conurbano bonaerense. El incremento de la población penal se ha dado de manera ininterrumpida de modo ascendente.

En peor situación están las prisiones de la Provincia de Buenos Aires dependientes del Servicio Penitenciario local. El Informe Anual de la Comisión Provincial por la memoria advierte que “la situación en... la provincia de Buenos Aires es de extrema gravedad y se expresa en algunos indicadores relevantes que

---

(46) Información de la página Prison Studies. <http://www.prisonstudies.org/country/argentina>.

(47) El propio Servicio Penitenciario Federal proyecta que para 2023 el número de detenidos solo en el sistema federal se elevará a más de 25.000 detenidos, tal como fue reseñado en el fallo de la sala II de la CFCP en los autos “Procuración Penitenciaria s/ hábeas corpus” (Rta. 28/06/2019 reg. 1351/19).

durante 2017 alcanzaron un récord histórico: se ha llegado a un índice récord de prisionización, de sobrepoblación y de crecimiento interanual de la población encarcelada” (48).

A diciembre de 2017 había 43.094 personas detenidas. En el SPB, 38.320 personas se alojaban en 20.071 plazas penitenciarias, generando otro récord: 91% de sobrepoblación. En comisarías, 3.097 personas ocupaban 1040 camastros superando el 200% de sobrepoblación, y el monitoreo electrónico se aplicaba a 1677 personas. Otro dato que da cuenta de la gravedad de la situación es que 1269 personas se alojaban en 109 comisarías inhabilitadas por orden judicial o administrativa, es decir en lugares prohibidos. La variación interanual de la tasa de personas detenidas fue de 24 puntos. Durante el año 2017 se sumaron 4.500 personas al sistema de encierro (49).

El mismo informe destacó: “En 2017 todos los complejos penitenciarios alojaron personas por encima de su capacidad. En varias unidades penitenciarias la sobrepoblación superó el 200%; la Unidad 28 de Magdalena obtuvo el récord: el 246% (aloja a 3,2 personas cada 1 plaza). Estas cifras provocaron que a diciembre del año pasado, la PBA tuviera 1 persona detenida cada 395 habitantes. Este crecimiento constante de la población encerrada en penales y comisarías no es solo una información cuantitativa de tipo demográfico: expresa cualitativamente un crecimiento exponencial del padecimiento de personas vulneradas en sus derechos elementales” (50).

La Procuración Penitenciaria de la Nación advierte que la tendencia inflacionaria: “... se originó a consecuencia de la implementación de estrategias de endurecimiento punitivo, antes que del agravamiento del delito y la criminalidad. Para comprender el fenómeno desde una perspectiva multifactorial se debe tener en cuenta el uso sistemático de la prisión preventiva, la baja utilización de las medidas alternativas a la

---

(48) COMISIÓN PROVINCIAL POR LA MEMORIA, “Informe Anual 2018”, disponible en: [http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informes anuales/Informe\\_2018.pdf](http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informes anuales/Informe_2018.pdf).

(49) *Ibidem*, p. 21.

(50) *Ob. cit.*



cárcel, la reducida aplicación de institutos de libertades anticipadas, la presión de la opinión pública en los actuales debates acerca del binomio seguridad/inseguridad, entre otros indicadores que permiten entender el crecimiento de la prisionización. Las proyecciones futuras de este fenómeno resultan poco auspiciosas... El fenómeno de la sobrepoblación carcelaria en la actualidad ya constituye un problema acuciante en varios servicios penitenciarios de Argentina que, de no abordarse de forma planificada y respetuosa de los derechos de la población presa, se verá agravado con la implementación de estas medidas regresivas. Los fracasos de las experiencias internacionales que pretendieron controlar el delito y reducir la inseguridad a partir de políticas punitivas de ‘mano dura’ ya han corroborado que estos programas no hacen más que impactar de forma negativa en los índices de prisionización y en las condiciones materiales en las que se desarrolla el encierro penitenciario”(51).

Las políticas securitarias, proyectadas por el incremento de legislación punitivista, como la ley de flagrancia y las modificaciones restrictivas de las condiciones para acceder a las libertades anticipadas por las modificaciones de las normativas de ejecución penal y las limitaciones a la libertad condicional para algunos delitos, han tenido fundamental influencia en el encarcelamiento que se presenta ya en términos estructurales como “masivo”(52).

Resulta de medular importancia resaltar que en el transcurso de esta investigación, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, declaró la emergencia carcelaria (53) por

(51) En [http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Bolet%C3%ADn%20Estad%C3%ADstico%20PPN%20N%C2%BA%207%20\(2%C2%BA%20Trimestre%202017\).pdf](http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Bolet%C3%ADn%20Estad%C3%ADstico%20PPN%20N%C2%BA%207%20(2%C2%BA%20Trimestre%202017).pdf).

(52) Información disponible en: [www.spf.gov.ar](http://www.spf.gov.ar).

(53) En el ámbito de la Secretaría de Justicia se instó a conformar una Comisión de Emergencia en materia Penitenciaria de la que serán miembros la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Cámara Federal de Casación Penal, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (CABA), la Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios y Relaciones con el Poder Judicial y la comunidad académica (dependiente de la Secretaría de Justicia), la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, el Ministerio del Interior, Obras Públicas

el término de tres años, ante el fuerte incremento de la población detenida de los últimos años, que desde hace tiempo se viene advirtiendo, y la crisis carcelaria que ello ha provocado.

Esta grave situación no es novedosa, tan solo en los últimos tres años la población penitenciaria federal perforó el techo histórico. Al 12/07/2019 la población carcelaria federal alcanzó un nuevo récord histórico con 14.163 personas privadas de libertad. La población penitenciaria de las cárceles federales ha mostrado un crecimiento sostenido durante los últimos años, superando desde 2014 la barrera de los 10.000 presos. A partir de 2016 el incremento de la población se ha exacerbado.

El informe preliminar presentado ante el Consejo de Derechos Humanos con motivo del 40 periodo de sesiones, el funcionario internacional señaló que “se nos informó que, en consecuencia, la población carcelaria de la Argentina se ha triplicado prácticamente en las últimas dos décadas, lo que resulta en una situación crónica de sobrepoblación en todo el país [...] Por otro lado, se ha promulgado una ley federal con el objetivo de restringir la ejecución progresiva de las penas, incluidas las posibilidades de libertad condicional anticipada para una serie de delitos, con el resultante incremento de hasta un 40% en la población carcelaria general”(54).

La medida extraordinaria dictada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos no ha

y Vivienda, el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Seguridad, la Comisión de Cárceles del Ministerio Público de la Defensa, la Procuración General de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación. También la misma habilita la realización de contrataciones directas. La Comisión se reunirá cada quince días y tendrá por objetivo analizar la situación actual y facilitar la coordinación entre los diferentes órganos del estado nacional intervinientes en la materia penitenciaria federal para la elaboración de propuestas de políticas públicas tendientes a: a) resolver el déficit habitacional en el Servicio Penitenciario Federal; b) mejorar las condiciones de privación de la libertad; c) promover e implementar medidas alternativas a la privación de la libertad, especialmente para grupos vulnerables.

(54) “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes acerca de su visita a la Argentina”, A/HRC/40/59/Add.2, del 28 de febrero de 2019.

sido suficiente como respuesta frente al fenómeno de la sobrepoblación sino que ha pretendido *emparchar* con medidas como la duplicación de camas por celdas un incremento constante que lleva a un severo agravamiento de las condiciones de detención y encierro.

Con razón se observó que la ‘emergencia’: “... propone continuar con las políticas de encarcelamiento al mismo tiempo que se desentiende de su impacto, traslada la responsabilidad de la crisis al Poder Judicial —que es responsable pero no de manera exclusiva— y apuesta a la construcción de más cárceles con menos requisitos formales, tal como habilita una emergencia de este tipo. Como dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2005, otra vez ‘se está jugando una carrera entre la Administración, que amplía el número de celdas disponibles, y el número de detenidos en aumento, sin que haya perspectivas cercanas de que las curvas se crucen’ (55).

La sobrepoblación y el hacinamiento carcelario constituyen una vulneración grave de la obligación del Estado de brindar condiciones de detención adecuadas. La ocupación de un establecimiento carcelario por encima del número de plazas establecido está prohibida por la ley y los estándares internacionales son profusos en la cuestión (56).

(55) CELS, “No hay solución si la dignidad humana no se coloca en el centro”, 26 de marzo de 2019.

(56) CorteIDH, Caso “Tibi c. Ecuador”, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nro. 114, párr. 150; Caso “Fleury y otros c. Haití”, cit., párr. 85; Caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) c. Venezuela”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05/07/2006. Serie C Nro. 150, párr. 20; Caso “Vélez Looor c. Panamá”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C Nro. 218, párr. 204, Caso “Pacheco Teruel y otros c. Honduras”. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. Nro. 241. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 67; entre otros. En sentido similar se orienta el fallo señero de la Corte Suprema de Justicia nacional “Verbitsky” en el que se afirmó “... las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la CN, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad” (CS, Fallos: 328:1146 y 334:1216).

Así ha sido afirmado en reiteradas ocasiones por el Director del Ilanud Elías Carranza: “... si falta espacio, hay sobrepoblación y hacinamiento; y si falta personal, hay anarquía y vacío de autoridad, que es llenado por los liderazgos emergentes y el surgimiento de grupos de autodefensa [...] los sistemas penitenciarios deben garantizar el cumplimiento de múltiples funciones establecidas en las normativas internacionales y nacionales como alimentación, salud, seguridad, visita, capacitación, trabajo, etcétera. Pero la falencia en estos dos requisitos básicos genera situaciones objetivas inevitables de violencia que impiden su cumplimiento. En situación de sobrepoblación la salud es peor, la higiene es peor, la comida es peor, la seguridad personal tanto de las personas presas como de las personas funcionarias es peor, y así sucesivamente” (57).

Los datos estadísticos también permiten advertir que la población encarcelada en constante aumento en cárceles federales está conformada por presos preventivos (60%) —personas legalmente inocentes—, porcentaje aún más alto en las mujeres (70%).

Un problema adicional sobre el tópico, ha surgido —además— por la manipulación del cupo carcelario realizado por parte de las autoridades penitenciarias, lo que resulta en una respuesta ilegítima frente a una situación de enorme gravedad (58).

El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, en su último examen de la Argentina de 2017, urgió al Estado argentino a realizar una auditoría a nivel federal y provincial con el fin de adecuar las condiciones de reclusión de los centros penitenciarios y comisarías a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela). Así, recomendó al Estado argentino, entre otras cosas: “a) Intensificar sus esfuerzos por aliviar el hacinamiento en los centros de reclusión, principalmente mediante

(57) CARRANZA, Elías, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 8, Ed. entro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012, p. 31.

(58) En este sentido se desarrolla el comunicado de la Procuración Penitenciaria de la Nación sobre “emergencia carcelaria”, de fecha 8 de abril de 2019.

el recurso a medidas alternativas a la pena privativa de libertad; (...) c) Desarrollar una metodología adecuada para definir la capacidad penitenciaria a nivel federal y provincial conforme a los estándares internacionales de habitabilidad aplicables; (...).”

La administración penitenciaria aplica medidas paliativas provisorias que no aportan soluciones: agregar colchones y camas cuchetas, incorporar camas en espacios colectivos, crea pabellones en sitios destinados para otros fines y aloja detenidos en celdas de tránsito, lo que mereció duros fallos por parte del poder judicial en acciones colectivas de habeas corpus recientemente (59). Las últimas modificaciones a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad aprobadas por el Congreso Nacional suman restricciones para el egreso de las personas detenidas, lo que también conduce a incrementar los niveles de encarcelamiento.

El hacinamiento implica falta de privacidad, deterioro edilicio, y pésimas condiciones higiénicas y de salud. También obstaculiza el acceso a trabajo, alimentación, educación y actividades recreativas. Todo ello provoca graves vulneraciones a los derechos de las personas detenidas y atenta contra el objetivo de la reinserción social (60).

(59) CNCP, sala I, “Álvarez, Guillermo y otros s/ habeas corpus”, rta. el 02/05/2019, reg. 488/2019; CNCyC, sala 6, rta. 08/03/2019; Cám. Fed. de San Martín, sala I, “Comisión de Cárcels de la Defensoría General de la Nación y otros s/ habeas corpus”, rta. 5/10/19 reg. 9070/2019; Juzgado Federal de Neuquén N° 2, “Ministerio Público de la Defensa y otros s/ habeas corpus”, rta. 18/12/2018; “Internos alojados Módulo II, Pabellones B1 y B2 s/ habeas corpus”, rta. el 06/05/2019; “Personas detenidas en el Complejo Penitenciario Federal V Senillosa s/ habeas corpus”, rta. 28/12/2018; CFCP, sala II, “Procuración Penitenciaria s/ habeas corpus”, rta. 28/06/2019; Juzgado Federal y Correccional N° 3, rta en 7/2019; CFCP, sala I, 25/06/2018, promovida por el Defensor Público oficial y la Comisión de cárceles por la situación de las comisarías de Tucumán, recientemente el voto disidente de la jueza Figueroa en “Internos U-4 del S.P.F. s/ habeas corpus”, reg. 828/19, rta. 21/05/2019; Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, “Ministerio Público de la Defensa en representación del Escuadrón N° 5 Pirané (Gendarmería Nacional) s/ habeas corpus”, rta. 07/05/2019; entre varias más.

(60) Sobre los efectos que produce la sobrepoblación y el hacinamiento, pueden verse los informes anuales

Esta manifestación estructural y exacerbada de la violencia en las prisiones argentinas, debe ser resaltada como el marco general de la investigación cualitativa, tanto como en la gravedad de la distancia entre la normatividad y el efectivo cumplimiento de los derechos de las personas privadas de libertad.

Por ejemplificativo que parezca, claro queda que los sistemas penitenciarios y sus estructuras militarizadas son también una deuda de las democracias latinoamericanas que no han podido erradicar prácticas y burocracias que sostienen en gran medida un sistema de la crueldad basada en las violencias silenciosas, silenciadas y sistematizadas a través de prácticas muy arraigadas en ellos (61).

de la PPN ([www.ppn.gov.ar](http://www.ppn.gov.ar)), los de la Comisión por la Memoria ([http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informesanuales/Informe\\_2018.pdf](http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informesanuales/Informe_2018.pdf)); los informes CELS <https://www.cels.org.ar/web/category/carcelesysistemapenal/>, entre otros. En el campo doctrinario, son de referencia ineludible los trabajos sobre efectos del encarcelamiento de GARLAND, David, “La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea”, trad. Máximo SOZZO, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005; RE, Lucía, “Cárcel y globalización. El boom penitenciario en los Estados Unidos y en Europa”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008; SIMON, Jonathan, “Gobernar a través del delito”, trad. de A. BOSCHIROLI, Ed. Gedisa, Buenos Aires, 2011; del mismo, “Juicio al encarcelamiento masivo”, trad. de D. ZYSMAN QUIRÓS y J. BRANDARIZ, Ed. Didot, Buenos Aires, 2019; GIORGI, Alessandro, “Cárcel y estructura social en las sociedades tardocapitalistas”, en ANITÚA, Gabriel I. - GUAL, Ramiro (comps.), *Privación de la libertad. Una práctica punitiva violenta*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2016; CUNEO NASH, Silvio, “El encarcelamiento masivo”, Ed. Didot, Buenos Aires, 2017. En nuestro medio, SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión-depósito’ en Argentina”, *Nueva Doctrina Penal*, 2007-B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2007; RODRÍGUEZ, Esteban, “Circuitos carcelarios: el encarcelamiento masivo-selectivo, preventivo y rotativo en la Argentina”, *Circuitos carcelarios: estudios sobre la cárcel Argentina*, Ed. Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2015, ZAFFARONI, E. R. (dir.), “La medida del castigo”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012, entre otros.

(61) Pueden verse sobre ello los informes anuales de Amnesty International y el CELS, también de la Comisión Provincial por la Memoria sus informes sobre el estado de la violencia en los sistemas penitenciarios, a modo de ejemplo, tanto como los informes sobre torturas y tratos crueles de PPN y Del sistema nacional de prevención de la tortura.

### III. Avances en el orden de las violencias y relatos en primera persona

#### III.1. Dificultades del abordaje del campo y limitaciones metodológicas

Algunas referencias en cuanto a la metodología del abordaje cualitativo en entrevistas semiestructuradas:

Para el abordaje del estudio cualitativo, y teniendo en cuenta que uno de los objetivos principales de la investigación respondía a la visibilización de los problemas centrales de la cárcel relatados desde *las voces del encierro en primera persona, para conocer las problemáticas y preocupaciones específicas de quienes padecen la prisión, atravesando también en las entrevistas la autopercepción y la valoración de los y las detenidas sobre la forma en que las situaciones de la prisión se expresan comunicacionalmente*, se diseñaron dos entrevistas semiestructuradas y se utilizó a su vez una encuesta desarrollada por una investigación de la Defensoría General de la Nación (“Encuesta sobre Programa de Cohabitación”, MPD, 2013, anexo 3). El resto han sido encuestas y entrevistas donde quien las realizó relevó lo más considerable de las mismas, sin perjuicio de que todas fueron grabadas como soporte complementario (62). A pesar de ser textuales, no representan la completitud de la entrevista o reunión con cada uno de ellos, ni una muestra cuantitativa que pueda reflejar generalidades de la población que se analiza, sino tan solo se presenta como una aproximación cualitativa.

El planteo cualitativo a través de la modalidad de entrevistas semi estructuradas a detenidos y detenidas, ha presentado en los primeros meses de la investigación una serie de dificultades en cuanto a:

1. *Ingreso a las prisiones*: para el necesario abordaje de las entrevistas se realizaron una serie de encuentros del equipo de trabajo con

---

(62) Cabe advertir que se desarrollaron las encuestas y entrevistas con la información sobre la investigación y garantizando la privacidad y reserva de identidad de las personas que participaron de ellas. Se dio una especie de informe de reserva y confidencialidad a cada uno para resguardo ético y cuidado con los y las entrevistados.

referentes del abordaje del campo de la prisión y se plantearon algunos interrogantes y limitaciones que podrían interferir en el proceso de encuentro con los detenidos y detenidas. Una de las mayores dificultades surgió a partir de la espera en adquirir las autorizaciones correspondientes para el ingreso tanto como el espacio y la privacidad que se esperaba se brinden en las entrevistas (63).

La intención de obtener la mayor cantidad de respuestas en un espacio propicio y de confianza/confidencialidad se correlaciona con el objetivo de visibilizar en primera persona los dolores/violencias por los cuales preguntamos. Este continúa siendo un obstáculo que no tiene forma eficaz de ser medido. Sin embargo, se tomó la decisión de incorporar a la entrevista una especie de explicación, consentimiento informado, en el cual los entrevistadores aseguran la confidencialidad de los datos brindados por los detenidos y detenidas, que además se explica, a fin de garantizar que todo aquello que se diga (y aun aquello que no se diga) quedará bajo absoluta reserva de identidad. En general, esta información ha sido bien receptada por los y las detenidas, quienes, a pesar de no acceder bajo referentes familiares —en esta instancia— han valorado el esfuerzo por resguardarlos de más violencias o posibles represalias de acuerdo con lo dicho en este espacio.

2. *Nivel de profundidad de la entrevista y contexto en el cual se desarrolla*: las entrevistas semi estructuradas, para ser completas, y más allá de llevar una guía de orientación, llevan mucho tiempo y mucho diálogo. Es por ello que debido a la distancia de las prisiones, el tiempo que demora el ingreso, la distribución de los espacios dentro de las propias unidades, tanto como la modalidad del encuentro, hacen que no se pueda elaborar gran cantidad de ellas por cada visita/encuentro que se hace. El promedio has-

---

(63) Se agradece especialmente a la Procuración Penitenciaria de la Nación por las gestiones para el ingreso a las prisiones del ámbito del Servicio Penitenciario Federal tanto como el acompañamiento del equipo de investigación en el transcurso de las entrevistas. Asimismo, al CUSAM por brindarnos el acceso al centro académico dependiente de la Universidad de San Martín, situado en el ámbito de las Unidades bonaerenses de José León Suárez.

ta ahora realizado de las entrevistas es de una hora (60 minutos reloj).

3. *Desgrabación y/o recopilación de los datos relevantes y su sistematización*: la sistematización de datos e informaciones relevantes no ha sido aún abordada en profundidad, sin perjuicio de lo cual la cuestión de los datos y relatos relevantes han sido destacados con el objeto de que la información adquirida en las entrevistas cualitativas pueda tener sentido. Es nuestro propósito dejar plasmadas las frases más sobresalientes y textuales brindadas en las reuniones con los detenidos y las detenidas. Entendemos que aunque la información cualitativa no sea lo completa que se esperaba brinda un panorama fundamental en el camino de visibilizar la percepción de las violencias de los propios detenidos y detenidas y nos compromete con el objeto de la investigación.

### III.2. *Primeros avances en torno al análisis cualitativo de las violencias*

En la investigación Ubacyt sobre la medida del castigo se resaltaba que "... hablar sobre el encierro, el dolor y la clandestinidad, todo eso que no decimos... desautorizarnos como juristas [invita a] reposicionar a los desposeídos simbólicos del lugar del habla. Sin los actores, el relato continuará teniendo dueños, aunque en nombre de lo público estará privatizado; la multiplicidad narrativa, negada".

Este ha sido también uno de los ejes centrales del proyecto desde la Extensión universitaria. El lugar de la palabra, del habla, del decir en primera persona se presenta para nuestro proyecto como esencial para dar sentido a la proyección de sus significancias en el campo social (64).

Lo decible y lo indecible, el habla y el silencio se tornan palpables en el campo de la prisión, lo visibilizado e invisibilizado como violencia, incluso desde los mismos prisioneros habla de la cárcel como un campo complejo, con relaciones estructurales y otras relaciones de micropoder, habla de los seres siendo y su ser. Y en ese ser sus dolores, esos que atraviesan los cuerpos

(64) Entre las tareas de extensión se trabajó un taller de literatura y expresión en el CUSAM, que es parte del proyecto que se menciona.

y las almas de un modo que se vive, pero que muchas veces no llega a manifestarse plenamente.

Y sin embargo nos preguntamos por esos dolores manifestados a través de violencias reales, palpables y visibles tanto como aquellas simbólicas y, que paradójicamente también se perciben pero que resultan más difíciles de explicar.

En el camino de la verbalización, del lenguaje y sus efectos simbólicos y materiales, hemos decidido mostrar algunas afirmaciones brindadas por los y las privados/as de libertad, que nos han llamado la atención. Recuértese que en esa centralidad de la primera persona, el análisis tratará de ser lo más concreto posible:

Frente a la pregunta: "¿Qué sentís que te produce dolor en el encierro?";

el detenido X respondió: "El miedo. A que te lastimen. No sabes que puede llegar a pasar. Las peleas. Puede pasar en cualquier momento. Siempre la ligan los de las causas más chicas. Los que estamos por pavadas somos giles. No tenemos derecho a nada..."

Se relevó como sustancial en las entrevistas la relación entre el miedo y la incertidumbre que produce el encierro carcelario, tanto como la ausencia de derechos y la desprotección judicial.

También, cuestiones que fueron puestas en valor en entrevistas a otros detenidos y detenidas se vincularon con el lugar de encierro y la convivencia, tanto como la clasificación y alojamiento determinado por la autoridad penitenciaria.

El detenido Y respondió, frente a la pregunta "¿Qué sentís que representa un modo de violencia para vos?": *la humillación*.

Pero tal vez dos de las respuestas más conmovedoras y sugerentes e interperantes fueron las de la detenida F y el detenido G.

La detenida F dijo: "violencia es que un agente penitenciario me mire y juzgue si soy buena madre, buena hija, y que decida si mi familia me puede venir a ver o no, o que de un

día para el otro me amenacen con sacarme a mi hijo”.

Aquí pueden verse algunos de los efectos más nocivos que atraviesa la estructura penitenciaria, desde la jerarquía y el poder directo hasta el modo en que la institución reproduce y de algún modo exagera los prejuicios patriarcales de la sociedad, tanto como el modo en que se gestiona la violencia latente en las unidades, en particular, con las mujeres.

El detenido G afirmó: “no quiero que vengan más los académicos a contarme qué es la violencia [y tras levantarse la remera expresó mirá, acá está la violencia. Esta es la violencia física [y señaló una cicatriz en el tórax], acá esta la violencia en la salud y mi integridad [muestra un ano contranatura]: no me sacan al médico y tres veces casi me muero en el pabellón por una infección estomacal, violencia es que mi esposa

y mis hijos viajen horas con bagayos para venir a verme y que les rompan las cosas les pongan restricciones y los denuden para ingresar, y que tal vez después de todo eso haya terminado el horario de visitas [y agrega es mentira que la pena de prisión no se proyecta sobre la familia], violencia es nuestra vida”.

Entendemos que las violencias en las prisiones son inabarcables, pero nadie mejor que quien la sufre para ponerla de manifiesto de un modo tan claro, tan concreto y tan efectivo. Un modo que permite interpelarnos como docentes, como académicos y como investigadores. Es por ello que creemos que desnudar y visibilizar aquellas resulta fundamental para correr de una vez por todas el velo y tomar conciencia de ellas, a la vez que proyectar políticas públicas y académicas con responsabilidad y compromiso social, y aportar así a un cambio sustancial en nuestra sociedad.



# Procedimento cautelar: a tutela cautelar de natureza pessoal no processo penal brasileiro

POR BRUNNA LAPORTE CAZABONNET <sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. A funcionalidade defensivista-periculosista da cautelaridade penal.— II. O procedimento cautelar como um mecanismo capaz de elaborar uma tutela cautelar própria ao processo penal acusatório.— III. Considerações finais.**

## **I. A funcionalidade defensivista-periculosista da cautelaridade penal**

Um primeiro ponto, fundamental para esta pesquisa, cuida de desvelar o conteúdo defensivista-periculosista, que constitui a tutela cautelar de natureza pessoal no Brasil. Ou seja, não se pretende tratar aqui essa faceta como algo accidental ou decorrente de um uso anômalo ao planejado.

Essa tutela é organizada, desde a Codificação da década de quarenta, afinada com escopos desenvolvidos a partir de um ideário de defesa social e do eficientismo penal, tendo por base uma concepção autoritária de processo penal, condizente com um modelo de cariz inquisitorial.

O processo penal, apesar de formalmente acreditado como mecanismo redutor de danos na aplicação do direito, adquiriu postulados que se distanciaram dessa ótica, incluindo uma instrumentalidade voltada para a segurança pública e para a defesa social.

Com Sulocki, entende-se que a ideologia da defesa social sofreu uma reatualização e se so-

fisticou. Não abandonou a sua principiologia elementar (legitimidade; bem e mal; culpabilidade; prevenção; igualdade e interesse social), mas incluiu ideários como o do direito penal do inimigo e o exercício do biopoder, como técnica de neutralização de indivíduos e uniformização do discurso contra o “mal” (1).

Concorda-se com Amaral quando aduz que é mediante a defesa social que se escode e se reatualiza a ideia de guerra, que perpassa o discurso de segurança pública —no histórico recente tratada como segurança nacional e agora como segurança cidadã (2).

Não se inova quando se sustenta que discursos democráticos convivem com arranjos e práticas autoritárias. Um elemento claro disso é o ajustamento do caso penal mediante a supressão de direitos e garantias fundamentais. O que é fomentado pela presença de mitos/recursos, que estabelecem uma ambiência autoritária, naturalizando-a: como se a garantia de eficiência do sistema penal dependesse desse recorte (3).

<sup>(\*)</sup> Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Bolsista Capes); Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Bolsista ProBolsa); Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professora de direito penal e processual penal pela Faculdade São Francisco de Assis - Porto Alegre - e Professora em licença interesse pela Urcamp - Campus Alegrete e São Gabriel; Advogada. Texto apresentado para o eixo temático Sociedad.

(1) SULOCKI, Victória-Amália de Barros Carvalho Gozdawa De, “Museu de novidades: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI”, 2010, 498 f. Tese de doutorado - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, ps. 36-38.

(2) AMARAL, Augusto Jobim, “O dispositivo inquisitivo: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal”, 2014, 498 f. V. 1, Tese de doutorado - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 205.

(3) CASARA, Rubens R. R., “Mitologia processual penal”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2015, p. 140.

Portanto, quando as necessidades não logram ser satisfeitas com os recursos presentes no patrimônio democrático, usa-se do patrimônio autoritário, dada a relação entre ambos e a possibilidade de contaminação de um pelo outro (4).

Explica Casara que ao paralisar um significado, logra-se mascarar a sua temporalidade e facticidade, ambas elementares do fenômeno hermenêutico. O uso do mito, que permite essa identidade entre significante e significado (5), gera a naturalização, ao passo que descola o caráter histórico e contingente de um instituto.

Com as medidas cautelares pessoais não é diferente, a tutela cautelar de natureza pessoal, ao naturalizar o significado da instrumentalidade, mantém-se como elemento fundamental do controle social, legitimando as mais diversas práticas, já que, supostamente, acobertadas por essa instrumentalidade processual penal.

Deve-se clarificar, que o processo penal não é meio de pacificação social, mas um elemento que condiz com a limitação do poder punitivo e não com o seu alargamento para buscar um direito abstrato à segurança pública. Torna-se evidente que ao ser assim empregado, a cautelaridade penal, que é instrumental a ele, adquire fisionomia de medida de segurança, de caráter administrativo-processual, ainda que aplicadas jurisdicionalmente. Não se distanciando daquilo que pensava Campos (6), apoiando-se em Manzini (7), sobre a funcionalidade do processo penal e das medidas cautelares.

A periculosidade, que deveria ser um elemento absolutamente estranho a essa tutela, é

sua categoria estruturante. Com a genealogia realizada por Prando é possível compreender a complementaridade do saber técnico-jurídico com o saber criminológico, sendo este último responsável por brindar as definições de delinquente a partir de parâmetros de temibilidade (8). Ou seja, a periculosidade joga o papel de protagonista em matéria cautelar, pois permite a gestão de uma periculosidade social.

A tendência à delinquência, dita periculosidade social, é um meio de recodificar, em termos penais, uma dada categoria psicológica que não é do campo dos Tribunais (9). A cautelaridade penal ocupa um lugar híbrido, representando a racionalização técnico-jurídica para administrar categorias de indivíduos perigosos. A prisão é uma atividade judicial, mas que não perdeu a sua natureza administrativa-policial, já que é chamada para governar uma suposta periculosidade.

Nos exatos termos de um dispositivo policial, fica responsável por um complexo de fenômenos que, com plasticidade e equipada com uma normatividade intrínseca, governa a dinâmica do “perigo” e a gere dentro de limites tidos como toleráveis (10).

Veja-se que ampliando a via do subsistema penal preventivo (de polícia) se reduz a via do processo penal democratizado. A prisão preventiva é “o” elemento desse subsistema policial, que precisa ser redimensionado. Manter velada a sua funcionalidade originária coincide com a sua permanência acrítica.

A própria escolha por medidas denota a relação com a noção de segurança e imediatismo, fomentadas pelo discurso emergencial de políticas criminais mais repressivas. Portanto,

---

(4) MARTINS, Rui Cunha, “O ponto cego do direito: *The brazilian lessons*”, Ed. Atlas, São Paulo, 2013, 3ª ed., p. 84.

(5) CASARA, Rubens R. R., ob. cit., p. 141.

(6) CAMPOS, Francisco, “O estado nacional: sua estrutura seu conteúdo ideológico”, Ed. Livraria José Olympio, Rio de Janeiro, 1940, ps. 128-130.

(7) MANZINI, Vincenzo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín, Ed. jurídicas Europa-América Chile 2970, Buenos Aires, 1951, t. III, p. 629.

---

(8) PRANDO, Camila Cardozo de Mello, “O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social”, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 2013, p. 135.

(9) FOUCAULT, Michel, “A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)”, Ed. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2015, p. 164.

(10) CAMPESI, Giuseppe, “Genealogia della pubblica sicurezza: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco”, Ed. Ombre corte, Verona, 2009, p. 227.

ao dizê-las cautelares é possível deslocá-las do espaço administrativo para o judicial.

## II. O procedimento cautelar como um mecanismo capaz de elaborar uma tutela cautelar própria ao processo penal acusatório

Quando se assentam as ideias de que há uma identidade entre cautelaridade e medida de segurança; de que a cautelaridade penal serve à defesa social; de que o processo penal tem como escopo desvelar a verdade real; bem como que a liberdade deve ceder pelo bem comum: as prisões, ainda que denominadas de cautelares, não têm sua instrumentalidade vinculada ao regular andamento do processo penal, mas se voltam para funções de defesa social.

A periculosidade, como categoria que se projeta ao futuro —somada aos excessos punitivos e à estigmatização de determinados indivíduos— possibilitou a criação de regras e técnicas ilegítimas de controle social. O que longe está de ser uma função anômala desempenhada pelas medidas, mas sua gênese.

No Brasil, a cautelaridade penal é colocada no Código de Processo Penal de 41 como medida de segurança —a inspiração italiana aqui se cinge ao emprego de medidas de polícia— como meio de subordinar a liberdade ao direito, numa espécie de subserviência do direito à tradição autoritária, tendo por base mitos como o da verdade real, da neutralidade do órgão julgador e acusador, do processo para pacificação social e resguardo do interesse comum.

Os construtos teóricos, presentes na cautelaridade penal, estão permeados por categorias, destinadas a funções administrativas, de controle e prevenção social, autorizados por um juízo provisório. Reiteradamente são trazidas conceituações indeterminadas, que permitem a inclusão no significativo cautelar de práticas defensivistas periculosistas.

Ademais, a ausência de uma estrutura procedimental, para o emprego da cautelaridade penal, encontra na medida autônoma o viés perfeito para o exercício absolutamente vertical do poder, para além das partes, indepen-

dentemente de audiência e/ou pedido, haja vista a possibilidade de decretação de ofício pelo juiz.

Não se sustenta a criação de um processo cautelar propriamente dito, pois acredita-se que a espécie de cognição não permite digressões sobre condições da ação cautelar, nem recortes entre o que integraria as condições e o mérito. Não obstante, tem-se no procedimento um meio de desenvolver uma cognição cautelar penal.

A forma de produção da decisão cautelar permanece a mesma desde o CPP da década de 40, já que a reforma procedida pela lei 12.403 de 2011 manteve intocada essa questão. Segue-se com um modelo escriturado, mediante um pedido escrito, sem contraditório, e com uma decisão escrita por parte do juiz.

Dessa forma, o cerne é a ruptura metodológica da construção da decisão cautelar penal, incorporando um componente procedimental típico da acusatoriedade, como é a audiência para aplicação. Assim, pretende-se criar condições favoráveis para a ruptura do *ethos* inquisitivo, mediante um outro ambiente de cognição, diverso da procedimentalização escrita.

Para criar a paridade de armas é fundamental trazer o sujeito para a estrutura judiciária, dando-lhe a oportunidade de manifestar-se frente ao juiz. Desse modo, amplia-se a concepção do contraditório, para além da informação e da reação, incluindo-se a influência na construção dessa decisão. A observação direta modifica e desenvolve o sentido das palavras, o que, inclusive, poderá não ser favorável ao indivíduo, em termos de conteúdo, mas é essencial (11).

O procedimento cautelar é o elemento intermediador e minimizador da evidência, do imediatismo, uma forma de constrangimento da evidência (12). A prisão está ligada à evidência, que se dá pelo preenchimento de uma expectativa, anulando o elemento inter-

(11) MARTINS, Rui Cunha, ob. cit., p. 13.

(12) *Ibidem*, p. 29.

mediador. Por conseguinte, a introdução de um procedimento cautelar seria esse mecanismo apto a minimizar a evidência.

O contraditório, por ser um elemento contraintuitivo, precisa ser cercado de meios que lhe permitam atingir algum grau de relevância prática. Dito isso, é imprescindível a inserção de uma forma processual delimitada na senda cautelar avessa ao amorfismo inquisitorial. O que por si só, no âmbito processual penal, a eleva à condição de garantia.

Se a prisão preventiva e a periculosidade confluem, a falta de uma estrutura cautelar corrobora o desempenho de funções alheias à ótica processual, transformando a prisão, inclusive, num elemento de prova propriamente dito. Com a criação de um procedimento cautelar, que controle a racionalidade presente na aplicação dessas medidas, procura-se limitar a cognição que se espera apenas na sentença final.

Desse modo, impõe-se o estabelecimento de alguns *standards*, materiais (vinculados à limitação do conteúdo cautelar —já que o significante cautelar não é sinônimo de significado) e formais (atinentes à forma do procedimento), para delimitar esse procedimento.

Um dos principais deles advém de um julgador, diferente daquele que julgará o processo, para conduzir o procedimento cautelar. Explica Gloeckner que a manutenção de um mesmo juiz, para decidir sobre o mérito do processo e aplicação de medidas, abre caminho para uma tendência confirmatória das decisões já tomadas, ou seja, a prisão se torna um atalho cognitivo (13).

O modelo atual de aplicação de medidas cautelares penais não cria condições de imparcialidade do julgador, sendo imperativo o afastamento do instituto da prevenção e o estabelecimento de um juiz de controle/garantias, vinculado à etapa investigatória e ao

recebimento da denúncia, bem como responsável pelo exame da tutela cautelar.

Ademais, as audiências de controle da tutela cautelar têm papel crucial para que o julgador possa decidir sobre eventual prisão. São um elemento contracultural, que proporcionam a permuta de versões e atos processuais, de modo a evitar que um fragmento se acomode na impressão inicial do julgador.

Portanto, é imprescindível o alargamento temporal entre a postulação por alguma medida e a decisão que a aplica ou rejeita. Esse interregno só poderá se dar mediante a incorporação de um procedimento cautelar, que estabelecerá condições favoráveis para a construção dialética entre defesa e acusação.

### III. Considerações finais

Com certeza não se está a tratar de uma temática nova, mas sim de um dos pontos mais sensíveis do processo penal, um mecanismo que, no Brasil, é responsável por mais de 40% das prisões.

Na presente síntese buscou-se destacar que periculosidade é categoria estruturante da cautelaridade penal pessoal, o que, se somado a uma forma quase que administrativa de aplicação, explica o automatismo com que essas medidas são utilizadas para os fins mais diversos. Evidencia-se que controle penal brasileiro se centraliza na administrativização da justiça penal, no uso da prisão cautelar como medida de controle social por excelência, trazendo à tona a ideologia de defesa social.

A (não)formação da cognição cautelar atual tem respaldo no autoritarismo, no amorfismo próprio a sistemas processuais inquisitoriais. Denota a opção por um sistema centralizado no juiz; na prisão, como regra; e num simulacro de contraditório e da ampla defesa. Destarte, a falta da forma e de um conteúdo cautelar, estritamente processual, enfraquece a proteção da liberdade.

Ademais, o procedimento cautelar é um elemento intermediador que pode demarcar as etapas vinculadas ao processo penal, estabelecendo uma racionalização dos aspectos for-

---

(13) GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, “Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 117, ano 23, Ed. RT, São Paulo, nov-dez. 2015, ps. 263-286.

mais e materiais da tutela cautelar de natureza pessoal. Além disso, fortalece a ideia de forma como garantia; separa as funções jurisdicio-

nais das persecutórias; dá espaço para a oralidade mediante o uso de audiências; e favorece a igualdade de oportunidade entre as partes.

# Políticas de segurança pública e instituições do sistema de justiça criminal do Brasil: Ineficiência e propostas de atuação

POR ANA CAROLINA DE MORAIS COLOMBAROLI <sup>(\*)</sup> Y FERNANDO ANDRADE FERNANDES <sup>(\*\*)</sup>

**Sumario: I. Introdução: A (in)segurança pública no Brasil.— II. As políticas de segurança pública no Brasil e as instituições do sistema de justiça criminal.— III. Propostas de atuação na segurança pública: é possível uma política de segurança mais eficiente e humanizada?— IV. Referências.**

## I. Introdução: A (in)segurança pública no Brasil

Segundo dados mais recentes disponibilizados pelo Ministério da Saúde, através do Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM/SUS), no ano de 2017 foram registrados 65.602 homicídios (1) no país, resultando numa taxa de 31,6 homicídios por 100 mil habitantes (Cerqueira *et. al.*, 2019, p. 5). Trata-se do maior índice histórico de violência letal intencional no país, com um aumento de 6,7% em relação ao ano anterior, superando a marca histórica alcançada em 2016, com 62.517 mortes violentas intencionais.

Ao realizar a comparação com as taxas mundiais de mortalidade por homicídios, verifica-se que as brasileiras são, realmente, muito elevadas. Comparando-se os dados do SIM/SUS apresentados pelo IPEA (Cerqueira *et. al.*, 2019, p. 5) e o relatório da Organização das Nações Unidas (UNODC, 2019, p. 13), 14,14% dos homicídios no mundo são cometidos no Bra-

sil (2) —uma proporção significativamente alta, se considerarmos que a população brasileira representa, aproximadamente, 2,8% da população mundial. Enquanto a taxa de homicídios no Brasil figura, atualmente, na casa dos 31,6 a cada 100 mil habitantes, a média mundial é de 6,1 homicídios a cada 100 mil (UNODC, 2019, p. 11).

Necessário destacar que, dentre as mortes violentas intencionais, foram 5.159 mortos em intervenções policiais, um crescimento de 21% em relação ao ano de 2016 (Lima - Bueno, 2018, p. 7).

Mas não são apenas os números de mortes violentas intencionais que apresentam índices extremamente elevados no país. Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018 (Lima - Bueno, 2018, ps. 7-8), no ano de 2017 foram registrados 61.032 estupros (com crescimento de 10,1% em relação ao ano de 2016), 221.238 casos de lesão corporal dolosa contra a mulher em âmbito doméstico. Os índices de crimes contra o patrimônio também são alarmantes: entre os anos de 2015 e 2016, foram 1.066.674 veículos subtraídos no país, ou seja, um carro roubado ou furtado por minuto no país (Lima - Bueno, 2017, p. p. 8).

(2) A UNODC (United Nations Office on Drugs and Crimes) estima que um total de 464.000 mortes foram causadas por homicídios intencionais em 2017, no mundo (UNODC, 2019, p. 13).

<sup>(\*)</sup> Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Professora na Libertas Faculdades Integradas. Advogada.

<sup>(\*\*)</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra e pós-doutor em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (2011). Professor Assistente doutor, da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.

(1) Nesse conceito estão também agrupadas as categorias agressões (110/X89-Y09) e intervenções legais (112/Y35-Y36) do CID-BR-10, segundo o SIM/SUS/MS.



Os números acima apresentados não retratam, no entanto, um aumento súbito da violência no país, mas sim uma tendência previsível. Desde a década de 1980, vê-se o crescimento acelerado da violência —especialmente a letal—, uma evolução regular dos incidentes, num processo que pode ser considerado endêmico diante da generalização espacial e temporal, e também ante a presença de um conjunto de fatores estruturais e sociais alimentadores dessa dinâmica criminal (Cerqueira — Lobão - Carvalho, 2007, p. 141).

Concomitantemente ao crescimento dos índices de violência, viu-se, no Brasil, um aumento exponencial da população carcerária. Se, no ano de 2000 (3), a população carcerária brasileira era de 232.755 pessoas (DEPEN, 2000), em 2017 havia, no país, 726.354 pessoas encarceradas (Moura, 2019, p. 7). No período de 17 anos, a população carcerária brasileira mais do que triplicou, passando à 3ª maior do mundo.

O crescimento da população carcerária —somada a outros fatores de menor importância— resultou, a partir da segunda metade da década de 2000, no fenômeno de nacionalização das “facções prisionais”, que se expandiram para além dos seus tradicionais redutos, São Paulo e Rio de Janeiro (Dias - Manso, 2018, p. 5). Tal expansão se deu, em muito, por decorrência do aumento do número absoluto de presos, das taxas de encarceramento, do número de estabelecimentos prisionais e do déficit de vagas, da transferência de presos vinculados a facções criminosas para outras unidades da federação, além do aumento do mercado consumidor de substâncias ilícitas em todas as regiões brasileiras, favorecendo a costura de redes carcerárias em todo o país e promovendo a expansão de grupos como o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV). “A porta giratória da prisão, girando freneticamente, foi tecendo essa rede e conectando esses indivíduos, produzindo vínculos, identificações, alianças.

---

(3) O ano 2000 foi o primeiro ano em que foram disponibilizados relatórios anuais sobre o quantitativo de população carcerária pelo DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional, através do InfoPen, sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. Os últimos dados disponibilizados são relativos a junho de 2017.

Mas, também, competição, rupturas, conflitos, violência e mortes” (Dias - Manso, 2018, p. 5).

Como expõem os autores, não é difícil compreender como se deu o processo de espalhamento das facções criminosas pelo país:

Considerando a forma de atuação desses grupos, podemos identificar ao menos quatro movimentos: 1) um projeto de expansão do PCC através da rede carcerária com a criação de “Sintonias” vinculadas organicamente à estrutura paulista; 2) migração de indivíduos foragidos e vinculados ao CV ou ao PCC e, em geral, envolvidos em roubos a instituições financeiras; 3) o surgimento de grupos locais, em quase todos os estados, em aliança (ex: GDE-CE, Bonde dos 13-AC, Estados Unidos-PB, Bonde dos Malucos-BA), ou em oposição (ex: FDN-AM, PG-C-SC, Okaida-PB, Sindicato do Crime-RN) ao PCC; 4) a expansão do CV através da abertura de franquias em outros estados e da coligação com grupos locais (Dias - Manso, 2018, p. 5).

Assim, a população brasileira convive cotidianamente com a insegurança, a violência e o medo, que têm ocupado, cada vez mais, posição de destaque nas discussões políticas, na imprensa, nas universidades e no cotidiano das pessoas, seja em razão da grande sensibilidade por elas causada, seja em razão de sua aparente falta de controle (Pastana, 2007, p. 92).

Conforme pesquisa de opinião realizada pela Fundação Perdeu Abramo (4), no ano de 2015, dentre as questões políticas, sociais e econômicas que mais afligem as pessoas, a violência e

---

(4) Trata-se de uma pesquisa quantitativa probabilística em multistágios, tendo como público alvo a população brasileira em geral, pessoas físicas, de ambos os sexos, acima de 16 anos de idade. As seleções de entrevistados respeitaram as proporções populacionais urbano/rural. A amostra consistiu em 2400 entrevistas, distribuídas em 240 setores censitários de 120 municípios de pequeno, médio e grande porte, capitais, regiões metropolitanas e interior. Abrangeu as 5 macrorregiões (Sudeste, Nordeste, Sul e Norte + Centro-Oeste). Foram realizadas entrevistas domiciliares (face-a-face), obtidas via arrolamento, através de um questionário estruturado, composto por questões pré-codificadas e exploratórias. A pesquisa foi realizada entre os dias 27 de novembro e 07 de dezembro de 2014. A margem de erro é de 2 pontos percentuais em nível nacional.

a segurança pública, situam-se no ranking de principal problema do país em segundo e terceiro lugar, ficando atrás somente da saúde, e na frente da educação, corrupção e administração pública, problemas sociais, desemprego, problemas econômicos e outros (Bokany, 2015).

De outro lado, também são expressivos os gastos do Estado com segurança pública no país. Segundo pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública que analisou a evolução dos investimentos em segurança pública (Lima *et al.*, 2019, p. 14), entre os anos de 2002 e 2017, as despesas empenhadas com segurança pública, verificou-se um aumento destas em todos os níveis de governo, sendo 105% na União, 64% nos Estados e 258% nos Municípios. No entanto, verifica-se que, mesmo com o aumento das despesas com segurança pública, o problema não foi atacado da forma como deveria. Conforme expõem os pesquisadores do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Lima *et al.*, 2019, p. 32), embora a União seja o principal ente arrecadador, não é ela quem financia, sistematicamente, as políticas de segurança, sendo sua participação relacionada ao financiamento de projetos pulverizados, em ações realizadas pelo próprio Ministério da Justiça ou por meio de convênios com os entes federados —que não são obrigados a seguir as diretrizes e estratégias comuns para atingir objetivos pré-definidos. Além disso, não se vê, no período, a continuidade das ações e o foco das escolhas programáticas. Ao mesmo tempo, os Estados e o Distrito Federal, que são os principais financiadores das políticas de segurança pública, viram a sua receita aumentar no período, mas tiveram forte incremento dos gastos.

## II. As políticas de segurança pública no Brasil e as instituições do sistema de justiça criminal

Como se pode ver pelos dados e estatísticas apresentados acima, percebe-se que, no âmbito das políticas públicas, não se tem conseguido avançar. A despeito da grandiosidade e do problema da criminalidade no Brasil, e do seu crescimento praticamente constante, o Estado brasileiro ainda não foi capaz, sequer, de criar um sistema de informações sobre segurança pública minimamente confiável e transparente. No caso dos homicídios —que são os crimes cujos

dados apresentam maior índice de confiabilidade—, a análise fica seriamente prejudicada em razão da má-qualidade dos dados, à classificação equivocada de homicídios como mortes com intencionalidade desconhecida ou causas ignoradas, à subnotificação dos crimes e informações irregulares prestadas pelos Estados e Municípios. As principais fontes de dados sobre homicídios no país são os boletins ou registros de ocorrência das polícias civis e as certidões de óbito do Ministério da Saúde. Essas duas fontes apresentam informações divergentes entre si, e cada uma delas apresenta problemas de validade e confiabilidade (Cano - Ribeiro, 2007, p. 52).

Conforme avaliação feita por Cerqueira, Lobão e Carvalho (2007, p. 143), ao invés de informação precisa, o tema da segurança pública está dominado pela retórica e pela politização, alimentando-se uma série de mitos que, por si, já constituem um grande obstáculo à construção de um modelo eficaz para a construção de um modelo capaz de garantir um cotidiano mais seguro à população. Conforme tais mitos são reforçados por uma repetição exaustiva no jogo retórico, estes passam a orientar compreensão da realidade posta. O mito, depois de travestido de verdade e, assim, aceito pela sociedade, legitima as ações das autoridades, deixando-as livres a atuar independentemente de sistemas e métodos de avaliação. Para os autores, é nesse ponto que reside a miséria da segurança pública no Brasil: se o que se está fazendo é, obviamente o certo, não há razões para medir e avaliar o fenômeno e, sem avaliar as intervenções, não se pode afirmar se elas foram coerentes ou incoerentes, eficazes ou ineficazes, reforçando-se o mito e mantendo-se num ciclo vicioso de ilusões.

As discussões —e ações— sobre segurança pública no Brasil são pautadas, no mais das vezes, com base no senso comum (5). As respostas

---

(5) Em entrevista concedida em 16 de agosto de 2016, o então Ministro da Justiça, Alexandre de Moraes declarou que o país precisa de menos pesquisa em segurança e mais equipamentos bélicos. Para o Ministro, deve ser priorizada a aquisição de equipamento bélico para as polícias do país e concentrar ações no fortalecimento da polícia. Já Torquato Jardim, Ministro da Justiça empossado em 31 de maio de 2017, quando questionado sobre sua experiência na área de segurança, afirmou: “Minha

do Estado brasileiro ao crescimento da criminalidade, desconsiderou as inúmeras e profundas transformações sociais vivenciadas (6). Mitos (7) sobre segurança pública há décadas se repetem, em um jogo retórico, alimentando os discursos das autoridades, ora opondo questões de polícia e questões sociais, ora buscando explicar a péssima situação da segurança pública em falta de recursos e renda.

A opinião pública, a mídia e o discurso das autoridades afirmam com frequência que a segurança “pública é caso de polícia”, e que “é preciso uma polícia dura” e que os “direitos humanos devem existir somente para cidadãos de bem”. Por outro lado, em um discurso mais recorrente nos meios políticos mais progressistas, afirma-se que “o problema é social, a polícia só pode enxugar gelo” ou que “a questão é muito complexa, depende de toda a sociedade, e os governos pouco ou nada podem fazer” (Cerqueira — Lobão - Carvalho, 2007, ps. 170-171). Luiz Eduardo Soares (2000) afirma que o debate sobre as políticas públicas é ensejado quase que exclusivamente pelo viés ideológico, chamado por ele de “movimento pendular”, no qual dominam ora soluções de endurecimento das ações policiais —polícia do “pé na porta”— propostas pelos setores mais conservadores, com propostas feitas pelos setores mais progressistas, com enfoque totalmente voltado para o social. O debate ideológico (8) toma a

cena principal, e a busca pela efetividade é deixada de lado, num debate reducionista.

Dentre os mitos baseados em recurso e renda na área da segurança pública, é comum no discurso das autoridades as ideias de que “o problema é meramente de falta de recursos; com mais dinheiro os problemas serão resolvidos”; “com mais viaturas resolveremos o problema” ou “com o crescimento econômico o problema será resolvido”. As autoridades da área de segurança pública, há muito, vêm enfatizando a necessidade de se destinar mais recursos ao setor, e a criação do Fundo Nacional de Segurança Pública surgiu como resposta a esta demanda, possibilitando a transferência de recursos da União para que Estados e Municípios financiassem projetos nessa área. No entanto, não foi feita uma discussão sobre a eficácia e eficiência na alocação de recursos públicos (9), nem se falou em avaliar a qualidade das ações e programas.

A criminalidade urbana no Brasil se desenvolveu ao sabor das intensas transformações sociais e demográficas das últimas décadas, com o crescimento do crime urbano violento, organizado e desorganizado. No entanto, diante de uma alteração substancial na criminalidade, vê-se uma replicação de uma estrutura burocrática de justiça criminal obsoleta, organizada para fazer frente aos desafios do século XIX, mas muito longe de atender as demandas de

---

experiência em segurança pública foi ter duas tias e eu próprio assaltados. Em Brasília e no Rio de Janeiro”.

(6) Intentou-se tratar dessas transformações sociais no primeiro capítulo desse trabalho.

(7) Utiliza-se aqui a terminologia adotada por Cerqueira, Lobão e Carvalho (2007), entendendo-se por mito “simplesmente uma explicação para os grandes dilemas sociais que transcende os limites do conhecimento empírico e que, não sendo passível de verificação, torna-se inquestionável”.

(8) “Desse confronto de visões e inflexões nas políticas de segurança pública resultou a pior combinação de elementos. No campo das instituições policiais, o encorajamento de uma “polícia dura”, com licença para matar, suprimir as condições de necessidade, legitimidade e legalidade para o uso da violência policial, dando margem a quaisquer desvios de conduta. O debate ideológico apartado do princípio da busca da efetividade redundou em instituições policiais obsoletas, despreparadas técnica e instrumentalmente, com profissionais desmotivados e desvalorizados tanto social quanto economicamente (haja vista seus parcos vencimentos). Assim,

---

a inexistência de mecanismos de controles administrativos, somada ao corporativismo existente nessas instituições, se traduziu na ruptura e fragmentação do poder de polícia” ( Cerqueira - Lobão - Carvalho, 2007, p. 171).

(9) “Em termos comparativos, alocamos na segurança pública praticamente o mesmo percentual do PIB (1,29%) do verificado nos países europeus (1,3%). Entretanto, tais países possuem taxas de homicídios quase 30 vezes inferiores à taxa brasileira. Em outras palavras, o Brasil gasta anualmente com segurança pública percentagem da riqueza gerada pelo país similar à observada nos países da comunidade europeia, sendo que a incidência da violência aqui é muito superior à existente lá (...). Não se deve ignorar, por outro lado, que a capacidade de gestão eficiente dos recursos financeiros por parte das secretarias estaduais e municipais de segurança pública é limitada. Há deficiência de equipes técnicas qualificadas em planejamento e execução de projetos. Não é incomum a Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça - SENASP/MJ receber a devolução de recursos federais por absoluta incapacidade de execução dos entes federados” (Sapori, 2015, ps. 59-60).

complexas sociedades do século XXI (Cerqueira - Lobão - Carvalho, 2007, p. 142).

Independentemente do avanço dos indicadores sociais e econômicos que o país experimentou a partir dos anos 2000 e que perduraram até a primeira metade dos anos 2010, as políticas de segurança pública do período, praticamente em todo o país, insistiram em formatar um quadro institucional propício para a disseminação da violência e para o espalhamento das facções criminosas, antes concentradas no eixo Rio de Janeiro-São Paulo, por todo o território nacional. O modelo de policiamento em que se apostou foi o militarizado, focado nos confrontos, em detrimento de uma polícia de investigação e inteligência. Optou-se por priorizar, quando aos gastos, a compra de armas e viaturas, ao invés de investir em treinamentos, tecnologias e meios que permitissem aumentar o esclarecimento dos crimes. Tais escolhas foram cruciais para que as polícias continuassem “enxugando gelo”, com centenas de milhares de prisões em flagrante de pequenos criminosos, ao mesmo tempo em que se manteve o padrão violento de atuação policial, com altíssimas taxas de letalidade e também de vitimização policial, arbitrariedades, torturas, espancamentos e corrupção policial (Dias - Manso, 2018, p. 5).

Quando pensamos na resposta institucional aos delitos, remetemo-nos, via de regra, à forma como os delitos e eventos criminosos são investigados e processados nas instituições do sistema de justiça criminal (Paes - Ribeiro, 2014, p. 10). Sob esse ponto de vista, as instituições estatais de combate ao crime, especialmente a polícia, têm se mostrado pouco eficazes para enfrentar as questões, colocando em xeque o modelo liberal de organização policial.

A polícia não consegue aproximar-se dos problemas concretos que acometem a população cotidianamente, não é capaz de responder satisfatoriamente às demandas da sociedade, de enfrentar os desafios e produzir bons resultados num contexto de complexidade e insegurança crescentes (Poncioni, 2007, p. 24).

Ademais, se verifica um isolamento da organização policial, em um comportamento organizacional refratário ao controle externo, impossibilitando interferências externas nas re-

gras e procedimentos estipulados para o desenvolvimento do trabalho policial, acentuando a baixa efetividade nos resultados, por falta de suporte da comunidade (Poncioni, 2007, p. 24).

Além da organização do policiamento no país segundo os pressupostos tradicionais que não se adequam à configuração contemporânea da sociedade, da insuficiência dos mecanismos de *accountability* (10), as bases institucionais sobre as quais foi estabelecida a polícia no país contribuem para a sua ineficiência. O ciclo policial é repartido, ficando a Polícia Militar a cargo do policiamento ostensivo, e a Polícia Civil a cargo do policiamento investigativo, sendo sabido da rivalidade existente entre elas; existe um exacerbado corporativismo em ambas as polícias, de modo que os crimes praticados por policiais civis e militares são raramente punidos, embora muito denunciados pela população; a visão militarizada da polícia, um resquício da ditadura, que não conseguiu romper com as práticas violadoras de direitos humanos características do período ditatorial; o funcionamento de ambas as polícias é inercial, sem planejamento, sem controle gerencial e não voltado para a investigação técnica; os policiais são muito pouco valorizados, tanto econômica quanto socialmente (Cerqueira — Lobão - Carvalho, 2007, ps. 167-169). Assim, a polícia, ao invés de zelar pela paz social, acaba tornando-se, ela mesma, um grande problema de segurança pública.

Há uma série de problemas que se colocam acerca da organização policial, da sua insuficiente correspondência com os anseios sociais e das suas bases institucionais. As polícias brasileiras também se mostram ineficientes nas investigações das condutas tidas como criminosas, apresentando um ponto de estrangulamento que impossibilita o processamento e julgamento dos delitos, vez que a entrada de um crime no sistema de justiça criminal brasileiro se dá a partir do registro do crime por uma das agências policiais, seguindo-se a fase de instauração do inquérito policial para a investigação do delito, de responsabilidade da Polícia Civil.

---

(10) Termo que se refere à adequação entre o comportamento da instituição —no caso, a polícia— e os objetivos e expectativas da comunidade.

O Brasil apresenta hoje taxas baixíssimas de elucidação dos crimes de homicídios (11), mesmo nas capitais dos estados, onde, tradicionalmente, as polícias encontram-se mais bem preparadas e aparelhadas para a apuração dos delitos. Para Mingardi (2013, p. 44) “a maioria dos crimes não é investigada, e quando isso ocorre é porque ficou a cargo de uma das poucas unidades que ainda tem algum *know how* investigativo”. O volume de arquivamento de inquéritos é extremamente alto, principalmente em razão da impossibilidade de determinar, após a investigação, o autor do crime de homicídio. Praticamente todos os crimes que têm a autoria esclarecida são decorrentes de prisão em flagrante ou de crimes com grande repercussão nos meios de comunicação (Conselho Nacional do Ministério Público, 2012, p. 43; 22).

Não há dados disponíveis sobre as taxas de elucidação dos demais crimes, no entanto, se os crimes de homicídio têm altos volumes de arquivamento em razão da indeterminabilidade da autoria, pode-se supor que o quadro é ainda

mais lastimável quanto outros delitos, de menor gravidade e que deixam menos evidências materiais.

Mas o problema não se situa somente no âmbito policial. Nem todos os procedimentos policiais exitosos —ou seja, capaz de identificar, indiciar ou prender suspeitos— resultam em oferecimento de denúncia pelo Ministério Público (12).

O próprio relatório elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (2012) reconhece que não há uma identidade entre o número de denúncias e o de crimes esclarecidos, mas não se aprofunda no assunto. Estima-se que a proporção de denúncias oferecidas para os inquéritos de homicídio situe-se entre 5% e 8% (Conselho Nacional do Ministério Público, 2012, p. 43), e a responsabilidade por números tão irrisórios não pode ser atribuída exclusivamente às polícias.

Se o judiciário é um aparelho que pouco se preocupa em controlar ou avaliar os resultados de sua atividade, o mesmo ocorre com o Ministério Público, mais impenetrável a pesquisas externas e avaliações internas do que as próprias polícias —que têm recebido olhares atentos dos pesquisadores do campo das ciên-

---

(11) Não existem pesquisas sistematizadas sobre as taxas de elucidação dos homicídios a nível nacional ou estadual. No entanto, a partir de dados de pesquisas do fluxo de justiça criminal realizadas a nível local, tem-se um cenário lamentável. O estudo realizado por Misse e Vargas (2007) encontrou, na cidade do Rio de Janeiro, no período compreendido entre 1997 e 2001 uma taxa de elucidação de homicídios da ordem de 27% e, no estado do Rio de Janeiro, entre 1998 e 2002, uma taxa de elucidação de homicídios de 35%. O estudo realizado por Rifiotis (2006) na Região Metropolitana de Florianópolis entre 2000 e 2003 verificou que 36% dos homicídios dolosos registrados tiveram sua autoria conhecida. A pesquisa realizada por Cireno e Rattón (2008) no estado de Pernambuco verificou, nos anos de 2003 e 2004, que cerca de 34% dos homicídios registrados nas delegacias de polícia resultaram em inquéritos encaminhados ao Ministério Público. Luís Flávio Saporì (2007, p. 182), verificou que na cidade de Belo Horizonte, considerando o número de inquéritos iniciados e o número de inquéritos remetidos à Justiça pela delegacia de homicídios, verificou uma taxa de esclarecimento de 9% no ano de 2000, de 12% em 2001, de 33% em 2002, de 13% em 2003, de 7% em 2004 e 16% em 2005. Foge à regra o Distrito Federal, que no período compreendido entre 2003 e 2007 teve uma taxa de esclarecimento de homicídios de 69%, conforme demonstrado por Arthur Costa (2015). O índice de elucidação dos crimes de homicídio no Brasil é baixíssimo, enquanto este percentual é de 65% nos Estados Unidos, de 90% no Reino Unido, de 80% na França e de 45% na Argentina (Conselho Nacional Do Ministério Público, 2012, p. 22).

---

(12) Algumas das próprias pesquisas de fluxo criminal empreendidas no país, muitas das vezes, são condescendentes com o Ministério Público, ao considerarem como taxa de elucidação dos homicídios o percentual de ocorrências que se tornam processos judiciais (RIBEIRO, 2010; CANO, 2005; COELHO, 1986; CASTRO, 1996), supondo que o Ministério Público oferece as denúncias em todos os casos em que o inquérito policial é exitoso. A maior delas não se preocupa em estabelecer a diferença entre o número de inquéritos encaminhados ao Ministério Público e o número de denúncias oferecidas pelo Ministério Público. Exceção é o trabalho desenvolvido por Cireno e Rattón (2008) sobre o fluxo dos homicídios no Sistema de Justiça Criminal do Pernambuco demonstrando que, no período de 2003 e 2004, dos 722 inquéritos enviados ao Ministério Público pela Polícia Civil, 403 tiveram as denúncias oferecidas e 69 foram arquivados, ou seja, 34,6% dos inquéritos de homicídios encaminhados ao Ministério Público não resultaram nem em denúncia, nem em arquivamento, no período analisado. Tal situação pode se repetir em outras Unidades da Federação, e disso resultaria o Ministério Público como outro ponto de estrangulamento no fluxo do sistema de justiça criminal em relação aos homicídios, sobre o qual a instituição e a academia têm se omitido.



cias sociais, das agências de direitos humanos, e cuja atividade é externamente controlada pelo Ministério Público.

É de se destacar, também, a inércia do Ministério Público no controle das ações policiais, diante da alta taxa de letalidade existente nos confrontos contra civis. Conforme relatório do *Human Rights Watch* (2016, p. 62), eles detêm responsabilidade pela impunidade e, muitas das vezes, apresentam descaso em relação ao problema.

Além de titular da ação penal, o Ministério Público tem o dever constitucional de exercer o controle da atividade policial, uma dupla responsabilidade, portanto, no que diz respeito aos homicídios cometidos por policiais. No entanto, sua atuação é inercial. Conforme observado pelo *Human Rights Watch* (2016, ps. 67-71), mesmo em casos em que as provas periciais contradiziam fortemente as versões apresentadas pelos policiais sobre um confronto, os promotores não apresentaram denúncia contra os agressores, demoraram anos para fazê-lo ou mesmo solicitaram o arquivamento dos inquéritos, descrevendo a vítima como traficante de drogas e justificando um suposto confronto. Mesmo em casos de batalhões policiais que estão envolvidos em números desproporcionalmente elevados de incidentes letais, o Ministério Público não empreende uma análise mais minuciosa.

De outro lado, é necessário também destacar a morosidade do sistema de justiça criminal brasileiro, a discrepância tão grande entre o tempo previsto na legislação e o tempo efetivamente empregado para o processamento e julgamento dos delitos. Em pesquisa realizada em cinco capitais brasileiras, mensurando o tempo de duração de processos nos casos de homicídios, verificou-se que, desde a data do fato até o julgamento pelo Tribunal do Júri, a duração média é de 2269 dias (6,21 anos) em Belém, 3403 dias (9,32 anos) em Belo Horizonte, 3034 dias (8,31 anos) em Goiânia, 2058 dias em Porto Alegre (5,64 anos) e 2605 dias (7,13 anos) em Recife (Ribeiro - Couto, 2014, p. 27).

Como expõem Lima, Sinhoretto e Bueno (2015, p. 130), numa análise especificamente sobre os homicídios, mas que pode ser aplicada

aos demais delitos com vítimas determinadas, a criminalidade tem gerado enormes disjunções no funcionamento do sistema de justiça criminal e no sistema de segurança pública, sendo, muitas das vezes, relegados muito mais a um plano simbólico de sua gravidade do que em práticas efetivas para seu enfrentamento e prevenção.

Os dados do sistema penitenciário reforçam as evidências de baixa resolutividade dos crimes contra a vida. Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Moura, 2019, ps. 44-47), a população carcerária no Brasil, em junho de 2017, era de 726.354 pessoas. Dentre estas, somente 52.693 estavam cumprindo pena por homicídio (simples, qualificado ou culposo) e 12.746 por latrocínio, sendo que, no Brasil, tem-se um patamar consolidado na casa de 60.000 homicídios a cada ano. A grande maioria da população carcerária é composta por pessoas condenadas ou aguardando julgamento por roubo, tráfico de drogas e fruto no caso dos homens (com 31,88%, 29,26% e 14,15%, respectivamente) e tráfico de drogas e roubo no caso das mulheres (com 64,48% e 15,72%, respectivamente).

Os dados do sistema penitenciário também demonstram a seletividade das polícias e do Judiciário, com 64,6% da população carcerária nacional composta por pretos e pardos (Moura, 2019, p. 31-32), bem como a sua ineficiência, dado ao altíssimo índice de presos provisórios, que correspondem a 33,29% da população carcerária (sendo 43,57% de presos em regime fechado e 16,72% em regime semiaberto) (Moura, 2019, p. 14).

### **III. Propostas de atuação na segurança pública: é possível uma política de segurança mais eficiente e humanizada?**

É necessário compreender que existe a possibilidade de reduzir os índices de criminalidade violenta no país, bem como a criminalidade patrimonial, e que as políticas que visam prevenir a violência criminal não representam políticas estruturais, de longo prazo, voltadas às macroestruturas socioeconômicas do país. Pensar que a melhora dos índices de segurança depende, exclusivamente, de políticas estruturais de longo prazo leva a dois equívocos centrais:



primeiro, induz ao imobilismo e resulta no mito de que, ou se resolvem todos os problemas sociais do país, ou nada mais se pode fazer em relação à segurança pública e, em segundo lugar, nega possibilidades de soluções de curto prazo, levando a população à descrença, frustração e desespero, que acabam por impulsionar propostas autoritárias como “cercar as favelas”, “armar a população”, “trocar a segurança pública por soluções privadas”, estimula as práticas de “justiçamento”, apoia a brutalidade policial, realimentando o círculo perverso de violência (Soares, 2006, p. 94).

A experiência internacional e também em algumas localidades no país mostram que é possível combinar ações públicas de natureza preventiva, gerando resultados positivos, mesmo sem atuar sobre causas estruturais ou incidir sobre as macroestruturas.

Conforme expõe Luiz Eduardo Soares (2006, p. 95)

[...] há como agir de modo eficiente, em curto espaço de tempo e mobilizando poucos recursos, sobre as dinâmicas imediatamente geradoras daqueles fenômenos que desejamos evitar ou conter. A repressão não tem o monopólio da urgência e do pronto emprego, além de nem sempre ser eficiente. A prevenção pode ser ágil, rápida, barata e mais eficiente.

Embora não seja possível, dados os limites do presente trabalho, apontar todas as propostas de atuação para uma segurança pública mais eficiente e humanizada, acreditamos que alguns pontos são fulcrais e merecem ser mencionados.

Primeiramente, para combater a criminalidade, é necessário um sistema eficiente de informação e gestão da segurança pública. Precisa-se de dados transparentes e sistemáticos sobre as ocorrências criminais, para que se possa saber onde devem ser focalizadas as políticas, ao mesmo tempo em que também são necessários instrumentos de avaliação dos investimentos para estruturação do sistema. Somente com indicadores adequados é possível avaliar o desempenho das iniciativas realizadas e verificar se são compatíveis com os investimentos realizados (Instituto Sou da Paz, Fórum Brasileiro

de Segurança Pública, Instituto Igarapé, 2018, p. 6).

Acerca da atuação policial, não é possível pensar em uma política de segurança eficiente sem ações de repressão qualificada. Conforme apresentado pela Agenda formulada em parceria pelo Instituto Sou da Paz, Fórum Brasileiro de Segurança Pública e Instituto Igarapé (2018, p. 4), as reduções sustentáveis de crimes patrimoniais encontram-se associadas ao patrulhamento inteligente, que depende de qualidade de informação para orientar-se por manchas criminais, bem como ao fortalecimento das capacidades de análise criminal e alocação eficiente dos efetivos policiais. Apesar de serem centrais para o enfrentamento dos crimes patrimoniais e relativamente simples de serem implementados, a análise criminal e o patrulhamento por manchas criminais ainda são exceção nos Estados brasileiros.

Além disso, necessário considerar que o policiamento militarizado, focado em prisões em flagrante, quase sempre de pequenos traficantes de drogas e delinquentes patrimoniais, prejudica a priorização e esclarecimento dos crimes graves, bem como a investigação mais ampla, minuciosa e eficiente das organizações criminosas. Muitos crimes que dependem de investigação criminal para serem elucidados, ou que dependem de forte apoio da perícia, acabam impunes. Tal priorização de prisões em flagrante em detrimento da investigação e inteligência leva não só ao abarrotamento das delegacias de polícia, mas também do judiciário, resultando em morosidade dada a enorme quantidade de processos de drogas —quase sempre relativos a pequenas quantidades— em tramitação e, também, a superlotação do sistema carcerário, com enormes custos humanos e financeiros.

Para garantir efetividade e eficiência do trabalho policial, tanto em âmbito preventivo quanto em âmbito repressivo (reduzindo os índices de impunidade) é necessária uma mudança do eixo de atuação policial, para que seja mais qualificado, focado em inteligência e investigação. Isto depende de um salto de qualidade na formação policial, através da elaboração e disseminação de uma doutrina de investigação de mortes violentas intencionais, com a fixação de

protocolos comuns e ação entre as instituições do sistema de justiça criminal, bem como o alinhamento da formação policial com os planos nacionais de redução de crimes violentos e enfrentamento da criminalidade organizada, com base em evidências científicas e metodologias de gestão organizacional, e o fortalecimento da formação em análise criminal, voltado à produção e uso de dados para as tomadas de decisão (Instituto Sou da Paz, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Instituto Igarapé, 2018, p. 9).

Estas propostas nos levam, necessariamente, a uma reorientação na política de drogas brasileira, que, por conta de inúmeras pequenas ocorrências com pequenas quantidades (13) de entorpecentes, retira os policiais das ruas para lavrar ocorrências, abarrotta as delegacias de polícia civil, enche os gabinetes dos promotores e as varas criminais, tornando extremamente morosa a atividade do judiciário, e apresenta elevadíssimos custos humanos, com 156.749 pessoas presas por tráfico de drogas no ano de 2017 (14). Ao mesmo tempo, a política atual se mostra extremamente falha no combate das organizações criminosas ligadas ao tráfico de drogas, que se expandem e se consolidam em todo o território brasileiro, apesar da política de repressão às drogas (e também por consequência delas).

---

(13) “No Rio de Janeiro, em 50% das ocorrências em 2015, foram apreendidas até 10 gramas de maconha. Apenas 1% das operações em que houve apreensão de maconha no estado entre 2010 e 2016 foi responsável por 85% do volume apreendido desta droga ao longo do período. Foram, em sua maioria, ações com envolvimento de inteligência e planejamento. Pesquisa recente aponta que, no estado de São Paulo, em metade das ocorrências de tráfico de drogas registradas pela polícia, a quantidade de drogas envolvida era inferior a 40 gramas. Nos casos de tráfico de crack registrados, a quantidade era inferior a 10 gramas” (INSTITUTO SOU DA PAZ, FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, INSTITUTO IGARAPÉ, 2018, p. 14).

(14) “A maioria é réu primário, presos com pequenas quantidades de drogas e desarmada. É um perfil bastante parecido com o de usuários, porém a falta de parâmetros objetivos para orientar esta distinção levou-os a serem classificados como traficantes. Ainda que não tenham cometido crime violento, recebem pena de prisão e hoje somam cerca de 25% dos 726 mil presos no Brasil” (INSTITUTO SOU DA PAZ, FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, INSTITUTO IGARAPÉ, 2018, p. 14).

Tem-se, assim, que as políticas de segurança pública no Brasil, para que sejam eficazes, devem trabalhar de forma mais racional e racionalizada, com informação, formação policial, inteligência, investigação e foco na prevenção e repressão de crimes violentos.

#### IV. Referências

CANO, Ignácio - RIBEIRO, Eduardo, “Homicídios no Rio de Janeiro e no Brasil: dados, políticas públicas e perspectivas”, em CRUZ, Marcus Vinícius Gonçalves da - BATITUCCI, Eduardo Cerqueira (orgs.), *Homicídios no Brasil*, Ed. FGV, Rio de Janeiro, 2007, ps. 51-78.

CERQUEIRA, Daniel *et. al.*, “Atlas da violência 2019”, Ed. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Brasília-Rio de Janeiro-São Paulo, 2019.

CERQUEIRA, Daniel - LOBÃO, Waldir - CARVALHO, Alexandre, “O jogo dos sete mitos e a miséria da segurança pública no Brasil”, em CRUZ, Marcus Vinícius Gonçalves da - BATITUCCI, Eduardo Cerqueira (orgs.), *Homicídios no Brasil*, Ed. FGV, Rio de Janeiro, 2007, ps. 141-176.

CIRENO, Flávio - RATTON, José Luiz, “Homicídios no Fluxo do Sistema de Justiça Criminal em Pernambuco (2003-2004)”, Encontro Anual da Anpocs, 32, 2008, Caxambu. *Anais...*, Ed. Anpocs - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, Caxambu, 2008. ps. 1-28. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-32-encontro/gt-27/gt07-12/2334-flaviocireno-homicidios/file>. Acesso em: 10 ago. 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, “Diagnóstico da Investigação de Homicídios no Brasil: Relatório Nacional da Meta 2”, Ed. CNMP, Brasília, 2012. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf). Acesso em: 10 ago. 2017.

COSTA, Arthur Trindade M. A., “(In)efetividade da justiça criminal brasileira: uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal”, *Civitas*, v. 15, n. 1, Porto Alegre, jan.-mar. 2015, ps. 11-26. Disponível em: <http://>

revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/rt/captureCite/17088/pdf\_12. Acesso em: 10 ago. 2017.

DEPEN, “Relatório Sintético: Total Brasil, 2000”, Ed. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Brasília, 2000. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/populacaocarcerariasintetico2000.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.

DIAS, Camila Nunes - MANSO, Bruno Paes, “Tecendo redes criminais: as políticas de encarceramento e a nacionalização das facções prisionais”, em LIMA, Renato Sérgio de - BUENO, Samira (coord.), *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014 a 2017*, Edição Especial 2018: Mapa das Facções Prisionais no Brasil, Ed. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, São Paulo, 2018. p. 5-6.

GAVIÃO, Leandro - VALADAES, Alexandre, “Jair Bolsonaro: o candidato da (in)segurança pública”, *Le Monde Diplomatique Brasil*, v. 128. mar/2018, São Paulo. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/jair-bolsonaro-o-candidato-da-inseguranca-publica/>. Acesso em: 15 mar. 2018.

HUMAN RIGHTS WATCH, “O bom policial tem medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro”, Ed. Human Rights Watch, Washington, DC, 2016. Disponível em: [https://www.hrw.org/sites/default/files/report\\_pdf/brazil-0716portweb\\_5.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/brazil-0716portweb_5.pdf). Acesso em: 24 ago. 2017.

INSTITUTO SOU DA PAZ; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; INSTITUTO IGARAPÉ. “Agenda Segurança Pública é Solução”, Ed. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, São Paulo, 2018.

LIMA, Renato Sérgio de *et. al.*, “O novo Sistema Único de Segurança Pública: questões sobre financiamento da segurança pública”, Ed. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, São Paulo, 2019.

LIMA, Renato Sérgio de - BUENO, Samira (coord.), “Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017”, Ed. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, São Paulo, 2017.

— “Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018”, Ed. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, São Paulo, 2018.

LIMA, Renato Sérgio de - SINHORETTO, Jacqueline - BUENO, Samira, “A gestão da vida e da segurança pública no Brasil”, *Sociedade e Estado*, v. 30, n. 1, Brasília, abr./2015, ps. 123-144. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922015000100123&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922015000100123&lng=en&nrm=iso). Acesso em 12 jul. 2019.

MINGARDI, Guaracy, “Polícia Investigativa”, em MINGARDI, Guaracy (org.), *Violência e segurança pública*, Ed. Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2013.

MISSE, Michel - VARGAS, Joana Domingues, “O fluxo no processo de incriminação no Rio de Janeiro na década de 50 e no período 1997-2001: comparação e análise”, em Congresso Brasileiro de Sociologia, 13., 2007, Recife. *Anais...*, Ed. Universidade Federal do Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em: [http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=1353&Itemid=171](http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=1353&Itemid=171). Acesso em: 10 ago. 2017.

MOURA, Marcus Vinícius (org.), “Levantamento nacional de informações penitenciárias”, atualização junho de 2017, Ed. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, Brasília, 2019.

PAES, Vivian - RIBEIRO, Ludmila, “Produção acadêmica sobre práticas de segurança pública e justiça criminal: estudos empíricos sobre instituições, interesses, decisões e relações dos operadores com o público”, *Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 16, n. 3, 2014, ps. 9-33. Disponível em: <http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/414>. Acesso em: 22 abr. 2017.

PONCIONI, Paula, “Tendências e desafios na formação profissional do policial no Brasil”, *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 1, n. 1, São Paulo, ps. 22-31, 2007. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/3>. Acesso em: 22 jul. 2017.

RIBEIRO, Ludimila - COUTTO, Vinícius (org.), "Mensurando o tempo do processo de homicídio doloso em cinco capitais", Ed. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, Brasília, 2014.

RIFIOTIS, Theofilos, "Fluxo da justiça criminal em casos de homicídios dolosos na Região Metropolitana de Florianópolis entre os anos de 2000 e 2003", Ed. LEVIS, Florianópolis, 2006.

SAPORI, Luís Flávio, "Muitas dúvidas e algumas certezas", em LIMA, Renato Sérgio de - BUENO, Samira (coord.), *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015*, Ed. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/9o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica>. Acesso em: 1 out. 2015.

"Segurança Pública no Brasil: Desafios e Perspectivas", Ed. FGV, Rio de Janeiro, 2007.

SOARES, Luiz Eduardo, "Meu casaco de general", Ed. Cia. das Letras, São Paulo, 2000.

"Segurança pública: presente e futuro. Estudos avançados", v. 20, n. 56, ps. 91-106, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n56/28629>. Acesso em: 25 jan. 2017.

UNODC (United Nations Office on Drugs and Crimes), "Global Study on Homicide 2019. Homicide: extent, patterns, trends and criminal justice response", United Nations publication, Viena, 2019. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet2.pdf>. Acesso em 12 jul. 2019.

# Alternativa al encarcelamiento. Perspectiva de reinserción social. Cambio de paradigma y reconocimiento de las personas que deben cumplir pena o prisión preventiva desde el principio *pro homine*

---

POR SOLANGE J. CAPUYA

**Sumario: I. Introducción.— II. Conceptualización de prisión. Distintas perspectivas.— III. Conceptos normativos de prisión y algunas cuestiones judiciales.— IV. Conclusión.**

## I. Introducción

En el presente trabajo me propongo redefinir el concepto de “encierro” (o prisión o cárcel) ya sea que este se dé para cumplir una condena de encierro o prisión o una pena anticipada (me refiero a la prisión preventiva, entendida como la sujeción de una persona al proceso por la existencia de peligro de fuga o entorpecimiento de aquel).

En ese contexto, se debe recordar el concepto de cárcel desde la perspectiva del *panóptico* (1), su aplicación como remedio ante las teorías de la pena, como así también su significado social. Como bien lo explicó Foucault, los dispositivos instaurados por las instituciones de encierro punitivo serían la matriz de las mayores conquistas

---

(1) A fines del siglo XVIII, el filósofo Jeremy Bentham ideó un tipo de arquitectura carcelaria al que llamó “panóptico”. Se basaba en una torre central, donde residían los guardias, rodeada de celdas individuales, cuyo interior era visible desde la torre. Los guardias tenían total acceso visual a las celdas, pero los prisioneros no podían ver el interior de la torre. Bentham consideraba que la posibilidad de ser permanentemente vigilados desarrollaría autocontrol y disciplina en los presidiarios. Aunque nunca se construyó un panóptico en sentido estricto, Foucault encontró los vestigios de esta concepción en documentos del siglo XVIII. El concepto le serviría para pensar los dispositivos de vigilancia presentes en todo tipo de instituciones, de la escuela a la fábrica (ver FOUCAULT, Michael, “Vigilar y Castigar, Nacimiento de la prisión”, Ed. Siglo Veintiuno Editores Argentina SA, Buenos Aires, 2005, 1ª ed., 4ª reimp., ps. 199 y ss.).

del proyecto moderno. Solo cuerpos y mentes (en todo caso, subjetividades) altamente disciplinados podrían generar los elevados niveles de productividad, concentración, aceptación de las normativas y pensamiento metódico requeridos por las sociedades occidentales, tanto en sus versiones capitalistas como socialistas (2).

Pues, queda claro que ese paradigma se encuentra obsoleto frente a las diversas demandas sociales actuales. Pese a ello, “el encierro” continúa utilizándose no solo en los términos mencionados anteriormente (esto es, como el remedio para el castigo de los condenados, y para aquellos que se pretende que queden sujetos al proceso) sino también para “aliviar” de algún modo (y momentáneamente) a las víctimas del delito. Entonces, ¿por qué ese paradigma sigue en pie? Es aquí donde las relaciones de poder por conveniencias de quienes están a cargo de las instituciones penitenciarias y en particular de los funcionarios políticos de turno, no permiten el cambio de paradigma.

Sabemos que “el encierro” vulnera el principio fundamental *pro homine* (3) que debería primar

---

(2) Ob. cit. ver FOUCAULT, Michael, “Vigilar y Castigar”, “Nacimiento de la prisión”.

(3) El principio *pro homine* es definido como un criterio hermenéutico que contiene todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos

en estos casos. Que si bien se intenta, a través de la creación de medios electrónicos, dar respuesta como salida al “encierro” (como la pulsera electrónica), lo cierto es que deviene inútil tanto para la sujeción del reo al proceso como para el cumplimiento de la pena y para la reinserción del recluso a la sociedad. Sumándose las falencias intrínsecas a dichos instrumentos, como ser la vulnerabilidad del mismo en cuanto a su control y seguimiento de la persona que lo posee.

En este contexto, las restricciones que se impongan al ejercicio de los derechos humanos deben establecerse con arreglo a lo previsto en el art. 29.2 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, que dispone que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Desde esa perspectiva, debe rescatarse el espíritu del *nomen iuris* “cárcel” previsto en el

---

e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. Esta pauta se encuentra consagrada positivamente. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos”. Ver PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín (coord.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. CELS - Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997; GUTIÉRREZ, Roberto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”; sentencia C-148/05 de la Corte Constitucional de Colombia, “El principio *pro homine* y la validez de las normas penales”, *Diálogo jurisprudencial*, 2 [2007], ps. 165 y ss. (consulta de 23/02/2019, obtenible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/dialogo-jurisprudencial/article/view/6339/8277>).

art. 18 de la CN, y reconvertirlo de manera que permita una efectiva aplicación de los Tratados Internacionales en materia penitenciaria (4), y de derechos humanos, como así también la primacía del principio *pro homine* al momento del efectivo cumplimiento de la pena, y posterior reinserción del condenado y su adaptación a la sociedad a partir de la búsqueda de un servicio productivo de su parte dirigido al bien común.

Sin embargo, nos encontramos que las cárceles lejos de ser “sanas y limpias” (como prevé el art. 18 de la CN Argentina), concentran superpoblación de personas, que sumado a la invasión del espacio de privacidad del preso las convierten en antihigiénicas e inseguras muy fácilmente. Prueba de ello son los altos índices de mortalidad y morbilidad en las prisiones. Las muertes violentas se multiplican con frecuencia en relación con las que se registran en la vida libre, y no solo por heteroagresión sino también por autoagresión (suicidio). Un ejemplo de ello es el hecho ocurrido el día 26 de mayo del corriente año en el Complejo Penitenciario *Anisio Jobim* en Brasil que consistió en un enfrentamiento con reclusos que culminó con la muerte de 15 de ellos (5). Y unos días posteriores se registraron otras 40 muertes de reclusos en otros establecimientos penitenciarios del estado de Amazonas (6).

Frente a dichas circunstancias es necesario el cambio de paradigma de “encierro” o “cárcel” (como lo plantea incluso la propia Constitución

---

(4) Ver Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31/07/1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Consultado el día 23 de febrero del año 2019 en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>.

(5) El día 3 de agosto se consultó sitio web <https://www.infobae.com/america/america-latina/2019/05/26/unenfrentamiento-entre-presos-dejo-15-muertos-en-una-carcel-de-brasil/>.

(6) Se consultaron los sitios webs <https://www.infobae.com/america/america-latina/2019/07/29/sangriento-motin-en-brasil-murieron-52-presos-16-de-ellos-decapitados/> y <https://www.infobae.com/america/america-latina/2019/05/27/aumenta-la-violencia-en-las-carceles-de-brasil-al-menos-57-muertos-en-dos-dias/>.



Nacional Argentina) hacia otro tipo de propuesta penitenciaria que tenga su punto de partida en el principio *pro homine* y que permita la sujeción del imputado al proceso o del condenado al cumplimiento de la pena.

## II. Conceptualización de prisión. Distintas perspectivas

Para comprender la cuestión, efectúe una descripción de los conceptos de “prisión” que he seleccionado para el presente trabajo y que definen el paradigma actual. Conforme el *Diccionario* de la Real Academia Española, “prisión” es la “cárcel o sitio donde se encierra y asegura a los presos” (7).

Por su parte, para el autor David Garland (8) define a la prisión como parte del entramado de leyes, procedimientos, discursos, representaciones e instituciones que integran el ámbito penal, al cual él ha denominado “penalidad”, como un sinónimo más preciso de “castigo”. La cárcel es parte del castigo, considerado este como una institución social que ayuda a definir la naturaleza de nuestra sociedad, el tipo de relaciones que la componen y la clase de vida posible y deseable. En virtud de ello, la cárcel proporciona una manera de castigar al individuo, esto es de someterlo a un trato duro, infligiéndole dolor o haciéndole daño. La prisión es una forma de violencia sustituta y sutil, una manera de retribución suficientemente discreta y negable que promueve la aceptación cultural de la mayoría de la población, resultando compatible con las modernas sensibilidades y las restricciones convencionales frente a la violencia física manifiesta.

En una línea similar de ideas, el autor Louk Hulsman (9) menciona que las prisiones son parte de una forma específica de cooperación entre organizaciones como: la policía, las Cortes (en el más amplio sentido de la palabra, no

solo los jueces, sino también el procurador, el ministerio público, los abogados, etc.), las leyes, los departamentos de criminología en el mundo académico, el Ministerio de Justicia y el Parlamento. Conforman así, todas ellas, el derecho penal. Por lo tanto, esa forma específica de cooperación o de organización social y cultural a la cual él llama derecho penal, es la que construye la realidad de una manera específica; así, la prisión, como parte de esta construcción social y cultural, separa y aísla a individuos de su medio, de sus amigos, de su familia, del sustrato material de su mundo. Los separa también de las personas que se sienten víctimas de la acción que se les atribuye; colocándolos fuera de su medio, creándoles uno artificial, además de crear individuos ficticios y una interacción ficticia entre ellos.

La visión de ambos autores coincide en que la prisión es un segmento de la construcción social y cultural del *ius puniendi* del Estado. En ese sentido, la prisión define la naturaleza de nuestra sociedad, el tipo de relaciones que la componen y la clase de nivel de vida alcanzable. Además, fabrica a un grupo social identificado como la población interna, su medio y sus formas de interactuar entre sí. Todo ello, de manera artificial ya que esta invención se encuentra distante del mundo exterior. Por lo tanto, lejos de integrar a esas personas lo que se produce es no solo separarlas, sino que también alejarlas mientras se encuentran encerradas, y posteriormente estigmatizarlas cuando vuelven a intentar reintegrarse a la sociedad, si es que lo logran.

Por su parte, Erving Goffman (10) sostiene que las relaciones interpersonales que se dan

(7) Se consultó el día 19 de Julio del año 2019, el sitio web <https://dle.rae.es/srv/fetch?id=UCpprON>.

(8) GARLAND, David, “Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social”, Ed. Siglo XXI, México, 1999, ps. 33-38 y 326-328.

(9) HULSMAN, C. Louk, “El sistema de justicia penal y el futuro de las prisiones”, ponencia presentada en el encuentro internacional citado. México, 1993.

(10) GOFFMAN, Erving, “Internados”, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1992, 4ª reimp., ps. 17-20 La clasificación de por grupos es la siguiente: 1º Instituciones erigidas para cuidar de las personas que parecen ser a la vez incapaces e inofensivas. 2º para cuidar de aquellas personas que, incapaces de cuidarse por sí mismas, constituyen además una amenaza involuntaria para la comunidad. 3º instituciones deliberadamente destinadas al mejor cumplimiento de una tarea de carácter laboral, y que solo se justifican por estos fundamentos instrumentales (cuarteles) 4º concebidas como refugios del mundo, sirven con frecuencia también para la formación religiosa y 5º para proteger a la comunidad (la prisión).

en los establecimientos de reclusión, las describe como parte de uno de los cinco grupos en los que clasifica a las instituciones totales. Dicho grupo está integrado por: las cárceles, los presidios, los campos de trabajo y de concentración, todos ellos “organizados para proteger a la comunidad contra quienes constituyen intencionalmente un peligro para ella”. Que toda institución absorbe parte del tiempo y del interés de sus miembros y les proporciona, en cierta forma, un mundo propio. Pero en el caso de aquellas identificadas como totales, la tendencia absorbente se percibe en un grado mayor, haciendo uso de medios de todo tipo para obstruir la interacción social con el exterior. La institución total es un híbrido social, parte de ella es la comunidad residencial y otra es de organización formal que rompe las barreras que separan los ámbitos de la vida de un individuo, mediante el manejo de las múltiples necesidades humanas a través de la organización burocrática de grupos humanos indivisibles.

Esta visión contempla a la prisión como una de las instituciones totales en el análisis teórico-práctico que de ellas hace, brindándonos la descripción de las instituciones consideradas como absorbentes. A partir de ello, identifica aquellas características que son propias de los centros penitenciarios, tales como el proceso de mortificación del “yo” que sufre el individuo cuando ingresa y a lo largo de su estadía en alguno de estos centros, como así también las diversas formas de adaptación a las que tiene que recurrir para soportar su internamiento (11).

Por su parte, Michael Foucault señaló a la prisión como lugar de ejecución de la pena, que es a la vez lugar de observación de los individuos castigados. En dos sentidos: vigilancia naturalmente, y por otro el conocimiento de la conducta de cada detenido. Define a la prisión como: “la región más sombría en el aparato de justicia; es el lugar donde el poder de castigar, que ya no se atreve a actuar a rostro descubierto, organiza silenciosamente un campo de objetividad donde el castigo podrá funcionar en pleno día como terapéutica, e inscribirse la sentencia entre los

discursos del saber”(12). Este autor, afirmó que la prisión ha sido siempre un fracaso y, pese a sus defectos, subsiste por dos razones: la primera, que la prisión está “profundamente enraizada”, es decir, que la prisión se incluye entre los grandes sistemas disciplinarios que él considera peculiares de la sociedad moderna; y la segunda, porque ejerce “funciones precisas”: la prisión no descubre ni controla a los delincuentes, los fabrica en dos sentidos: uno, al crear las condiciones propicias para la reincidencia y en segundo término, al crear con sus sistemas la categoría de criminal-individual susceptible de estudio y control.

Otra visión crítica en torno a la cárcel es la de *Alessandro Baratta*, quien refirió que la cárcel representa la punta del *iceberg* que es el sistema penal burgués. A través de ella, se culmina un proceso de selección que comienza aún antes de la intervención del sistema penal con la discriminación social y escolar, con la intervención de los institutos de control de la desviación de los menores, de la asistencia social, etc. Produce un sector de marginación social, reclutándolo sobre todo en las zonas más desfavorecidas de la sociedad, particularmente cualificado por la intervención estigmatizante del sistema punitivo del Estado, y por la realización de aquellos procesos que, en el nivel de la interacción social y de la opinión pública, son activados por la pena y concurren a realizar su efecto marginador y atomizador. Además consolida las carreras criminales. Que la cárcel posee un carácter contradictorio ya que no es posible excluir e incluir al mismo tiempo y refleja a la sociedad, sobre todo en las características negativas. Las relaciones sociales y de poder que se producen al interior de la subcultura carcelaria son la ampliación, en forma menos mistificada y más “pura”, de las características típicas de la sociedad capitalista, basadas en el egoísmo y en la violencia ilegal en cuyo seno los individuos socialmente más débiles se ven constreñidos a funciones de sumisión y explotación. Para modificar lo anterior Baratta precisó que “antes de querer modificar a los excluidos es preciso mo-

---

(11) ENRÍQUEZ RUBIO, Herlinda, “El pluralismo Jurídico Intracarcelario”, Ed. Porrúa, México, 2008, ps. 29-37.

(12) FOUCAULT, Michel, “Vigilar y Castigar”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, julio 2005, 1ª ed., 4ª reimp., ps. 233-252.

dificar la sociedad excluyente, llegando así a la raíz del mecanismo de exclusión”(13).

Y por último, un criterio en torno a la función de la cárcel que merece nuestra atención, es el de *Durkheim*, quien explicó que “la prisión ha sobrevivido porque satisface el deseo popular —o judicial— de infligir castigo a los infractores y apartarlos de la vida social normal sin importa cuáles sean los costos o las consecuencias de largo plazo”(14).

### III. Conceptos normativos de prisión y algunas cuestiones judiciales

El concepto de prisión se encuentra reflejado en distintos documentos normativos, a modo de ejemplo mencionaré:

- *Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos emitidas por la Organización de las Naciones Unidas* en 1955 (15) establecen que la prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de la libertad. El fin y justificación de las penas y medidas privativas de la libertad son: proteger a la sociedad contra el crimen aprovechando el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado, no solamente quiera respetar la ley y proveer sus necesidades, sino que sea capaz de hacerlo.

- *El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* (16).

---

(13) BARATTA, Alessandro, “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, abril de 2004, 1ª reimp., ps. 173-198.

(14) DURKHEIM, Emile, “Dos Leyes de la Evolución Penal”, en *Revista Delito y Sociedad*, 13, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, (trad. M. Escayola) y en GARLAND, David, ob. cit., ps. 53-55.

(15) Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31/07/1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

(16) El Pacto fue adoptado por votación unánime por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966.

- *La Convención Americana sobre Derechos Humanos* (17).

- *Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (18).

Los últimos instrumentos mencionados expresan que: las penas privativas de la libertad tienen como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los penados.

En el ámbito nacional, la Constitución Nacional prevé en su art. 18 que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de los que aquella exija hará responsable al juez que la autorice”.

En esa dirección, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “deben garantizarse condiciones dignas de habitabilidad en las instituciones de control, de modo tal que no se adicione una pena o sufrimiento mayor a los internos que aquella dispuesta por orden judicial (preventiva o sentencia condenatoria) inherente a la privación de la libertad en sí misma, una pena ilegítima que lesione derechos fundamentales y conlleve la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional. El deber que pesa sobre el Estado de garantizar la seguridad de todos los ciudadanos frente a la delincuencia no debe servirse de formas desviadas del control penitenciario” (CS, Fallos: 318:2002).

Como así también, ha dicho que no se trata de evaluar qué política sería la más conveniente para la realización de ciertos derechos, sino de evitar las consecuencias que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución. “... Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Esta-

---

(17) La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José fue signada el 18 de noviembre de 1969 en San José Costa Rica.

(18) Adoptados por la Comisión IDH en su período ordinario de sesiones N° 131, celebrado el 3 al 14 de marzo de 2008.

do de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación...” (CS, Fallos: 328:1146, Considerandos 27, 28 y sus citas; CS, Fallos: 318:2002).

Desde el año 1953, los constituyentes acordaron la doble función de la cárcel como lugar de detención y de guarda de los presos hasta su juzgamiento, y como lugar en el que se hacía efectiva la pérdida de libertad impuesta por el Estado como sanción (19).

Las condiciones que se prevén para las cárceles se extienden a las comisarias en caso de que deban alojar en forma transitoria a los detenidos.

En ese sentido, se ha dicho que “[e]l problema carcelario en la República Argentina es grave y así permanece. En parte por el crecimiento de la población cumpliendo condena; también por los numerosos detenidos en aplicación de la prisión preventiva a la espera de la terminación de los procesos; o porque los políticos no suelen referirse a la cuestión en las campañas electorales, en el entendimiento de que el electorado no se interesa en la resolución del problema y que, proponiendo ese tema, no atraerían sufragios hacia sus postulaciones. Si esto último es verdad, siquiera en forma parcial, la sociedad debería considerar cuan contradictoria resulta esa actitud, por razones humanitarias y por razones de seguridad de ella misma. En un país federal como Argentina, la solución requiere de políticas públicas nacionales y locales que aseguren, a lo menos, la construcción de establecimientos adecuados para la detención y para el cumplimiento de las condenas y personal capacitado y bien remunerado para atender a las personas privadas de libertad. La visibilidad social del problema en su compleja totalidad resulta esencial a fin de que la autoridad pública asuma sus deberes” (20).

Con el objeto de ejemplificar lo expuesto he seleccionado dos fallos que permiten vislumbrar la cuestión.

Uno de ellos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS) denominado “Verbitsky” (328:1146) (21). En ese caso, la sociedad civil CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) interpuso un *habeas corpus* colectivo a favor de los detenidos alojados en establecimientos policiales superpoblados y en comisarías de la provincia de Buenos Aires a fin de que cesaran esas situaciones, ya que había menores de edad, enfermos, lo cual generaba una situación agravante para las personas alojadas y el personal del servicio penitenciario. También, la parte actora cuestionó la política criminal del Estado local “cuyas variables fundamentales” (22) (aumento de las prisiones preventivas y de condenas a prisión, sin utilizar las alternativas posibles al encarcelamiento) provocaron las condiciones indignas de detención y prisión.

En este fallo la CS ha dicho que “a diferencia de la evaluación de políticas, cuestiones claramente no judiciales, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política solo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución

---

(19) Cfr. LEVAGGI, Abelardo, “Análisis histórico de la cláusula sobre las cárceles de la Constitución”, La Ley, Suplemento Universidad del Salvador, Buenos Aires, 8 de octubre del año 2002.

(20) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2018, 5ª ed. ampliada y actualizada, t. I, arts. 1 al 43, p. 423.

---

(21) BASTERRA, Marcela I., “Procesos colectivo: la consagración jurisprudencial del hábeas corpus correctivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo ‘Verbitsky’”, Ed. La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 25/07/2005, p. 27.

(22) Ver consid. 10 de “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus” (CS, Fallos: 328:1146).

y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero solo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad”.

Que si bien el máximo tribunal no reconoció todo lo pretendido por la parte actora de la situación “genérica, colectiva y estructural”, resolvió: hacer lugar al *hábeas corpus* colectivo, declaró que las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas* —ley 24.660— constituían las pautas a las que debían adecuarse toda detención, dispuso que la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires en el plazo de 60 días, y a través de los jueces competentes, haga cesar la detención de menores y enfermos en comisarías, instruir a la Corte Suprema de la Provincia y a los jueces competentes a fin de que dispongan el cese de toda situación de agravamiento de las detenciones y de todo trato cruel e inhumano, ordenar al Poder Ejecutivo provincial que a través de la autoridad de ejecución de las detenciones informen acerca de las condiciones de detención de las personas alojadas en las instalaciones carcelarias con el objeto de que los jueces competentes ponderen en cada caso, la necesidad de mantener las detenciones preventivas o bien disponer medidas cautelares o formas de cumplimiento menos lesivas, dispuso que el Poder Ejecutivo Local informe a la Corte, cada sesenta días, acerca de las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos, exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires que ajusten la legislación procesal en materia de prisión preventiva y excarcelación, su legislación de ejecución penal y penitenciaria a los estándares constitucionales e internacionales y encomendó al Poder Ejecutivo provincial que convoque a una mesa de diálogo en la que deberán asistir el accionante, los amigos del tribunal que se presentaron, como así también a otros integrantes de la sociedad civil que examinen el problema carcelario e informen a la Corte Suprema cada 60 días los avances logrados por las propuestas en ejecución para resolver la cuestión (ver consids. 2º, 8º al 10, del 21 al 25, 31, 39 y 61 del voto de la mayoría integrada por los ministros Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti, Petracchi y Maqueda).

Otro fallo reciente de la Sala II de la CFed. Cas. Penal CN FSM 8237/14 “Procuración Penitenciaria de la Nación s/ recurso de casación”, reg. 351/19, del día 28 de junio del 2019. Los antecedentes de este caso en particular se retrotraen al mes de noviembre del año 2018 cuando la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación solicitó una medida cautelar de no innovar a fin de que se prohíba al Complejo Penitenciario Federal N° 2 de Marcos Paz la instalación de camas adicionales en las celdas individuales, la readecuación de espacios destinados a otra finalidad como lugares de alojamiento y que se retrotraiga la situación al estado anterior hasta tanto una sentencia judicial firme determine la capacidad real de alojamiento del Complejo. La Procuración Penitenciaria de la Nación adhirió a la presentación. Es así que el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Morón requirió a la Dirección Nacional del SPF que se produzca el informe previsto en el art. 4º de la ley 26.854, que confirmó la duplicación de camas y la instalación de internos en lugares que no fueron diagramados para ello. El juez resolvió que la medida cautelar solicitada no era procedente en razón de que no guardaba identidad con el objeto principal del *hábeas corpus*. Esa resolución fue apelada y confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín. El director Legal y Contencioso Penal de la Procuración Penitenciaria de la Nación y la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación interpusieron entonces recursos de casación.

Al respecto, la Sala II hizo lugar al recurso recogiendo la opinión del titular de la Fiscalía General de Casación N° 4, quien explicó en forma clara y precisa la observancia de los derechos y garantías de las personas privadas de su libertad. El fiscal De Luca entendió que la Cámara Federal de Casación Penal debía revocar la decisión recurrida y hacer lugar a la medida cautelar de no innovar solicitada por las partes hasta tanto se determine judicialmente la capacidad real de alojamiento del Establecimiento Penitenciario Federal II de Marcos Paz y sus condiciones mínimas de habitabilidad.

Puntualmente, opinó que la alteración del número de plazas mediante la incorporación de camas dobles en celdas individuales y la readecuación de espacios destinados a otras activida-



des contradicen el objeto principal del encierro carcelario. Por eso, expresó que la finalidad de la medida cautelar es necesaria para asegurar el objeto del proceso y para que cesen el agravamiento en las condiciones de detención que se derivan de las medidas adoptadas, la pérdida de derechos laborales, educativos, de esparcimiento y los potenciales riesgos para la vida e integridad física no solo de los internos, sino también del personal que presta funciones y de terceros.

De su dictamen surge que “[e]l asunto del debido cumplimiento al cupo máximo de internos a alojar en cada establecimiento no es un asunto meramente administrativo o de economía de los recursos existentes, sino una de las manifestaciones de la garantía del art. 18 CN. Tal como sostienen los recurrentes en sus impugnaciones, la alteración del número de plazas mediante la incorporación de camas dobles en celdas individuales y la readecuación de espacios destinados a otras actividades contradicen el objeto principal del encierro carcelario. La pretensión cautelar intentada deviene necesaria para asegurar el objeto del proceso y para que cesen el agravamiento en las condiciones de detención que se derivan de las medidas adoptadas, la pérdida de derechos laborales, educativos, de esparcimiento y los potenciales riesgos para la vida e integridad física no solo de los internos, sino también del personal que presta funciones y de terceros” (ver dictamen del Fiscal). En esa directriz, mencionó los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, adoptados por la Comisión IDH en su período ordinario de sesiones 131, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. Y puntualizó los Principios XII.1. Albergue, 2. Condiciones de higiene y el Principio XVII, que establece que “[l]a ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, esta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva. Verificado el alojamiento de personas por encima del número de plazas establecido en un establecimiento,

los Estados deberán investigar las razones que motivaron tal situación y deslindar las correspondientes responsabilidades individuales de los funcionarios que autorizaron tales medidas. Además, deberán adoptar medidas para la no repetición de tal situación. En ambos casos, la ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán participar en los correspondientes procedimientos”. En este sentido, “el Estado es garante de que estos objetivos se cumplan y los jueces y fiscales tienen el deber de controlarlo, si eso no sucede no será oponible a los internos ni a sus defensas. Es por ello que la Constitución Nacional prevé procedimientos para rectificar los escenarios en los que las condiciones mínimas de habitabilidad, seguridad, higiene, salubridad, etc. no sean satisfechas. Desde esta perspectiva, la decisión que se viene confirmando en las instancias anteriores resulta contraria a los compromisos asumidos por el Estado Nacional. En toda y cualquier circunstancia se impone la obligación de debida diligencia, un monitoreo continuo para evitar daños irreparables a personas bajo su jurisdicción y custodia. Así lo ha expresado la CorteIDH en el ‘Caso de las Penitenciarias de Mendoza’, medidas provisionales del 18/06/2005” (ver dictamen del Fiscal General).

En esa dirección, la sala II con votos de la mayoría de los jueces Alejandro Slokar y Ángela Ledesma se refirieron a las reglas “Nelson Mandela”, particularmente a la Regla 12 que estipula que “cuando los dormitorios sean celdas o cuartos individuales, cada uno de estos será ocupado por un solo recluso. Si por razones especiales, como el exceso temporal de población reclusa, resulta indispensable que la administración penitenciaria central haga excepciones a esta regla, se evitará alojar a dos reclusos en una celda o cuarto individual”.

El juez Slokar sostuvo que el encierro de personas por encima de la capacidad de un establecimiento penitenciario o en situación de habitabilidad por fuera de los estándares internacionales sobre la materia, “configura un agravamiento en las condiciones de detención incompatible con los derechos garantizados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos”.



Y concluyó que “el único modo de contener la situación denunciada resulta el establecimiento de un cupo, esto es, la determinación de la capacidad real y efectiva de la cárcel, conforme a los estándares pautados, de acuerdo con las pertinaces exigencias internacionales, de modo de limitar el número de ingresos a esa capacidad. Se trata de la exclusiva forma normativa de no degradar las condiciones de encarcelamiento y de evitar el consecuente efecto reproductor de criminalidad que compromete los derechos de todos los habitantes”.

En esta línea, la jueza Ledesma advirtió que frente a la emergencia reconocida por las autoridades del Estado respecto a las limitaciones de cupo y a su proyección de aumento para los años venideros, las siguientes medidas que se ordenen “podrían generar nuevos escenarios de agravamiento de las condiciones de detención, que también impliquen la limitación de los derechos de los internos. A ello cabe agregar los estándares regulados en el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (ley 26.827)”.

Con su voto en disidencia, el juez Guillermo Yacobucci explicó que las presentaciones interpuestas carecen de la fundamentación necesaria para demostrar su procedencia exigible según el art. 463 del Cód. Proc. Penal de la Nación. Consideró que los recurrentes no se hicieron cargo de rebatir específicamente los argumentos brindados por el juez de primera instancia, particularmente en lo que hace al carácter transitorio y excepcional de las medidas criticadas de modo de demostrar en qué consistiría el defecto de esa decisión. El camarista reconoció la situación crítica que padece la unidad penitenciaria y advirtió que “la medida de no innovar solicitada por los recurrentes ha perdido virtualidad, puesto que las circunstancias de hecho que se pretendían mantener en su *status quo* han sido modificadas por orden de las autoridades del Servicio Penitenciario Federal no solo en lo atinente a las condiciones edilicias sino que se ha avanzado mucho más, ya que se ha concretado el traslado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación para que dentro del ámbito de la emergencia penitenciaria extreme las medidas tendientes a respetar los cupos habilitados para el funcionamiento adecuado del Complejo Penitenciario II de Marcos Paz”.

De lo expuesto, se vislumbra que los establecimientos penitenciarios en los términos como se los conoce no brindarían una satisfacción al cumplimiento de pena en ningún sentido, ni al principio *pro homine*. Es por ello que debemos repensar el concepto “prisión”, lo cual exige un cambio de paradigma que incluso podría afectar el término constitucional.

#### IV. Conclusión

A partir de los conceptos brindados de “prisión” y habiendo ejemplificado con dos fallos puntuales la problemática que se suscita permiten concluir sin más, que este paradigma se encuentra en decadencia. Las prisiones como las conocemos hasta ahora no dejan de causar problemas de todo tipo, pese a la legislación que de algún modo pretende subsanarlas y hacer efectivo aquello que esta preestablecido a través de la interposición de diversos *habeas corpus* colectivos.

Cabe recordar que en términos de Foucault (23) la prisión ha sido siempre un fracaso y, pese a sus defectos, subsiste por dos razones: la primera, que la prisión está “profundamente enraizada” (pues hoy es difícil imaginarnos que las prisiones no existan) es decir, que la prisión se incluye entre los grandes sistemas disciplinarios de la sociedad moderna; y la segunda, porque ejerce “funciones precisas”: la prisión fabrica a los delincuentes al crear las condiciones propicias para la reincidencia y en segundo término, al crear con sus sistemas la categoría de criminal-individual susceptible de estudio y control.

En ese sentido, debemos preguntarnos: ¿a quiénes les interesa que el sistema penitenciario, en estos términos, continúe funcionando? Una mirada global permite darnos cuenta de que pese a cuestionar de forma incansable las políticas criminales y penitenciarias del Estado que vinculan por un lado al Poder Ejecutivo y al Judicial por otro —en cuanto a las alternativas al encarcelamiento preventivo como medio para resolver el conflicto social y la vulneración de derechos que provoca el delito—, las políticas referidas son de ilusoria aplicación, como

(23) Ob. cit. FOUCAULT, Michel, “Vigilar y Castigar”, ps. 233-252.

así también las ideas que se sostienen acerca de la finalidad y tipo de penas.

El Servicio Penitenciario pertenece a la órbita del Poder Ejecutivo. A partir de aquí, debemos reformular el foco de poder sobre la cual se centra el mismo. Es un desafío, romper aquella centralización de poder para lograr un real cambio de paradigma en el aspecto penitenciario. Y, dejarlo en manos del Poder Judicial que se encarga de juzgar y controlar la pena, pero que a su vez deberá recibir mayores recursos para que se ejecute la reforma real. Hoy en día nadie se imagina un país en el que no existan las cárceles. Es aquí donde planteo la incorporación de “subsociedades de adaptabilidad” controladas por el Poder Judicial. Se tratarían de lugares propicios donde se rescate o se haga un “resurgir”, a partir de cada individualidad y caso concreto, el potencial humano —a la luz del principio *pro homine*— (por ejemplo: enseñanza de oficios, con la asistencia psicofísica adecuada y posterior e inmediata salida laboral, ya sea en el ámbito privado —bajo relación de dependencia o autónomo—, o estatal, como así también de profesiones) para brindarle servicios a la sociedad. Todo ello, con activa participación —de carácter voluntario— de la víctima y/o familiares de esta. En ese sentido, las “subsociedades de adaptabilidad” serían aquellas constituidas por los reclusos en las cuales se brindaría todo tipo asistencia y acompañamiento terapéutico para la sujeción del reo al proceso o en el caso de la condena, su cumplimiento, con activa participación de los lazos familiares. También para que se proceda a su corrección, reflexión del comportamiento y reinserción a la sociedad a partir del desarrollo de sus capacidades proactivas (artísticas, laborales, profesionales, etc.) y una posible reconciliación no solo con la sociedad sino también con la víctima del delito.

En una misma directriz, el principio fundamental que se desprende de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (24), es el

---

(24) Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31/07/1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. En ese sentido, se consultó en el mes de

que establece que “[l]as reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera. 2) Por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso”.

En este sentido, es una cuestión de poder a quienes les conviene que los establecimientos penitenciarios sigan existiendo en los términos que hoy existen.

En la actualidad, tal como se muestra la cuestión penitenciaria y la forma de control por parte del Poder Ejecutivo trasciende los muros de los establecimientos penitenciarios, avasallando funciones que le son propias. “La sociedad actual del control muestra una especial estructura panóptica. En contraposición a los moradores aislados entre sí en el panóptico de Bentham, los moradores se conectan y se comunican intensamente entre sí. Lo que garantiza la transparencia no es la soledad mediante el aislamiento sino la hipercomunicación. La peculiaridad del panóptico digital esta sobre todo en que sus moradores mismos colaboran de manera activa en su construcción y en su conservación, en cuanto se exhiben ellos mismos y se desnudan [...] (25). Hoy, el globo entero se desarrolla en pos de formar un gran panóptico. No hay ningún afuera del panóptico. Este se hace total. Ningún muro separa el adentro y el afuera. Google y las redes sociales, que se presentan como espacios de la libertad, adoptan formas panópticas. Hoy contra lo que se supone normalmente, la vigilancia no se realiza como ataque a la libertad. Más bien cada uno se entrega voluntariamente a la mirada panóptica. A sabiendas, contribuimos al panóptico digital, en la medida en que nos desnudamos y exponemos. El morador del panóptico digital es víc-

---

marzo del año 2019 el sitio web <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>.

(25) BYUNG-CHUL, Han, “La sociedad de la transparencia”, traducido por Raúl Gabás, Ed. Herder, Argentina, 2018 1ª ed., 6ª imp., ps. 89, 94 y 95.

tima y actor a la vez. Ahí está la dialéctica de la libertad que se hace patente como control”(26).

No es casual la exageración de la aplicación de cámaras públicas en “aras de prevenir el delito” o “atrapar a quienes lo comenten”, para ingresarlo a los establecimientos, mientras al resto de la población también seguimos siendo controlada. Todos estamos adentro de este gran panóptico.

Dicho de otro modo, por un lado el control esta capitalizado y centrado en el Poder Eje-

---

(26) Ob. cit. BYUNG-CHUL, Han, “La sociedad de la transparencia”, ps. 94 y 95.

cutivo que contiene a los detenidos a través de los servicios penitenciarios y por otro a sus ciudadanos con diversos instrumentos, por ejemplo las cámaras de seguridad entre otros mecanismos. El Poder Ejecutivo se convirtió en el centro de control del gran panóptico. Pues la diferencia no deja de ser un muro... depende de nosotros correr el eje de poder de la cuestión, derribar el muro y tratar la cuestión con seriedad.

Por lo tanto, se desdibuja el concepto penitenciario que debemos derribar y plantear seriamente a quienes queremos controlar, y si queremos una sociedad unida en post de preservar los derechos humanos.

# La justicia restaurativa como alternativa al actual sistema de justicia penal

El enfoque de la víctima en el sistema penal peruano

---

POR ANDREA KAREN ZAMBRANO CARPIO <sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. Presentación.— II. La evolución hacia una venganza institucionalizada.— III. Tendencias sobre las teorías de la pena.— IV. Estado de la cuestión sobre la cárcel en el Perú.— V. El papel de la criminología crítica: ¿un acercamiento al abolicionismo penal?— VI. Justicia restaurativa.— VII. Consideraciones finales.**

## I. Presentación

Actualmente resulta inevitable mencionar a la prisión como la pena protagonista, que se manifiesta como respuesta estatal frente a aquellas conductas consideradas desviadas ubicables dentro de las legislaciones penales. Ya sea como pena efectiva, así como medida coercitiva durante un proceso penal, a pesar de las máximas de *ultima ratio*, se presenta ante nuestra sociedad como expresión más práctica (y, por supuesto, con mayor capacidad de aplicar el efecto placebo) para enfrentar las vulneraciones a bienes jurídicos merecedores de protección.

Durante los últimos tiempos, de la mano con el conocido expansionismo del derecho penal, también ha existido una carencia en cuanto a una visión crítica de las instituciones más básicas del derecho penal, ello hasta tal punto que tal como se manifiesta en las técnicas legislativas actuales, existe una tendencia no solo de criminalizar, sino de penalizar conductas que considera el legislador perjudiciales para la sociedad, ello sin mayor análisis más que el de basarse en el pedido de la ciudadanía de buscar “justicia”.

Mediante este escrito lo que se pretende es cuestionar la institución de la prisión a partir

del análisis de los efectos que genera este (costo-beneficio para la sociedad), así como también indagar si resulta factible —previamente cuestionando los fines de la pena que la dogmática ha recogido durante años en contraste con sus efectos prácticos— llegar al fin rehabilitador por medio de otros controles sociales. Relacionado a esto último, se destaca el modelo de justicia restaurativa como alternativa distinta, sus avances teóricos y en la praxis en la región, así como también su viabilidad en el futuro.

Se trata, por tanto, de mostrar una visión crítica a la actual justicia penal, y de la evolución del ideal de venganza que se manifiesta a través del control punitivo en nuestros tiempos.

## II. La evolución hacia una venganza institucionalizada

Resulta común en la actualidad observar por los medios de comunicación, un reclamo por parte de la sociedad dirigido al actual sistema punitivo estatal en busca de una “verdadera justicia”, una mediante la cual se vea satisfecho las expectativas de las víctimas y del colectivo en general. Sin embargo, esta visión en el marco de populismo penal, se ha visto redireccionada hacia un estado en el que criminalizar conductas, aumentar las penas de los tipos penales y sesgar la posibilidad de adquirir beneficios penitenciarios, entre otras manifestaciones que perpetran en el imputado (e incluso investigado) se ven traducidas en la gran buscada justicia.

<sup>(\*)</sup> Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y miembro principal del Taller de Dogmática Penal de la misma casa de estudios.

Esto no termina siendo algo más que la adaptación de una venganza que desde tiempos remotos se venía aplicando. En ese sentido, “si es verdad que el sentimiento de justicia tiene su raíces en el deseo de venganza, es también verdad que al mismo tiempo ese lo supera y lo sublima, en el cuadro de las más profundas instancias éticas del ser humano”(1).

Sin embargo, un país o una región que se enaltece por albergar este tipo de políticas que recurren a la manifestación más represiva de los derechos del condenado o procesado, tan solo refleja déficit a nivel estructural y cultural para aplicar otros mecanismos menos lesivos. Así, “una sociedad cuya moral se siente cómoda al enviar a miles de hombres y mujeres jóvenes aterrorizados a instituciones en que serán aprehendidos, violados, maltratados, despojados de su dignidad humana y privados de la libertad de expresión y circulación, tiene un compromiso dudoso con la noción de libertad”(2).

Mencionado ello, cabe ahora preguntarse cuál es ese punto núcleo que debe analizarse para cambiar esta situación. A nuestro punto de vista, es el de determinar cuáles son los fines que se busca con la imposición de una pena y si las teorías que se han venido desarrollando hasta nuestros tiempos encuentran algún reflejo con nuestra realidad. Esto último cabe resaltar, puesto que existe una interminable y antigua discusión teórica respecto a cuáles son los fines de la pena, así como para encontrar la esencia de esta institución.

Lo cierto es que la pena no puede tener una concepción que no albergue en su contenido el dolor y sufrimiento hacia la persona a la que va dirigida. Así, “la pena es una sanción afflictiva, una segunda violencia —institucionalizada y organizada— que se añade a la violencia del delito”(3). Ahora, preguntas referidas a la ma-

nera en que debe ser instrumentalizada (si es que se permite afirmar dicha premisa) y la dirección a la que debe ir dirigida son cuestiones que siempre han tenido un espacio en la agenda académica de muchas discusiones, las cuales pasaremos a desarrollar de manera sucinta.

### III. Tendencias sobre las teorías de la pena

Desde teorías absolutas o retribucionistas, hasta teorías relativas o consecuencialistas, así como las mixtas, han sido las más clásicas y recurrentes de exponer en las cátedras de derecho penal. A efectos de mencionar lo más característico de cada uno, cabe mencionar que la teoría absoluta o retribucionista, “tiene su origen en la venganza, institucionalizada pero venganza, aun cuando se le denomine justicia”(4); por supuesto, esta teoría se enfoca en la reacción, mas no en alguna finalidad buscada ya que (i) Kant (5) pregona a través de sus imperativos categóricos considerar al hombre como fin en sí mismo y nunca como un medio, y (ii) Hegel, a través de una explicación usando el método dialéctico, consideraba al delito como negación del derecho, y por lo tanto, a la pena como la “negación de la negación”(6).

En cuanto a teorías relativas se hace referencia, encontramos derivados de esta pues se tiene a las teorías de prevención general que se enfocan en mayor medida en la disuasión que la pena pueda causar a un determinado grupo en la sociedad, así como las de prevención especial que se dirigen hacia una determinada persona. Entre unas de sus manifestaciones tenemos las de incapacitación de los denominados sujetos peligrosos (negativa) o las de rehabilitación (positiva). Ahora bien, si se hiciera un recuento de cuál de estas teorías ha tenido mayor aceptación o mejor recepción, podríamos asegurar que es la última mencionada, esto ya

(1) MORSELLI, Elio, “Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena”, *Anuario de derecho penal y ciencias criminales*, t. 48, 1995, p. 271.

(2) BRAITHWAITE, John - PETTIT, Philip, “No solo su merecido: Por una justicia penal que vaya más allá del castigo”, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2015, p. 22.

(3) FERRAJOLI, Luigi, “La cárcel: una contradicción institucional”, en *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2018, p. 163.

(4) CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Prevención limitada vs. Neo-retribucionismo”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (coord.) y otros, *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Ed. D de F, Buenos Aires, 2017, p. 285.

(5) Véase KANT, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, Ed. Pedro M. Rosario Barbosa, San Juan, 2007.

(6) Véase más en HEGEL, W., “Principios de la filosofía del derecho”, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2004.

que nuestra Constitución Política (7) contiene en uno de sus artículos que los principios del régimen penitenciario son los de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; sin embargo a través de este trabajo cuestionaremos dicha afirmación, pues si bien la rehabilitación, o incluso las anteriores teorías, tuviesen un tinte democrático y garantista, no está de más mencionar que “las teorías bellas tienden a convertirse en prácticas feas” (8).

En ese sentido, con una propuesta muy llamativa aparece Paul H. Robinson, quien brinda un enfoque distinto a considerar para analizar los fines de tan discutida institución (de manera indirecta) para encontrar una correcta distribución una vez que esta ha sido establecida (9). Así, propone la instrumentalización de la investigación empírica acerca de los efectos de la pena, recopilando de esta manera las dificultades fácticas de considerar una clásica teoría de la pena. Así, por ejemplo, al momento de analizar el tan conocido fin rehabilitador de la pena, advierte que su efectividad dependerá de la predicción de la criminalidad futura del sujeto (10), y agrega que “nada en este mecanismo preventivo requiere que el delincuente potencial esté de acuerdo o apruebe los cambios que se le van a hacer” (11). Por lo tanto, se puede identificar ciertos problemas materiales sobre la búsqueda de la rehabilitación del sujeto, ello agregándole el clásico problema de la reincidencia y habitualidad. Ante ello, Robinson propone otro enfoque, el cual es el de considerar el merecimiento empírico como un principio distributivo caracterizado por centrarse en aquello que se percibe como justo. Por supuesto este autor desarrolla de manera mucho más profunda sus postulados, pero para efectos de

este trabajo queremos resaltar lo importante que resulta un análisis de las teorías de la pena sin desligarse de un estudio criminológico de un determinado grupo humano, y es que una teoría sin base en la realidad carece de utilidad.

En ese mismo sentido, Prado Saldarriaga menciona que “la difusión y desarrollo en el último siglo, de estas teorías, se ha consolidado a través de la reproducción continua, y con muy ligeras variantes, de un esquema tripartito que ha respondido, las más de las veces, en un refinado alineamiento con enfoques filosóficos manipulados y unidimensionales, que han carecido siempre de un sustento y validación empírico-sociológico” (12).

A efectos de aproximarnos a cómo es que la realidad peruana ha recepcionado a la pena de prisión en los últimos años, desarrollaremos en el siguiente acápite la situación actual penitenciaria y cómo es que las más aceptadas teorías de la pena han tenido o no éxito.

#### **IV. Estado de la cuestión sobre la cárcel en el Perú**

Los datos estadísticos que describiremos a continuación no hacen más que reafirmar las sospechas más evidentes respecto al estado de las cárceles en el Perú:

La población carcelaria intramuros va en un silencioso ascenso, ya que de la información extraída de los informes emitidos por el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) se evidencia que hasta el mes de mayo del año 2017 se tenía una cantidad de 84 317 internos, la cual hasta mayo del 2018 ha aumentado a 87 724 (13). Asimismo, dicha cantidad ha aumentado, hasta el mes de mayo del presente año (2019) a 93 828 internos (14).

En esa misma línea, según el INPE, “la población penal total asciende a 90.638 internos y la

---

(7) Art. 139 inc. 22 de la Constitución Política del Perú: “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

(8) CULLEN, F. T. - GILBERT, K. E., “Reaffirming Rehabilitation”, Ed. Anderson Publishing, Cincinnati, 1982, citado por BRAITHWAITE, John - PETTIT, Philip, ob., cit., p. 23.

(9) ROBINSON, Paul H., “Los principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 31.

(10) *Ibidem*, p. 40.

(11) *Ibidem*.

---

(12) PRADO SALDARRIAGA, Víctor R., “La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos”, Ed. Ideas Solución, Lima, 2018, p. 16.

(13) Informe Estadístico, Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2018, Ed. MINJUS, Lima, p. 5.

(14) Informe Estadístico, Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2019, Ed. MINJUS, Lima, p. 5.



capacidad de albergue es de 39.156, lo que significa una sobrepoblación de 51.482 personas, es decir, 131% mayor”(15), manifestándose esa deficiencia en hacinamiento penitenciario y escasos recursos para abastecer a los internos.

De los datos advertidos hasta ahora, podemos observar que resulta evidente los problemas que intramuros existen en el país, y no obstante ello, el presupuesto nacional que se destina para el mantenimiento de estos no es ínfimo: El presupuesto anual del INPE para el año 2019 asciende a S/. 820,5 millones (170,6 millones se destinará a infraestructura). Ello sin contar los gastos destinados al pago de los operadores de justicia, defensores públicos y gastos implícitos que se encuentran dentro de llevar a cabo un proceso penal (desde diligencias preliminares hasta juicio oral).

Frente a esto cabe preguntarse, ¿toda esta destinación de presupuesto estatal está siendo compensada con los fines y objetivos que se busca a través del mantenimiento del uso desmedido de las cárceles? Si el fin de régimen penitenciario es el de rehabilitar, lo ideal es que exista un mínimo porcentaje de personas que registren más de un ingreso al penal; sin embargo, podemos advertir lo siguiente:

Para el mes de abril del 2019, del total de internos que ingresan al penal, el 74.44% registran solo un ingreso, mientras que 25.56% restantes registran más de uno (16); así también, para el mes de mayo del 2019, del total, el 74.47% registran solo un ingreso, mientras que 25.53% registran más de uno (17), lo que demuestra que el número de reincidentes tiene una mínima variación, pero que en sustancia, se mantiene.

Estando así la situación actual, conviene cuestionarse si la cárcel en el Perú trae más beneficios que problemas. Lo cierto es que los costos son muy elevados a comparación de los resultados que se pretende conseguir, por lo que la propuesta de alguna alternativa de justicia a

(15) PEÑARANDA CASTAÑEDA, César, “Informe Económico. Cárcenes Peruanas: Hacinamiento y el alto costo económico”, Ed. La Cámara, Lima, febrero 2019.

(16) Informe Estadístico, Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2019, ob. cit., p. 58.

(17) *Ibidem*.

la que hasta hoy se implemente, resultaría considerable. Así, ante los problemas palpables del sistema carcelario (que no son actuales), es que la criminología crítica enfoca todas sus fuerzas son propuestas que analizaremos en adelante.

## V. El papel de la criminología crítica: ¿un acercamiento al abolicionismo penal?

De lo desarrollado hasta ahora, aceptamos que la criminología puede llegar a jugar un rol muy importante en la tarea de orientar los fines de la pena, esto a efectos de encontrar una que se adecúe a los parámetros de la realidad de una sociedad determinada. Pero la labor no termina allí, sino que esta perspectiva nos servirá de insumo para tomar una posición crítica respecto a la pena, en especial desde la criminología crítica, con su manifestación en la teoría del *labelling approach* o teoría del etiquetamiento. En ese sentido, tenemos que el “*labelling approach* se ha ocupado hasta hora, sobre todo, de las reacciones de las instancias oficiales del control social, consideradas en su función constitutiva respecto de la criminalidad. Desde este punto de vista se estudia el efecto estigmatizante de la acción de la policía, de los órganos de acusación pública y de los jueces”(18).

Lo cierto es que, si bien existen trabajos que desarrollan la idea citada en líneas precedentes más a fondo, y de esta manera también critican la situación carcelaria, los primeros esbozos datan de hace décadas; sin embargo, estas no son tomadas en cuenta por parte de la política estatal siquiera para enmendar los errores que devienen de un problema enraizado estructuralmente. Autores varios han señalado que la principal razón del mantenimiento de la institución de la prisión hasta la actualidad es causa de justamente la preservación de las desigualdades existentes en la sociedad.

Así, Garland menciona que “el encarcelamiento ha sido resucitado y reinventado porque es útil a una nueva función necesaria en la dinámica de las sociedades neoliberales tardomodernas: hallar un modo ‘civilizado’ y ‘constitucional’ de segregar a las poblaciones proble-

(18) BARATTA, Alessandro, “Criminología crítica y crítica del Derecho Penal”, Ed. Siglo Veintiuno Editores, México D.F., 2016, 11ª reimpresión, p. 84.

máticas creadas por las instancias económicas y social actuales”(19).

En ese mismo sentido, “resulta previsible, en tales contextos de desigualdad, que el aparato coercitivo termine poniéndose al servicio de los intereses y conveniencias de aquellos que se encuentran más beneficiados por esas desigualdades: así, la coerción comienza a trabajar a favor de la preservación y reproducción de las desigualdades existentes”(20).

Esta postura con fuerte sustento crítico podría producir como consecuencia la aceptación del grave problema que suscita mantener a la prisión como método de represión sobre los delincuentes y, por lo tanto, asumir como necesaria una política criminal direccionada al abolicionismo penal. Sobre la temática del abolicionismo, se puede extraer un conglomerado de ideas. Algunos de los autores a los que se debe recurrir para abordar la temática son: Thomas Mathiesen, Michael Foucault, Nils Christie y Louk Hulsman como los más representativos. Cada uno analiza la misma problemática desde distintas aristas, pero todos apuntando a cuestionar el sistema de justicia criminal y la apropiación del conflicto por parte del Estado.

Solo para exponer el pensamiento de uno de estos, Hulsman menciona que el sistema penal es, de facto, una máquina burocrática cuyas subculturas actúan por derecho propio tomando decisiones irresponsables, por lo que una teoría abolicionista proporciona un análisis crítico hacia dos puntos: El sistema penal como máquina burocrática y como mecanismo reduccionista de los problemas humanos (21).

Sin embargo, también es conocido que lo complejo de abordar el abolicionismo en la práctica es que es señalado de utópico y de solo exponer las falencias del sistema penal mas no proponer soluciones. En sí, una propuesta teó-

rica tan ambiciosa puede tener diversos cuestionamientos, pero consideramos que podemos extraer lo más sustancial para poder continuar con la búsqueda de sistemas alternativos a la represión estatal. Así, Achutti indica que “las consideraciones abolicionistas conducen a la necesidad de buscar una alternativa a esa estructura ineficaz— sin, con todo descuidar de las trampas que los diversos reformismos, bajo el mismo e idéntico argumento, llevan consigo”(22).

Es entonces que cabe hablar de una introspección a las críticas que trae el abolicionismo y trasladarlos a una distinta gestión de los conflictos, como lo es la que propone la justicia restaurativa, la cual se desarrollará en las siguientes líneas.

## VI. Justicia restaurativa

Ante los graves problemas que suscita la aplicación de la prisión en nuestra actualidad, aparece como salida alternativa, y con llamativos beneficios, la llamada justicia restaurativa, la cual “busca, ante todo, que se repare el daño social causado por el crimen —antes que ejecutar una venganza o imponer un castigo sobre el victimario—”(23).

En estos últimos años se han promovido investigaciones sobre este tipo de justicia alternativa, esto de cara a los graves problemas que devienen de la encarcelación del delincuente (por mencionar el más común, el hacinamiento en las cárceles); sin embargo, un punto importante a analizar es cuál el fundamento de este tipo de justicia, así como la manera de afrontar los cuestionamientos a este para indagar si resulta óptima su aplicación.

### VI.1. Problema: ¿un retroceso a la idea de venganza?

El principal fundamento de la justicia restaurativa, tal como se mencionó anteriormente, es

---

(19) GARLAND, David, “Control del delito y orden social”, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005, p. 322.

(20) GARGARELLA, Roberto, “Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal”, Ed. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, p. 11.

(21) HULSMAN, Louk - BERNAT DE CELIS, Jacqueline, “A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal”, *Revista Verve*, 8, 2005, ps. 248-250.

---

(22) ACHUTTI, Daniel, “Abolicionismo penal y justicia restaurativa: del idealismo al realismo político-criminal”, REDHS 13 año VII, enero-junio 2015. ISSN 1889-8068, ps. 67-68.

(23) BRAITHWAITE, John - PETTIT, Philip, ob., cit., p. 1.

el nuevo enfoque que se le otorga a la pena con relación a ya no en colocar toda la atención a la persona que infringió la norma penal, sino a aquella que se ha visto agravada: la víctima. Sin embargo, esta visión de la pena desde una diferente arista puede desencadenar varios cuestionamientos a su fundamentación, siendo la que se percibe con mayor facilidad la que se encuentra relacionada a su semejanza con otras teorías clásicas de la pena que buscan una retribución producto de la comisión de un mal, y, por lo tanto, hablar de una mera venganza disfrazada.

Así, Alicia Gil mencionaba que “la supuesta dominación del autor o humillación o sometimiento de la víctima no es sino una sensación subjetiva que experimentan algunas (ni siquiera la mayoría) de las víctimas, a la que no se puede convertir normativamente en realidad y mucho menos en el fundamento de la respuesta penal” (24).

Otro de los problemas que se advierten del enfoque redireccionado hacia la víctima es el de lo subjetivo que podría llegar a ser satisfacerla —entendiendo que cada persona tiene una concepción distinta de cómo es que puede ser resarcido—, así como la manera en que afronta el dolor luego de la infracción de la norma penal y, en consecuencia, la lesión a algún determinado bien jurídico.

En ese sentido, “aunque verdaderamente para algunos tipos de delitos y de culturas son frecuentes los sentimientos de humillación e impotencia, lo cierto es que los efectos del delito —y del proceso penal— son diferentes en cada víctima (...)” (25).

Frente a lo mencionado, y a efectos de poder abordar dichas problemáticas, la misma autora (26), en un trabajo que también tiene como eje el análisis de la víctima dentro de la búsqueda

de la esencia de la pena, concluye que la idea de venganza resulta consustancial al castigo que se impone a través de la pena estatal, más aún cuando hacemos referencia a la pena con relación a la víctima. Incluso desde esta perspectiva se puede llegar a afirmar que la venganza tiene efectos disuasorios, por lo que la labor de los operadores de justicia es el de controlar dichos deseos sin dejar de dar satisfacción a los intereses de la víctima.

Por otro lado, si bien la cuestión de lo subjetivo que puede ser resarcir a la víctima tiene algo de sustento, lo cierto es que el riesgo por intentar implementar este enfoque no traería más desaciertos de lo que ya viene arrastrando la implementación de penas drásticas enfocadas en el dolor que se le impone al que infringe la norma (véase el acápite III).

Conviene entonces dejar en claro que la justicia restaurativa como propuesta de sistema alternativo al tradicional (o complementario, a modo de que se vaya implementando gradualmente) trae consigo muchos insumos positivos como la humanización de las penas frente a la actual mecánica de imposición de estas, así como minorizar los gastos públicos destinados a la perpetuación de las medidas carcelarias actuales, re direccionando el presupuesto estatal en otras necesidades que requiere la sociedad.

Entendido ello, cabe ahora desarrollar cómo es que la justicia restaurativa se ha venido implementando en el Perú a través de las manifestaciones que se abordarán a continuación:

#### VI.2. Avances de la justicia restaurativa en el Perú

Podemos resaltar dos conocidos campos en los que se ha desarrollado la justicia restaurativa en el Perú, y estos son i) la justicia penal para adolescentes y (ii) aplicación de acuerdo reparatorio con participación activa de la víctima.

Sobre el primero, a través del dec. legislativo 1348 que contiene el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, se establece en el art. 4º del Título Preliminar lo siguiente:

“En la aplicación del presente Código, deben considerarse los siguientes enfoques:

(24) GIL GIL, Alicia, “Las teorías de la pena orientadas a la víctima”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (coord.) y otros, *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Ed. D de F, Buenos Aires, 2017, p. 329.

(25) GIL GIL, Alicia, “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *Indret* 4/2016, Barcelona, 2016, p. 20.

(26) *Ibidem*, ps. 30-31.

“4. Restaurativo.— Se debe promover durante el proceso, en medida de lo posible, la participación de la víctima para lograr su reparación adecuada, así como la aceptación de responsabilidad del adolescente por el daño causado, como forma para superar los efectos negativos de la infracción y prevenir la comisión de otras futuras”.

Si bien aún no logra implementarse dicha normativa, ya existe un proceso de capacitación a los operadores de justicia e incluso desde la academia para internalizar las directrices que trae consigo el nuevo proceso penal especializado, entre ellos la implementación de la justicia restaurativa con la finalidad que el adolescente infractor comprenda la gravedad del daño causado (¿y desde qué otra fuente que logre alguna repercusión en el delincuente que la propia víctima?). De esta manera, con miras hacia el futuro, se evita que el adolescente infractor (en especial aquellos que por primera vez cometen algún delito y, por lo tanto, no comprenden la gravedad de lo ocasionado, y el contexto en el que se encontraban no aportaba de manera favorable en su entendimiento) delinca.

Sobre el segundo, esto es, la aplicación de acuerdo reparatorio, debemos resaltar en primer lugar que este mecanismo de simplificación procesal y de medida alternativa, implica que dentro de las primeras fases del proceso penal, esto es, hasta antes de la acusación fiscal, y solo si en un determinado caso se sindicaron un catálogo cerrado de delitos, puede realizarse la negociación con la víctima del delito para compensar el daño causado (27). Esta, por supuesto, también es una manifestación de la justicia restaurativa siempre y cuando haya una participación activa de la víctima para arribar un acuer-

---

(27) Art. 2º inc. 6º del Cód. Proc. Penal Peruano: Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los arts. 122, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Cód. Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles. El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal.

do con el agresor; sin embargo, su aplicación no es tan recurrente en el marco de la reforma procesal penal con tinte garantista.

Así, se tiene que del total de casos ingresados en el periodo julio de 2006 a julio de 2015 (100%), se resolvieron mediante salida alternativa de acuerdo reparatorio el 1,28%, asimismo, del total de casos en el que se usó alguna salida alternativa, el 13,92% corresponde al acuerdo reparatorio (28), lo cual resulta siendo una cantidad ínfima.

Ante ello podemos mencionar que en pro de una continuación de una implementación progresiva de la justicia restaurativa enfocada en la víctima, debería fomentarse el uso del acuerdo reparatorio desde inicio de algún proceso penal, de manera específica, pero de manera general también debería hacerse lo mismo respecto a los restantes tipos de salidas alternativas, pues todas ellas coadyuvan a la evitación de procesos engorrosos que implican la predestinación del presupuesto estatal, y lo más importante, evitar que se llegue a la aplicación de penas o medidas aflictivas a la libertad humana.

Lo mencionado por Ferrajoli, citado por Sarre, contiene en sustancia algo muy cierto cuando sostiene que “no se puede esperar una gran eficacia en la disminución del crimen por parte del sistema de justicia penal en su conjunto. En cambio, como agrega el mismo autor, lo que sí se le puede exigir es efectividad en la prevención de la violencia reactiva ante el delito, ya sea proveniente de los agentes estatales o de las propias víctimas”(29). El cambio de la actual situación carcelaria y el mantenimiento o no del arrastre de las clásicas teorías de la pena se concentra, entonces, en las decisiones que se tomen no solo a nivel político desde las altas esferas de poder y, por tanto, de toma de decisiones, sino también desde los operadores de justicia y desde la academia pues en nuestras

---

(28) III INFORME ESTADÍSTICO NACIONAL (2006-2015), Reforma Procesal Penal Peruana (noviembre 2016) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ed. MINJUS, Lima, ps. 60-62.

(29) SARRE, Miguel - MANRIQUE, Gerardo, “Sistema de justicia de ejecución penal. Sujetos procesales en torno a la prisión en México”, Ed. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018, p. 207.

manos también queda el futuro que queremos para una pacífica convivencia en concordancia de la humanización de las sanciones penales.

### **VII. Consideraciones finales**

Frente al actual problema carcelario, políticas dirigidas a fomentar la justicia restaurativa y a darle un nuevo enfoque al proceso penal en la que la víctima no quede con un rol pasivo, propondría muchos cambios a futuro para mejorar. Si bien ya hay atisbos de su implementación, resulta necesario seguir profundizando de manera teórica y práctica sobre dicha temá-

tica, ello con el fin de resaltar la humanización de las penas y buscar de manera efectiva un resarcimiento al afectado por la comisión de un determinado ilícito. Ideas extraídas de la criminología crítica, así como del abolicionismo penal podrían reflejarse como insumos para colocarnos en una posición de no solo criticar, sino proponer opciones que vayan acorde con un Estado garantista de los derechos tanto de los procesados como de los condenados, es decir, toda la población intramuros que espera por parte de los operadores de justicia, así como de la academia, respuestas ante tan palpable problemática social.

# O sistema de justiça criminal “mano dura” e sua desatenção às vítimas: A justiça restaurativa como alternativa para a América Latina?

POR GUSTAVO DE CARVALHO MARIN <sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. Introdução.— II. América Latina e uma punitividade esculpida à “mano dura”.— III. Protagonistas coadjuvantes: por que a “mano dura” não faz justiça às vítimas.— IV. Reorientação a vítimas e os desafios da justiça restaurativa como alternativa latino-americana.— V. Conclusão.**

## I. Introdução

Expressivos índices de criminalidade; graves assimetrias sociais; instabilidades institucionais e heranças jurídicas autoritárias; dificuldade de pensar propostas de gerenciamento de conflitos calcadas em ideais de solidariedade e coesão social. A confluência de fatores como esses consiste numa realidade comum a diversos países da América Latina, informando apreensões coletivas acerca da delinquência e respostas sociais a ela conferidas. Contudo, apostando na elevada violência institucional e seu suposto potencial dissuasório e neutralizador, discursos e medidas securitárias “mano dura” não apenas vêm falhando em realizar os objetivos a que se propõem, como são causas de sistemáticas violações de direitos humanos. Resta espaço, todavia, para discussões sobre se esses sistemas contribuem à superação da indiferença que tradicionalmente se relega à *vítima* no sistema de justiça criminal; ou se, como se argumenta neste artigo, em verdade a reproduzem e agravam. O trabalho discute a hipótese de que tais linhas político-criminais, não obstante se lastreiem em discursos em tese alinhados aos direitos das vítimas, em verdade as negligencia e vulnera, abrindo espaço para o debate sobre outras estratégias de administração dos conflitos sociais mais atentos às pessoas afetadas pelo delito no contexto latino-americano. Valendo-se da revisão sistemática de literatura e da análise de evi-

dências coletadas por estudos e relatórios, o trabalho inicia-se pela discussão sobre o conteúdo material dessas orientações político-criminais e sua inserção em algumas particularidades sociais latino-americanas (1). Na sequência, discute-se o lugar das vítimas nas teses de recrudescimento punitivo, do pretenso protagonismo a elas atribuídas nos discursos político-criminais à realidade, diversa, de manipulação política e desatenção a suas necessidades mais concretas (2). Ao final, debate-se em que medida os mecanismos restaurativos, ao incluírem a vítima como figura central no gerenciamento dos conflitos, poderiam se apresentar como alternativa viável para a região (3).

## II. América Latina e uma punitividade esculpida à “mano dura”

No último quarto do século XX, reverberou nas mais distintas realidades sociais e jurídicas uma forma de discurso político cuja orientação se centra em um ideal de “tolerância zero” à criminalidade — mais especificamente, no sentido de que uma atitude especialmente punitiva com relação ao delito haveria de ser assumida pelos poderes públicos, em grau maior do que até então se praticava. A literatura criminológica, abordando principalmente as realidades de Estados Unidos e Europa dos anos 1970-1990, costuma situar o crescimento dessas racionalidades punitivas no contexto de uma descrença coletiva na capacidade de rendimento das instituições e programas do sistema de justiça, em especial para lidar com o problema de uma

<sup>(\*)</sup> Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Brasil. Especialista em Vitimologia pela Universidade de Sevilha, Espanha.



crescente criminalidade violenta. Como alvos centrais desse ceticismo, figuravam as iniciativas de reabilitação e reinserção social, moldadas com base em um Estado de bem-estar que já se encontrava, à época, em processo de debilitação. O vácuo deixado por esse descrédito teria adensado um caldo de cultura propício à circulação de narrativas mais punitivas, cujo reflexo foi a adoção de medidas securitárias e penitenciárias que, além de apostar em seus efeitos *dissuasórios*, reposicionavam ideais de *inocuidade* dos “perigosos”(1).

Também a América Latina experimentou um processo análogo de enrijecimento dos discursos e práticas acerca de temas como crime, segurança e punição. Todavia, isso ganha ares distintos na conjuntura local em decorrência de particularidades históricas e sociais. É difícil sustentar a existência nas Américas Central e do Sul dos anos 1980, por exemplo, de um regime de *welfare* nos mesmos moldes do paradigma comumente tomado como ponto de partida nas análises criminológicas mencionadas. No lugar de Estados sólidos e de um mercado de trabalho formal consolidado, a realidade aqui era — e em certa medida segue sendo — marcado por aparatos estatais instáveis, uma massa de trabalhadores na informalidade, estruturas de seguridade social desiguais e com oscilantes níveis de investimento governamental (2). Destarte, seria algo impreciso afirmar que, um dia, a América Latina tenha contado com uma real “política criminal de bem-estar”, cujo desmonte teria sido elemento propulsor de outras lógicas penais (3). Sem contar que também integram o cenário latino-americano desafios, enfrentados por diversos países da região, de expurgar

de suas ordens jurídicas do presente heranças de autoritarismo de governos militares (4), bem como reflexos que séculos de dominação escravista ainda lançam sobre a conformação de relações intersubjetivas e práticas punitivas (5).

Não que não tenha realmente havido uma incorporação por países latino-americanos das diretrizes neoliberais; ao contrário, ela não apenas se deu, como produziu repercussões político-criminais no sentido de uma acentuação da violência institucional pelos Estados locais (6), efeito de uma “melancolia da impotência” e possível contrapartida às políticas de desregulamentação e desinvestimento (7). O ponto é que, ao adentrar o específico ambiente latino-americano, essa política criminal foi agudizada e, ao mesmo tempo, parece ter se influenciado por distorções pré-existentes em nosso modo de sociabilidade e história política (8). Distorções que, talvez, conformem um modo específico de pensar e operacionalizar a repressividade, dificultando sua compreensão como mera reprodução de modelos hegemônicos exteriores (9).

(4) Cf. PEREIRA, Anthony W., “Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina”, trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2010, ps. 31-40; e TAVARES, Juarez, “A globalização e os problemas da segurança pública”, em HOLLENSTEINER, Stephen, *Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, ps. 53-78 (ps. 70-71).

(5) SAAD-DINIZ, Eduardo, “Tutela penal das liberdades pessoais: o tipo penal de redução a condição análoga à de escravo”, em SILVEIRA, Renato de Mello Jorge - NETTO, Alamiro Velludo Salvador - SOUZA, Luciano Anderson de (coords.), *Direito penal na pós-modernidade: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2015, ps. 159-170 (p. 162).

(6) TAVARES, Juarez, ob. cit.

(7) OLIVEIRA, Francisco de, “Memórias do despotismo”, *Estudos Avançados*, v. 14, n. 40, São Paulo, ps. 59-63, dez. 2000 (p. 62).

(8) ITURRALDE, Manuel, “Democracies without citizenship: crime and punishment in Latin America”, *New Criminal Law Review*, Oakland, v. 13, n. 2, 2010, ps. 309-332 (p. 330).

(9) Sinal de que as raízes punitivas na América Latina transcendem questões macroeconômicas globais é que mesmo governos em tese situados mais à esquerda do receituário neoliberal em seu estado bruto, que ascenderam ao poder na primeira década dos anos 2000 e tiveram alguns resultados em termos de redução de pobreza, não

(1) GARLAND, David, “The culture of control: crime and social order in contemporary society”, Ed. The University of Chicago Press, Chicago, 2001, ps. 61-63; WACQUANT, Loïc, “Prisons of poverty”, trad. Tarik Wareh, Ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 2009, p. 58.

(2) BARRIENTOS, Armando, “Latin America: towards a liberal-informal welfare regime”, em GOUGH, Ian *et al.*, *Insecurity and welfare regimes in Asia, Africa, and Latin America: social policy in development contexts*, Ed. Cambridge University Press, Nova York, 2004, ps. 121-168 (ps. 139-141).

(3) PASTANA, Débora, “Política e punição na América Latina: uma análise comparativa acerca da consolidação do Estado punitivo no Brasil e na Argentina”, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 2019, ps. 74-55.

Os estados crônicos de pobreza e desigualdade (10) e os elevados níveis de desconfiança *interpessoal* e *institucional* (11), veias ainda abertas da América Latina, não apenas prejudicam a administração da justiça, como degradam tramas de solidariedade que poderiam mitigar a força que políticas securitárias demasiadamente constritivas ainda possuem na região. Sobre tal relação circular entre crime, enrijecimento securitário e altos níveis de desconfiança político-social na América Latina, Danilo Martuccelli e Bernardo Sorj afirmam que “a insegurança e o medo dessensibilizam as classes médias e as afastam da situação em que se encontram os setores mais pobres, que passam a ser vistos com desconfiança” (12). Na conjuntura brasileira, Sérgio Adorno aponta serem “raras” as “manifestações de solidariedade entre classes sociais, entre ricos e pobres, entre cidadãos protegidos pelas leis e os excluídos”, sendo que esse cenário de graves diferenciações sociais acabaria por agravar desconfianças entre sujeitos e setores da sociedade (13). O atomismo social, ao adentrar o campo da segurança, cria um ambiente social ideal a uma maior tolerância a violações de direitos humanos, abrindo caminho para formas de resolução de conflitos pautadas na utilização contundente da força, rígidas fragmentações socioterritoriais, além da segregação ou “correção” dos considerados perigosos (14).

---

modificaram substancialmente a linha de recrudescimento punitivo até então percebida. Cf. ITURRALDE, Manuel, “Neoliberalism and its impact on Latin American crime control fields”, *Theoretical Criminology*, Los Angeles, 2018, ps. 1-20; e SOZZO, Máximo, “Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul: uma introdução”, trad. Ana Cláudia Cifali, em SOZZO, Máximo (org.), *Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul*, Ed. Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2017, ps. 7-26 (ps. 13-18).

(10) SAAD-DINIZ, Eduardo - SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, “Violencia y victimización como costos sociales de la pobreza y de la desigualdad en Latinoamérica”, *Revista de Victimologia*, 7, 2018, ps. 47-76.

(11) Dados a respeito são apresentados mais adiante, no item 3.

(12) MARTUCCELLI, Danilo - SORJ, Bernardo, “O desafio latino-americano: coesão social e democracia”, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2008, ps. 170-171.

(13) ADORNO, Sergio, “Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem”, *Tempo Social*, São Paulo, v. 11, n. 2, out. 1999, ps. 129-153 (ps. 135-136).

(14) DAMMERT, Lucía, “Seguridad ciudadana y cohesión social en América Latina”, Ed. Programa URB-AL III,

Esse recrudescimento político-criminal, cujas linhas gerais são percebidas em diversas experiências da América Latina, costuma ser regionalmente denominada como de tipo “mano dura”. Nesse sentido, o espectro político, jurídico e discursivo “mano dura” congregaria algumas características específicas, isolada ou cumulativamente: (i) atribuição do crime a causas predominantemente individuais e morais, desconsiderando ou diminuindo o peso que circunstâncias sociais têm como fatores que influenciam a ocorrência delitiva; (ii) a compreensão dos infratores ou grupos sociais marginalizados como moralmente desestruturados, inimigos que merecerem um enfrentamento especialmente rígido — reforçando, assim, propostas ancoradas na *violência institucional* e na *neutralização*; (iii) flexibilização de garantias processuais dos indivíduos submetidos à persecução penal; (iv) criação profusa de novos tipos penais, aqui se incluindo os *discretionary crimes* típicos das iniciativas “mano dura” da América Central, as quais possibilitavam a forças estatais a prisão de suspeitos baseada em evidências meramente subjetivas; (v) agravamento e diversificação das sanções, sem deixar de se privilegiar a prisão como reação primordial da ordem jurídico-penal e produzindo níveis alarmantes de um encarceramento seletivo; (vi) endurecimento das condições de execução de penas privativas de liberdade ou medidas cautelares encarceradoras; (vii) militarização das políticas securitárias, bem como dos aparatos e estratégias policiais, inclusive o uso de Forças Armadas em atividades de segurança pública; (viii) agravamento da violência da repressão à criminalidade “de rua”, enfocando mesmo crimes “menores” e delinquentes de mais baixo escalão; (ix) populismo que atribui menor relevância às contribuições científicas e tem no direito penal uma “tábua de salvação” de problemas sociais; (x) tolerância a violência policial, tortura e, em alguns casos, “vigilantismo” e mecanismos privados de justiça; (xi) maior aceitação de propostas de redução da maioria penal, compreendida como política genuína de segurança pública (15).

---

Barcelona, 2012, ps. 43-49.

(15) Nessa linha, veja-se conjuntamente: MUGGAH, Robert - GARZÓN, Juan Carlos - SUÁREZ, Manuela, “La ‘mano dura’: los costos de la represión y los beneficios de la prevención para los jóvenes en América Latina”,

Um sistema de justiça “mano dura” se pauta por essa racionalidade especialmente repressiva que, apesar de integrar um contexto mais global de conformação político-criminal, é marcadamente latino-americana, possuindo traços definidores dramaticamente locais. O termo “mano dura” alude a esse espectro punitivo difuso de discursos, *policies*, legislações e práticas estatais, que repercute sobre todo um sistema de justiça criminal — aqui, compreendido como o arcabouço institucional estatal responsável pelos diferentes estágios do controle social formal do problema delitivo: forças policiais, ou quem lhes fizer concretamente as vezes; órgãos de acusação e persecução penal; cortes de Justiça; e, também, o “sistema penitenciário”(16) — sem se excluir, aqui, órgãos de outros poderes que formulem políticas públicas administrativas ou legislativas *tough on crime*, dando suporte à atuação dessas instituições. Uma análise adequada sobre as deficiências institucionais e as potencialidades emancipatórias inscritas nos sistemas de justiça da América Latina deve considerar como estes são formados a partir dessas tradições políticas, disfunções de sociabilidade e déficits democráticos.

### III. Protagonistas coadjuvantes: por que a “mano dura” não faz justiça às vítimas

Sistemas de justiça criminal afeiçoados a vertentes “mano dura” têm se mostrado am-

---

Ed. Instituto Igarapé, Rio de Janeiro, 2018; ANTILLANO, Andrés - ÁVILA, Keymer, “¿La mano dura disminuye los homicidios? El caso de Venezuela”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, 116, Barcelona, set. 2017, ps. 77-100 (ps. 82-83); HOLLAND, Alisha C., “Right on crime? Conservative party politics and mano dura policies in El Salvador”, *Latin American Research Review*, Pittsburgh, 2013, v. 48, n. 1, ps. 44-67 (ps. 45-47); PNUD, “Informe regional de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina”, Nova York, 2013; DAMMERT, Lucía, ob. cit., passim; PASTANA, Débora, ob. cit., ps. 28, 53 et seq.; DAMMERT, Lucia - SALAZAR, Felipe, “¿Duros con el delito?: populismo e inseguridad en América Latina”, Ed. FLACSO-Chile, Santiago, 2009, ps. 28 et seq.; e TAVARES, Juarez, ob. cit., ps. 64 et seq.

(16) ADORNO, Sérgio, “Crise no sistema de justiça criminal”, *Ciência e Cultura*, v. 54, n. 1, São Paulo, set./jun. 2002, ps. 50-51. Embora os órgãos de defesa técnica também participem das dinâmicas do sistema de justiça, não serão considerados neste estudo por não exercerem funções predominantes de controle social formal.

plamente falhos, ante a constatação de uma acentuada seletividade penal e securitária; um estado de coisas que, ampla e perenemente, despersonaliza uma massa encarcerada cujo crescimento não dá sinais de cessar; paradoxalmente, taxas elevadas de impunidade de certas modalidades delitivas e violações de direitos humanos; práticas policiais de racionalidade militar e violência institucional, desafiando a verificação de direitos fundamentais; incapacidade das instituições de reduzir percepções subjetivas de insegurança, ou fazer frente ao crescimento da criminalidade violenta e agrupamentos criminosos organizados (17).

No entanto, há um aspecto desse cenário de crise que nem sempre é devidamente dimensionado nas análises: sistemas de justiça ancorados em ideais de recrudescimento punitivo são, também, fontes de sistemáticas denegações de reconhecimento às vítimas — ainda que, no plano discursivo, os “direitos das vítimas” constituam um de seus pilares de sustentação. Em verdade, conforme assentado por Mark Dirk Dubber, aqui se tem um paradoxo da “guerra contra o crime”: esta tem, ao mesmo tempo, *tudo e nada* a ver com as vítimas e seus direitos. “Tudo”, pois, na aparência, tais narrativas e políticas trabalham emocionalmente com a mais primordial das prerrogativas — e angústias — vitimais: o direito de não ser vítima e a perspectiva disforme de vê-lo desrespeitado. Por outro lado, iniciativas pautadas na ideia de combate têm “nada” a ver com as pessoas afetadas pelo delito; afinal, por baixo da superfície dessa orientação político-criminal, o que frequentemente se encontra é um uso autofágico e simbólico da violência punitiva, uma guerra promovida “pelo Estado para o Estado”, sem que se vislumbre uma real e concreta atenção às vítimas e suas necessidades (18).

Discursos de lei e ordem voltam-se às vítimas de crime como se estas e os movimentos de reafirmação de seus direitos se resumissem a demandas passionais por maior rigor penal e securitário. Em verdade, eventual desejo de re-

---

(17) Idem; PNUD, “Informe...”, ob. cit., ps. 13 et seq.

(18) DUBBER, Markus Dirk, “Victims in the war on crime: the use and abuse of victim’s rights”, Ed. NYU Press, Nova York, 2002, p. 13.

tribuição não necessariamente se faz presente na totalidade dos casos concretos, frequentemente diluindo-se em um mais amplo leque de demandas experimentadas pelos sujeitos afetados por uma experiência delitiva — dentre elas, necessidades *procedimentais* (e.g., participação processual, acesso à justiça, informação) ou *referentes a resultado* (por exemplo, compensação material, segurança física e psicológica, experimentar reações positivas da sociedade, sempre a depender do caso e das circunstâncias subjetivas dos *stakeholders*). Exigências de enrijecimento penal podem até fazer parte, em determinados casos, do grupo de exigências definidas como *referentes a resultados*; contudo, trata-se de apenas *uma* dentre várias outras expectativas, e que podem *ou não* integrar as demandas vitimais, podem *ou não* ser prioridade (19).

Da mesma forma, é cientificamente improcedente a perspectiva “mano dura” segundo a qual uma vulneração dos direitos do ofensor seria um meio idôneo a incrementar a posição da vítima na sociedade e no processo penal — o que, no contexto da América Latina, costuma ser trabalhado socialmente a partir de uma circunscrição da ideia de direitos humanos como algo exclusivo *do ofensor*, em geral incompatível com os direitos *da vítima* (20). Na realidade, promover o direito de *um* não viola o do *outro*, sendo equivocado entender essa relação como um “jogo de soma-zero”. É dizer, segundo a metáfora de Michael Tonry, como se o sistema de justiça consistisse em uma “torta de tamanho fixo”, em que atribuir “um pedaço maior às vítimas” conferiria automaticamente “um pedaço menor aos ofensores” e vice-versa (21).

Sistemas de justiça movidos pela obsessiva busca por responsabilização penal fazem com que perguntas-chave como “quem fez” e “o que fez” tenham procedência quase absoluta sobre

considerações de outra ordem e que também importam, especialmente às vítimas: os danos materiais e as perturbações psicológicas vivenciadas; o decréscimo de prestígio social experimentado pela vítima em decorrência da vitimização; a “cura das feridas” deixadas pelo crime; as possibilidades de minimização ou superação dos problemas comunitários que o crime projeta sobre o meio social (para o qual a vítima, quando não também o agressor, retornará ao final do processo). A centralidade quase exclusiva do debate sobre *responsabilidade/inocência* do acusado implica uma *escassa atenção às perturbações efetivamente experienciadas* pelos sujeitos envolvidos no conflito penal, inclusive vítimas (22).

Na realidade, a observação sociológica tem apontado ser esta uma prática comum dos sistemas de justiça: a expropriação do conflito de seus protagonistas, em decorrência do processo que Gunther Teubner chama de “juridificação”. Em vez de resolver as disputas, o formalismo típico do direito tende a despojar os conflitos humanos de sua esfera mais existencial, mutilando-os por meio de uma rígida abstração procedimental e marginalizando os atores envolvidos (23). No âmbito penal, a consequência da juridificação é a subtração do “conflito do âmbito da vítima e do autor; o processo, afirma-se, faz invisível esse conflito, despersonaliza a vítima, impede o seu encontro pessoal com o autor e converte-a numa ‘não pessoa’” (24). Se estas são críticas direcionadas à generalidade dos sistemas de justiça criminal tradicionais, tais preocupações se agudizam ainda mais quando a realidade institucional é permeada pelas características mais centrais da “mano dura”: acentuação da obsessão pelo castigo, pânico moral, instrumentalização da pena para fins

(19) PEMBERTON, Antony, “Victim movements: from diversified needs to varying criminal justice agendas”, *Acta Criminologica*, v. 22, n. 3, 2009, ps. 1-23.

(20) ADORNO, Sergio, “Insegurança versus direitos humanos...”, *ob. cit.*, p. 134.

(21) TONRY, Michael, “The costly consequences of populist posturing: ASBOs, victims, ‘rebalancing’ and diminution in support for civil liberties”, *Punishment & Society*, v. 12, n. 4, 2010, ps. 387-413 (p. 391).

(22) ZEHR, Howard, “Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo”, trad. Tônia Van Acker, Ed. Palas Athena, São Paulo, 2018, 3ª ed., ps. 69-87.

(23) TEUBNER, Gunther, “Juridification - concepts, aspects, limits, solutions”, trad. Paul Knight, em TEUBNER, Gunther (ed.), *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare Law*, Ed. de Gruyter, Berlim, 1987, ps. 3-48 (ps. 7-8).

(24) FERNANDES, Fernando Andrade, “O processo penal como instrumento de política criminal”, Ed. Almeida, Coimbra, 2001, p. 94.

de vingança social, encarceramento massivo e inocuidade — ideias na qual vítimas, concretamente consideradas no contexto de pobreza e assimetria social da América Latina, têm pouco ou nada que ver (25).

A obstinação punitiva nos discursos e práticas de lei e ordem pode inclusive, ela própria, constituir-se em fator de *vitimização secundária*, entendida como os sofrimentos da vítima em decorrência das dinâmicas e procedimentos adotados nas instâncias oficiais de controle social. Análises realizadas em outras realidades sociais, que não a latino-americana, já demonstraram que vítimas muito se preocupam com aquilo que entendem corresponder à *justiça* das decisões finais de seus processos. Essa justiça, todavia, *não* necessariamente passaria por um incremento da severidade de eventual pena aplicada. Em verdade, haveria cenários em que essa correlação sequer se faria presente, incidindo demandas vitimais no sentido de que o *resultado* decisório contemplasse elementos tais como compensação material ou simbólica, admissão de culpa e pedido de perdão por parte do ofensor, informações acerca dos porquês da vitimização etc. (26). Quando tais fatores são negligenciados pelo sistema de justiça criminal, *mesmo* em casos nos quais a severidade da pena aplicada é elevada, um dos resultados é justamente a *sobrevitimização*. Por trás dessa discutível correlação entre denegação de direitos do ofensor e um maior respeito às vítimas, perspectivas “linha dura” podem esconder uma realidade fundamentalmente oposta: a de sistemáticas desconsiderações político-institucionais de necessidades experimentadas pelas pessoas vitimadas.

Mais que desatenção a vítimas, propostas de lei e ordem podem ocultar também uma indisposição, ou mesmo inabilidade, da sociedade e seus poderes públicos em lidar com problemas mais amplos e perenes de suas formas de sociabilidade. Vanessa Barker destaca que o alinhamento discursivo de vítimas e seus movimentos

(25) SAAD-DINIZ, Eduardo - SALGADO, Amanda Bessonni Boudoux, “Violencia y victimización...”, ob. cit., p. 71.

(26) ORTH, Uli, “Secondary victimization of crime victims by criminal proceedings”, *Social Justice Research*, v. 15, n. 4, 2002, ps. 313-325 (p. 323).

ao recrudescimento penal, adotando atitudes punitivas mais “dogmáticas”, tende a surgir em contextos marcados por fatores como: pouco engajamento popular nos espaços públicos decisórios; predominância de meios *contenciosos* de resolução de conflitos; enfraquecimento dos laços sociais de reciprocidade; e uma polarização em torno de temas sensíveis guiada por lógicas de mero “sim/não”, “contra/favorável” (27). Ao radicalizar o enfrentamento como estratégia política, movimentos político-criminais recrudescentes estimulam o desentranhamento social que propicia, precisamente, atitudes punitivas — mesmo de vítimas — que lhe dão suporte simbólico (28). A sociologia parece já ter demonstrado consistentemente ser esta uma realidade também latino-americana; segundo Paul Chevigny, ao não modificar a conhecida realidade de instabilidades institucionais, a “mano dura”, longe de produzir uma efetiva e sistemática política de *law enforcement* e respeito a vítimas, mais assumiria as faces de uma “mão de brutalidade” que, em verdade, desvia o foco de assimetrias sociais ainda insuperadas (29).

No entanto, o ponto central aqui parece ser não apenas como “vítima” e “medo do crime” exsurgem como conceitos que, conjugados, mostram-se de elevado potencial manipulativo, em ambientes nos quais a linguagem da punição e segurança se converte em *medium* preferencial do poder político (30). Afinal, também essa questão já parece estar consistentemen-

(27) BARKER, Vanessa, “The politics of pain: a political institutionalist analysis of crime victims’ moral protests”, *Law & Society Review*, v. 41, n. 3, 2007, ps. 619-663 (ps. 622, 626-627, 635-643).

(28) Revisando fundamentos da pesquisa criminológica, Saad-Diniz reposiciona o debate sobre como uma obsessão pelo crime e punição desaglutina sociedades e opõe individualidades, obscurecendo a possibilidade de novas estratégias de controle social derivarem de ideias como coesão social e integração normativa. SAAD-DINIZ, Eduardo, “Vitimologia corporativa”, Ed. Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2019, p. 32.

(29) CHEVIGNY, Paul, “The populism of fear: politics of crime in the Americas”, *Punishment & Society*, Londres, v. 5, n. 1, 2003, ps. 77-96.

(30) SIMON, Jonathan, “Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear”, Ed. Oxford University Press, Nova York, 2007, ps. 76-77.



te demonstrada pela pesquisa criminológica, comprovando que os discursos de lei e ordem convertem a vítima em uma espécie de *personagem representativa* catalisadora de ansiedades coletivas (31), funcionalizada de modo a “impulsionar a legitimidade estatal, ganhar milhagem política e reforçar controle social”(32). Mais que isso, contudo, a combinação entre obsessão punitiva, de um lado, e vulneração das vítimas que se diz querer proteger, de outro, desperta as ciências criminais para a necessidade de uma redefinição mais profunda das próprias *justificações morais* que subjazem aos sistemas de justiça (33).

É preciso assumir a possibilidade de que uma tal forma de se correlacionar emoções coletivas não se limite a uma mera *técnica de governo*. Para além disso, talvez a “mano dura” e o paradigma de sistema de justiça dela derivado sejam os produtos mais desavergonhados de um modo específico de articulação de afetos sociais, característico de estruturas institucionais que, também por razões histórico-sociais, são acentuadamente individualistas e comunitariamente fraturadas. Esse modelo parece ser uma expressão escancarada do que podem chegar a ser sociedades nas quais os afetos dominantes são, de um lado, o *medo* do próximo (e não apenas do crime); e, na outra ponta, uma *esperança* de amparo que, todavia, nunca se realiza por completo. Um tal arcabouço institucional tem na promessa de asseguramento das integridades físicas e patrimoniais sua *ratio essendi* maior; o que, todavia, dá-se às custas de uma desintegração dos vínculos comunitários, pois se constrói a partir de uma constante angústia acerca da perspectiva de encontro com o “outro” — este, um potencial invasor, exterior a indivíduos que, enrincheirados, empenham-se na defesa de *sua* segurança contra o arbítrio que veem representado na atuação de seus pares (34). A falência da “mano dura” e o

descaso real dela com relação a vítimas torna necessário pensar instituições de justiça cujas engrenagens morais sejam formatadas a partir de fundamentos distinto do medo, mútua desconfiança e afirmações egoísticas de si (oposição absoluta do *meu direito a tudo aquilo que me é externo*).

#### IV. Reorientação a vítimas e os desafios da justiça restaurativa como alternativa latino-americana

Se sistemas de justiça de tipo “mano dura” denegam reconhecimento a vítimas por atribuí-las um falso protagonismo, ao passo em que simultaneamente as neutraliza, abstratiza e vulnera, eventual reorientação teórico-institucional haverá de envolver modelos diferenciados de pensar a administração dos conflitos e as instituições por ela encarregadas. No modelo institucional tradicional, o “outro” é esse alguém que indivíduos atomizados temem, por serem seus potenciais agressores; a “comunidade”, um conceito que à maioria é estranho, já que o que importa é a defesa individualizada daquilo que é “meu”; por fim, o “Estado”, especialmente em seu composto penal, assume as feições de um poder acentuadamente violento e carente de sentido, que reproduz o mesmo pânico moral e desintegração comunitária dos quais também se alimenta e depende. Se tudo isso se verifica concretamente nas dinâmicas sociais, minam-se as condições de solidariedade e reconhecimento interpessoal *nas e pelas* instituições — circunstâncias essenciais para o

pos político-institucionais que se legitimam na violência. SAFATLE, Vladimir, “O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo”, Ed. Autêntica, Belo Horizonte, 2018, 2ª ed., ps. 44-45. Mais que fundamentação filosófica, essa possibilidade encontra espaço para verificações concretas. Apesar de não dialogar com os mesmos marcos teóricos, confira-se, e.g., o estudo de Nicole Curato sobre as políticas populistas de gerenciamento público da criminalidade no governo de Rodrigo Duterte, nas Filipinas — a saber, uma estratégia dual entre uma política da ansiedade (que maneja e vocaliza receios e frustrações coletivas, catalisadas na questão criminal) e outra da esperança (que vende a possibilidade de um futuro diferente, alcançável mediante políticas securitárias recrudescentes que buscam construir identificação com tais setores sociais). CURATO, Nicole, “Politics of anxiety, politics of hope: penal populism and Duterte’s rise to power”, *Journal of Current Southeast Asian Affairs*, v. 35, n. 3, Hamburgo, 2016, ps. 91-109.

(31) GARLAND, David, ob. cit., ps. 47, 214-215.

(32) ELIAS, Robert, “The politics of victimization: victims, victimology, and human rights”, Ed. Oxford University Press, Nova York, 1986, p. 231.

(33) SAAD-DINIZ, Eduardo, “Vitimologia corporativa...”, ob. cit., p. 14.

(34) Aqui, são utilizadas teorizações de Vladimir Safatle sobre como circuitos afetivos baseados no binômio medo/esperança produzem desintegração social e cor-



desenvolvimento de estratégias de resolução de conflito mais atentas às necessidades dos atores envolvidos, em especial vítimas.

É nesse contexto, de busca por uma alternativa para o gerenciamento público da criminalidade na realidade latino-americana, que ganham força abordagens restaurativas. Na América Latina, iniciativas de orientação restaurativa multiplicaram-se nas últimas décadas (35), sendo possível identificar iniciativas estatais e da sociedade civil nos mais variados países da região (36). Após a virada do século, entre a implementação de tais práticas, a realização de congressos para troca de informações e experiências, iniciativas de institucionalização, bem como a divulgação de cartas-manifesto em defesa das ideias restaurativas, a verdade é que estas têm reverberado no contexto latino-americano com intensidade que não pode ser desprezada (37).

Não obstante se trate de um conceito permanentemente “aberto”(38), é relativamente aceita, como ponto de partida, a definição de justiça restaurativa proposta por Tony Marshall, como “um processo pelo qual as partes envolvidas em uma ofensa específica resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro”(39). Resumidamente, a justiça restaurativa se compreende como um modo de abordagem e resolução dos conflitos sociais, de forma a: (i) focar as cau-

sas da ofensa, os *danos* dela decorrentes e as *necessidades* dos atores envolvidos (empoderando *vítimas*, sem deixar de ter em conta *ofensor* e *comunidade*, firmando canais de exteriorização das sensibilidades afetadas e articulação destas em torno de uma solução comum); (ii) discutir as *obrigações* que resultam desse prognóstico (estimulando principalmente o *ofensor* a assumir suas responsabilidades para com a *vítima*; mas, também, implicando a *comunidade* nesse processo de *accountability*); (iii) utilizar processos pautados por valores de *inclusão* e *cooperação*, envolvendo todos os atores que possuem algum *interesse* no problema e sua resolução (*stakeholders*); (iv) restabelecer os sujeitos, “reparar os danos e corrigir os males, dentro do possível”(40).

No que concerne à posição da vítima, parte do relativo entusiasmo com que as ciências criminais têm recepcionado as ideias restaurativas se dá pela oportunidade de serem reconhecidos direitos de sujeitos tradicionalmente esquecidos pelos instrumentos tradicionais de administração dos conflitos (41). Mecanismos restaurativos estariam mais aptos, por exemplo, a “assegurar a liberdade como não-dominância”, equalizando assimetrias e viabilizando que vítimas tenham suas vozes respeitadas (42). Nesse sentido, poderiam também *empoderar vítimas*, proporcionando que vivenciassem uma sensação mais concreta de retomada do controle sobre suas vidas e o *aftermath* de seu sofrimento (43). Seus princípios inclusivos e seu *modus* operacional potencializariam, ainda, ganhos em “restauração emocional” e satisfação de necessidades materiais; afinal, os meios restaurativos admitiriam, como elementos centrais, a expressão dos dramas afetivos vivenciados pelas vítimas e suas opiniões acerca do que poderia ser feito para restaurar

(35) VAN NESS, Daniel W. - STRONG, Karen Heederks, “Restoring justice: an introduction to restorative justice”, Ed. Elsevier, Amsterdam, Ed. Anderson, Waltham, 2015, 5ª ed., ps. 33-38.

(36) PARKER, Lynette, “The use of restorative practices in Latin America”, *Paper - 3rd International Conference on Conferencing, Circles, and other Restorative Practices*, Minneapolis, 2002. Disponível em: restorativejustice.org. Acesso em: 23 jul. 2019.

(37) Com mais detalhes e exemplos, BOLÍVAR; Daniela - ROSENBLATT, Fernanda Fonseca, “Paving the way toward a ‘Latin’ restorative justice”, *Restorative Justice*, v. 3, n. 2, 2015, ps. 149-158 (p. 149).

(38) JOHNSTONE, Gerry - VAN NESS, Daniel W., “The meaning of restorative justice”, em JOHNSTONE, Gerry - VAN NESS, Daniel W. (eds.), *Handbook of restorative justice*, Ed. Willan, Cullompton, 2007, ps. 5-23 (p. 8).

(39) MARSHALL, Tony, “Restorative justice: an overview”, Ed. Home Office, Londres, Research Development and Statistics Directorate, 1999.

(40) ZEHR, Howard, “Trocando as lentes...”, ob. cit., ps. 239-240.

(41) SAAD-DINIZ, Eduardo, “Transforming the role of corporations in criminal proceedings: ideas on compliance and corporate victimization”, *Revue Internationale de Droit Penal*, v. 89, n. 1, 2019, ps. 73-86.

(42) BRAITHWAITE, John, “Setting standards for restorative justice”, *The British Journal of Criminology*, v. 42, n. 3, Oxford, 2002, ps. 563-577.

(43) ZEHR, Howard, “Justiça restaurativa”, trad. Tônia Van Acker, Ed. Palas Athena, São Paulo, 2015, p. 29.

a situação (44). Nesse sentido, a justiça restaurativa poderia reverter a tendência de “expropriação do conflito” e “neutralização moral” das relações sociais, decorrências “juridificação”, admitindo mecanismos de resolução mais receptivos a afetos e experiências circuladas na forma de *narrativas* — ampliando-se, assim, a atenção às vítimas no que concerne a suas visões sobre o ocorrido, necessidades do presente e perspectivas quanto ao futuro (45). Longe de otimismo ingênuo, a elevação da posição vitimal nos meios restaurativos é algo que, ao menos parcialmente, encontra algum amparo empírico (46).

Todavia, não é possível afirmar que a justiça restaurativa tenha se firmado como uma alternativa consolidada à perspectiva latino-americana “mano dura”, ou aos efeitos deletérios dela em termos humanitários e sociais. Ao contrário, as experiências ainda são tímidas, esparsas e pontuais, além de se depararem com *desafios* regionais — os quais, em vez de um desestímulo, talvez *reforcem a necessidade* de uma especial atenção das ciências criminais à abordagem restaurativa na gestão das conflitualidades locais. Muitas são as contradições internas do modelo restaurativo, que lançam dúvidas sobre a medida da capacidade deste de dar conta dos problemas a cuja resolução se propõe (47). Aqui, todavia, serão destacados brevemente

três desafios mais marcadamente latino-americanos. Não com pretensão de exaurimento, mas para, dialogando com estudos produzidos no “norte”, lançar algumas reflexões sobre a conveniência e viabilidade dos valores e práticas restaurativas desde o “sul global” (48).

O primeiro desses desafios consiste em definir *como* introduzir e fortalecer práticas restaurativas em contextos sociais marcados por alarmantes níveis de desconfiança social e política (49). Sobre isso, analisando dados do período 2005 a 2007, Cecilia Güemes demonstra que a média latino-americana de confiança entre pessoas no período foi de 12,7% — índice menor que as médias da África (17,4%), Europa (29,7%, sem países escandinavos), Ásia oriental (37%), EUA e colônias britânicas (44,8%), bem como países nórdicos (57,3%) (50). Tendência também percebida no Informe 2018 publicado pelo Latinobarómetro, em que a média de confiança *interpessoal* na América Latina foi mensurada em apenas 14%; no caso específico do Brasil, 4%. Nesse mesmo relatório, identificou-se que a região segue convivendo com índices elevados de desconfiança também *institucional*. Para se ater apenas a atores mais típicos dos sistemas de justiça criminal: a média dos latino-americanos que afirma confiar na polícia é de 35%; no Poder Judiciário, esse índice é de somente 24% (51). Condições sociais que,

(44) BOLÍVAR, Daniela - VANFRAECHEM, Inge, “Restorative justice and victims of crime”, em VANFRAECHEM, Inge - BOLÍVAR, Daniela - AERTSEN, Ivo, *Victims and restorative justice*, Ed. Routledge, Abingdon, 2015, ps. 48-75 (ps. 52-54).

(45) “[...] I suggest that transformative criminal proceedings should use narratives rather than descriptions, because narratives introduce the tragic value of real human lives into the decision-making process” SAAD-DINIZ, Eduardo, “Transforming the role...”, *ob. cit.*, ps. 73 et seq.

(46) Lawrence Sherman e Heather Strang, e.g., identificaram elevados índices de satisfação de vítimas com a experiência de sessões restaurativas na presença do ofensor; da mesma forma, tais índices superam os níveis de satisfação quando comparados aos de casos submetidos a um tratamento processual convencional. SHERMAN, Lawrence - STRANG, Heather, “Restorative justice: the evidence”, Ed. The Smith Institute, Londres, 2007.

(47) Cf. WALGRAVE, Lode, “Restorative justice is not a panacea against all social evils”, em AERTSEN, Ivo - PALI, Brunilda (eds.), *Critical restorative justice*, Ed. Hart, Oxford, 2017, ps. 95-110.

(48) BLAGG, Harry, “Doing restorative justice ‘otherwise’: decolonizing practices in the global south”, em AERTSEN, Ivo - PALI, Brunilda (eds.), *Critical restorative justice*, *ob. cit.*, ps. 61-78.

(49) BOLÍVAR; Daniela - ROSENBLATT, Fernanda Fonseca, “Paving the way...”, *ob. cit.*, p. 154.

(50) GÜEMES, Cecilia, «Trátame suavemente: confianza social en Latinoamérica. Argentina en la lupa», Ed. FLACSO, San José, 2016, p. 47. Números considerando respostas à pergunta “Confia nas pessoas em geral?”, levantadas por ocasião da World Value Survey nos anos mencionados.

(51) LATINOBARÓMETRO, “Informe 2018”, Santiago, 2018, ps. 47-48. Disponível em: [www.latinobarometro.org](http://www.latinobarometro.org). Acesso em: 27 jul. 2019. No que concerne à confiança interpessoal, o dado reflete o percentual de pessoas que responderam “pode-se confiar na maioria das pessoas” à pergunta “você diria que se pode confiar na maioria das pessoas, ou que nunca se é suficientemente cuidadoso no trato com os demais?” Já quanto à confiança institucional, o índice corresponde aos entrevistados que responderam ter “Muita confiança” ou “Alguma confiança” nas instituições mencionadas pelos pesquisadores.

como visto, estimulam atitudes punitivas ideais ao cultivo da perspectiva “mano dura”. Permanece aberta a questão de *se é como* o paradigma restaurativo pode mostrar-se convincente nessa conjuntura; ou seja, no sentido de pessoas se sentirem encorajadas a, em um ambiente de tamanha desconfiança e descrédito institucional, participar de procedimentos orientados por princípios como *escuta respeitosa* e *responsabilidade para com o outro* (52). Por outro lado, análises comparadas de experiências não latino-americanas e avaliações baseadas em evidências talvez possam verificar se valores e práticas restaurativas não podem, elas próprias, incrementar percepções sociais de legitimidade dos sistemas de justiça e auxiliar comunidades a se reencontrarem consigo mesmas (53).

Uma segunda adversidade para a justiça restaurativa na América Latina tem a ver com o que a literatura especializada já identificou como uma certa dificuldade dos mecanismos restaurativos em lidar com assimetrias sociais e de poder — especialmente, quando estas refletem questões mais estruturais e enraizadas em um determinado corpo social. Sobre isso, não obstante a “não-dominação” íntegra, simultaneamente, a principiologia e os escopos da justiça restaurativa, o que as evidências mostram é a potencialidade nociva de pressões para um encontro entre ofensor e vítima, quando o vínculo entre os atores se estabelece a partir de um desequilíbrio de poder (socialmente condicionado) entre os atores. Em tais situações, no lugar de compensação, restauração emocional e reconstrução dos laços sociais, o resultado pode ser revitimização e manipulação da vítima pelo ofensor (54). Determinantes são as discussões sobre a operacionalização da justiça restaurativa em cenários de desigualdades sociais profundas

— por exemplo, naquilo que Theo Gavrielides chamou de “paradoxo da justiça restaurativa”, tomando como objeto de análise a internalização de tensões raciais pelos mecanismos de restauração. Se o modelo foi, em larga medida, desenvolvido como reação às debilidades do sistema de justiça criminal tradicional, e se este último é caracterizado por uma seletividade de fundo inclusive racial (um *racial bias* institucional que atinge não apenas acusados cujos direitos são violados, mas sujeitos em constante luta social por seu reconhecimento como *vítimas*), o esperado era que as iniciativas restaurativas contemplassem esses grupos com os quais o instrumentos tradicionais historicamente falharam (55). Todavia, tomando-se o caso estadunidense como exemplo em virtude das evidências lá aferidas, constata-se uma tendência de que delitos mais frequentemente imputados a negros e latinos passem, não raro, ao largo de práticas restaurativas localmente implementadas. Daí mesmo Howard Zehr, um dos fundadores do pensamento restaurativo, alertar para a necessidade de seus práticos e pesquisadores se atentarem aos riscos de a justiça restaurativa “estar contribuindo ou replicando tais padrões”, bem como às possibilidades de ela “ser usada proativamente para tratar desse problema” (56).

Entretanto, apesar de um desafio em realidades de assimetrias estruturais e históricas, o modelo restaurativo talvez apresente, em comparação com o processo penal tradicional, canais de maior abertura para que sensibilidades culturais se manifestem e relações desiguais se explicitem (57) — possibilitando à vítima que se apresente não apenas como fonte de informação ao convencimento de um juiz, ou como ator processual interessado na punição; mas, antes, como sujeito moralmente relevante, cujas histórias e contextos relacionais importam tanto para detectar necessidades, como para compreender as raízes do conflito e suas

(52) BRAITHWAITE, John, “Setting standards...”, *ob. cit.*, ps. 567-570.

(53) BRAITHWAITE, John, “Building legitimacy through restorative justice”, em TYLER, Tom R., *Legitimacy and criminal justice: international perspectives*, Ed. Russell Sage Foundation, Nova York, 2007, ps. 146-162.

(54) Nessa linha, com referências a estudos e evidências, BOLÍVAR, Daniela - VANFRAECHEM, Inge, “Vítimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales”, *Universitas Psychologica*, v. 14, n. 4, Bogotá, out./dez. 2015, ps. 1437-1458 (ps. 1446-1447).

(55) GAVRIELIDES, Theo, “Bringing race relations into the restorative justice debate: alternative and personalized vision of ‘the Other’”, *Journal of Black Studies*, v. 45, n. 3, 2014, ps. 216-246 (ps. 217-220, 224-231).

(56) ZEHR, Howard, “Justiça restaurativa”, trad. Tônia Van Acker, Ed. Palas Athena, São Paulo, 2015, ps. 17-18.

(57) DALY, Kathleen, “Restorative justice in diverse and unequal societies”, *Law in Context*, v. 17, n. 1, 2000, ps. 167-190 (ps. 173-174, 183-184).

possibilidades de superação. Se, por um lado, é difícil sustentar uma aptidão da justiça restaurativa de efetivamente modificar as causas sociais estruturantes da criminalidade, talvez, por outro, os valores restaurativos tenham ao menos algum potencial para: (i) construir e incrementar sentidos de comunidade e pertencimento; (ii) pensar maneiras de administrar conflitos menos calcadas em rótulos e estigmas (ao mesmo tempo, causas e consequências de tensões sociais); (iii) fornecer respostas cuja mensagem moral veiculada compreenda o reconhecimento do outro e uma assunção recíproca de responsabilidades interpessoais (58). Questões essenciais para modelos mais socialmente sensíveis e emocionalmente inteligentes (59) de lidar com o problema criminal no desigual cenário latino-americano.

O terceiro e último ponto se relaciona diretamente com a força política que a perspectiva “mano dura” segue tendo na conformação de práticas dos sistemas de justiça criminal latino-americanos. O desafio imposto às ciências criminais é identificar se a expansividade dos discursos *tough on crime*, ainda presentes na região, não fará com que as lógicas punitivas tradicionais cooptem mecanismos restaurativos — é dizer, de modo a despojar práticas restaurativas de seus princípios basilares, inserindo-as “como ornamentos de um sistema que, em essência, mantém-se inalterado” (60). Nesse sentido, Pedro Scuro destaca o perigo de, na América Latina, a justiça restaurativa ser concebida como o “lado *soft*” de um sistema de justiça tradicional ainda predominantemente punitivo e autorreferente, sem que efetivamente sejam discutidas suas bases e limites de legitimação (61). Isso é particularmente preocu-

pante em ambientes como o latino-americano, nos quais o paradigma restaurativo é recorrentemente defendido *menos* como uma busca genuína por alternativas à “mano dura” e seus efeitos deletérios, e *mais* por razões pragmáticas relacionadas a necessidades institucionais de, e.g., definir estratégias diversificadoras que reduzam a sobrecarga de processos judiciais (62). Duas seriam as consequências possíveis desse acoplamento. Primeiramente, as iniciativas restaurativas poderiam sofrer descrédito público; afinal, jamais produziriam respostas suficientemente compatíveis com aquelas expectativas, jamais alteradas, de elevada rigidez punitiva. O segundo ponto é que, se a justiça restaurativa for mesmo concebida como mera suavização do sistema punitivo, suas práticas tendem a ser direcionadas apenas a casos que despertassem menor preocupação social, de modo a diminuir o potencial que o paradigma restaurativo pode ter de alterar mais efetivamente a realidade da latino-americana (63). Talvez o caminho mais promissor às ciências criminais passe por enfrentar o desafio de, por um lado, identificar o potencial transformador da justiça restaurativa e verificar as condições concretas de seu exercício contextual; mas, por outro, evitando que esse mesmo potencial seja diminuído pela circunscrição da discussão a uma questão de substituição absoluta entre modelos (64).

## V. Conclusão

Pesquisa já foram desenvolvidas para identificar as circunstâncias e estruturas em que a “mano dura” surge como paradigma punitivo latino-americano. Mais que uma questão de crítica teórica aos fundamentos dessa orientação político-criminal, o modelo *tough on crime* mostra-se empiricamente de escassa efetividade em termos de prevenção criminal,

*Handbook of restorative justice*, Ed. Willan, Cullompton, 2007, ps. 500-510 (ps. 501 e 503).

(62) ACHUTTI, Daniel, “Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2016, 2ª ed., p. 42.

(63) BOLÍVAR, Daniela - ROSENBLATT, Fernanda Fonseca, “Paving the way...”, ob. cit., p. 153.

(64) Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo, “Transforming the role...”, ob. cit., ps. 82-85.

(58) FELLEGI, Borbála - HÉRA, Gábor - BENEDEK, Gabriela, “To talk or not to talk? The limits and potentials of restorative justice addressing social inequalities”, em AERTSEN, Ivo - PALI, Brunilda (eds.), *Critical restorative justice*, Ed. Hart, Oxford, 2017, ps. 193-210 (ps. 204-207).

(59) SAAD-DINIZ, Eduardo, “Transforming the role...”, ob. cit.

(60) WALGRAVE, Lode, “Restorative justice is not a panacea against all social evils”, em AERTSEN, Ivo - PALI, Brunilda (eds.), *Critical restorative justice*, ob. cit., ps. 95-110 (p. 98).

(61) SCURO, Pedro, “Regional reviews: Latin America”, em JOHNSTONE, Gerry - VAN NESS, Daniel W. (eds.),

além de acentuar uma violência institucional assimétrica que produz seletividade punitiva e vulnera direitos humanos. Entretanto, o trabalho demonstrou que o recrudescimento punitivo também negligencia atores em nome dos quais diz atuar e afirma querer proteger: as vítimas.

Embora comumente presentes nas narrativas pró-exasperação securitária, a verdade é que nelas aparecem como abstratizadas *personagens representativas* que catalisam angústias e ansiedades coletivas, estimulando-se percepções equivocadas de que as necessidades das pessoas afetadas pelo delito são contempladas pela severa punição *per se* dos ofensores. A verdade é que resta pouco espaço para uma atenção às necessidades *concretas* de vítimas *reais*, quando os sistemas de justiça têm seus recursos materiais e simbólicos quase integralmente consumidos por uma “guerra contra o crime” interminável e difusa — pior: uma estratégia movida por obsessão pelo castigo e, portanto, profundamente orientada ao ofensor. A partir do desafio de realização de uma revisão das próprias justificações morais do sistema de justiça criminal, o trabalho argumenta que essa manipulação das emoções coletivas é mais que uma técnica de governo. Mais que isso, é possível que a “mano dura” seja uma manifestação desinibida de um modo particular de articulação dos afetos sociais, definidor de instituições que apostam suas legitimidades no poder de modelação social que tem a combinação entre os sentimentos de *medo do outro* e, na outra ponta, a *esperança de proteção*. O preço dessa forma de exercer o poder punitivo, dependente de um clima de desconfiança mútua e pânico moral, é a obstaculização à construção de tramas sólidas e institucionalizadas de solidariedade e coesão — justamente, circunstâncias mais

propícias à consolidação de mecanismos de administração dos conflitos calcados em ideais de reconhecimento do outro, reconstrução dos vínculos sociais e acomodação das necessidades (materiais e emocionais) da vítima.

Seria precipitado concluir afirmando a justiça restaurativa como o modelo ideal para constituir essa alternativa. É verdade que há motivos para se entender os mecanismos restaurativos como idôneos a empoderar vítimas, na medida em que lhes dão voz, canalizam suas necessidades e articulam as emoções desses sujeitos tradicionalmente alijados das estruturas processuais tradicionais. Também é razoável supor que os princípios restaurativos e suas experiências concretas de implementação sejam promissores como poderoso instrumento de *peace building* e estímulo à integração comunitária — questões com as quais os mecanismos processuais habituais têm sistematicamente falhado na América Latina. Todavia, além de ainda marginal na realidade latino-americana, o paradigma restaurativo deve lidar com variáveis políticas e sociais típicas da região — entre estruturais assimetrias sociais e de poder; predomínio de atitudes coletivas exacerbadamente punitivas; e, ainda, o desafio de integrar valores restaurativos em cenários caracterizados por desintegração social e erosão das institucionalidades. Questões que, apesar adversas, parecem reforçar a necessidade de se pensar modelos de administração de conflitos para além da trêmula, mas ainda forte e pesada, “mano dura”. Se tais dificuldades existem, é porque as respostas conferidas até aqui foram insuficientes, demandando inovações contextualmente pensadas. Amplo espaço para uma agenda de pesquisa dedicada a uma justiça restaurativa reconstruída a partir dos dramas locais da América Latina e suas vítimas.



# Las organizaciones destinatarias del trabajo comunitario como indicador de la política criminal en la aplicación de la *probation* entre los años 2013 y 2015

---

POR NICOLÁS GROSS

**Sumario: I. Introducción.— II. Causas según tipo de delito.— III. Causas en que AFIP se constituyó como querrela.— IV. Causas según duración.— V. Condiciones de cumplimiento.— VI. Extinciones.— VII. La reparación del daño y la aplicación no fundada del criterio de razonabilidad.— VIII. Los destinatarios de las tareas comunitarias no remuneradas.— IX. Los destinatarios de las donaciones.— X. El lugar de la Iglesia Católica como receptora de tareas comunitarias y donaciones.— XI. Conclusiones.**

## I. Introducción

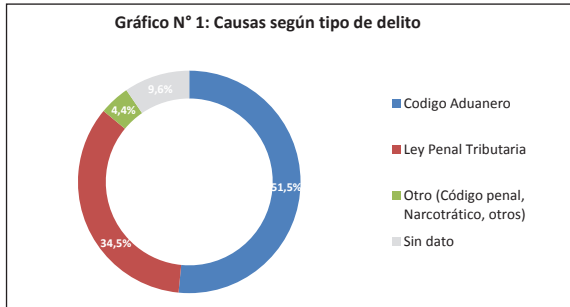
Para la presente investigación se relevaron la totalidad de las resoluciones de suspensión de juicio a prueba en casos de delitos económicos de los Tribunales Orales en lo Penal Económico (en adelante TOPE) N° 1, 2 y 3 abarcando el período de enero de 2013 hasta diciembre de 2015. Se ha decidido excluir del relevamiento los delitos previstos por el art. 302 del Cód. Penal (de cheque sin fondos). En total son 297 resoluciones de las cuales 156 son de concesión o rechazo de la suspensión de juicio a prueba mientras que 141 son resoluciones que extinguen la acción penal por cumplimiento de las reglas de conducta o prescripción. El objetivo buscado ha sido recolectar la mayor cantidad de datos posibles en relación con las reglas de conducta impuestas, razón por la cual se ha optado por incorporar al relevamiento las resoluciones de prescripción por cumplimiento de las mismas toda vez que se encontraran detalladas las originalmente impuestas al momento de la concesión. De este modo se ha logrado abarcar un número superior de causas al que se hubiera obtenido de solo contar con las concesiones para esos años. La decisión de relevar la totalidad de las resoluciones, resulta central a la hora de extraer conclusiones, ya que al no partir de una muestra, las conclusiones poseen una validez cercana al 100%, siendo el margen de error ínfimo y relacionado más a algún error a la hora de la recolección de datos.

A continuación se presentarán los resultados junto a un análisis descriptivo de causas según tipo de delito, porcentaje de casos en que AFIP se constituyó como querrela, cantidad de causas según lapso de tiempo entre el inicio estimado de las mismas y la resolución que concede o rechaza la *probation*; datos relacionados a la aceptación o rechazo por parte del tribunal de las condiciones de cumplimiento ofrecidas por la parte.

Luego se abordará en particular un análisis de los resultados obtenidos en relación con el destino de las tareas comunitarias y las donaciones impuestas por los TOPE en lugar de la reparación ofrecida por la parte, la cual sistemáticamente es rechazada por AFIP de acuerdo con el criterio que dicha Agencia sostiene en función de la obligación de perseguir el cobro integral del crédito tributario adeudado por los encartados.



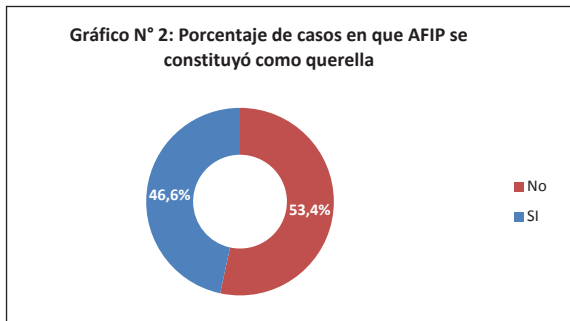
## II. Causas según tipo de delito



Base: Totalidad de las causas relevadas.

Como puede observarse de la totalidad de causas relevadas, el 51,5% corresponde a infracciones al Código Aduanero (CA), el 34,5% corresponde a infracciones a la Ley Penal Tributaria (LPT) y el 4,4% corresponde a otros delitos del Código Penal e infracciones a la ley 23.737.

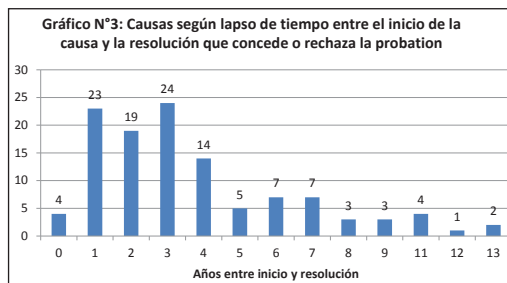
## III. Causas en que AFIP se constituyó como querrela



Base: Totalidad de las causas relevadas (se excluyen las causas sin datos).

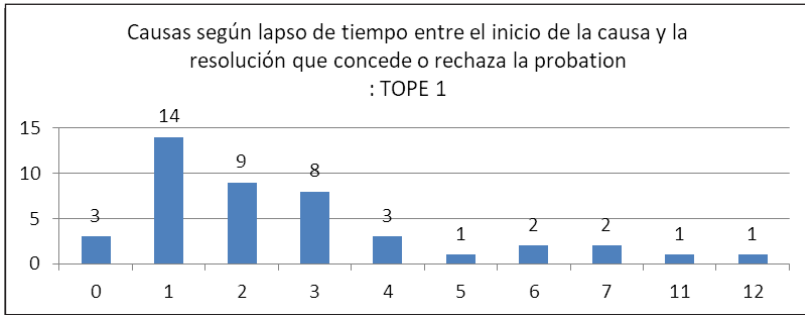
La AFIP se ha constituido como querrela en el 46,6% de los casos relevados. Cabe destacar que en la totalidad de los casos la AFIP se ha negado a aceptar la reparación ofrecida razón por la cual en la gran mayoría de los casos se ha admitido la transformación de la reparación en donaciones en favor de instituciones de bien público.

## IV. Causas según duración



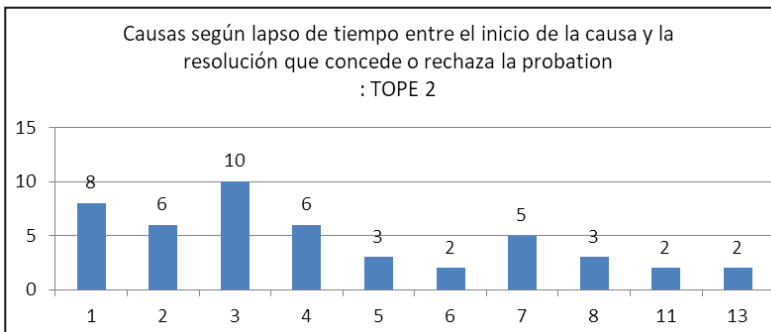
Base: 116 Causas en las que se cuenta con fecha de inicio y de resolución.

El 72,4% de las causas obtienen resolución ya sea concediendo o denegando la *probation* en un lapso que va desde los 0 a los 4 años desde el inicio de la causa. En promedio dicho lapso es de 3,77 años.



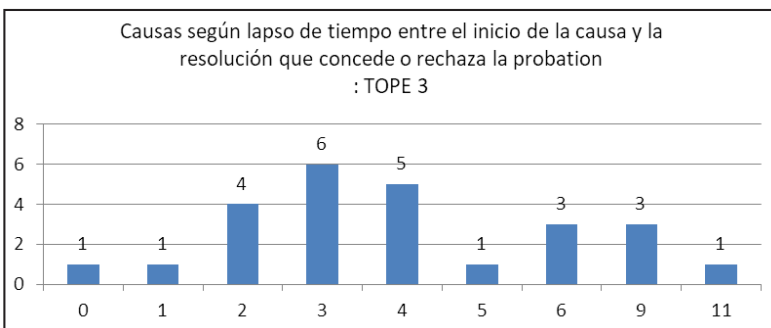
Base: Totalidad de casos de TOPE 1 en que se cuentan con datos estimados de duración.

El promedio de duración de las causas hasta la resolución que concede o rechaza la *probation* varía de acuerdo con el TOPE interviniente, la media de duración de las causas en el TOPE 1 es de 2,77 años.



Base: Totalidad de casos de TOPE 1 en que se cuentan con datos estimados de duración.

Para el TOPE 2 es de 4,42 años.



Base: Totalidad de casos de TOPE 3 en que se cuentan con datos estimados de duración.

Para el TOPE 3, el promedio de duración es de 4,32 años.

La conclusión que surge de los datos es que el TOPE 1 tiene un promedio de duración inferior al de los TOPE 2 y 3. Sin embargo este dato no nos dice cuánto tardan los TOPE en resolver desde que reciben efectivamente la causa, ya que el dato de inicio se estimó a partir del año estipulado para el inicio de la causa con la denuncia. Se presenta entonces como un escollo la falta de autosuficiencia de las resoluciones que conceden o rechazan la suspensión del juicio a prueba, ya que por lo general nada dicen respecto del hecho, del momento de inicio, de la fecha de recepción por el tribunal etc.

De todos modos podemos afirmar que en una primera aproximación el TOPE 1 parece responder mejor al criterio de celeridad que fundamenta la búsqueda de salidas alternativas al conflicto penal.

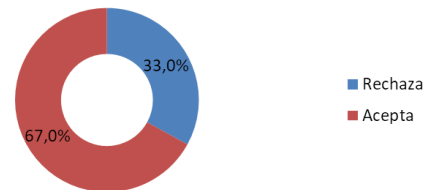
Por otra parte, cabe mencionar que para casi la totalidad de los casos, se solicita la suspensión del juicio a prueba una vez que la misma llega al TOPE. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostienen que la suspensión del juicio a prueba puede solicitarse en cualquier momento del proceso, es decir que puede producirse en la etapa instructoria, por lo general luego de formalizarse la imputación con la citación a indagatoria. La discusión se plantea a la hora de ponderar por un lado la necesidad de sostener la seguridad jurídica a través de la clausura de la etapa instructoria y por otro la celeridad y eficacia en términos temporales que permite la salida alternativa, en este caso la *probation*. Ello en la inteligencia de que a la hora de resolver la concesión o rechazo de la suspensión, el órgano encargado (ya sea el juez de instrucción o el TOPE) debería contar con los elementos de prueba suficientes como para que el hecho y su encuadre legal se encuentren suficientemente determinados.

### V. Condiciones de cumplimiento

A continuación expondremos los resultados de la opinión brindada por las fiscalías en cuanto a la concesión o no de la suspensión del

juicio a prueba. La misma se presentará primero en general para las fiscalías 1 a 4 y luego en particular para cada una de ellas. Cabe destacar que nuevamente la base con que se cuenta se construyó a partir de los datos que surgen de las resoluciones de los TOPE, razón por la cual se han excluido aquellas en que no se dispone del dato de la fiscalía interviniente y su pronunciamiento al respecto para no afectar los porcentajes obtenidos.

Gráfico N° 4: Porcentaje de casos de aceptación o rechazo de las condiciones de cumplimiento ofrecidas por parte de la fiscalía interviniente



Base: 156 casos.

En el 67% de los casos la fiscalía interviniente acepta las condiciones de cumplimiento ofrecidas mientras que las rechaza en un 33%.

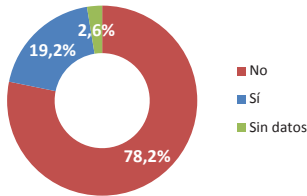
Tabla 1: Porcentaje de aceptaciones y rechazos de las condiciones de cumplimiento según fiscalía interviniente

Fiscalía	Resolución		
	Rechaza	Acepta	Total
1	11,8%	88,2%	100,0%
2	20,0%	80,0%	100,0%
3	28,6%	71,4%	100,0%
4	41,7%	58,3%	100,0%
<b>Total</b>	<b>27,78%</b>	<b>72,22%</b>	<b>100,00%</b>

Base: 72 casos en que se cuenta con datos de N° de fiscalía y resolución

Como puede observarse en los casos que disponemos de datos sobre la fiscalía interviniente, puede observarse que la fiscalía N° 1 es la que mayor porcentaje de aceptaciones tiene con un 82,2% de los casos mientras que la que tiene un porcentaje más elevado de rechazos es la N° 4.

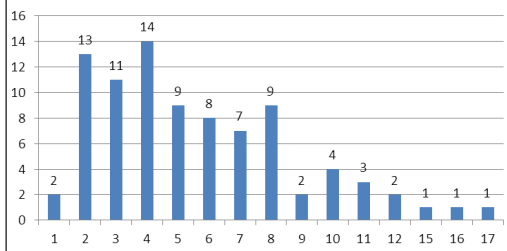
Gráfico N° 5: Porcentaje de casos en que se acepta donación en lugar de la reparación



Dentro de las condiciones de cumplimiento resulta interesante observar que en casi un 20% de los casos se ha resuelto la donación en lugar de la reparación al damnificado. Ello se debe a que en la totalidad de los casos en que interviene AFIP como parte querellante se opone a la reparación debido a la obligación que dicha agencia tiene de perseguir el cobro total del crédito fiscal. Más adelante se observará que ocurre con el destino de las donaciones.

## VI. Extinciones

Gráfico N° 6: Lapso entre el inicio de la causa y la extinción de la acción penal



Base: Totalidad de las extinciones en que se cuenta con datos estimados de inicio y extinción.

En el presente gráfico puede observarse como se distribuyen las causas según lapso de tiempo entre el inicio y la extinción de la acción penal. El promedio de duración es de 5,7 años.

## VII. La reparación del daño y la aplicación no fundada del criterio de razonabilidad

Uno de los aspectos centrales en la concesión de la *probation* está directamente relacionado con la reparación del daño causado. Dedicaremos entonces unas líneas a repasar

su funcionamiento para luego adentrarnos en su aplicación en el fuero penal económico. Como instituto, la *probation* se presenta como una alternativa a la solución punitiva, esto implica que en lugar de aplicar una pena como respuesta a la conducta disvaliosa, se adoptarán una serie de medidas negociadas con el imputado que tienen la finalidad de reparar de un modo socialmente constructivo el daño causado. Por otra parte modifica la interacción jurídico penal ya que involucra en la decisión en torno a la reparación, a la víctima. El imputado que se ve implicado directamente con la reparación del daño de forma activa —esto es mediante tareas comunitarias— debe ofrecer a su vez una reparación a la víctima que en la casi totalidad de los casos es de carácter pecuniario. La víctima tiene un papel importante en la aceptación o rechazo de dicha oferta.

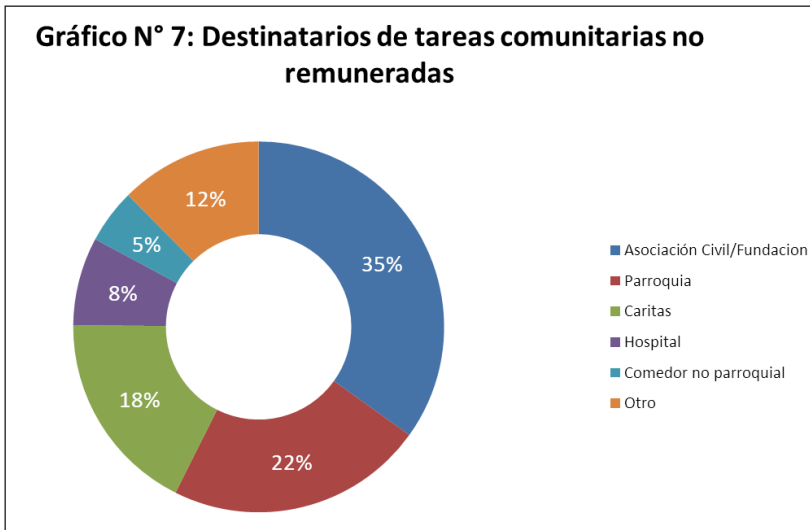
Ahora bien el juez es quien tiene la última palabra decidiendo si concede o no la suspensión del juicio a prueba. La decisión se basa en la aplicación del criterio de *razonabilidad*, esto es, si la oferta se adecúa a la reparación del daño causado. No forma parte del presente trabajo discutir en profundidad el criterio de razonabilidad, pero sí cabe hacerse la pregunta al pensar la aplicación de la *probation* en el fuero penal económico, si acaso existe alguna relación entre las reglas de conducta y la reparación del daño que le es específico a la materia. En los casos en que se resuelve el reemplazo de la reparación por una donación a una institución de bien público, el monto ofrecido se transforma en alimento no perecederos, imponiéndose la donación de paquetes de yerba mate, leche en polvo, productos de limpieza, entre otros. La razonabilidad de las reglas de conducta impuesta no presenta fundamento alguno en las resoluciones relevadas. La razonabilidad se presenta como mera fórmula de aceptación de las condiciones de cumplimiento: “declarar razonable la donación ofrecida”. Sin embargo las donaciones no presentan relación alguna con los montos involucrados en los casos de evasión o contrabando. De este modo podemos afirmar que la razonabilidad declarada no responde a una equiparación con el perjuicio causado; es decir no tiene por finalidad indemnizar. Es dable suponer que

la razonabilidad se relaciona con la adecuación supuesta de la medida para producir en el probado una consciencia de solidaridad social como uno de los ejes centrales de la *probation*. Precisamente dicho instituto no es meramente una alternativa de salida del proceso, sino además una solución que pretende reemplazar el castigo, esto es, el daño

para quien comete un delito, por un conjunto de medidas que lo inserten en la comunidad.

A continuación se hará un análisis descriptivo de los datos relevados en relación con las tareas comunitarias impuestas y los destinatarios de las donaciones, siendo estas últimas el resultado de la denegatoria de AFIP a aceptar la reparación ofrecida.

### VIII. Los destinatarios de las tareas comunitarias no remuneradas

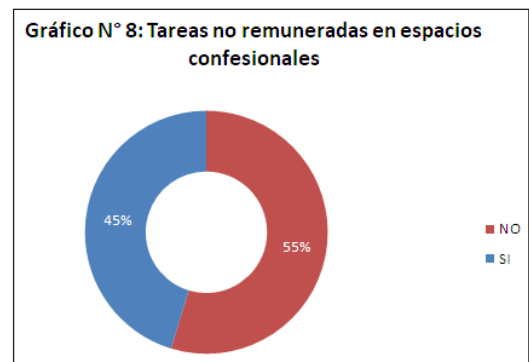


Base: 169 casos.

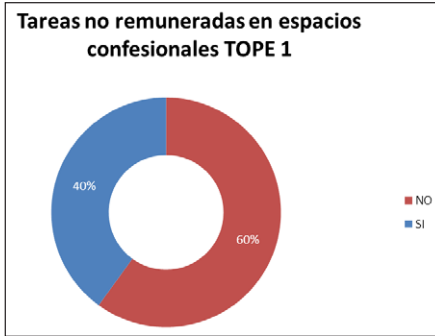
El gráfico N° 7 nos muestra cómo se distribuyen las tareas comunitarias de acuerdo con la totalidad de las resoluciones relevadas para los tres TOPEs. Como puede observarse en la mayoría de los casos, el 35%, las tareas comunitarias se realizan en el marco de asociaciones civiles o fundaciones. En segundo lugar se ubican las parroquias con un 22%, que son identificadas individualmente de acuerdo con su localización, le sigue la fundación Caritas con un 18%, a la cual se decidió darle un tratamiento por separado por tener una relevancia particular; le siguen Hospitales con 8% y Comedores No Parroquiales con un 5%.

De los datos obtenidos puede observarse que en el universo de destinatarios de tareas comunitarias la Iglesia Católica aparece como la institución que absorbe por sí sola a al menos el 40%

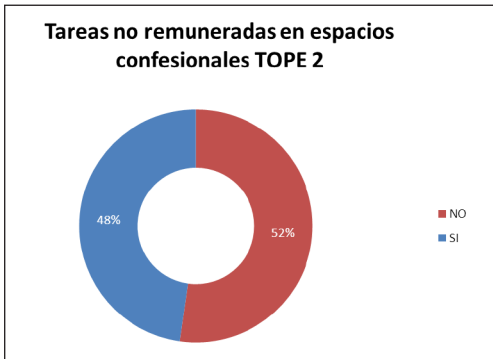
de los casos. Veremos a continuación que dicha cifra crece si incluimos en la misma a las asociaciones civiles vinculadas a la Iglesia Católica pero necesariamente dependientes de esta.



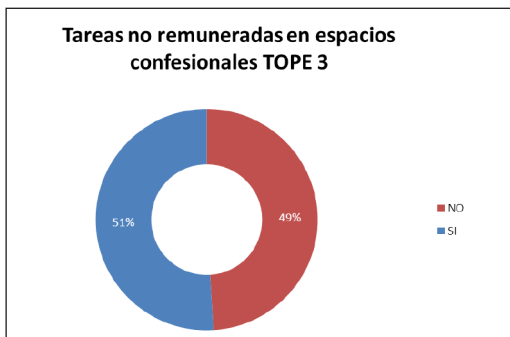
Como puede observarse al reunir los casos en que las tareas comunitarias se destinan a instituciones ligadas a la Iglesia Católica, bajo la categoría de “espacios confesionales”, el porcentaje se eleva a 45%. A continuación veremos cómo se da dicha distribución en cada uno de los TOPE.



Para el TOPE 1 el 40% de las resoluciones destinan las tareas comunitarias a un espacio confesional.



Para el TOPE 2 dicho porcentaje se eleva al 48%, es decir que casi la mitad de las tareas comunitarias se destinan a espacios confesionales ligados a la Iglesia Católica.

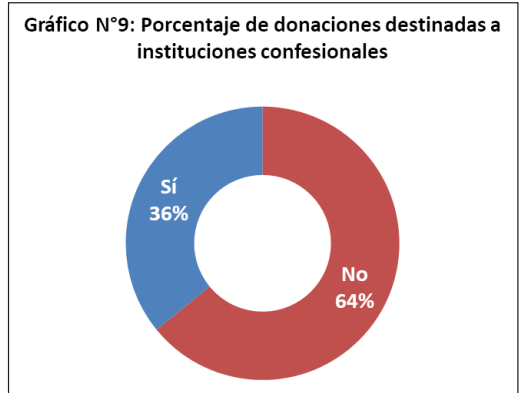


Por último en el caso del TOPE 3 dicho porcentaje es del 51%, es decir que más de la mitad de las tareas comunitarias se destinan a las instituciones antedichas.

De forma preliminar es posible decir que existe una íntima relación entre la Iglesia Católica y el instituto de la *probation*. Explicar la naturaleza de dicha relación excede el propósito de este trabajo pero resulta interesante destacar que la misma surge estrictamente de los datos relevados.

### IX. Los destinatarios de las donaciones

A continuación se mostrarán los resultados referentes a los destinatarios de donaciones en las resoluciones que conceden la *probation* para los años relevados. Dado que la cantidad de casos en los que se adopta esta regla de conducta es inferior, no se desagregará por TOPE sino que se analizarán en conjunto.



Base: 78 casos

En el gráfico N° 8 puede observarse nuevamente que existe un peso importante de la Iglesia Católica en la recepción de donaciones. Un caso especial que no surge del gráfico es el de la Fundación Garrahan que recibió el 14% de las donaciones siendo asignadas en la totalidad de los casos por el TOPE 3.

### X. El lugar de la Iglesia Católica como receptora de tareas comunitarias y donaciones

El relevamiento realizado se propuso comprobar si existe una política específica en para fuero



penal económico en lo que hace a las reglas de conducta impuestas para el cumplimiento de la *probation*. Sin embargo, lejos de encontrar una política específica para el fuero lo que surge de los datos una relación cuya magnitud es lo suficientemente considerable como para preguntarnos por ella. Nos referimos a la relación entre la justicia a la hora de aplicar la *probation* y la Iglesia Católica. Como ya se ha dicho, excede el propósito y objetivo de la presente investigación, así como no es posible con la información disponible más que afirmar la existencia de dicha relación. Sin embargo, en un acercamiento preliminar es posible preguntarse si acaso no será que frente a la inexistencia de una política estatal robusta en la aplicación de dicho instituto, aparece la Iglesia como institución que por haber tenido históricamente un trabajo social relacionado a la población carcelaria, puede acoplarse al sistema judicial brindando una plataforma para la recepción de probados. Tanto es así que Cáritas, institución de caridad dependiente de la Iglesia Católica ofrece en su sitio web la posibilidad de realizar a través de la “Pastoral Carcelaria y *Probation*” las tareas comunitarias como si de un servicio habitual se tratara. Puede leerse en su página web: “Cáritas Buenos Aires provee espacio a cientos de personas que deben realizar tareas como parte de una sanción aplicada por la justicia argentina, entendiéndolas como un proceso de reparación hacia la sociedad y una oportunidad para despertar una verdadera vocación de Servicio al Próximo, más que como un simple castigo”(1).

En otras palabras allí donde el estado carece de una política clara, aparece la política de la Iglesia. Con lo dicho no se abre un juicio de valor respecto al trabajo realizado por dicha institución, pero sí queda abierta la pregunta respecto a sí el Estado en general, y el poder judicial en particular están cumpliendo acabadamente con las finalidades perseguidas por la suspensión del juicio a prueba.

## XI. Conclusiones

El presente trabajo se propone dar cuenta de la eficacia de la suspensión de juicio a prueba al aplicarse a los delitos económicos.

Del relevamiento han surgido los datos presentados y es posible a pesar de su carácter fragmentario, extraer algunas conclusiones, aunque sea, de forma provisional.

En primer lugar como dato saliente se presenta la aplicación de este instituto principalmente a delitos aduaneros y tributarios que se da en el 87% de los casos relevados. Para el período relevado prácticamente no había casos de delitos financieros.

En segundo lugar aparece el papel de la querrela, que se da en el 46% de los casos, en la totalidad de ellos encabezada por AFIP. Es posible observar que se trata de un papel testimonial, ya que en el 100% de los casos AFIP rechaza la reparación ofrecida, que en muchos casos se transforma en una donación a favor de una institución de bien público (aproximadamente el 20% de los casos relevados).

En tercer lugar se ha estimado la duración de las causas como uno de los posibles indicadores para medir la eficacia del sistema, no respecto del significado intrínseco de la *probation*, sino como insumo para observar uno de los aspectos deseables de las formas alternativas de resolución del conflicto penal que es su celeridad. A nivel general nos hemos encontrado con que el tiempo que pasa entre el inicio de la causa es en promedio de 3,77 años aunque dicho promedio varía de acuerdo con el TOPE de que se trate, tanto en el TOPE 3 como en el 4 dicho promedio supera los 4 años. En el marco de una sociedad que reclama un sistema judicial más ágil y eficientes queda la pregunta respecto de si estos datos son satisfactorios. Ello resulta aún más notorio al observar que el promedio de duración se eleva a 5,7 años para el lapso que comienza con el inicio de la causa y termina con la extinción de la acción penal.

Cabe mencionar el papel jugado por las fiscalías. Para los casos en que se cuenta con datos las mismas suelen aceptar la *probation* en un porcentaje superior al 70% de los casos relevados.

En relación con quienes resultan destinatarios de las tareas comunitarias y las donaciones impuestas, surgió con claridad la preponderancia de la Iglesia Católica ya sea a través de parroquias, comedores o Cáritas.

(1) <https://www.caritasbsas.org.ar/web/que-hacemos/pastoral-carcelaria-y-probation>.

# La reafirmación de la validez de la reparación integral y la conciliación penal

POR CAMILA CLAREY (\*) Y FERNANDO E. VÁSQUEZ PEREDA (\*\*)

**Sumario: I. Introducción.— II. Conciliación y reparación integral.— III. Estado de la cuestión.— IV. Aplicación de la conciliación y la reparación integral.— V. Los datos reveladores de las estadísticas.— VI. Conclusión.**

## Hechos

El Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 de la Capital Federal resolvió en fecha 5 de septiembre de 2018: “1) Intimar a Héctor Gonzalo Reina a que proceda a la donación a la parroquia Salvador del Delta [...]; 2) Fecho, declarar extinguida la acción penal emergente del hecho imputado al nombrado Reina según el respectivo requerimiento de elevación a juicio; 3) Sobreseer totalmente en la causa y respecto al nombrado Reina”.

Frente aquella resolución el Fiscal General interpuso un recurso de casación, que luego fue desistido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal a cargo de la Fiscalía N° 4.

## I. Introducción

El objeto de este trabajo es abordar desde la praxis y la teoría, la aplicación y viabilidad de los institutos denominados conciliación penal y reparación integral, los cuales fueron incorporados al Código de Penal Argentino con la finalidad de acrecentar las posibilidades de conclusión de los conflictos penales, ofreciendo soluciones más atinentes a la resolución material del conflicto, de manera tal de desplazar los

infructuosos resultados que hoy por hoy registramos a través de los procesos clásicos, especialmente una vez que las personas son sometidas a la pena privativa de la libertad.

Específicamente trataremos las nuevas causales de extinción de la acción penal incluidas en el art. 59, inc. 6° del Cód. Penal de la Nación a través de la reforma producida por la ley 27.147 (publicada en el Boletín Oficial el 18 de junio de 2015).

Para ello, analizaremos los argumentos ofrecidos por el Fiscal General al desistir el recurso de su colega en el fallo “Reina” de la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en el cual se resolvió tener por desistido el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y extinguir la acción penal vigente contra el imputado, por aplicación del art. 59, inc. 6° del Cód. Penal.

Dicha resolución no solo resulta interesante por zanjar una de las mayores discusiones que ha traído el tema en la praxis judicial nacional, especialmente en relación con la operatividad de la norma, sino porque demuestra una evolución de la jurisprudencia del resto de los tribunales tanto federales como nacionales, según podremos ver en lo siguiente.

Cabe destacarse que desde su entrada en vigencia —ley 27.147—, se ha planteado en numerosas oportunidades la reparación integral como causal de extinción de la acción penal en diferentes instancias, siendo heterogéneos los resultados obtenidos; ello se debe, como se verá a lo largo de la presente ponencia, a que no todos los jueces tienen el mismo criterio en re-

(\*) Abogada (UBA). Ayudante de 2ª Cátedra Fernando Córdoba (UBA). Investigadora en formación Proyecto de Investigación y becaria DECyT 2016/2018 (UBA). Maestranda (Universidad Austral).

(\*\*) Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Docente Cátedra Mario Villar (UBA). Investigador en formación DECyT 2016/2018 (UBA). Doctorando (USAL).

lación con la vigencia a esta causal de extinción de la acción penal, como tampoco acerca de la operatividad de la misma, esto especialmente en virtud de la carencia de normas procesales para la aplicación de dicho instituto. En adición, es también menester mencionar que, los jueces que deciden aplicarla también poseen sensibles diferencias en cuanto a la participación del representante del Ministerio Público Fiscal en el acuerdo extintivo, y si su decisión, en caso de que deba participar, debe ser o no vinculante.

Por otro lado, a lo largo del presente trabajo se propondrá, una solución a este tipo de disyuntivas, tomando postura acerca de la operatividad de la norma del Código Penal de la Nación y, de su posible ejecutoriedad a través de la utilización de las herramientas procesales actualmente vigentes a lo largo de todo el territorio nacional. En relación con este punto, se abordará la cuestión relativa a la delegación de competencias legislativas por parte de las Provincias al Gobierno Federal (art. 121, CN) y la imposibilidad de alteración de las leyes nacionales a través del dictado de sus reglamentaciones (art. 28, CN). Finalmente realizaremos un análisis de estadísticas que permiten apuntocar nuestra postura.

## II. Conciliación y reparación integral

Si bien esta ponencia no pretende trabajar sobre la naturaleza de los institutos de conciliación ni la reparación integral, puesto que entendemos corresponde al derecho procesal penal en su extensión relativa a la resolución alternativa de conflictos, definir; entendemos necesario realizar una somera referencia introductoria a su concepto.

En lo atiente a la conciliación penal, cabe mencionar en primer término que se trata una de las especies dentro del género denominado mediación penal. En consecuencia, comparte los fines de aquel instituto el cual en líneas generales pretende pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización y, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los prejuicios derivados del proceso penal.

No cabe duda de que ambas herramientas poseen como fines ulteriores la reposición de la víctima como parte del conflicto, y asimismo, la búsqueda de una solución más pacífica que observe el interés puntual de los involucrados.

Debemos tener presente entonces que dentro del género mediación nos encontramos con:

- la mediación en sentido estricto;
- la conciliación.

En primer lugar debemos mencionar que ambas comparten los seis mismos principios, a saber:

1. voluntariedad,
2. confidencialidad,
3. celeridad,
4. informalidad,
5. gratuidad,
6. neutralidad o imparcialidad de los mediadores.

En lo que respecta a la mediación decimos que su particularidad consiste en que, el tercero imparcial participante, es decir el mediador, solamente se limita a dirigir las reuniones y no a buscar una solución; su mayor grado de participación consiste en cooperar con las propuestas realizadas por las partes.

Por su parte, en la conciliación, el tercero imparcial comienza a realizar algo más que la mera dirección de las audiencias, pues puede ir proponiendo distintas soluciones al caso, pero sin informar sobre cual, según su punto de vista, es la mejor, pues eso es tarea de las partes y se corresponde con el principio de la horizontalidad del proceso. Este último sistema se utiliza en aquellos casos en donde los intervinientes se encuentran en clara situación de desigualdad relativa o alguno de ellos posee una mala predisposición al diálogo o bien el conflicto mantiene a primera vista, dos caras (una emergente y una subyacente).

En cuanto al concepto de reparación integral, corresponde remitirnos al Derecho Civil, toda vez que el Código Penal Argentino carece de una definición al respecto. En este sentido debemos remitirnos al art. 1740 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuya letra se menciona el concepto de “reparación plena”, noción de mayor acercamiento a nuestro interés, puesto que muchas veces es utilizado como sinónimo en por la doctrina y jurisprudencia de la materia.

La distinción entre reparación integral y reparación plena obedece según algunos autores como Alterini, a que la primera era un objetivo inalcanzable naturalmente, puesto que resulta imposible en cualquier caso erradicar todo el daño producido. Decir integral entonces, implica entender que todo el daño desaparecería, lo que no es más que una ficción jurídica; por eso resulta más acertado el concepto de reparación plena, que desde el principio admite que pueden quedar daños sin indemnizar (1).

Para un concepto más amplio, corresponde citar el aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en interpretación del art. 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el cual abarca a) la investigación de los hechos; b) la restitución de derechos, bienes y libertades; c) la rehabilitación física, psicológica y social; d) la satisfacción mediante actos de beneficio de las víctimas; e) las garantías de no repetición y f) la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial (2).

Si bien comprende supuestos mucho más extensos que los necesariamente previstos por el derecho penal, merece ser atendido toda vez que el reconocimiento de la víctima como sujeto de derecho internacional cuyas prerrogativas deben recibir atención de la administración de justicia, su incorporación ha colaborado para que este tipo de institutos dirigidos a soluciones alternativas de conflictos haya proliferado

(1) Cfr. <http://universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-1740>.

(2) Cfr. CALDERÓN GAMBOA, Jorge, “La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” disponible en línea: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>.

en los sistemas interamericanos según se verá más adelante.

### III. Estado de la cuestión

Al día de la fecha, a más de tres años de la publicación en el Boletín Oficial, de la ley 27.147, que reformó el art. 59 del Cód. Penal, su aplicación continúa siendo controversial (3) en el fuero Criminal y Correccional de la Capital Federal y asimismo, en la justicia federal. Hemos podido observar, a través de un estudio jurisprudencial del fuero nacional en lo criminal que desde la incorporación de la reforma, se ha desarrollado una errante línea de pronunciamientos judiciales que han discurrido tanto acerca de la operatividad de la norma —ligando a la mentada legislación con el reforma procesal de la ley 27.063 (4) postergada *sine die* por el DNU 257/2015—, como acerca de su modo de materialización, adaptando según el caso la normativa procesal vigente.

Si bien nuestra postura como desarrollaremos a continuación, se inclina hacia la plena vigencia de la causal de extinción de la acción penal tal y como lo manifestara el Fiscal General en el caso bajo análisis, no todos los tribunales del fuero se han expresado en este sentido. Hasta el momento, desde el 26 de noviembre de 2015, fecha del primer decisorio del que tenemos conocimiento, donde se declaró la extinción de la acción penal por aplicación del inc. 6° del art. 59 del Cód. Penal (5); esta postura ha sido adoptada por Justicia en lo Criminal de la Nación en los fallos TOC N° 1 causa 41258/2012 —reg. 4551 de ese Tribunal— “González”, resolución de fecha 30 de noviembre de 2015; TOC N° 15 causa 49061/2014 —reg. 4674 de ese Tribunal— “Ruiz” resolución de fecha 11 de febrero de 2016; TOC N° 20 causa 39889/2014 —reg. 4310/4667 de ese Tribunal— “Eiroa”, resolución de fecha 11 de diciembre de 2015; TOC N° 18 causa 78050/2014, resolución

(3) Cabe destacar que hemos delimitado nuestro campo de investigación al fuero Criminal y Correccional de la Capital Federal, a modo de ser más asertivos metodológicamente con el objeto de nuestro trabajo.

(4) Que suponía una reforma íntegra del Código de procedimiento nacional, y un viraje radical hacia un sistema procesal de tinte acusatorio.

(5) TOC N° 7, “Fernández, Juan Pablo”, causa 635/2014.

del 29 de septiembre de 2016; TOC N° 26 causas 22.028, 19.190/2016 y 4889, todas del mes de octubre del año 2016, entre otros (6).

Por su parte, en su voto en minoría se ha pronunciado en el mismo sentido, el juez Morín de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en el antecedente “Cuevas Contreras, Obed”(7) y los jueces López González y Bunge Campos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en los fallos “G. R. S.”(8) y “Giampaolotti, Gabriel G.”(9).

En cuanto a su ejecutoriedad, debe decirse que a pesar de compartir en muchos de los casos mencionados los argumentos de fondos, los magistrados adoptaron diferentes herramientas procesales para la instrumentación de la causal extintiva y sobreseimiento de los imputados; entre ellas puede enumerarse, la homologación de acuerdos previos, la convocatoria a audiencias como la contenida por el art. 293 del Cód. Proc. Penal de la Nación, entre algunos ejemplos; lo que fortalece nuestra tesitura respecto a la completa viabilidad para la aplicación de los institutos.

(6) Resulta interesante a pesar de ser ajeno al campo delimitado de nuestra investigación, hacer mención del reciente fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Capital Federal, donde se homologó la reparación integral ofrecida, y se declaró extinta la acción penal iniciada en orden a la persecución del delito de estafa en concurso ideal con el uso de un documento nacional de identidad ajeno. Cfr. “G., P. V.”, 21/03/2017, Reg. 2389.

(7) Sala de turno de la CFed. Cas. Penal, 21 de noviembre de 2015, causa 19.151/2015. Reg 1150/2015.

(8) Sala V, causa 50.621/2011. Resolución del 21 de abril de 2016.

(9) Sala VI, Causa 12.750/2014. Resolución del 31 de agosto de 2016. En todos los casos, los argumentos esgrimidos por los jueces respondieron no solo al reconocimiento del espíritu de la incorporación de las nuevas causales extintivas —en relación con la devolución del conflicto a las partes—, lo que además convierte en superflua la intervención de Misterio Público Fiscal; sino principalmente a imposibilidad de impedir la aplicación de una norma de carácter nacional vigente, aduciendo como impeditivo la inexistencia de una vía procesal operativa, lo que afectaría no solo la igual ante las normas (art. 16 de la CN) sino también el sistema de facultades delegadas por parte de las provincias nacionales al Gobierno Federal, admitiendo posibles restricciones inequitativas según las reglamentaciones procesales dictadas por las distintas legislaturas locales.

Asimismo, como hacíamos referencia en la introducción, cabe destacar dos hitos jurisprudenciales previos de importancia tanto por ser producto de Tribunales de alzada como lo son la Cámara Federal de Casación Penal y la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, siendo ambos del año 2017; como por su contenido en tanto resultaron esclarecedores en varios de los puntos aquí expuestos.

Tanto en la causa “Villa Lobos”(10), como el precedente “Verde Alva”(11) respectivamente, se establece, más allá de lo resuelto en los casos concretos, de manera rotunda la validez y ejecutoriedad de los institutos en cuestión, y se establecen lineamientos concretos en referencia al valor del pronunciamiento de la víctima para su efectividad, entre otras cuestiones.

Si bien en el precedente en comentario, la sala IV de la Cámara Federal de la Casación Penal, los Magistrados no se expidieron expresamente en relación con la vigencia de la normativa discutida, si lo hizo el Fiscal De Luca, al desistir del recurso interpuesto por su colega comprendiendo que la aplicabilidad de los institutos regulados en el art. 59, inc. 6° del Cód. Penal, en nada dependen de la plena entrada en vigor de la ley 27.147 (12).

También recientemente se han expedido otros tribunales intermedios como es el caso de la sala A del Fuero Penal Económico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, zanjando cuestiones relativas a la vigencia de la ley que incluyó las discutidas causales de extinción de la acción penal (13).

#### **IV. Aplicación de la conciliación y la reparación integral**

Consideramos que en primer término, no cabe discutir acerca de la vigencia de la norma aquí

(10) CCC 25020/2015/TO1/CFC1, “Villa Lobos”, CFed. Cas. Penal, sala IV (29/08/2017) Reg. 1119/2017.

(11) CCC 25872/2015/TO1/CNCl, “Verde Alva, Brian A. s/ recurso de casación”, registro 399/2017, rta. 22/05/2017.

(12) Cfr. Fallo “Reina, Héctor G. s/ frustración maliciosa” CPE 2027/2011/TO1/3/CFC1, sala IV, CFed. Cas. Penal.

(13) Cfr. CPen. Econ., sala A, “C. P. E.”, 1475/2012/5/CA4, 24/05/2018.

analizada. No pretendemos discurrir sobre esta temática que encontramos zanjada, toda vez que como ya hemos mencionado anteriormente la ley reformadora fue publicada en el Boletín Oficial en fecha 18 de junio del año 2015 y no existe normativa posterior alguna que haya propuesto la suspensión de la operatividad de la misma.

En este sentido es claro en sus palabras el Dr. Hornos al referir que: “(...) se trata de una ley sancionada y promulgada por el Congreso Nacional plenamente vigente —que no fue suspendida—, y, por tanto, rige de conformidad con lo establecido en el art. 1º del Cód. Penal” (14).

En segundo lugar, debe analizarse si es posible aplicar esta causal de extinción de la acción penal con la normativa procesal actualmente vigente. Debe valorarse entonces la naturaleza de esta norma incluida en el Código de fondo, a través de la cual el legislador incorporó una nueva causal a fin de extinguir la acción penal, con lo que se propuso resolver los conflictos penales de una manera alternativa, es decir una alternativa a la pena privativa de la libertad.

En este sentido cabe mencionar que una disposición del Congreso de la Nación introducida en el Código Penal vigente para todo el país, no puede ser inaplicada por alguna jurisdicción con la mera excusa de que no haya sido legislada a nivel local, no al menos sin afectar de manera directa el principio de igualdad previsto en el art. 16 de nuestra CN. En este caso en particular, sería el mismo Congreso de la Nación, el encargado de regular en materia federal y nacional en lo que respecta a la regulación procesal.

Los principales exponentes en este sentido, han entendido además que al poseer carácter sustantivo el ejercicio y la extinción de la acción penal, consecuentemente debe existir una unidad de criterios a lo largo del territorio en relación con la instrumentación de este tipo de instituciones.

El problema aquí en cuestión, y el motivo por el que muchos operadores jurídicos continúan, a pesar de lo expuesto, sosteniendo la inoperatividad de la norma por ausencia de

reglamentación, responde a su vinculación directa que entienden que existe entre esta con la ley 27.063 que reformaba el Código Procesal Penal de la Nación y que fuera dictada en el mes de diciembre de 2014 —cuya vigencia se encuentra actualmente suspendida a través del dec. 257/2015 (15) del PEN— (16).

Ahora bien, como venimos desarrollando, más allá de esta postura la respuesta a esta cuestión, a nuestro criterio es negativa. Esto según principios constitucionales fundamentales, tales como la delegación de competencias y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico. En un fiel respeto por lo plasmado en nuestra Carta Magna, jamás una ley de forma podrá obstaculizar la aplicación de una ley de fondo, pues no cabe lógicamente admitir que las vicisitudes de la implementación de un código procesal impidan al ciudadano ser acreedor de un beneficio establecido por la ley sustantiva para todo el país; con el agravante que en el caso puntual, como se ha visto se trata de una causal de extinción de la acción penal, por lo que en caso contrario se estaría afectando el derecho constitucional de igualdad ante la ley (17) y a un tratamiento homogéneo del conflicto penal.

Por lo expuesto es posible colegir que, la aplicación de la causal rige actualmente para todos los habitantes del país y ello, no puede verse supeditado, suspendido, diferido o eliminado por la decisión de ninguna legislatura local, sin afectar no solo el sistema federal, sino también el principio constitucional de igualdad ante la ley, a riesgo de incurrir en la denegación de jus-

---

(15) Recientemente modificada por la ley 27.432, BO 07/01/2019.

(16) Cuya inconstitucionalidad no es tema a tratar en el presente trabajo, motivo por el cual, solo nos remitiremos a los hechos.

(17) En este sentido se expresó el juez Adrián Martín, en el fallo “A., V. G.” 13/10/2016, TOC N° 26, nro. 4714. En adición, en este sentido cabe recordar que la CS, ha dicho en numerosas oportunidades que, dispuesta constitucionalmente la unidad de la legislación civil, penal, comercial y de minería, como consecuencia de la unidad política de la República, no es admisible que los estados autónomos puedan destruir aquella unidad al dictar sus disposiciones normativas. (Fallos: 57:337; 147:88; 103:373; 133:161; 159:326; 303:1801, entre otros).

---

(14) Fallo “Villalobos” ob. cit., párr. III.3).



ticia (18). Este punto habilita al próximo argumento a favor de la vigencia.

Retomando lo previamente dicho acerca de los argumentos de aquellos detractores que encuentran a la norma como de naturaleza programática; nos resta a modo de eliminar cualquier sesgo de duda acerca la plena vigencia del art. 59, inc. 6° del Cód. Penal, manifestarnos acerca de las posibles interpretaciones de la expresión “de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes” presente en la norma. En el mismo sentido de lo antes dicho, encontramos carente de sentido lo manifestado por algunos opositores a esta tesis en relación con que la ausencia de reglamentación específica implique la imposibilidad absoluta de aplicar normativa nacional vigente. Y es que aun compartiendo que actual la normativa procesal nada dice respecto de cuál sería “el” mecanismo para la ejecución de estos institutos debe decirse que “... para esta primera situación en la que el régimen de enjuiciamiento no impone requisitos para la procedencia de la reparación completa del perjuicio como causa de extinción de la acción, esta quedaría extinguida siempre que se produzca aquella. Para estos sistemas procesales de reparación incondicionada del daño la cancelación de la punibilidad por este motivo estaría determinada solo por el acaecimiento del motivo y abarcaría todos los casos, pues ‘de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes’ significa que si estas no establecen otras exigencias adicionales la extinción prevista por el art. 59, inc. 6° del Cód. Penal procede sin más requisitos” (19).

Compartimos lo aquí manifestado por el Profesor Pastor, entendiendo además que, una correcta interpretación del derecho, en un sentido de decodificación del *telos* normativo y una interpreta-

(18) Resulta conveniente una vez más retratar lo dicho por el Profesor Pastor al tratar este tema: “Tal como ya se insinuó, toda la cuestión parece resuelta por la propia ley 27.147 que, al ratificar que lo atinente al régimen de la acción es cuestión sustantiva (reforma de los arts. 59, 71 y 73 del Cód. Penal), reconoce a la vez que se trata de una materia que no puede serle devuelta al —por tanto incompetente— legislador local. Esta normativa podrá ser una traición para la corriente localista reciente, pero una muy efectiva”.

(19) *Ibidem*.

ción hermenéutica (20) como es debido, del ordenamiento jurídico nacional, no puede obviarse que “para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” (Fallos 304:1820; 314:1849), a lo que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos 313:1149; 327:769).

A fin de cuentas, y según como ha sido entendido por aquellos Magistrados que encontraron vigente la normativa en cuestión, entendemos que a modo de dar cumplimiento con nuestro sistema normativo, el juez de cada jurisdicción respectiva deberá evaluar el soporte procesal a utilizar para instrumentar la forma en que esta nueva causal de extinción de la acción penal se vea materializada jurisprudencia, subsanando así la existente *laguna técnica* del sistema jurídico; entendiendo además que la negativa en fijar esas pautas mínimas de aplicación, la postergación e inclusive la restricción y limitación en su aplicación hacia algunos delitos implicaría un menoscabo al principio de legalidad (21).

(20) Luego de la reforma constitucional del año 1994, y en virtud de los compromisos internacionales de protección y promoción de los derechos y la dignidad humana como principio fundamental asumidos por el Estado Argentino, los instrumentos de este tenor que han sido ratificados, poseen una impronta importante y obligan a la incorporación rápida y eficaz de cualquier sistema alternativo que mejore y aliviane el sometimiento de cualquier personal a un proceso penal, esta circunstancia resulta trascendental al momento de evaluar la operatividad de una norma de estas características. (Cfr. art. 43 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia, y art. 5.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad —Reglas de Tokio— adoptadas por la Asamblea General en su res. 45/110, el 14 de diciembre de 1990, en idéntico sentido la res. 1/2008 de la CIDH sobre “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”).

(21) Cfr. TOCF N° 6, causa 13411/2012 (2019/2049), caratulada “Carrazana, Rodrigo A. y otros s/ defraudación contra la administración pública”, 10/03/2017. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha pronunciado señalando que “... donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que se ha desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías” (Fallos 239:459, 241:291 y 315:1492).

En contracara, la próxima y renombrada reforma integral al Código Penal nacional, a pesar de no haber sido aún presentado oficialmente, según ha trascendido, pretende zanjar alguna de las controversias reseñadas en este acápite modificando sensiblemente la letra del art. 59, inc. 6° del actual código, habilitando que su entrada en vigencia y operatividad dependa de la reglamentación procesal de cada provincia, y siempre y cuando cada jurisdicción desee incluirla en sus códigos.

A nuestro entendimiento, no podemos soslayar que tal y como actualmente se encuentra regulado y según ha sido evaluado por algunos de los precedentes jurisprudenciales mencionados, la plena operatividad de la ley 27.147 luce concordante con los postulados de diferentes instrumentos internacionales tales como la “Declaración de Viena sobre delito y Justicia: Enfrentando los Retos del Siglo Veintiuno”(22), las llamadas “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia penal”, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de su Libertad en las Américas (Resolución 1/2008 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 13/03/2008), entre otros que engrosan nuestro ordenamiento jurídico y poseen carácter vinculante para nuestros Tribunales.

Por último, y habiendo hecho mención al *telos* normativo, y al principio de legalidad penal como ejes funcionales para la aplicabilidad de las causales de la extinción de la acción, entendemos que corresponde hacer una salvedad en relación con la posible instrumentación de los institutos otorgando intervención vinculante al Representante del Ministerio Público Fiscal, esto en virtud de lo evidenciado a través de la recopilación de jurisprudencia que reconoció la vigencia del artículo en cuestión.

Entendiendo que la incorporación de esta posibilidad, se corresponde como ya se ha dicho, a un nuevo interés de político criminal de reconsideración de la víctima y sus intereses, como así también en la búsqueda de una reparación real en la medida de lo posible de los daños producidos a través de la conducta que desconoció la norma; no cabe que se exija como condición valorativa un dictamen favorable de aquel que representa

(22) 10° Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento a Delincuentes (Viena, 10-17 de Abril 2000).

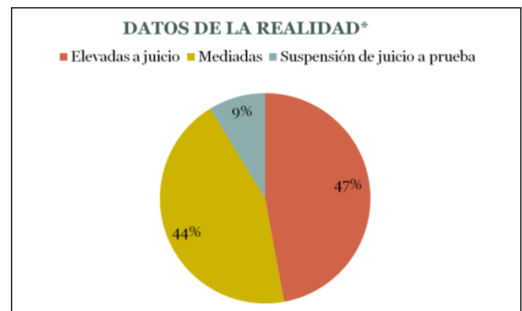
los intereses del Estado —como soberano apropiador del conflicto— para la homologación del acuerdo privado alcanzado por las partes.

En este sentido sería lógico concluir que la reparación será integral cuando objetivamente aparezcan satisfechas las demandas materiales de la víctima y cuando subjetivamente, se logre satisfacer a todas las personas afectadas por el hecho.

En consecuencia, debe afirmarse que si bien debe desarrollarse un control estricto de la voluntad de las partes durante la audiencia (o el acto donde se instrumente el acuerdo), jamás podrá reemplazarse su voluntad si se ha alcanzado un acuerdo y ha sido realizado con plena autonomía (23), ya sea por el juez interviniente como por parte del Ministerio Público Fiscal (24).

No debe soslayarse además, el contexto de reformas que luego han seguido produciéndose en el derecho penal argentino, tendientes en su mayoría a la incorporación y reconocimiento de la víctima como parte dentro del conflicto penal y del rol de los Ministerios tanto de Defensa como el Fiscal, como garantizadores de que esta sea debidamente escuchada e incorporado su interés (25).

#### V. Los datos reveladores de las estadísticas (26)



(23) Cfr. LORENZO, Leticia, “Manual de litigación”, Ed. Didot, Buenos Aires, 2015, p. 105.

(24) En este sentido confróntese con los antecedentes jurisprudenciales que así lo entendieron: TOCF N° 6, causa 13411/2012 (2019/2049), caratulada “Carrazana, Rodrigo A. y otros s/ defraudación contra la administración pública”, 10/03/2017; “A., V. G.”, 13/10/2016, TOC N° 26, nro. 4714; TOC N° 1, “González, Carlos J.”, Causa 41258/2012 30/11/2015, entre otros.

(25) Cfr. sanción de leyes Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos —ley 27.372, arts. 9° f de la ley 27.148 y art. 42 de la ley 27.149—.

(26) Información obtenida en línea de: [www.fiscalias.gob.ar/insitucional/informes/informes-estadisticos/](http://www.fiscalias.gob.ar/insitucional/informes/informes-estadisticos/).

Utilizaremos las estadísticas que realiza anualmente el Ministerio Público Fiscal de la CABA (27) esto debido a la fidelidad de los mismos, y porque permite un acercamiento real a una jurisdicción donde ya son implementados distintos métodos alternativos para la resolución de conflictos. Para ser más claros vamos a tomar un solo delito, que son las amenazas prescriptas en el art. 149 bis del Cód. Penal y veremos cómo fue el comportamiento durante el 2012 (año en el que se subdividió la aplicación del método alternativo por delito aplicado) con respecto al instituto en estudio. De un total de 1715 causas a resolver, setecientos cincuenta y siete [757] fueron resueltas mediante la mediación penal y tan solo 150 por suspensión del proceso a prueba. Solamente ochocientos ocho [808] causas fueron elevadas a juicio oral (28). A nuestro modo de ver, esta pequeña muestra basta para demostrar que la herramienta de la mediación es de gran utilidad en la CABA pues es casi el mismo el número de causas elevadas a juicio que las arribadas a una solución mediante el instituto de la mediación penal. Ello sin mencionar que hecho de que los conflictos no le fueron confiscados a las presuntas víctimas y obtuvieron respuesta o al menos in intento de repuesta por parte del Estado.

## VI. Conclusión

En consecuencia, y ponderando los argumentos esgrimidos por el Fiscal General al momento de desistir el recurso de su colega; debemos luego de haber realizado un análisis pormenorizado del estado de la cuestión y de haber desarrollado los tres pilares progresivos del tema en análisis, entiéndase por ellos, la vigencia de la norma del inc. 6º del art. 59 del Cód. Penal de la Nación; la operatividad de la norma y por último la vinculación o no de la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal, afirmar que la causal de la extinción penal por conciliación o por reparación integral es aplicable en nuestro sistema penal Nacional y Federal.

En este sentido, tal como se desarrolló anteriormente no quedan dudas de que la norma se encuentra vigente y que, esta debe de aplicarse utilizando la normativa procesal vigente que el juez competente considere viable —en los casos analizados hemos observado que se ha utilizado a la audiencia del art. 293 del Cód. Proc. Penal de la Nación—. A su vez, hemos demostrado que no es necesario un consentimiento fiscal al respecto, toda vez que debe observarse el conflicto penal desde el prisma de la víctima y ya no desde el punto de vista del incumplimiento del “contrato social” o del quebrantamiento de la norma.

Es por ello que, si la presunta víctima está de acuerdo en que la reparación ha sido integral o en su defecto ha arribado a una conciliación con la persona acusada, el Estado ya no puede seguir confiscándole el conflicto y solamente debe homologar el ese acuerdo, luego de hacer un análisis de racionalidad del mismo y de capacidad de ambas partes al momento de acordar voluntades.

En tal sentido es válido evaluar lo sucedido en países de referencia como Alemania donde durante años ante la ausencia de legislación adecuada los acuerdos en el proceso penal fueron progresivamente reglamentados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH), que de manera gradual legitimó una práctica pretoriana realizada por los tribunales alemanes de otras instancias.

Que además es destacable lo sostenido por nuestra Corte Suprema, la cual históricamente se ha expedido en forma favorable a la plena operatividad de las cláusulas constitucionales e, inclusive de aquellos derechos que surgían de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos así como de las acciones que emergían tácitamente de su amparo, aún ante la ausencia de herramientas procesales que las reglamentaran (Cfr. “Siri”, CS, Fallos: 239:459; “Ekmekdjian c. Sofovich”, CS, Fallos: 315:1492; “Halabi”, CS, Fallos: 332:111).

Ha quedado de manifiesto en el presente trabajo a través de una demostración empírica de lo que podría pasar si se aplicara en forma ordinaria esta causal de extinción, con base en

(27) Dichas estadísticas se encuentran publicadas en la Página Web del Ministerio Público Fiscal de la CABA.

(28) En el año 2012 en toda la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se registraron un total de 11.516 denuncias relacionadas con este delito de las cuales se desestimaron 9.212 es decir el ochenta por ciento, a eso también debemos restarle las causas que se fueron por incompetencia a otros fueros que fueron 589 es decir un 5,1 por ciento del total; por lo que quedarían un total de 1715 de casos penal a resolver.

estadísticas de lo que acontece en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con un delito como el de amenazas; en el que el conflicto se soluciona de manera alternativa, sin tener que culminar en una pena privativa de la libertad.

Como se ha señalado al mencionar dichos índices, se ha visto que una gran cantidad de causas penales, y en consecuencia, penas privativas de la libertad, se podrían evitar y de este modo lograr que el sistema penal se descomprima, pero lo más importante es que se puede resolver definitivamente el conflicto y no expropiárselo a la víctima.

Esto más allá de encaminarnos a un derecho penal más eficiente en cuanto a agilidad y resultados, no acercaría hacia la eficacia de resolver con certeza los conflictos que son sometidos diariamente a un fuero que por diferentes motivos no responde a las necesidades que esta sociedad reclama.

Desde una observación comparada de los códigos procedimentales de Latinoamérica podremos observar la tendencia a la inclusión de estos institutos, y especialmente a la víctima como parte con voz en el proceso. Con mayores o menores diferencias en los delitos, en las formas, etc., es momento de que Argentina asuma las reformas que ya ha incluido en su código de fondo.

Nuestra norma no establece ningún límite con respecto a los delitos que pueden ser posibles de la aplicación de esta extinción de la acción penal, y en virtud del principio de legalidad, no correspondería que el juez realice distinción alguna. Es por eso que no encontramos obstáculo para su aplicación en todos los casos en los que las partes lo consideren pertinente.

No obstante ello, como no existen derechos absolutos, vemos como únicas posibles limitaciones a aquellos casos en que la presunta víctima no tiene interés en someterse a un proceso de conciliación o recibir una reparación integral, pues debe es su voluntad la que debe primar para dar cierre al conflicto penal; cómo así también en los casos de muerte de la víctima, pues al tratarse la vida un derecho personalísimo, no puede ser otro que el titular de dicho bien jurídico quien pueda ser parte de los institutos en cuestión.

Desde una interpretación hermenéutica de nuestro sistema legal vemos otra posible limitación en cuanto a que la víctima sea menor de edad, pues en ese caso al margen de su representante legal, también será indispensable la representación integral del asesor o defensor del menor de conformidad con el art. 103 del Cód. Civ. y Com.

# Jóvenes en conflicto con la ley penal: necesidad y posibilidad de implementar instancias restaurativas de resolución de conflictos con participación del joven imputado, la víctima y la comunidad afectada

POR MARÍA DANIELA REZZONICO

**Sumario: I. Introducción.— II. ¿Justicia restaurativa o retributiva para los jóvenes en conflicto con la ley penal?— III. Sobre la necesidad de implementar instancias restaurativas.— IV. Sobre la posibilidad de implementar instancias restaurativas.— V. Reflexiones finales.— VI. Bibliografía complementaria.**

## I. Introducción

La propuesta es que se establezca legislativamente la implementación de instancias restaurativas dentro de un proceso penal, como forma de resolución de los conflictos provocados por el delito.

Se advierte la necesidad de modificar los sistemas penales latinoamericanos en el sentido expuesto, sobre todo, para los casos de responsabilidad penal juvenil, en los que el adolescente imputable, debido a su condición de persona en desarrollo, tiene una culpabilidad disminuida.

Tras formular la pregunta acerca de si puede integrarse la justicia restaurativa al sistema de justicia tradicional, analizaré el proyecto de ley de Reforma del Régimen de Responsabilidad Penal Juvenil, que fue presentado ante el Congreso de la Nación Argentina en marzo de 2019.

En el proyecto se prevé como una de las causas de extinción de la acción penal el cumplimiento de los “acuerdos restaurativos” a los que arriben, mediante instancias de diálogo, los involucrados en el hecho y que atiendan a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas.

La regulación de institutos jurídicos que eviten que la única respuesta del Estado frente a la comisión de un delito sea la imposición de una

sanción va en consonancia con los tratados internacionales de derechos humanos, los que disponen que solo de modo excepcional y como último recurso deberá imponerse una pena privativa de la libertad a los jóvenes imputables.

Mediante esta ponencia se intentará poner de resalto no solo que es necesaria la implementación de instancias que permitan arribar a acuerdos restaurativos, sino también que ello es posible y compatible con nuestros sistemas de justicia.

## II. ¿Justicia restaurativa o retributiva para los jóvenes en conflicto con la ley penal?

En términos de justicia penal juvenil, una vez cometido el delito, lo deseable es una reacción estatal inmediata, oportuna, proporcionada, garantista, responsabilizadora, educadora y de intervención mínima (1).

La pregunta es cómo se logra ese tipo de reacción y mediante qué institutos. Entiendo que la justicia restaurativa puede ser un camino.

---

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Justicia restaurativa: Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 34, citando a VÁZQUEZ LARSSON, Mónica, “La mediación penal” en PUNTES GUERRERO, Salvador, *La protección de los derechos del niño ¿Hay lugar para la mediación?*, en Primer Seminario Internacional en Minoridad y Familia, Mendoza, 2001, p. 109.

Los objetivos de la justicia restaurativa son educativos y se inscriben en un proceso de responsabilización del joven infractor. Este debe tomar conciencia de la existencia de una ley penal, de su contenido y de las consecuencias de su violación para él, para la víctima y para la sociedad toda. Tomar conciencia de lo prohibido es la primera etapa necesaria para la responsabilización.

El adolescente precisa de normas para estructurarse y busca que se le pongan los límites necesarios para su maduración. En este sentido, la reparación se presenta como una de las respuestas posibles para el delito cometido.

En la teoría de la justicia restaurativa reparar no significa, como en la teoría general del derecho de daños, compensar económicamente el daño causado. La reparación tiene un valor mucho más profundo, que comprende la restauración de los lazos sociales entre la víctima y el ofensor, entre la víctima y la comunidad, y entre el ofensor y la comunidad.

La mayor parte de los jóvenes infractores en el momento del acto no tienen conciencia del perjuicio que causan. No obstante, el discurso tendiente a negar el delito y a considerar al menor como una víctima ha contribuido fuertemente a ese resultado. Mantener al joven en ese estado de irresponsabilidad favorece la reincidencia, le crea mayor oposición social y lo priva de la posibilidad de vivir su angustia, elaborarla y liberarse (2).

La reparación, pues, facilita la toma de conciencia del acto cometido y de los perjuicios causados. Muchos autores que propician la justicia restaurativa afirman que los programas restaurativos disminuyen la tasa de reincidencia, siendo que hay menos reincidencia entre los jóvenes sometidos a la justicia restaurativa que a la justicia común.

La justicia restaurativa está filosóficamente basada en la crisis de la concepción retributiva de la pena y en la convicción de que las penas tradicionales no evitan conductas futuras similares, sea del infractor o de cualquier otro miembro de la comunidad. Sin embargo, si bien se funda en la crisis de la eficacia de la pena, tal como

está instrumentada en el derecho penal actual, la justicia restaurativa no tiene por fin el abolicionismo, no cree que algún día las penas serán suprimidas, solo persigue que sean disminuidas.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci y Pérez Sanzberro sostienen que la justicia restaurativa no se muestra como una alternativa *para* el derecho penal, sino como una alternativa más *dentro* del derecho penal (3).

Los programas restaurativos operan cuando en un cierto estadio del proceso tradicional el caso es enviado a un facilitador, encargado de alcanzar un acuerdo entre la víctima y el ofensor. Si ese acuerdo se logra y se cumple, tiene o puede tener impacto sobre el procedimiento público tradicional, por ejemplo produciendo la extinción de la acción penal. No obstante, sancionar también puede ser un efecto paralelo de la justicia restaurativa, imponiéndose sanciones que no necesariamente deban implicar la privación de libertad.

En la justicia penal juvenil hay dos momentos: el de la decisión que, como en toda función jurisdiccional, mira el pasado; y otro momento que mira el futuro y que tiende a la reinserción del joven infractor y, consecuentemente, a la pacificación social (aunque de hecho, con los métodos tradicionales, no lo logra). La política correcta es comprender un sistema que balancee y coordine las alternativas de manera aceptable.

Lejos de ser opuestas, ambas justicias (la restaurativa y la retributiva) son compatibles. La justicia restaurativa será mejor entendida si no se la ve como una alternativa a la retribución sino como un marco conceptual que captura elementos de la retribución y de la rehabilitación, al que le agrega su particular sello restaurador (4).

### III. Sobre la necesidad de implementar instancias restaurativas

El sistema penal estatal que solo tiene como fin la aplicación de una pena genera la desper-

---

(2) *Ibidem*, p. 155.

(3) *Ibidem*, p. 169; PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, "Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura a una nueva vida?", Ed. Comares, Granada, 1999, p. 3.

(4) KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 266.



sonalización del conflicto e incluso incrementa el resentimiento y el enfrentamiento interpersonal entre autor, víctima y comunidad.

Sostiene Baumann que la idea clave es la re-personalización del sistema penal: la víctima precisa obtener del autor no solo una reparación material, sino también, y fundamentalmente, arrepentimiento, reconciliación, satisfacción; y el autor necesita justamente lo mismo para su propia resocialización (5).

El delito expresa la negación del derecho, pero no constituye solamente eso, sino que también se trata de un conflicto interpersonal o social que debería ser superado.

Con el enjuiciamiento, la condena y la pena no se alcanza la plena solución del conflicto puesto que no se restaura la dimensión interpersonal o social afectada.

Entonces, surge clara la necesidad de un procedimiento alternativo y complementario, dentro del sistema penal, para sanar el conflicto humano generado por el delito.

El derecho procesal penal canaliza el conflicto entre el autor, por un lado, y la víctima y la sociedad, por el otro, de un modo que tiende a producir distancia. Esta distancia es justo lo contrario al acercamiento necesario para hacer posible la reconciliación.

Por lo tanto, es preciso proponer que la intervención del derecho penal estatal se reduzca al mínimo imprescindible para el restablecimiento del derecho y de la subjetividad jurídica de la víctima. De este modo, será inferior la distancia generada entre el autor y la víctima, obstaculizando lo menos posible la reconciliación (6).

En este sentido, Robinson sostiene que es necesaria la sustitución de la pena de prisión por otras (multas, servicios a la comunidad, arresto domiciliario, etc.) que, siendo compa-

tibles con la justicia, no dificulten la reconciliación (7).

El objetivo de la justicia restaurativa es la superación del delito como fenómeno interpersonal o social mediante la restauración de la comunicación.

La comunicación debe partir de un reconocimiento del hecho, pero no como hecho empírico, sino como comportamiento responsable defectuoso-lesivo. Solo cuando se habla del hecho en esos términos y el ofensor solicita el perdón por él, cabe que continúe la vida, pese a que el hecho subsista: se abre la vía de la superación del hecho. Para conseguir esta superación también se requiere que la víctima otorgue voluntariamente el perdón y que intente superar las emociones que en ella generó el hecho (8).

La reparación del autor a la víctima es el punto de partida de una transformación más profunda de las relaciones sociales en juego. Esta perspectiva reconoce la confluencia de varios principios desde que la reparación intenta, al mismo tiempo, recuperar el papel de la víctima en el proceso, configurar la función pacificadora del derecho penal y resocializar al ofensor.

Se trata de un concepto amplio de reparación —como se afirmó en los párrafos precedentes— que atiende no solo al resultado sino a todo el proceso. Comprende la reparación material (devolver lo robado, volver las cosas al estado anterior a la destrucción, etc.), pero también curar la aflicción producida a la víctima: muchas veces, para ella la conciencia de la responsabilidad seguida de una demostración de arrepentimiento sincero de parte del autor es de gran importancia. La simple participación en una reunión restaurativa le da la ocasión de comunicarse directamente con el autor.

Una reunión bien organizada debería llevar a determinar las causas del delito y a identificar los medios existentes en la comunidad útiles para la rehabilitación o el tratamiento del autor. En el mejor de los casos, debería restaurar la re-

(5) BAUMANN, citado en SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., "Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal", Ed. Atelier, Barcelona, 2018, p. 216, nota 586.

(6) SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 228.

(7) ROBINSON, citado en SILVA SÁNCHEZ, ob. cit. p. 232, nota 649.

(8) SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 239-240.

lación del autor con su familia, la víctima (que se convierte en una persona conocida, digna de respeto, en lugar de ser una fuente desconocida de los beneficios del crimen) y la comunidad (que expresa su disconformidad con los problemas generados por el delito).

De este modo, el hecho punible queda superado, no solo en su dimensión jurídico-penal, sino también en la dimensión existencial. No es solo la norma la que queda restablecida, sino la totalidad de la relación interpersonal o social.

Como señala Kaufmann, el ser humano que experimenta el dolor de la culpabilidad, necesita la expiación, la reconciliación. Tiene que tener la posibilidad de hacer las paces consigo mismo y con la comunidad. Es inhumano vetarle tal posibilidad, dejarlo a solas con su culpabilidad (9).

Entiende Schmidt que un Estado social tiene que favorecer las condiciones de superación del hecho delictivo por la víctima y también el autor. El ofensor necesita ayuda (y no obstáculos) para la superación personal del hecho (10).

El Estado no puede coaccionar al arrepentimiento real, la disculpa o el perdón, solo puede, con medios jurídicos, crear y asegurar espacios de libertad, no prohibiendo las correspondientes formas de superación y generando las condiciones marco para su salvaguarda.

La reconciliación no puede ser objeto de la coacción del Estado; sin embargo, la creación de las condiciones que la hagan posible significa la manifestación de un Estado de derecho que se compromete con la libertad real de las personas.

#### **IV. Sobre la posibilidad de implementar instancias restaurativas**

En el caso de los jóvenes imputables que aún no han alcanzado la mayoría de edad y que incurrir en comportamientos ilícitos, es necesari-

---

(9) KAUFMANN, citado en SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 239, nota 673.

(10) SCHMIDT, citado en SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 232, nota 650 y p. 239, nota 674.

rio reconocer que tienen una culpabilidad disminuida, por su condición de personas en proceso de desarrollo. Por ello, la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias de hecho, respecto de un adulto.

La consideración de que al momento del hecho los adolescentes imputables no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, resulta obligatoria por aplicación del art. 40, inc. 1º, de la de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Una vez afirmada la culpabilidad, a la hora de decidir acerca de la pena a imponer, el ordenamiento internacional dispone que toda pena esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social del condenado, lo que exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial.

Entonces, en el caso de los adolescentes que, como consecuencia de la fase evolutiva en que se encuentran, tienen una culpabilidad distinta a la de las personas adultas, el deber de fundamentar la necesidad de pena, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, es mucho más restrictivo.

Se trata de considerar, con independencia de la gravedad del hecho cometido, las circunstancias personales y familiares del joven infractor, así como sus intereses y habilidades, con el objeto de minimizar los efectos estigmatizantes de la intervención punitiva y de evitar interferencias en el desarrollo autónomo de la personalidad del joven, así como en la construcción de su identidad. Además, el Estado debe promover la superación existencial del conflicto, generando los espacios para la reconciliación.

Para cumplir ese mandato, es necesario contar con legislaciones internas que regulen un sistema de responsabilidad penal juvenil acorde con los estándares internacionales en la materia y que se diferencie del sistema penal previsto para los adultos.

En el caso argentino, el Régimen Penal de la Minoridad hoy vigente, establecido en la

ley 22.278 (11) y sus modificatorias, no incluye herramientas que habiliten al sistema de justicia a efectuar un abordaje sistémico, integral e interdisciplinario que fomente la responsabilización del joven que ha cometido una infracción penal.

En marzo de 2019 el Poder Ejecutivo Nacional ha presentado ante el Congreso de la Nación un proyecto de ley tendiente a modificar el régimen actual, que promueve la integración y reconciliación social del joven infractor (12).

En el proyecto se recepta la necesidad de abordar la reforma al sistema de responsabilidad penal juvenil desde un enfoque restaurativo, en tanto que ello implica una forma de recomposición de la armonía social vulnerada por el hecho ilícito, mediante la participación del joven en conflicto con la ley penal, las víctimas y la comunidad afectada, en búsqueda de lograr la inserción social y prevenir la reiteración delictiva.

En este sentido, en el capítulo en el que se regulan las sanciones se prevé la aplicación de sanciones socioeducativas (13) y disciplinarias (14), como primera opción, y se reservan las sanciones privativas de libertad como última instancia y con carácter de excepcionales. Según el texto del proyecto, las penas de encierro solo podrían imponerse frente a la comisión

de delitos graves y cuando las sanciones socio-educativas y disciplinarias no resultaren adecuadas para los fines de la ley o hubieren fracasado con anterioridad por razones imputables al adolescente.

En el proyecto de ley, al hacerse referencia a los principios rectores del sistema de responsabilidad penal juvenil, se menciona la finalidad de *fomentar en el adolescente el sentido de la responsabilidad por sus actos y procurar su integración social*. Con ese objetivo, se incorporan los institutos de mediación, conciliación y suspensión del proceso a prueba y la posibilidad de alcanzar acuerdos restaurativos.

La aplicación de instancias restaurativas se regula de la siguiente manera:

“Art. 16. Causales de extinción de la acción. De conformidad con lo previsto en esta ley y en las leyes procesales correspondientes, la acción penal respecto de los adolescentes se extinguirá por: [...] e) el cumplimiento de los acuerdos celebrados en el marco de una mediación, conciliación o acuerdos restaurativos”.

“Art. 22. Acuerdos restaurativos. En cualquier etapa del proceso con anterioridad al dictado de la sentencia, la víctima, el adolescente imputado, la dependencia estatal o la comunidad afectada, podrán proponer al juez y al fiscal instancias de diálogo grupales, con el objeto de solucionar la controversia motivo del delito denunciado y lograr un acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas”.

“Art. 26. Plazos y cumplimiento. El acuerdo restaurativo implicará la suspensión de las actuaciones y del plazo de prescripción de la acción penal, que subsistirá hasta el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por el adolescente imputado. Si el adolescente cumpliera con las obligaciones asumidas durante el plazo establecido, se extinguirá la acción penal a su respecto. Si se verificare el incumplimiento injustificado por parte del adolescente de las condiciones impuestas, el juez podrá disponer que no se compute el tiempo que hubiere durado ese incumplimiento o que se continúe con la tramitación del proceso y se reanuden los plazos suspendidos”.

(11) El dec.-ley 22.278 fue promulgado y sancionado en el año 1980, momento en que el poder se encontraba en manos de la última dictadura cívico-militar.

(12) Texto completo del proyecto de ley disponible en el sitio web de la Cámara de Diputados de la Nación: [https://www.hcdn.gob.ar/prensa/noticias/noticias-podio/noticias\\_0912.html](https://www.hcdn.gob.ar/prensa/noticias/noticias-podio/noticias_0912.html).

(13) Tales como asistencia a programas educativos, de formación ciudadana o de capacitación laboral; participación en programas deportivos, recreativos o culturales; concurrencia a los servicios de salud acorde a su edad; participación en un tratamiento médico o psicológico (art. 29 del documento).

(14) Tales como amonestación; prohibición de conducción de vehículos; resarcimiento del daño causado; prohibición o limitación de residencia; abstención de concurrir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos o de relacionarse con determinadas personas; abstención de uso de estupefacientes o de abuso de bebidas alcohólicas; prestación de servicios a la comunidad (art. 36 del documento).

Con la reforma legislativa que se propone, se busca alcanzar la organización de una justicia especializada con un enfoque interdisciplinario, estableciendo institutos jurídicos que —en algunos supuestos, considerando las circunstancias del hecho, la reparación del daño y la opinión de la víctima— permitan prescindir del ejercicio de la acción penal, incorporando al joven infractor a programas comunitarios, entendidos como planes de promoción de los derechos de los adolescentes brindados en forma articulada por organismos gubernamentales descentralizados y organismos sociales.

Para la implementación de instancias restaurativas de resolución de conflictos con la víctima y la comunidad afectada, se prevé la existencia de equipos interdisciplinarios (15) que mantengan entrevistas con los involucrados y sean parte en el acompañamiento y la derivación del caso a acuerdos restaurativos, para realizar un abordaje de responsabilidad subjetiva que permita reparar los daños generados.

Entonces, en cuanto a la pregunta inicial de si es posible integrar la justicia restaurativa al sistema de justicia tradicional, el proyecto de ley da cuenta de que sí lo es: ambas justicias pueden convivir.

## V. Reflexiones finales

En la mayoría de los casos, la ejecución de una pena de prisión agrava el conflicto interpersonal entre el autor, la víctima y la comunidad. La justicia restaurativa tiene como valor positivo ético-social que abre oportunidades para distintas respuestas sociales al delito, brindando mayor reparación a la víctima, más paz y seguridad social a la comunidad y más oportunidades de reinserción al ofensor (16).

El Estado argentino debe ajustar su marco legal a los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil y sancionar un sistema de responsabilidad penal para personas meno-

res de edad acorde a los principios establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales de derechos humanos que han obtenido jerarquía constitucional en virtud del inc. 22 del art. 75 de la CN.

Los mecanismos de reconciliación son necesarios y el Estado debe favorecer las condiciones de superación del hecho delictivo.

En palabras de Silva Sánchez, “el Estado tiene que promover las vías para el restablecimiento de la libertad real de la víctima, del autor y del resto de la sociedad tras la producción del delito y ello no puede conseguirse solo mediante la dimensión punitiva” (17).

La decisión de delinquir se halla condicionada por distintos factores naturales y sociales. Algunos de ellos pueden ser atribuidos a la configuración del Estado o de la sociedad. El delito no es meramente un hecho individual por el cual debe responder de un modo exclusivo su autor para repararlo en cuanto sea posible, también es un hecho social que denota defectos y desequilibrios en la estructura de la sociedad donde se produce. Si la sociedad y el Estado se reputan corresponsables, en mayor o menor medida, del estado de cosas generado por el delito, parece razonable que pongan los medios para su superación. Ello trasciende el ejercicio del *ius puniendi*, puesto que una sociedad corresponsable no puede ser solo una sociedad punitiva y parece especialmente obligada una posición favorecedora de la reconciliación (18).

La reforma del sistema de responsabilidad penal juvenil que se propone mediante el proyecto de ley comentado se hace eco de la necesidad de implementar instancias restaurativas de resolución de los conflictos generados por el delito e impone al Estado la obligación de hacerse cargo de llevar adelante esa tarea, sin desconocer que se requiere la reflexión conjunta de todos los sectores involucrados y la creación de la correspondiente infraestructura.

Un nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil, que permita la reparación y la recon-

---

(15) Equipos interdisciplinarios integrados por profesionales con formación académica en alguna de las siguientes especialidades: pedagogía infanto-juvenil, psicología, medicina, trabajo social, sociología, entre otras, con capacitación en el área de justicia restaurativa.

(16) KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit., p. 169.

(17) SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 223.

(18) SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 236-237.

ciliación, es posible; solo hace falta la decisión política y social de ponerlo en práctica.

#### **VI. Bibliografía complementaria**

BELOFF, Mary, “¿Qué hacer con la justicia juvenil?”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.

BELOFF, Mary, “Nuevos problemas de la justicia juvenil”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.

DAVID, Pedro R., “Sociología Criminal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2003.

FELLINI, Zulita, “Mediación penal: Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2002.

TERRAGNI, Martiniano, “Proceso Penal juvenil: Práctica y jurisprudencia”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015.

# Anistia no Estado de Direito: entre Justiça de Transição e Direito Penal Internacional

POR RENATA DA SILVA ATHAYDE BARBOSA<sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. Introdução.— II. Anistia e Justiça de transição: sob o paradigma da paz.— III. Anistia e Direito Penal Internacional: sob o paradigma da justiça criminal.— IV. Anistia e Estado de Direito. Reflexões e proposições.**

## I. Introdução

Anistia significa, em sentido lato, “perdão geral”<sup>(1)</sup>. No âmbito do direito, a anistia está ligada ao perdão concedido por quem tem autoridade para tanto, portanto, na maior parte das vezes alguma vertente do poder Estatal. Para o direito penal, seja ele doméstico ou internacional, estará ligada ao desempenho, futuro, presente ou passado, da persecução penal e possível aplicação das consequências penais. Já sob a perspectiva da Justiça de Transição, anistia está ligada a reconciliação e uma forma de pacto pela paz. Assim o Estado, aplicador do Direito, perdoa o indivíduo que cometer crimes. É sobre esta relação entre Estado, indivíduo e o esquecimento de crimes que este *paper* versará.

Se, de um lado, tanto as Cortes Internacionais de direitos humanos <sup>(2)</sup> quanto o Tribunal Penal Internacional <sup>(3)</sup> criticam a concessão

de anistia, principalmente as chamadas autoanistias <sup>(4)</sup>, de outro, países como Brasil e África do Sul continuam a sustentar seus processos de anistia, fazendo aparentemente de algumas anistias mais aceitáveis do que outras para a comunidade internacional.

No Brasil, a lei 6683/79 concedeu anistia aos que cometeram crimes políticos <sup>(5)</sup> dentro de

de que anistia domésticas não vinculam outros além do próprio Estado. Embora haja quem conteste o grau de vinculação que essas obrigações trazem ao Estado, não se pode negar o fato de que ao ficar inerte sobre crimes cometidos por nacionais ou no território de Estados Partes do Estatuto do TPI, o Estado poderia levar o TPI a exercer seus poderes para processar o próprio infrator. Uma anistia nacional não vincula o TPI nem seu promotor. CRYER *et al.*, “Introduction to International Criminal Law and Procedure”, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010, E-book, ps. 566-567. No caso da Uganda, o à época promotor O Campo adotou uma postura no sentido de ignorar a anistia, não obstante existisse a possibilidade de avaliar a situação nos “interesses de justiça” e se abster de investigar. Este também foi o approach adotado pela Corte Especial para Serra Leão entender legítima a negativa da ONU de reconhecer a anistia contida no Acordo de Paz de Lomé para garantir sua jurisdição sobre os crimes internacionais ocorridos naquela ocasião

<sup>(4)</sup> As anistias em branco ou autoanistias são incondicionadas, geralmente concedidas pelos próprios regimes para evitar a responsabilidade de seus participantes, e colocada. Nelas a reconciliação é feita às custas das vítimas que acabam por ter negado seu direito a verdade e justamente por isso tantas delas levaram suas demandas às Cortes de direitos humanos.

<sup>(5)</sup> Art. 1º: É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Admi-

<sup>(\*)</sup> Doutoranda em Direito Penal na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, UERJ; Bolsista CAPES doutorado sanduíche na Universidade de Maastricht, Holanda. Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.

<sup>(1)</sup> BUENO, Silveira, “Minidicionário da língua portuguesa”, Ed. FTD, 2000, São Paulo, p. 65.

<sup>(2)</sup> Na Corte Interamericana, Caso Martínez Coronado v. Guatemala, Barrios Altos v. Peru, Loayza Tamayo v. Peru; Almonacid Arellano e outros v. Chile, Velásquez Rodríguez v. Honduras; Ould Dah v. França na Corte Europeia de Direitos Humanos, que entendeu que as anistias para tortura são geralmente incompatíveis com a proibição internacional desse crime.

<sup>(3)</sup> Até hoje não houve manifestação da Corte Internacional sobre o tema, contudo, a construção tem se dado no sentido de não admitir anistias em branco, que são proibidas pelo direito internacional costumeiro, ou



um marco temporal, o que excluiu pessoas já condenadas por certos crimes e englobou na anistia tanto opositores quanto pertencentes ao Estado. No ano de 2010 a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) entrou com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 questionando a validade da lei frente a constituição de 1988, que foi negada pelo Supremo Tribunal Federal. Em seguida, o Brasil foi condenado no bojo do caso Gomes Lund em 2011, e, mais recentemente em 2018, no caso Vladimir Herzog, em ambas hipóteses por não ter revisto seu processo de anistia, agindo em desconformidade com os compromissos internacionais assumidos.

O ponto comum que se põe em todas as esferas, seja ela da Transição ou do Direito Penal Internacional, é como este “esquecimento” impacta cada uma delas. Se a anistia reforça a reconciliação ou o senso de Justiça; e mais, qual o papel que ela representa no (re)estabelecimento do Estado de Direito posterior; sob cada uma destas perspectivas. Estas são as questões tratadas nos próximos parágrafos.

Para tratar de tais questionamentos, este trabalho será dividido em três partes, adotando uma perspectiva dialética. A primeira parte trata da anistia sob a perspectiva do direito penal nacional e internacional, a segunda trata da Justiça de Transição, apontando os argumentos que reforçam sua concessão e explicam uma eventual tolerância. Por fim, busca-se analisar como a anistia se compatibiliza com o Estado de Direito resultante da Transição. Sem a pretensão de oferecer respostas definitivas, mas de consolidar as últimas tendências em termos

nistração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º: Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2º: Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. § 3º: Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º.

anistia, este trabalho relaciona a trajetória da anistia brasileira, principalmente por ser um dos poucos processos (6) na América Latina que não foi revisto.

## II. Anistia e Justiça de transição: sob o paradigma da paz

Na segunda fase da genealogia da Justiça de Transição (7), anistia surge como um dos fortes mecanismos da Justiça de Transição (8). Segundo Mallinder (9), desde 1945 até 2005 é possível notar uma crescente tendência de aplicar anistias, com foco em dois picos neste crescimento nos arredores de 1980 e de 2005. Outra noção importante é a de que as anistias não estão concentradas em certas regiões do globo, mas estão espalhadas, sendo os maiores números provenientes de África Subsaariana e Europa e Ásia Central (10).

Ela está, por vezes, acompanhada pelas comissões da verdade incluída no viés que entende que os mecanismos de *accountability* do Estado e reconciliação típicos da Justiça de Transição, não consistem somente em instrumentos, mas em práticas discursivas (11). Neste sentido, cabe a reflexão de Grossi (12), que critica a narrativa de história simplista e mítica.

(6) “[...] the past amnesty law in Suriname has also not been eroded and instead, was expanded in April 2012 to ensure that its scope extended to crimes against humanity” MALLINDER, Louise, “The end of amnesty or regional over-reach? Interpreting the erosion of South America’s amnesty laws”, disponível em: <http://uir.ulster.ac.uk/35150/>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

(7) TEITEL, Ruti, “Human rights in Transition: Transitional Justice Genealogy”, *Globalizing Transitional Justice: Contemporary Essays*, Ed. Oxford Press, Nova York, 2014.

(8) TEITEL, Ruti, “Transitional Justice”, Ed. Oxford Press, Nova York, 2002, p. 52.

(9) MALLINDER, Louise, “Amnesty, Human Rights and Political Transitions Bridging the Peace and Justice Divide”, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 19.

(10) *Ibidem*, p. 21.

(11) MILLER, Zinaida, “Effects of invisibility: in search of ‘economic’ in Transitional Justice”, disponível em: <http://ijtj.oxfordjournals.org/>. Acesso em: 12 de abril de 2018, p. 280.

(12) GROSSI, Paolo, “Mitologias jurídicas da modernidade”, tradução Arno Dal Ri Junior, Ed. Fundação Boiteux, São Paulo, 2004, ps. 58-60.

Uma situação de conflito e/ou regimes autoritários não pode ser marcada por simplificação e uma narrativa linear a fim de possibilitar sua melhor compreensão, sob pena de não se oferecer reais soluções a ele. Assim, reduzir a narrativa da Justiça de Transição a uma compreensão de direitos humanos que leve ao esquecimento consiste em uma solução paliativa.

A justiça criminal aparece novamente na segunda fase da Justiça de Transição levantando uma indagação acerca da sua legitimidade para reerguer o Estado de Direito. Nesta fase, a modernização e o Estado de Direito foram equiparados a julgamentos pelo Estado-nação para legitimar o regime sucessor e promover a construção da nação. Isso não implica um alijamento completo das normas, que foram usadas para construir uma percepção de continuidade e consistência do Estado de Direito (13).

Na segunda fase os dilemas tradicionais entre punição e anistia foram complicados por dilemas inerentes a período de intenso fluxo político, como retroatividade da lei, persecuções seletivas, Judiciário comprometido/parcial. Nela não havia apego a um Estado ideal de Direito onde o objetivo fosse constituir legitimidade para uma aderência prática ao real Estado de Direito, em verdade, a Justiça de Transição da segunda fase adota uma concepção de justiça bem mais imperfeita e parcial. Aquilo que era justo em circunstâncias políticas extraordinárias seria determinado pela própria transição, cujas múltiplas concepções surgiram na segunda fase (14).

A viabilidade do alcance da justiça e sua habilidade de contribuir para o Estado de Direito de Transição depende da escala de prioridade em apurar os erros cometidos, bem como se eles eram sistemáticos ou chancelados pelo Estado. Nas democracias emergentes, numa situação em que a imposição do Estado de Direito pode trazer os dilemas mencionados acima, as contradições envolvendo sua aplicação poderiam tomar grandes proporções (15), enfraquecendo a Transição.

---

(13) TEITEL, Ruti, ob. cit., p. 54.

(14) *Ibidem*, p. 55.

(15) *Ibidem*.

O modelo central desta fase é conhecido como restaurativo, logo a sua principal proposta era construir uma alternativa histórica para os abusos do passado. A dicotomia entre verdade e justiça, então, emerge. Em razão dessa dicotomia os julgamentos ficam de lado, focando num novo mecanismo institucional, que é a comissão da verdade (16). O atrativo deste recurso é oferecer uma perspectiva histórica mais ampla, ao invés de focar em persecuções pontuais. Este modelo ficou mais popular na América Latina, onde o regime tinha como foco o desaparecimento de pessoas e omissão de informação, ao contrário do Leste Europeu, onde a melhor estratégia para os regimes sucessores era revelar o que acontecera (17).

Vale mencionar neste ponto a crítica segundo a qual a impunidade, inclusive a institucionalizada, protege os autores das violações de direitos humanos, enquanto a demanda por transparência das vítimas resta ignorada. Bassiouni (18) destaca que é mais frequente do que parece sacrificar a justiça pelas atrocidades do passado em nome do expediente político, como um meio de negociar o fim de um conflito. De outro lado, também aduz que um dos papéis da Justiça de transição consiste em demonstrar a complementaridade entre conceitos como paz e justiça, não havendo uma necessária escolha entre estabilidade política combinada com uma investigação falha de atrocidades do passado, e instabilidade combinada com justiça e reconciliação.

Outra crítica, sob a perspectiva histórica, Maria Rita Kehl (19), ao tratar da anistia “ampla,

---

(16) *Ibidem*, p. 57. Sob a visão genealógica, o objetivo primordial das Comissões da Verdade era garantir a paz, e não a justiça. Isso faz surgir uma questão acerca da relação entre paz e o futuro Estado de direito e democracia. De um lado pode-se dizer que a paz é um requisito necessário à democracia, de outro questiona-se se é possível paz num contexto não democrático.

(17) TEITEL, Ruti, ob. cit., p. 56.

(18) BASSIOUNI, Cherif, disponível em: [https://law.depaul.edu/about/centers-and-institutes/international-human-rights-law-institute/projects/Documents/chicago\\_principles.pdf](https://law.depaul.edu/about/centers-and-institutes/international-human-rights-law-institute/projects/Documents/chicago_principles.pdf). Acesso em: 25 de julho de 2019, ps. 1; 11.

(19) KEHL, Maria Rita, “Tortura e sintoma social”, em TELES, Edson - SAFATLER, Vladimir (org.), *O que resta da ditadura*, Ed. Boitempo, São Paulo, 2010, p. 124.

geral e irrestrita” no Brasil, explica sob o viés da psicologia o mesmo fenômeno. Para a autora, a anistia visa a produzir esquecimento, contudo, aos olhos da psicanálise, o esquecimento consciente produz o que se chama de recalque. Aplicando-se esta lógica a sociedade, implica dizer que este esquecimento continua gerando consequências, manifestando-se por meio de práticas e discursos que se automatizam. Assim, a reprodução assistemática de discursos (históricos) de Transição e reconciliação tende a gerar o que a autora se refere como recalque.

### III. Anistia e Direito Penal Internacional: sob o paradigma da justiça criminal

A dificuldade em lidar com o status da anistia dentro do Direito Penal não é exclusividade da jurisdição doméstica. Desde a conferência de Roma em 1998, a discussão sobre o papel da anistia diante do Tribunal Penal Internacional (TPI) mostrou-se controversa, gerando uma discussão sobre o papel dos métodos alternativos de *accountability*.

O ponto das anistias do Direito Penal Internacional toca tanto a complementaridade quanto a garantia do *ne bis in idem*. No primeiro caso, pois o art. 17 (20) do Estatuto de Roma condi-

(20) 1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1o, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se: a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer; b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer; c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3o do artigo 20; d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal. 2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias: a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por

ciona o exercício de jurisdição do Tribunal a inércia do Estado responsável pela aplicação de sua jurisdição ao crime em tela ou ineficiência intencional, e o que seria questionável é se anistia configuraria ou não esta negativa de jurisdição. No segundo caso, a questão que surge é se a anistia configuraria o primeiro julgamento a fim de ensejar a garantia de *ne bis in idem*.

Numa posição mais formalista, comissões da verdade e reconciliação não se qualificam como cortes, nos termos do art. 20 do Estatuto de Roma, se contar que o procedimento diante de tais comissões, mesmo com um modelo judicial, não se adequa a exigência de “ser julgada”. Anistias em branco (21) concedidas sem formal investigação ou processo não impedem de forma alguma o TPI de exercer sua jurisdição (22).

Até hoje não houve manifestação da Corte Internacional sobre o tema, contudo, a construção tem se dado no sentido de não admitir anistias em branco, que são proibidas pelo di-

crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º; b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça; c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça; 3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

(21) Darryl as define como “anistias que são concedidas por um regime para seu próprio benefício (‘autoanistias’) tendo se destacado por sofrer particular crítica, já que parecem possibilitar aos regimes a proteção unilateral de si próprios quanto as consequências de suas próprias transgressões”. ROBINSON, Darryl, “Serving The Interests Of Justice Amnesties, Truth Commissions And International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, vol. 14, n. 3, 2003, ps. 481-505, p. 497.

(22) TALLGREN, Immi - CORACINI, Astrid Reisinger, “Article 20”, em AMBOS, Kai - TRIFFTERER, Otto, *The Rome Statute of International Criminal Court: A commentary*, Ed. Beck/Hart, Reino Unido, 2016, 3ª ed., p. 922.

reito internacional costumeiro (23), ou de que anistias domésticas não vinculam outros além do próprio Estado (24). Embora haja quem conteste o grau de vinculação que essas obrigações trazem ao Estado, não se pode negar o fato de que ao ficar inerte sobre crimes cometidos por nacionais ou no território de Estados Partes do Estatuto do TPI, o Estado poderia levar o TPI a exercer seus poderes para processar o próprio infrator. Uma anistia nacional não vincula o TPI nem seu promotor (25).

Contudo, tal argumento não é imune a críticas, uma vez que o Tribunal Penal Internacional e outros países que aplicam jurisdição universal para crimes contra a humanidade estão inertes, por exemplo, em relação a anistia Sul Africana. Assim parece que há certa tolerância em relação a anistia (26). De outro lado, há de se destacar que com tantos conflitos atuais, esperar que o Tribunal reveja anistia a despeito da complementaridade seria o equivalente a se falar em coleta de lixo seletiva em um contexto em que boa parte da população mundial não tem acesso a boas condições sanitárias (27), ou seja, questões mais urgentes e imediatas terão sempre prioridade. Logo, eventual reticência às anistias ocorridas não implica necessariamente

seu reconhecimento pelo Direito Penal Internacional.

Vale ressaltar que este é inclusive o entendimento das Cortes de Direitos Humanos, tanto na América Latina como na Europa, que vêm condenando países que não reviram suas leis de anistia por graves violações de direitos humanos. Os fundamentos passam pela violação dos seguintes direitos: direitos a um julgamento justo e garantias processuais das vítimas de crimes cometidos pelos agentes da repressão, (28) a proteção judicial das vítimas diretas dos crimes (29), o direito a integridade física e mental (30) em detrimento dos familiares da vítima direta e da pessoa executada (31).

Uma crítica frequentemente levantada tanto a Cortes de direitos humanos quanto a Tribunais Internacionais refere-se à necessidade de utilização das anistias a fim de apaziguar ânimos e possibilitar a transição que termina o conflito, o que por vezes corresponde à vontade de sociedades inteiras. Interpretações diversas poderiam significar uma visão impositiva acerca da proteção dos direitos humanos, principalmente advinda daqueles que não estão envolvidos no conflito.

---

(23) SCHABAS, William - EL ZEIDY, Mohamed, "Article 17", em AMBOS, Kai - TRIFFTERER, Otto, ob. cit., p. 807.

(24) Assim, a legislação de um Estado não limitaria o exercício da jurisdição de mais ninguém além da sua própria. O que também está ligado ao status conferido ao Direito internacional dentro do ordenamento jurídico doméstico. CRYER *et al.*, ob. cit., ps. 567-568.

(25) CRYER *et al.*, ob. cit., ps. 566-567. No caso da Uganda, o à época promotor O Campo adotou uma postura no sentido de ignorar a anistia, não obstante existisse a possibilidade de avaliar a situação nos "interesses de justiça" e se abster de investigar. Este também foi o approach adotado pela Corte Especial para Serra Leão entender legítima a negativa da ONU de reconhecer a anistia contida no Acordo de Paz de Lomé para garantir sua jurisdição sobre os crimes internacionais ocorridos naquela ocasião.

(26) SCHABAS, William - EL ZEIDY, Mohamed, ob. cit., p. 810.

(27) Dados de 2017 revelem que 4,5 bilhões de pessoas não têm acesso a saneamento seguro do mundo. <https://nacoesunidas.org/onu-45-bilhoes-de-pessoas-nao-dispoem-de-saneamento-seguro-no-mundo/>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

---

(28) Artigo 8, Convenção Americana de Direitos Humanos "Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

(29) Artigo 25, Convenção Americana de Direitos Humanos. "Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais".

(30) "Artigo 5. Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral". O artigo 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em combinação com o art. 1º do mesmo tratado.

(31) Ver itens 104 a 106 do Caso Gomes Lund *et alii* v. Brasil.

#### IV. Anistia e Estado de Direito. Reflexões e proposições

O que se busca ponderar, então, é em que medida a anistia propicia o fortalecimento do Estado de Direito perante estas duas perspectivas.

Em termos de persecução penal, a anistia parece trabalhar contra o fortalecimento do Estado de Direito. Institucionalmente não proporciona a revisão, mas o esquecimento do que o próprio aparato estatal —ainda que do regime prévio— gerou na sociedade. Esquecimento este que, como mencionado, produz neutralização e aceitação. Desta forma, anistias no modelo do que ocorreu no Brasil acabam por ser prejudiciais ao processo de Transição, uma vez que mantém o *status quo* de violência cometida pelo Estado.

Aqui não se ignora algumas variáveis das anistias, as condições que podem acompanhá-las e as comissões da verdade, ambas passam pela revelação da verdade e rediscussão do passado. O modelo de verdade abordado, principalmente pelas comissões merece algumas considerações, pois existe uma relação complicada entre Justiça de Transição, verdade e história. No discurso da Justiça de Transição, revisitar o passado é entendido como uma forma de seguir em frente, o que implica uma noção progressista de história. Por definição, as transições são momentos em que se vai criticar o passado a fim de reconstruir o presente e projetar o futuro, portanto, apresente um potencial para contra-histórias (32). Durante o pós-guerra fria, a produção histórica foi fundamental para construir a

(32) Essa noção progressista de história deve ser percebida com a devida reflexão, conquanto tal perspectiva costuma trazer um viés legitimador do presente. A partir do modelo evolucionista, o qual o acúmulo de conhecimento, sabedoria, gera sempre um aperfeiçoamento. Isso leva a encarar frequentemente o passado sob a perspectiva do que acabou de acontecer, o que faz com que se perca as virtualidades do desenvolvimento e não se reflita criticamente sobre o presente. Frequentemente, o modelo ocidental de organização acaba virando padrão de evolução sociopolítica. HESPANHA, Antonio Carlos,

identidade política do Estado e os sujeitos escolhidos para tanto poderiam ser múltiplos. Isso levou a indagação acerca de quem deveria escrever essa história, e, neste sentido, a segunda fase saiu de um projeto totalmente dependente do Estado para um em que este é praticamente alijado.

Desta forma, nos dizeres de Juan Mendez, “o cumprimento da obrigação de investigar, perseguir e punir atrocidades em massa é parte central de qualquer programa de transição. Neste sentido, a busca pela verdade, reparações e reformas institucionais não devem ser concebidas como ‘alternativas’ a persecução penal, mas como medidas não-judiciais para complementar e suplementar o inevitável alcance limitado das persecuções”. (Livre tradução) (33).

De outro lado, a simples persecução não necessariamente implica a reflexão sobre a verdade. A persecução penal pelo governo sucessor deve estar dentro do paradigma de devido processo e julgamento justo, que são também direitos humanos, evitando a lógica de justiça dos vencedores. A sua importância, ainda que relativizada pela capacidade de um processo de revelar a verdade, se deve a permitir que as respostas sejam oferecidas a vítimas através de um exercício e envolvimento do próprio Estado na mudança de perspectiva institucional.

Com esta análise não se pretende mostrar a persecução penal como única alternativa a anistia, uma vez que frequentemente o sistema Judiciário está corrompido, destruído e/ou baseado numa lógica de caça às bruxas do regime anterior. Porém, a crítica e reflexão ao papel da anistia como mecanismo para fortalecer o estado de Direito emergente do conflito é necessária a fim de oferecer alternativas.

“Cultura Jurídica europeia”, Ed. Boiteux, Florianópolis, 2005, ps. 31-33.

(33) MENDEZ, Juan E., “Constitutionalism and Transitional Justice”, em *The oxford handbook of comparative and constitutional Law*, Ed. Oxford press, Oxford, 2010, p. 1275.



# Política drogas brasileira, encarceramento materno e vitimização da infância

POR SARA TIRONI <sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. Introdução.— II. A política de drogas no Brasil.— III. O impacto da Lei de Drogas sobre a população de mulheres no cárcere.— IV. Encarceramento materno: Seus efeitos sobre as crianças de mães presas e sobre o Sistema de Proteção da Infância.— V. Considerações finais.— VI. Referências.**

## I. Introdução

O artigo introduz e analisa os efeitos não intencionais da atual Lei de Drogas brasileira (Lei 11.343/2006) na vitimização de crianças no Brasil, tendo em vista o crescente número de mães encarceradas desde a adoção da política em 2006.

Nas últimas décadas, o governo brasileiro consolidou o controle criminal como principal ferramenta para desencorajar o tráfico de drogas, contexto em que foi aprovada a atual Lei de Drogas, que endureceu penalidades relacionadas à conduta. Como resultado, relatórios oficiais, demonstram que houve um aumento sensível da população carcerária feminina e masculina no Brasil após dez anos da implementação da nova política. Apesar de o número total de homens presos por crimes relacionados à Lei de Drogas ter aumentado mais que a quantidade de mulheres encarceradas desde então, o aumento relevante no número de mulheres presas implica diferentes consequências sociais, sobretudo considerando que a maior parte delas eram cuidadoras primárias de crianças antes de serem presas.

O encarceramento de mães, mais especificamente, pode afetar significativamente as

crianças sob seus cuidados. O encarceramento parental, mas sobretudo o materno expõe tais crianças a riscos de sofrerem diversas consequências detrimenais, incluindo doenças mentais, problemas comportamentais, abuso de substâncias químicas, gravidez na adolescência, evasão escolar, desemprego e risco de experimentarem elas próprias o encarceramento (Lloyd, 2015; Levy-Pounds, 2010; Miller, 2006; Luke, 2002). Esses efeitos não intencionados, a seu turno, resultam em outros gastos para instituições públicas e agências de bem-estar.

Dessa forma, após apresentar avaliação de dados públicos disponíveis (DEPEN, 2017; DEPEN, 2018; IBGE, 2018), o trabalho discute os impactos do aprisionamento materno na vitimização de crianças levantados em outros contextos (Lloyd, 2015; Ormeño, 2013; Levy-Pounds, 2010; Miller, 2006; Luke, 2002), propondo com isso agenda de pesquisa que possa mensurar no Brasil o tamanho e qualidade dos efeitos levantados, que possam ser considerados para fins de revisão de políticas públicas.

## II. A política de drogas no Brasil

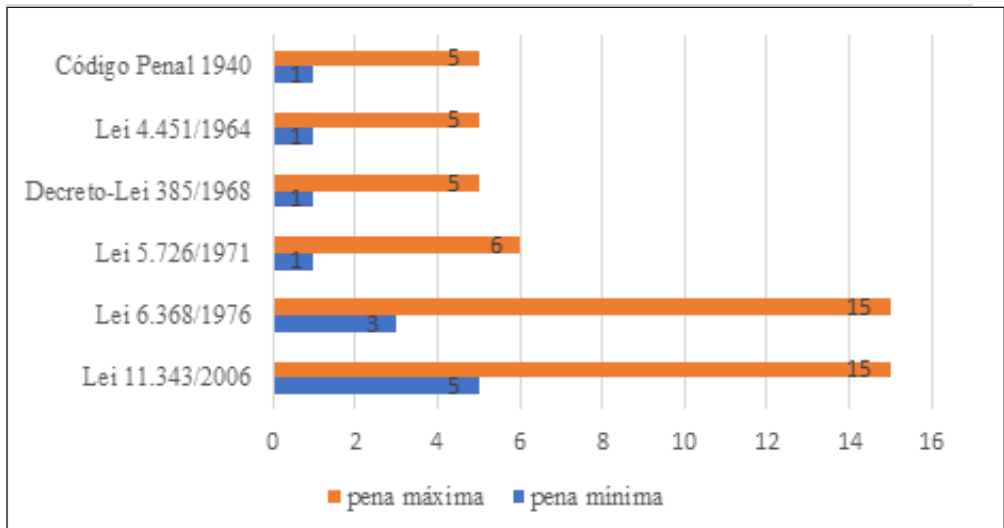
Influenciado pela agenda das Nações Unidas para combate ao tráfico e consumo de narcóticos e seguindo o paradigma proibicionista e punitivista norte-americano em sua *war on drugs* (Reynolds, 2008: 77-83), o governo brasileiro adotou o controle criminal como principal ferramenta para dissuadir o mercado de drogas, bem como para reduzir gastos com saúde pública decorrente do consumo e abuso de substâncias (Rodrigues, 2010: 30).

<sup>(\*)</sup> LL.M e M.A. em Análise Econômica do Direito pelas Universidades de Hamburgo e Vienna respectivamente (2018). Mestra em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2016). Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (2013).



Nesse contexto, desde o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei 2848/1940), diferentes medidas proibicionistas já foram adotadas (1), aumentando as penas máximas e mínimas de prisão para a pessoa condenada pelo crime. Isso se deu especialmente quando o discurso da “guerra às drogas” ganhou força internacionalmente, época em que a pena máxima para o crime de tráfico aumentou de seis anos para 15 (Lei n.º 6.368/1976). A atual Lei de Drogas, a seu turno, aumentou a pena mínima de três anos prevista na lei anterior para cinco, mantendo a máxima em 15, como se pode ver no gráfico abaixo:

Gráfico 1 - Evolução das penas (e manos de prisão) por tráfico de Drogas no Brasil desde 1940



Fonte: Boiteaux & Pádua, 2012: 71-101.

Para além disso, a nova lei estabeleceu novos tipos penais como financiamento do tráfico (artigo 36, pena de prisão entre oito e 20 anos) e apoio ao crime como informante (artigo 37, pena de dois a seis anos de prisão). Ainda, a pena de prisão para o usuário de drogas foi substituída por medida não privativa de liberdade (sem, contudo, ter-se dado uma definição precisa de quem seria considerado usuário). Ou seja, reforçou-se o foco da dissuasão do tráfico de drogas a partir do combate aos produtores, traficantes e outras atividades de apoio.

Se, por um lado, não é possível estimar se a atual Lei de Drogas de fato diminuiu o tamanho do mercado de drogas no Brasil, relatórios oficiais apontam que após dez anos da aprovação da medida, seu *enforcement* levou a um marcante aumento da população carcerária no país de 167%. Ademais, a porcentagem de pessoas condenadas por tráfico de drogas nas prisões era de 9,01% em 2005, antes da aprovação da nova lei, passando a ser 24,33% em 2016 (DEPEN, 2017; DEPEN 2018).

Boiteaux & Pádua (2012: 71-101) entendem que há pelo menos duas razões para tanto: pessoas condenadas por crimes ligados ao tráfico têm permanecido na prisão por mais tempo desde então

(1) Os Códigos anteriores de 1880, 1932 e 1938 também contavam com tipos penais relacionados à comercialização de drogas. Além disso, em 1932 medida específica foi aprovada (Decreto 22.930/1932) para controle de “substâncias tóxicas” (BOITEAUX - PÁDUA, 2012: 71-101).

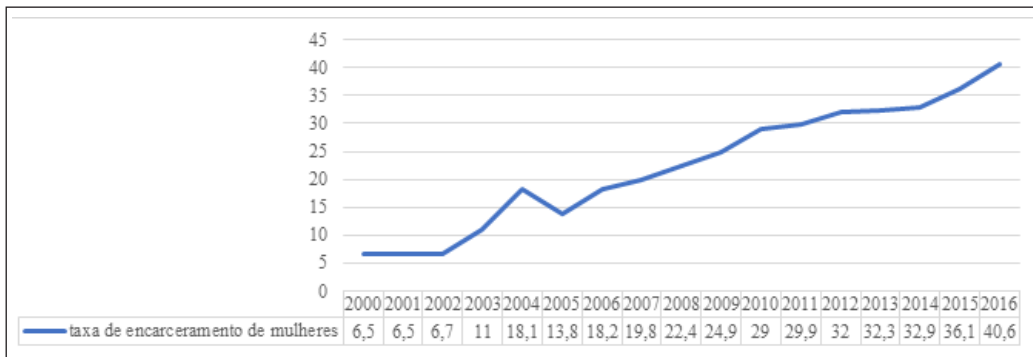
(dado o aumento da pena mínima) e, uma vez que a lei não trouxe uma definição precisa de quem seriam os “usuários de drogas”, muitos indivíduos com pequenas quantias de substâncias ilícitas para consumo próprio teriam sido encarceradas por crime de tráfico (DEPEN, 2018; Boiteaux & Pádua, 2012: 71-101; Grillo, Policarpo & Veríssimo: 2011).

### III. O impacto da Lei de Drogas sobre a população de mulheres no cárcere

O Brasil ocupa o quarto lugar no *ranking* mundial da população de mulheres presas. Em 2016, o sistema prisional brasileiro abrigava 42.355 mulheres, atrás apenas dos Estados Unidos (211.870), China (107.131) e Rússia (48.478). De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2018), a maioria das mulheres nos presídios do Brasil estavam, em 2016, presas por tráfico de drogas (62%), eram jovens (74% com menos de 29 anos), negras (62%), com baixo nível de escolaridade (apenas 3% tinham ensino médio completo), nem casadas nem vivendo em união estável com parceiros (68%), e mães (74%).

O aumento do número de mulheres presas por crimes relacionados ao tráfico de drogas é um fenômeno observado em diferentes países (UNODC, 2014: 103). Estatísticas oficiais registram a mesma tendência no Brasil. Apesar de não ser possível estimar com precisão a extensão dos impactos da nova Lei de Drogas no aumento da população de mulheres no cárcere, dados do DEPEN disponíveis indicam que o número cresceu de 2006 em diante, data em que a Lei foi aprovada:

Gráfico 2 – Evolução da taxa de encarceramento de mulheres no Brasil (2000-2016)

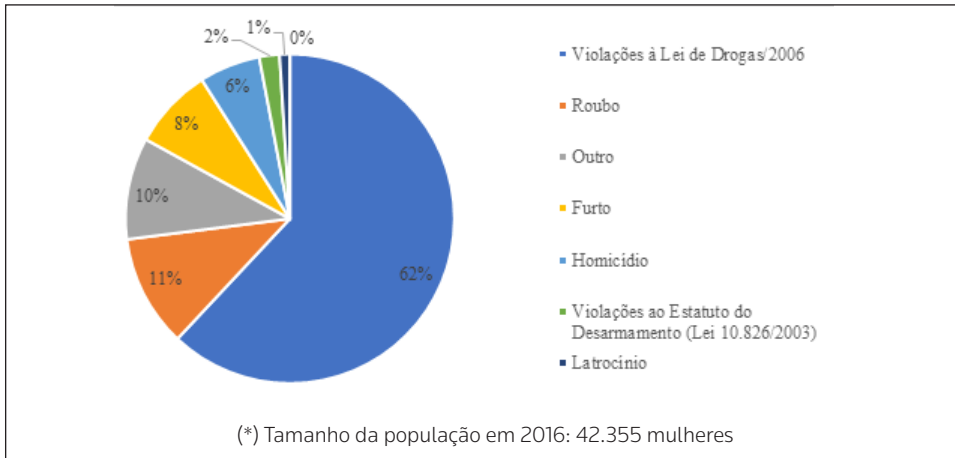


Fonte: DEPEN, 2018.

Com efeito, entre 2007 e 2016, o número de pessoas presas por crimes ligados ao tráfico aumentou em 167%, como mencionado anteriormente. Entre os homens, o número de presos nesta categoria cresceu em 170,41% nesse mesmo período, enquanto entre mulheres o número expandiu em 166,64%. Apesar de ter havido aumento mais significativo entre os homens, os dados do DEPEN (2018) mostram que crimes ligados ao tráfico são proporcionalmente mais relevantes na composição da população carcerária feminina. Dessa forma, em 2016, 62% das mulheres nos presídios haviam sido presas por crimes de drogas (DEPEN, 2018: 54). Em contraste, no mesmo ano, apenas 26% do total de homens presos tinham sido condenados por infrações relacionadas ao tráfico (DEPEN, 2017: 43).

O gráfico a seguir indica a proporção de mulheres nos presídios por violações à Lei de Drogas, em comparação com outros crimes.

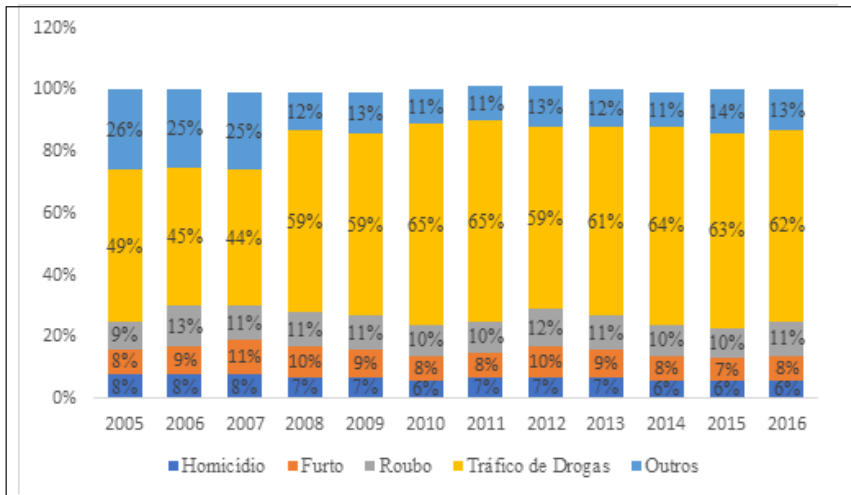
Gráfico 3 – Distribuição da população carcerária feminina (\*) por tipo de ofensa criminal cometida ou tentada (2016)



Fonte: DEPEN, 2018

A possível contribuição da Lei de Drogas de 2006 para o encarceramento de mulheres fica mais evidente quando considerada a evolução do número de mulheres nas prisões distribuído por tipo criminal cometido ou tentado. Como visto no gráfico abaixo, a porcentagem aumenta consideravelmente após 2007 (de 44% em 2006 para 59% em 2008). A proporção de mulheres nos presídios por outros crimes, a seu turno, diminuiu ou manteve-se relativamente estável no mesmo período (2):

Gráfico 4 – Evolução do número de mulheres presas distribuído por tipo criminal cometido ou tentado (2005-2016)



Fonte: DEPEN, 2018

(2) Não há dados disponíveis para os anos de 2000-2004.

#### **IV. Encarceramento materno: Seus efeitos sobre as crianças de mães presas e sobre o Sistema de Proteção da Infância**

O encarceramento massivo de mulheres levanta preocupação relevante sobre os efeitos de seu aprisionamento sobre a população infantil, já que, como apontado anteriormente, a maioria das mulheres presas no Brasil (74%) eram mães em 2016.

Encarceramento materno e paterno acarretam diferentes consequências para suas famílias, sobretudo para crianças sob sua custódia, uma vez que ainda é mais provável que a mulher seja a cuidadora primária. No caso brasileiro, dados do Relatório do DEPEN (2017) informaram que enquanto 74% das mulheres presas declararam ter crianças sob seus cuidados antes da prisão (3), apenas 46% dos homens deram a mesma declaração (4). Reforçam ainda essa consideração as estatísticas sobre a desigualdade de gênero no Brasil (IBGE, 2018: 1), as quais demonstram que, também em 2016, mulheres dedicavam cerca de oito horas a mais que os homens a trabalhos domésticos não-remunerados, incluindo cuidado de pessoas da família.

Não há atualmente no Brasil um sistema integrado de informações ou estudo compreensivo e sistemático que permita estimar quantas mães nos presídios foram condenadas por crimes de drogas, ou o número exato de crianças afetadas pelo encarceramento materno decorrente da lei de 2006. A princípio, assume-se que, sendo significativo o número de mães no sistema prisional brasileiro (74%) e, igualmente alto o número de mulheres cumprindo pela Lei de Drogas (62%), há coincidência relevante entre estas populações. Para reforçar a hipótese de a Lei de Drogas ter afetado o encarceramento materno mais especificamente, as seções seguintes apresentam estudos empíricos qualitativos no Brasil e em outros países que sugerem que (i) dentre grupos de mulheres presas, mães pobres estariam mais propensas a ver como ra-

cional a participação na economia das drogas para sustento de suas crianças, e (ii) mulheres e, principalmente, mães estariam mais expostas a serem detectadas e presas por crimes de drogas. Assim, o enrijecimento de sentenças não levaria à dissuasão dessas mulheres, mas aumentaria sua chance de encarceramento. Em seguida, são discutidas as consequências do encarceramento parental e, notadamente do encarceramento materno para vitimização de crianças, de modo a indicar possibilidades de avaliação da extensão e qualidade do problema no Brasil.

##### *IV.1. Crimes de drogas e encarceramento materno*

Resultados de entrevistas com amostragens pequenas de mulheres presas por crimes de drogas no Brasil e América Latina (Cortina, 2015; Barcinski, 2012; Valdez, 2014) registram as seguintes razões que impulsionaram as entrevistadas a se envolverem com o mercado de drogas: (a) necessidade de prover sustento material às crianças sob seus cuidados; (b) dificuldades em se colocarem no mercado formal de empregos; (c) o estabelecimento de laços afetivos com homens já engajados no tráfico.

As respostas em questão coincidem os resultados dos estudos de Ferraro & Moe (2003: 6), que conduziram entrevistas semelhantes nos Estados Unidos. Em sua pesquisa, mulheres indicaram sua situação econômica como a principal razão para o cometimento de crimes. Dentre as mulheres que participaram do estudo, o grupo que possuía a guarda de crianças declarou que os crimes cometidos permitiriam que elas escapassem da fome, da situação de rua, bem como de comportamentos violentos de homens enquanto cuidavam de suas crianças. Ainda, consideraram ser uma escolha “racional” e “responsável” participar em crimes não violentos (como assumir papéis secundários na estrutura do mercado de drogas, servindo como informantes, revendedoras de rua etc.) para atender às necessidades de suas crianças e superar os desafios da maternidade. Por contraste, mulheres que se envolveram no tráfico de drogas para sustentar seu próprio vício declararam arrependimento.

Assim, se por um lado a maternidade pode servir de catalizador e racional para que mu-

---

(3) Em amostra não representativa de 2.689 mulheres presas.

(4) Em amostra não representativa de 61.282 homens presos.

lheres pobres participem de atividades relacionadas ao tráfico, pesquisas apontam também que esta população pode também estar mais exposta a ser detectada e presa. A probabilidade está estreitamente conectada com sua posição de desvantagem na estrutura do mercado de drogas. Estudos nesse sentido demonstram que a divisão assimétrica do trabalho entre homens e mulheres está também presente na cadeia de produção e comercialização de entorpecentes. Nos Estados Unidos, Lenox (2011: 288) aponta que mulheres geralmente realizam trabalhos secundários nessa economia, como atender telefones, abrir portas, carregar contrabandos aos traficantes, ou servir de informantes e correio aos homens participantes do mesmo mercado. No âmbito da América Latina, Valdez (2014: 116-117) observa o mesmo cenário, registrando que as mulheres na região serão provavelmente encarregadas de fazer pequenos contrabandos de drogas ou dinheiro, bem como de cuidar de sua “lavagem”. No contexto brasileiro, a pesquisa de Cortina (2015: 767) indica que as principais responsabilidades das mulheres na economia das drogas compreendem cozinhar, limpar, embalagem, e venda de pequenas quantidades de drogas. Por conta disso, mulheres estão constantemente lidando com consumidores, pessoas nas ruas e autoridades públicas, aumentando sua chance de detecção.

Outro resultado da inserção secundária da mulher no mercado de drogas é o fato de que essa população não tem acesso a papéis em que poderiam ter acesso a informações sensíveis sobre o negócio e seus participantes. Assim, após serem detectadas, as mulheres não teriam poder de barganha suficiente ao tratar com autoridades. Além disso, elas são mais propensas a serem denunciadas por seus parceiros quanto estes se encontram nessa mesma situação (Lenox, 2011: 288).

Soma-se a isso o fato de que justamente por estarem mais propensas a serem primariamente responsáveis por crianças e outros membros da família, mães sem condições econômicas precisam lidar regularmente com entidades públicas, como escolas, hospitais e assistência social, aumentando ainda mais a chance de serem detectadas e reportadas às autoridades (Cortina, 2015, 767; Lenox, 2011: 289).

Em síntese: os estudos em questão indicam a possibilidade de o endurecimento da Lei de Drogas de 2006 não ter necessariamente levado a um efeito dissuasório entre mães pobres, mas aumentado sua chance de detecção e encarceramento.

#### *IV.2. Encarceramento materno e vitimização da infância*

Os estudos apontados acima reforçam a hipótese adotada neste trabalho de que a atual Lei de Drogas do Brasil teve impacto no número de mães presas, o que, por sua vez, implica diferentes consequências para suas crianças.

Nesse sentido, os mesmos dados do DEPEN (2018: 31-52) apontaram que, em 2018, mais de 5,5 mil crianças no Brasil foram afetadas pelo encarceramento materno em 2016 (5). Ademais, mais de 1,1 mil crianças, nesse ano, estavam detidas nas prisões com suas mães. 642 delas (ou seja, mais de 60% da população) havia nascido dentro dos presídios e, na época, já contavam com mais de 3 anos em 2016.

Crianças de pais e mães no sistema prisional são geralmente consideradas pela literatura especializada como vítimas “escondidas” ou “esquecidas” do crime. Além da falta de dados oficiais para determinar o tamanho da população e suas principais características, faltam estudos empíricos longitudinais e com amostragens significativas para mapear as consequências adversas do encarceramento parental sobre as crianças afetadas (Miller, 2006: 473; Seymour, 1998).

Diante da escassez de estudos em âmbito nacional, esta seção se vale de resultados de pesquisas feitas nos Estados Unidos sobre o tema que, até o momento, são mais numerosas e sistemáticas, ainda que também estejam em sua infância (Ormeño, 2013: 62). Ainda que Brasil e Estados Unidos sejam manifestamente diferentes em termos de estrutura social, cultura e dinâmicas familiares, estudos na área de Sociologia da Infância e *Develop-*

(5) Estimativa calculada com base na distribuição de filhos por mães nos presídios, a partir de respostas dadas por população não representativa de 2689 mulheres, dentre as 42.355 presas.

*mental Victimization* propõem que a infância é por si só uma forma particular de estrutura social, uma vez que seus membros possuem características semelhantes, marcadas por sua posição de dependência e vulnerabilidade em relação a adultos. Nessa perspectiva, a infância é uma categoria histórica e intercultural, o que permite comparar impactos do mesmo fenômeno em crianças de sociedades diversas e prever a possibilidade de reações e resultados similares em contextos diferentes (Qvortrup, 2011: 205-206; Finkelhor, 2007: 13-15). Assim, conclusões de pesquisas nos Estados Unidos considerando sua população infantil podem auxiliar uma compreensão preliminar de possíveis repercussões do encarceramento parental, notadamente do materno, no Brasil.

Nesse sentido, revisões da literatura disponível nos Estados Unidos (Lloyd, 2015; Levy-Pounds, 2010; Miller, 2006; Luke, 2002) reúnem pesquisas que identificaram diferentes riscos a crianças que podem ser diretamente associados à experiência do encarceramento parental. Esta pesquisa agrupou os riscos levantados em cinco grupos, detalhados a seguir: (i) riscos decorrentes da separação dos pais durante o encarceramento; (ii) riscos associados à colocação de crianças no sistema de acolhimento familiar ou institucional; (iii) riscos de enfrentar instabilidade familiar e fragilidade econômica; (iv) probabilidade de outros riscos ao longo da vida; e (v) probabilidade de encarceramento intergeracional.

IV.2.a. Riscos associados à colocação de crianças no sistema de acolhimento familiar ou institucional

Estudos qualitativos demonstraram que crianças separadas de seus pais em razão do encarceramento parental experimentam severo e duradouro rompimento em sua percepção de estabilidade, confiança, senso de pertencimento e mérito. Além disso, também experimentam desafios na formação de laços interpessoais e dificuldades na construção de confiança. Adicionalmente, o encarceramento parental também é associado a um comportamento mais agressivo, especialmente em casos de mães presas (Miller, 2006: 474; Lloyd, 2015: 118).

IV.2.b. Riscos associados à colocação de crianças no sistema de acolhimento familiar ou institucional

Crianças vulneráveis removidas e suas famílias originais passam por quebra na continuidade de seu cotidiano, já que precisam se adaptar a outras rotinas, regras e, por vezes, a uma comunidade e sistema de educação completamente distinto (Lloyd, 2015: 118-119).

O encarceramento de mães pode ter um impacto mais significativo para esse resultado: pesquisas apontaram que o encarceramento do pai, usualmente, tem como consequência tensões de menor extensão ou moderadas nas famílias, enquanto o aprisionamento da mãe leva a maiores conflitos em relação às alternativas de acolhimento para a criança e, ainda, a possibilidade de separação de irmãos. Ademais, pode trazer maiores desafios em relação às suas habilidades de se ajustarem a um novo ambiente e estrutura. Adicionalmente, quando pais precisam cumprir sentença por longos períodos as chances de reunião familiar são diminuídas (Miller, 2006: 474-475; Levy-Pounds, 2010: 368-369).

IV.2.c. Riscos de enfrentar instabilidade familiar e fragilidade econômica

Após a prisão dos pais, há o risco de que crianças já em situação econômica menos favorecida continuem em situação similar ou pior nos abrigos familiares ou institucionais (Miller, 2006: 475). Além disso, estudos também demonstraram que a instabilidade familiar decorrente do encarceramento parental é estatisticamente relevante mesmo quando a prisão acontece antes do nascimento da criança. Ainda, resultados de pesquisa apontam que tal fator pode contribuir para que a criança passe por situação de rua mesmo quando a criança e a família de origem já não moravam juntas. Ou seja, a mera experiência de ter os pais no sistema penitenciário já é deletéria para o desenvolvimento econômico e social da criança (Lloyd, 2015: 119).

IV.2.d. Probabilidade de outros riscos ao longo da vida

Crianças de pais no cárcere são mais tendentes a desenvolver problemas de saúde men-



tal, como estresse pós-traumático e depressão (Levy-Pounds, 2010: 370; Luke, 2002: 931). Comportamentos disruptivos e má-adaptação comportamental também podem ter espaço quando a criança experimenta traumas psicológicos e emocionais, como alheamento na escola, déficits na escola e evasão escolares, além de gravidez na adolescência e abuso de substâncias químicas (Miller, 2006: 477). Estudos consideraram que o impacto do encarceramento parental, nesse caso, era estatisticamente relevante, mesmo quando controlado o fator por outros vetores explanatórios, como pobreza (Lloyd, 2015: 120).

#### IV.2.e. Probabilidade de encarceramento intergeracional

Crianças de pais presos são mais propensas (até seis vezes mais que outras crianças) a terem comportamento agressivo (tendência observada de forma mais marcante entre crianças com mães na prisão), a se juntarem a grupos criminosos e a se envolverem em atividades delinquentes. Tal comportamento pode levá-las a terem experiências com o sistema de justiça criminal elas mesmas quando adultas. (Luke, 2002: 933; Miller, 2006: 478).

### V. Considerações finais

A pesquisa teve por fim reunir informações e literatura disponível para demonstrar tendências que possibilitem a discussão sobre os impactos da atual Política de Drogas brasileira para o encarceramento parental e suas consequências para a vitimização de um número significativo de crianças no Brasil. Tendo em conta os dados e estudos avaliados, foi possível concluir que

1) O aumento da taxa de encarceramento de mulheres foi mais acentuado e definitivo após 2006, ano em que a atual Lei de Drogas foi aprovada. Além disso, a proporção de mulheres no sistema prisional, condenadas por crimes relacionados ao tráfico também aumentou, sendo que condenações por crimes diversos permaneceram mais ou menos estáveis ou diminuíram;

2) A alta proporção de mães presas (74%) em 2016, bem como de mulheres presas por crimes relacionados ao tráfico de drogas (62%) sugere que pode haver uma sobreposição relevante entre ambas as populações. Ademais, estudos qualitativos apontam que os desafios da maternidade servem de catalizador para o envolvimento de mulheres pobres na economia dos narcóticos. Há ainda maior tendência de que tais mulheres sejam detectadas ou denunciadas e presas, tendo em vista sua maior exposição ao público e às autoridades em geral, e seu pequeno poder de barganha com autoridades quando presas. Assim, ao invés de dissuadir mães pobres de participarem da economia do tráfico, é possível que a atual Lei de Drogas tenha sido mais eficaz no aumento das taxas de encarceramento;

3) Pesquisas empíricas nos Estados Unidos demonstram que o aprisionamento de pais e, principalmente de mães acarreta diferentes e importantes riscos de vitimização infantil, como riscos de separação família e recolocação em abrigo familiar ou institucional; riscos de enfrentar situações econômicas desfavoráveis e instabilidade doméstica; probabilidade de as crianças afetadas enfrentarem problemas relacionados à sua saúde psicológica e emocional, dificuldades na escola, gravidez na adolescência e desemprego; além de grandes chances de terem experiências com o sistema prisional elas próprias.

Os dados e informações analisadas sugerem a possibilidade de a atual Lei de Drogas brasileira ter de fato contribuído para a vitimização infantil decorrente do aumento significativo da população carcerária no Brasil, sobretudo de mulheres desde então. Não obstante, são necessárias ainda outras investigações quantitativas e qualitativas para controlar variáveis que possam confirmar ou rejeitar a correlação (e.g., outras mudanças legislativas referentes a outros tipos penais na época, mudanças políticas e na situação socioeconômica no intervalo de tempo considerado, influência de outras políticas sociais implementadas etc.), e, sendo o caso, compreender a extensão do impacto. Além disso, as consequências do encarceramento parental, notadamente do aprisionamento materno para crianças se verificadas sistematicamente no Brasil devem possibilitar o levantamento

de custos ao sistema de proteção da infância, como gastos com procedimentos administrativos e judiciais para recolocação de crianças no sistema de acolhimento familiar ou institucional, construção e manutenção de espaços de apoio, gastos com saúde pública e educação, entre outros. Outras investigações nesse tema, são assim, essenciais para fins de revisão e proposição de políticas públicas eficientes para mitigação do problema.

## VI. Referências

- BARCINSKI, M. (2012), “Mulheres no tráfico de drogas: a criminalidade como estratégia de saída da invisibilidade social feminina”, *Contextos Clínicos*, 5[1], 52-61. Recuperado de <https://doi.org/10.4013/ctc.2012.51.06>. Acessado em 9 de agosto de 2018.
- BOITEAUX, L. - PÁUDUA, J. P. (2012), “La desproporción de la Ley de Drogas: los costes humanos y económicos de la actual política en Brasil”, em CORREA, C. P. (org.). *Justicia desmedida: Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*. Cidade de México: Fontamara.
- CORTINA, M. O. C. (2015), “Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista”, *Revista Estudos Feministas*, 23[3]. Recuperado de <http://www.redalyc.org/resumen.oa?id=38142136006>. Acessado em 9 de agosto de 2018.
- DEPEN (2017), “Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização — junho de 2016”, Brasília, Brasil: Departamento Penitenciário Nacional. Recuperado de [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf). Acessado em 9 de agosto de 2018.
- DEPEN (2018), “Levantamento nacional de informações penitenciárias, INFOPEN Mulheres”, Brasília, Brasil: Departamento Penitenciário Nacional. Recuperado de [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf). Acessado em 9 de agosto de 2018.
- FERRARO, K. J. - MOE, A. M. (2003), “Mothering, crime, and incarceration”, *Journal of Con-*
- temporary Ethnography*, 32[1], 9-40. Recuperado de <https://doi.org/10.1177/0891241602238937>. Acessado em 9 de agosto de 2018.
- FINKELHOR, D. (2007), “Developmental victimology: the comprehensive study of childhood victimizations”, em DAVIS, R. C. - LUIRIGIO, A. J., - HERMAN, S. (eds.), *Victims of crime*. Thousands Oaks, California: Sage Publications.
- GRILLO, C. C. - POLICARPO, F. - VERÍSSIMO, M. (2011), “A ‘dura’ e o ‘desenrolô’: efeitos práticos da nova lei de drogas no rio de janeiro”, *Revista de Sociologia e Política*, 19 [40]. Recuperado de <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31716>. Acessado em 9 de agosto de 2018.
- IBGE (2018), “Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil”, Brasília, Brasil: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Recuperado de <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=o-que-e>. Acessado em 9 de agosto de 2018.
- LENOX, M. L. (2011), “Neutralizing the Gendered Collateral Consequences of the War on Drugs Note”, *New York University Law Review*, 86, 280-315.
- LEVY-POUNDS, N. (2010), “Can These Bones Live - A Look at the Impacts of the War on Drugs on Poor African-American Children and Families”, *Hastings Race and Poverty Law Journal*, 7, 353-380.
- LLOYD, M. H. (2015), “The Forgotten Victims of the War on Drugs: An Analysis of U.S. Drug Policy and Reform From a Child Well-Being Perspective”, *Journal of Policy Practice*, 14 [2], 114-138. Recuperado de <https://doi.org/10.1080/15588742.2015.1004394>. Acessado em 9 de agosto de 2018.
- LUKE, K. P. (2002), “Mitigating the Ill Effects of Maternal Incarceration on Women in Prison and Their Children”, *Child Welfare*, 81[6], 929-948.
- MILLER, K. M. (2006), “The Impact of Parental Incarceration on Children: An Emerging Need for Effective Interventions”, *Child and Adoles-*

*cent Social Work Journal*, 23 [4], 472-486. Recuperado de <https://doi.org/10.1007/s10560-006-0065-6>. Acessado em 9 de agosto de 2018.

ORMEÑO, G. I. R. (2013), "Histórico familiar de mulheres encarceradas: fatores de risco e proteção para os filhos" (Tese de doutorado não publicada), Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, Brasil.

QVORTRUP, J. (2011), "Nine theses about 'childhood as a social phenomenon'", *Pro-Posições*, 22, 199-211. Recuperado de <https://doi.org/10.1590/S0103-73072011000100015>. Acessado em 9 de agosto de 2018.

REYNOLDS, M. (2008), "The war on drugs, prison building, and globalization: catalysts for

the global incarceration of women", *NWSA Journal* 20 [2]: 72-95.

SEYMOUR, C. (1998), "Children with parents in prison: child welfare policy, program and practice issues", *Child welfare*, 77 [5]: 469-493.

UNODC. (2014), "Handbook on women and imprisonment", United Nations Office on Drugs and Crime. Recuperado de <https://doi.org/10.18356/b4f63625-en>. Acessado em 9 de agosto de 2018.

VALDEZ, E. I. J. (2014), "Mujeres, narco y violencia: resultados de una guerra fallida", *Región y Sociedad*, 26[4], 101-128.

# A introjeção dos valores morais repressivos às liberdades pessoais na estruturação normativa dos crimes contra a vida

POR JÉSSICA R. SPONCHIADO<sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. Apontamentos sobre a lógica dialética.— II. Movimentos de Política Criminal, Estado e Sociedade.— III. A configuração social repressiva às liberdades pessoais e seu reflexo no âmbito dos crimes contra a vida.— IV. Conclusões.**

*Resumo:* Define-se como objeto a crítica à estruturação normativa dos crimes contra a vida, no contexto brasileiro. A pesquisa questionará, por meio do método dialético, a legitimidade das normas penais que reprimem a liberdade real do sujeito empírico sobre sua vida e seu corpo. A redefinição do plano político-criminal e das normas penais a partir da intimidação e contrária às liberdades pessoais se apresentam de maneira intensificada no cenário político atual, o qual demonstra uma forte resistência à superação do determinismo moral frente à estruturação normativa no campo penal. Será apresentada uma crítica à introjeção excessiva do campo moral às normas penais com a finalidade de manter a consciência individual vinculada a determinados valores sociais repressores à efetivação da liberdade. Ocorre que, na hipótese de assim o ser, a estruturação normativa carecerá de legitimidade. O estudo será dividido em três tópicos essenciais: 1. Explicação sobre o método dialético e sua aplicabilidade a este trabalho; 2. A vinculação entre Política Criminal, Estado e Sociedade. 3. O reflexo da configuração social repressora à efetivação das liberdades pessoais na estruturação normativa dos crimes contra a vida: a perda de legitimidade.

*Palavras-chave:* Vida humana; liberdade de vontade; configuração político-social; estruturação normativa.

## I. Apontamentos sobre a lógica dialética

O problema a ser questionado, por meio da lógica dialética, refere-se à falta de legitimidade da estruturação normativa dos crimes contra a vida, no contexto brasileiro, devido à restrição de seu fundamento filosófico à racionalidade puramente metafísica. Desse modo, parte-se da hipótese de que a concepção metafísica de mundo não é suficiente para lidar com a percepção jurídico-penal de vida humana, pois não se pode considerar esta percepção de forma separada das condições materiais da sociedade. A realidade social não é um conjunto organizado de fatos e naturalizada, independente da atuação e construção dos sujeitos empíricos.

A lógica dialética considera o caráter histórico e mutável do mundo objetivo para descobrir a essência dos fenômenos. A diferença do método lógico de investigação para o método histórico é que o primeiro realiza um estudo dos fenômenos em seu estado mais puro, em forma generalizada, e o segundo reflete a trajetória histórica dos fenômenos e os acontecimentos em todas as suas manifestações.

As leis penais têm caráter histórico e operam em condições concretas, as quais não podem ser desconsideradas. Em contraposição à dialética, de conotação materialista, a metafísica não se atém à realidade do movimento e da trans-

<sup>(\*)</sup> Doutorado em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP/SP. Mestrado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista, "Júlio de Mesquita Filho", UNESP/SP. Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista, "Júlio de Mesquita Filho", UNESP/SP.

formação. Desse modo, separa o indivíduo de seu meio social com a pretensão de se alcançar a mais pura abstração. A rejeição da transformação, a separação do que é inseparável e a exclusão sistemática dos contrários são características essenciais da metafísica.

A dialética opõe-se a estes aspectos, pois parte do pressuposto de que há, no interior do próprio objeto, o movimento de elementos contrários. Explica-se: as leis da dialética se debruçam sobre a materialidade da sociedade para, assim, compreender os movimentos contraditórios do objeto. Por isso, a dialética materialista é essencialmente crítica.

A Teoria Crítica, notadamente representada pela Primeira Geração da Escola de Frankfurt, expõe que a realidade é um produto social, ou melhor, é um produto do trabalho social, em que os sujeitos são levados a reconhecer e se adaptar aos valores vigentes (1). Desse modo, a separação que a metafísica realiza entre *sujeito e objeto* é desconstruída pela Teoria Crítica e pela Lógica dialética, pois esta separação é produto de um processo histórico que pode ser modificado. Deve-se considerar a totalidade da realidade, pois a discussão da teoria é a própria discussão do objeto. A Teoria Crítica salienta que vivemos em um mundo repleto de contradições objetivas, as quais devem ser assumidas e contraditas.

Ao aplicar a lógica dialética-materialista ao estudo a respeito da percepção jurídica de vida humana, constata-se que tal percepção apresenta sua essencialidade no conceito de liberdade humana, a qual, por sua vez, apenas se efetiva na hipótese de plena satisfação das necessidades do sujeito sensível. Assim sendo, por meio da dialética — ou seja, tornar evidente as contradições no interior do objeto de estudo de modo a demonstrar seus elementos constitutivos essenciais — assevera-se que os movimentos de política criminal orientados à repressão das liberdades pessoais podem influenciar as interpretações normativas acerca dos crimes contra a vida de modo a intensificar a negação da própria essencialidade do conceito de vida humana, deslegitimando a intervenção penal.

As interpretações normativas e os movimentos de política criminal repressores às liberdades pessoais se fundamentam em posições filosóficas metafísicas que analisam a percepção de vida humana, de forma puramente abstrata, distanciada dos sujeitos empíricos, sensíveis. Tal fundamento atinge a análise a respeito da liberdade humana, a qual é colocada em um patamar místico, intocável. Todavia, este posicionamento deslegitima a intervenção penal em determinados casos que demonstram um conflito entre *vida e liberdade de vontade* do sujeito sensível.

Ocorre que, tais movimentos de política criminal repressores às liberdades pessoais que aprisionam o sistema jurídico-penal no campo do moralismo excessivo, apesar de serem marcantes na história da sociedade brasileira, têm se expandido, de maneira intensa, no contexto sociopolítico brasileiro, o que pode apresentar um retrocesso à estruturação normativa acerca dos crimes contra a vida, bem como a perda de legitimidade da intervenção penal.

### *I.1. O conceito de vida humana a partir da plena satisfação das necessidades do sujeito sensível: A vida na condição de liberdade*

A partir da perspectiva materialista, pode-se considerar que a percepção de vida humana se formula levando em consideração a satisfação das necessidades do sujeito sensível, empírico (2). Para se alcançar esta formulação acerca da vida humana, tem-se que extrair de sua essencialidade a própria consideração da liberdade. Todavia, trata-se de liberdade do sujeito sensível como uma exteriorização concreta e não somente como uma abstração e criação do pensamento (3).

A liberdade é um ato histórico — não um ato de pensamento — condicionada por condições históricas (4). Apresenta-se a ideia de que o

(2) REICH, Wilhelm, “O assassinato de Cristo: a peste emocional da humanidade”, Martins Fontes, São Paulo, 1999, 5ª ed.

(3) MARCUSE, Herbert, “Eros e civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud”, LTC, Rio de Janeiro, 2015, 8ª ed.

(4) MARX, Karl - ENGELS, Friedrich, “Elementos fundantes de uma concepção materialista da história”, em PAULO NETTO, José (org.), “O leitor de Marx”, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2012.

(1) HORKHEIMER, Max, “Teoria Crítica: uma documentação”, Ed. USP, São Paulo, 1990.

mundo sensível não é uma coisa dada imediatamente por toda a eternidade e sempre igual a si mesma, mas o produto do estado de coisas da sociedade (5). Pode-se afirmar que o mundo sensível é um produto histórico.

Por conseguinte, o sujeito, como parte do mundo sensível, também é um produto histórico e deve ser compreendido enquanto tal. Diante das várias relações dialéticas que ocorrem no sistema social, a percepção jurídico-penal de vida humana não pode ser compreendida de forma isolada e abstrata, mas sim em constante interação com estas relações, as quais são apreendidas pelo próprio sujeito sensível.

Em síntese, deve-se apreender o ser humano como atividade sensível, em suas condições de vida existentes, as quais fizeram dele o que ele é, concretamente. Compreende-se o ser humano como sujeito ativo e realmente existente. As relações humanas e as condições de vida atuais precisam ser conhecidas sem idealizações ou abstrações. O mundo sensível é a atividade sensível dos indivíduos que o constituem (6).

Pode-se afirmar, então, que o ser humano é totalidade na totalidade ideal e na efetividade, ou seja, na existência subjetiva da sociedade *pensada e sentida para si*, na efetividade, “tanto como intuição e fruição efetiva da existência social, quanto como uma totalidade de exteriorização humana de vida”(7). Neste sentido, os campos do *dever ser* e do *ser*, apesar de serem distintos, jamais podem ser considerados de forma isolada, sendo necessário analisá-los em unidade mútua.

---

(5) *Ibidem*, p. 136.

(6) *Ibidem*, p. 138. Diante destes postulados, Marx e Engels realizam uma crítica à Feuerbach, o qual apreende o homem apenas como objeto sensível e não como atividade sensível: “não concebe os homens em sua conexão dada, em suas condições de vida existentes, que fizeram deles o que eles são, ele não chega nunca até os homens ativos, realmente existentes, mas permanece na abstração e não vai além de reconhecer no plano sentimental o homem real, individual, isto é, não conhece quaisquer outras relações humanas do homem com o homem que não sejam as do amor e da amizade idealizadas. Não nos dá nenhuma crítica das condições de vida atuais. Não consegue nunca conceber o mundo sensível como a atividade sensível dos indivíduos que o constituem”.

(7) *Ibidem*.

Os movimentos de política criminal repressores às liberdades pessoais podem influenciar as interpretações normativas, acerca dos crimes contra a vida, de modo a isolar a percepção jurídica de vida humana a um campo, exclusivamente, do *dever ser*, sem compreender o mundo do ser, sensível, no qual o sujeito empírico está inserido. Esta abstração pura, quando introjetada à estruturação normativa, retira, por completo, a sua legitimidade.

## II. Movimentos de Política Criminal, Estado e Sociedade

A adoção do método dialético exige que a análise seja realizada perante o conjunto de fenômenos contraditórios que envolvem o objeto. Desse modo, como resta definido que o objeto, deste trabalho, é a crítica à percepção jurídico-penal fictícia de vida humana, faz-se necessário analisar como que o movimento político-criminal repressor às liberdades pessoais pode estar relacionado ao modelo político de Estado e ao sistema social, de maneira a efetivar a introjeção, no campo normativo, de uma percepção jurídico-penal de vida humana estritamente moralista.

Delmas-Marty aponta, em sua obra *Modelos e Movimentos de Política Criminal*, que o conceito de política, em sentido amplo, representa toda ação, estratégia ou movimento que pretende alcançar determinadas finalidades, notadamente, no que se refere à organização da vida social. Tal organização gira em torno do poder de estruturar as instituições sociais e definir os valores para o corpo social.

No caso da política criminal, este movimento é orientado em função dos valores propostos pelo poder atribuído às instituições políticas de modo a constatar que, como qualquer outra política, a Política Criminal é comandada por certas ideologias. Afirma-se que o tempo das ideologias é contemporâneo ao advento do mundo moderno, no qual os cidadãos se dividem e se afrontam a respeito dos titulares do poder, da repartição dos bens, do reconhecimento das instituições e da escolha dos valores (8).

---

(8) DELMAS-MARTY, Mireille, “Modelos e Movimentos de Política Criminal”, Revan, Rio de Janeiro, 1992, p. 31.



Neste contexto, é relevante ressaltar a estrutura peculiar da Política Criminal:

Em política criminal, os fenômenos universais que seriam sensivelmente os mesmos para todos os homens que vivem em sociedade, podem ser deduzidos desta observação que qualquer sociedade humana se outorga valores que definem o que é desejável para ela, exprimem suas preferências. Escolhidos intuitivamente por cada grupo social, os valores não são especificados nem em seu conteúdo, nem em seu modo de realização. Os valores são de certa maneira noções flutuantes. Eles só são fixados no tecido social quando se encarnam numa norma. A norma pode ser independente de qualquer valor e disciplina a vida social, mas o valor só se realiza por meio do funcionamento de uma norma que expressa ao mesmo tempo a regra de conduta, prescrição ou proscricção, e a sanção dessa regra. Qualquer pressão do grupo social para levar seus membros a se sujeitarem às suas regras pode constituir uma sanção, mas ela faz parte da norma que só existe por meio de seu caráter obrigatório [...]. *A rejeição das normas aparecerá, portanto, bem viva em qualquer sociedade: seja porque as normas estão insuficientemente, seja porque o pluralismo das normas é tal que o indivíduo rejeita uma parte delas, seja porque aparece um distanciamento entre normas e valores* (9).

A vida humana em sociedade implica a adoção de normas, mas a rejeição destas é possível em qualquer tipo de organização social. Tal rejeição representa um golpe ao sistema de valores dominantes, tornando-se uma ameaça para a pretensão de consciência valorativa comum. Compreende-se, assim, que é da recusa de uma norma na condição de expressão de valor que aparece o fenômeno criminal, perante o qual se orienta a Política Criminal.

Delmas-Marty explica que há dois tipos de comportamentos: o ato incompatível com as normas do grupo que se considera como sendo uma Infração (I) e o Estado de não conformidade às normas que seria a Marginalidade (M). No que tange à resposta da sociedade diante do fenômeno criminal, há duas tendências: uma é

decidida e assumida pelo Estado e outra é assumida pelo próprio grupo social. Assim, pode-se entender que há dois tipos de rejeição às normas, a infração e a marginalidade, e há, como consequência, dois tipos de resposta a essas rejeições, a resposta do Estado (Re) e a resposta social (Rs).

A resposta do Estado em relação à infração se expressa pelo sistema penal enquanto a resposta da sociedade se expressa por meio do próprio grupo social. Em relação à marginalidade, a resposta do Estado é o controle social representado pelas autoridades judiciais e policiais. Em contraposição, a resposta social à marginalidade se caracteriza pela integração do indivíduo às normas do grupo, principalmente, por meio da educação e da estrutura familiar. A partir do momento em que o Estado exerce um controle sobre os grupos sociais a relação se torna uma resposta estatal à própria marginalidade (10).

No contexto sociopolítico brasileiro, as opções de Política Criminal recebem influências das grandes correntes político-ideológicas que comandam as escolhas valorativas como forma de sustentar uma realidade existente, empírica, marcada por intensas assimetrias sociais. Ademais, tal ideologia política pretende comandar políticas criminais que ultrapassam, de sobremaneira, os limites entre controle social formal (oriundo do Estado) e o controle social informal (oriundo da própria comunidade), como forma de se efetivar um controle valorativo total (11).

Todavia, os modelos de Política Criminal embasados, excessivamente, em um sentimento

(10) *Ibidem*, p. 54. Assevera-se que não são todas as situações que envolvem um problema social que deverão ser solucionadas por uma política criminal: "O estado não impõe a orientação e o controle de todas as respostas para o fenômeno criminal, mas abandona uma parte para a sociedade civil. O Estado intervém em matéria de infração e admite uma resposta social, no caso de marginalidade. O Estado se desinteressa do ato incompatível com as normas do grupo, abandonado à vingança ou à mediação do grupo social, para tratar do estado de não conformidade nascida da infração. A Política criminal é a resposta do Estado que se dirige apenas para a infração e interfere a título complementar para a marginalidade quando esta engloba a infração".

(11) DELMAS-MARTY, Mireille, "Modelos e Movimentos de Política Criminal", Revan, Rio de Janeiro, 1992.

(9) *Ibidem* p. 43.

social de punição, sem qualquer fundamento de base científica, refletem-se em consequências negativas ao sistema jurídico-penal, em termos dogmáticos, pois resultam em interpretações normativas orientadas à intimidação e à supressão de garantias destinadas à proteção das liberdades individuais.

Diante da importância em compreender a determinação que as ideologias políticas exercem sobre o desenvolvimento das Políticas Criminais, como forma de manutenção de uma realidade empírica, destaca-se o estudo realizado por Delmas-Marty sobre os diversos modelos de Política Criminal a depender do modelo político de Estado (12). Seleciona-se, para os fins deste trabalho, as análises concernentes ao *Modelo de Estado Liberal e ao Modelo de Estado Totalitário*.

No âmbito da ideologia liberal e da dominação da lei, o Estado de Direito preocupa-se com a proteção do indivíduo, por meio do Direito, contra a arbitrariedade punitiva do Estado. Neste modelo, há distinção entre infração e marginalidade de modo a se estabelecer uma significativa limitação no campo da intervenção estatal.

A relação do sistema penal com as outras instâncias do Estado dá-se por meio da relação com a instância legislativa, ou seja, há submissão do sistema penal à lei, a qual representa os valores concebidos como essenciais àquela sociedade. O princípio da legalidade e o princípio da individualização da pena são marcantes na ideologia política liberal, notadamente, pela intensa influência do movimento político-filosófico Iluminista. Prioriza-se as garantias individuais e a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade nas intervenções punitivas às liberdades pessoais, de modo coerente à estruturação político-econômica liberal.

Em contraposição à ideologia política liberal, o modelo de Estado Totalitário intervém

---

(12) *Ibidem*, p. 51. “Modelo é uma aproximação do que é observado. Haverá sempre um distanciamento entre modelo e objeto. O modelo deve respeitar certas regras: de coerência lógica e adequação à realidade. A construção do modelo supõe a elaboração de um esquema tão próximo quanto possível da realidade”.

em todos os níveis de rejeição às normas. Todos os comportamentos de recusa das normas, deixando de fazer a distinção entre infração e marginalidade, são perseguidos com o objetivo de impor um único modo de pensamento e de ação. Exige-se uma consciência interna de acordo com os valores sociais dominantes.

O Estado coloca como preocupação única assegurar uma repressão uniforme a qualquer comportamento de não conformidade às normas. O Poder Judiciário e aqueles responsáveis pela aplicação das normas não se atêm à literalidade das leis, ou seja, os juízes passam a criar as suas próprias normas e aplicá-las com o mero intuito de impor penalidades ao estado de desobediência valorativa. Trata-se da liberdade do Estado frente à lei. Transforma-se marginalidade em sinônimo de criminalidade (13).

Paulo Busato, em sua obra “*Fundamentos para um Direito Penal Democrático*”, também expõe a necessidade de compreender que a análise a respeito de como se desenvolve o controle social por meio do Direito Penal depende do estudo sobre o modelo político adotado. Afirma que, no contexto da América Latina, os ideais liberais construídos a partir do movimento filosófico iluminista seguem sem cumprir-se. “Ainda se espera a chegada de uma sociedade que concretiza os princípios iluministas, principalmente os de igualdade e liberdade”. (14)

---

(13) DELMAS-MARTY, Mireille, “Modelos e Movimentos de Política Criminal”, Revan, Rio de Janeiro, 1992, p. 116.

(14) BUSATO, Paulo César, “Fundamentos para um direito penal democrático”, Atlas, São Paulo, 2015, 5ª ed., p. 76. Ilustra-se: O juízo de culpabilidade, assim como a individualização das penas são elementos intrínsecos aos modelo político-filosófico Iluminista, de cunho antropocentrismo. Todavia, na história da sociedade brasileira, muitos foram os casos de total desconsideração deste modelo filosófico clássico. Exemplo marcante dessa violação é o caso de Tiradentes. “Tiradentes foi acusado de crime de lesa-majestade e condenado à força em 1792. Após ser enforcado, foi decapitado, esquartejado e oferecido como exemplo ao público, pendurando-se sua cabeça no alto de um poste e os quatro quartos em que foi dividido seu corpo, em quatro postes dos caminhos que ele percorreria, o chamado “Caminho de Minas”. Além de todas estas atrocidades, a sentença declarou não só o réu infame, como também seus filhos e netos, confiscando seus bens e determinando a demolição de sua casa em Vila Rica, vedando-se a construção de novas edificações no local”. *Ibid.*, p. 203.

De acordo com o autor mencionado, o obstáculo a esta concretização se deve, de modo primordial, a não colocação do indivíduo como ponto de partida para a construção social, mas sim a economia. Como consequência à esta colocação, o mecanismo de controle social, por meio do sistema de justiça criminal, segue sendo altamente discriminatório e seletivo.

No contexto político brasileiro, cumpre destacar que o modelo de Estado Neoliberal tem concentrado, atualmente, as subversões de valores ético-sociais sob o controle do sistema jurídico-penal, em uma evidente resposta estatal ao que Delmas-Marty denominou de marginalidade. Busato analisa tal cenário como sendo uma forma de manter o modelo econômico de acumulação, ainda que submetido ao sistema econômico dependente. Todavia, esta necessidade imanente ao próprio sistema acaba por se distanciar dos ideais do movimento político-liberal, próprio do Iluminismo.

Neste âmbito, verifica-se, portanto, a expansão de uma ideologia política repressora às liberdades pessoais, como forma de manter as intensas contradições objetivas da realidade material. Contudo, como já explicado, esta ideologia política pode comandar os movimentos político-criminais, os quais, por sua vez, acabam por influenciar o campo da estruturação e aplicação das normas penais.

Os movimentos de política-criminal inspirados pela ideologia repressora às liberdades pessoais, representam, de modo evidente, a expansão do Direito Penal na condição de resposta política imediata às reivindicações populares frente ao sentimento de insegurança coletiva, o qual é resultado das próprias contradições objetivas oriundas das condições materiais do modelo social adotado.

Na concepção de Ramon Ragués I Vallès, o fenômeno de crescimento da atuação do sistema penal demonstra que o impulso da opinião pública tem sido executado por um poder político, com legitimidade democrática, de modo a constatar que a ampliação da atuação do sistema de justiça criminal não tem se apresentado como consequência exclusiva de regimes totalitários, mas tem sido reclamada pelos próprios cidadãos e outorgado pelos seus legítimos

representantes, como forma de agradar o sentimento dos eleitores (15). De acordo com Ragués I Vallès, os políticos consideram o direito penal como um recurso extremamente sedutor para criar uma aparente eficácia ante a opinião pública, com custos econômicos mais baixos (16). Desse modo, expande-se os movimentos de política criminal, bem como as propostas de punibilidade não a partir de fundamentos científicos e empíricos, mas tão-somente com base em um sentimento de descontentamento próprio de classes específicas.

Os processos de criminalização e intensificação de punibilidade, com o intuito de agradar a opinião pública, transforma a política criminal em uma estratégia de conjunto dominada pelo fator político-econômico. Neste cenário, há o impacto das principais correntes ideológicas dominantes de forma a predominar, atualmente, os valores de autoridade, repressão e indiferença ao mundo plural. Desprestigia-se os valores concernentes à liberdade, à igualdade e à solidariedade em nome da suposta segurança nacional, algo típico dos modelos de Estados Totalitários.

Não apenas a conjuntura político-econômica são relevantes para as escolhas de política criminal, mas a análise da conjuntura social também é de extrema importância. Tem-se que os fatores culturais desenvolvem forças que colocam a política criminal em movimento a partir do momento em que a cultura é definida como o conjunto, suposto coerente, das regras de conduta, das crenças, das técnicas materiais e intelectuais, características de um conjunto social (17).

(15) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, "Retos actuales de la política criminal y la dogmática penal", *Pensamiento Penal y criminológica, Revista de Derecho Penal Integrado*, v. 4, n. 6. Córdoba, 2003, p. 240.

(16) *Ibidem*, p. 245. Vera Regina Pereira de Andrade alerta que um Estado fraco politicamente é forte em relação ao poder penal: é um gigante da prática penal e um anão político no contexto nacional e internacional. ANDRADE, Vera Regina Pereira de, "Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal", *Capítulo criminológico: revista de las disciplinas del Control Social*, vol. 37, N.º. 3, 2009, p. 9.

(17) REICH, Wilhelm, "O assassinato de Cristo: a peste emocional da humanidade", Martins Fontes, São Paulo, 1999, 5ª ed.

Wilhelm Reich assevera, em sua obra “*O Assassinato de Cristo*”, que a sociedade moderna, em termos culturais, apresenta um sentimento de medo à própria concretização da liberdade, de modo a preferir entregar ao Estado o controle total de suas próprias vidas. Tem-se, assim, uma cultura que aprisiona a Vida humana contra sua própria essência, qual seja: a liberdade, devido à incapacidade dos indivíduos no auto-gerenciamento (18).

Theodor Adorno, em sua obra *Indústria Cultural e Sociedade*, defende que vivemos em uma sociedade de ditadura da produção em que os aparatos ideológicos e os meios de comunicação de massa difundem os valores sociais que as pessoas devem seguir para que haja uma manipulação do comportamento das massas voltado à produção resultando em uma alienação sobre a exploração e sobre a ausência de liberdade, em termos reais (19).

A Indústria Cultural cria comportamentos de submissão, conformismo, euforia, entusiasmo, (falsa) satisfação, gerando um consumo irracional. Ela coloca na mente de todos o desejo pelo consumo, sendo este o atual norte da sociedade. Tem-se, com a Indústria Cultural, um controle da subjetividade do indivíduo pela fabricação de necessidades, o que resulta em uma uniformização das pluralidades sociais e um bloqueio das individualidades (20).

No mesmo sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni analisa que os meios de comunicação descontextualizam e esvaziam a realidade de maneira a contribuem para a construção social da delinquência e para a construção social do delinquente. Assim, atraem a atenção do público para um tipo de delinquência, do qual dependeria exclusivamente o sentimento de insegurança, de modo a transferir a ela toda a agressividade coletiva.

---

(18) *Ibidem*.

(19) ADORNO, Theodor, “*Indústria Cultural e Sociedade*”, Paz e Terra, São Paulo, 2002, p. 18.

(20) Compreende-se que a Indústria Cultural vende uma falta imagem de liberdade atrelada à ideia de consumo. “A realidade artificial construída pela indústria cultural transmite a ideia de que precisamos consumir coisas diferentes para nos sentirmos diferentes, entretanto todos desejamos a mesma coisa: consumir”. *Ibidem*, p. 36.

Desvia-se a atenção de outros problemas sociais de maior relevância, como, por exemplo, as contradições objetivas à realidade social material, marcada pela fome e pela pobreza, para que seja efetivado o sentimento de insegurança como um meio para que o Estado possa implementar medidas autoritárias e introjetar valores ético-sociais repressivos às liberdades, com o objetivo de efetuar o controle moral dirigido às consciências individuais. Medidas, estas, autorizadas pelo suposto “*consenso coletivo*” em detrimento de outras atuações governamentais de cunho social (21).

Sérgio Salomão Shecaira aponta que o estado subjetivo de insegurança acaba por influenciar, inexoravelmente, o funcionamento da justiça criminal e intervir na própria criação da legislação penal. A opinião pública passa a ser, pois, uma força relevante na determinação da própria política criminal (22), repressiva à proteção das liberdades pessoais. De acordo com Shecaira, a comunicação de massas tem importante função na formação dos valores da sociedade. A mídia tem o poder de influenciar na conformação das atitudes humanas e em suas formas de conduta, assim como faz parte do processo de socialização do indivíduo. As informações que são transmitidas integram a maneira de ser da população que está submetida a sua influência (23).

Perante este cenário, a consideração da liberdade do sujeito torna-se extremamente sensível, notadamente diante das intensas assimetrias sociais. O modelo social que reprime à concretização da liberdade, na condição de

---

(21) O desprezo que os seriados demonstram pela vida humana, pela dignidade das pessoas e pelas garantias individuais não é simples produto do acaso, mas uma programada propaganda em favor do reforço do poder e do controle social verticalizado-militarizado de toda a sociedade [...]. São os meios de comunicação de massa que desencadeiam as campanhas de lei e ordem quando o poder das agências se encontra ameaçado. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal”, Ed. 5º, Revan, Rio de Janeiro, 2001. p. 129.

(22) *Ibidem*, p. 139.

(23) SHECAIRA, Sérgio Salomão, “A Criminalidade e os meios de comunicação de massas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 3, n. 10, abril/junho, 1995. p. 136.

plena satisfação das necessidades humanas, reflete-se nos movimentos de política criminal, de modo a introjetar, no campo de estruturação normativa, uma percepção de liberdade abstrata, irreal, utópica.

Ao projetar o contexto sociopolítico de movimentos repressores à concretização da liberdade para a análise da percepção jurídico-penal de vida humana, verifica-se os discursos defensivos ao merecimento de pena perante as condutas de eutanásia, homicídio a pedido, participação no suicídio e aborto consentido. Tal merecimento de pena se fundamenta, tão-somente, em uma concepção puramente ideal de liberdade e, por assim o ser, não a apreende como condição essencial à própria vida humana, podendo ser relativizada em nome da consciência coletiva.

### III. A configuração social repressiva às liberdades pessoais e seu reflexo no âmbito dos crimes contra a vida

O presente tópico realizará uma breve exposição sobre como a seleção de perspectivas filosóficas, notadamente no âmbito da Filosofia do Direito Penal, pode impactar a percepção jurídico-penal de vida humana. Tem-se que ter certa cautela, nesta seleção, pois é a percepção filosófica que fundamenta a estruturação normativa de modo a conferir racionalidade e legitimidade a ela. Ocorre que, em um cenário social no qual os movimentos de política criminal se intensificam no sentido de perpetuar uma ideologia política repressora à concretização das liberdades pessoais, atinge-se à própria estruturação normativa, assim como sua aplicabilidade, de modo a ser necessário, no plano filosófico, fundamentá-las com perspectivas puramente abstratas.

Destaca-se, neste contexto, a fundamentação filosófica metafísica que considera o sujeito tão-somente na sua condição de personalidade moral, de maneira a separá-lo, radicalmente, de suas condições materiais objetivas. Por conseguinte, faz-se necessária a sustentação filosófica a respeito da liberdade restrita a um campo abstrato de modo a transformar a liberdade de vontade do sujeito sensível em mera mistificação, fantasia. O que se pretende constatar é que tal escolha filosófica pode corroborar com

os movimentos de político-criminal orientados pela ideologia política de repressão às liberdades pessoais, como forma de se manter uma configuração social aprisionada em *tabus* sociais, determinados por uma moral-religiosa, ainda repressora à plena satisfação das necessidades humanas.

A projeção deste cenário à estruturação normativa dos crimes contra a vida demonstra a adoção de uma percepção, estritamente, técnica de vida humana ainda distanciada da essencialidade que compõe o próprio conceito de vida, qual seja: a liberdade de vontade do sujeito sensível. Percebe-se, portanto, que os limites entre Direito e Moral acabam se confundindo no embate sobre a *vida* e a *liberdade de vontade* do sujeito empírico.

A percepção fictícia de vida humana, adotada pelo sistema jurídico-penal, referencia-se à uma ideia de sujeito moral, ideal. Pode-se encontrar, como um dos fundamentos filosóficos que embasa tal perspectiva, a orientação filosófica de Immanuel Kant, para o qual o arbítrio humano é uma escolha que, embora possa ser afetada por impulsos sensíveis, não pode ser determinado por estes. Por conseguinte, tem-se que a liberdade de escolha independe do ser sensível. Para Kant, a liberdade humana só é revelada se houver o domínio da razão sob a vontade interior. Por fim, a ação humana é considerada livre se houver a orientação a fins morais (24). Dessa forma, constata-se que o conceito kantiano de liberdade se vincula à ideia de personalidade moral de modo que o sujeito responsável é reservado ao campo do dever ser. A personalidade moral é a liberdade de um ser racional submetido às leis morais (25).

A construção filosófica do Direito Penal, notadamente no que se refere ao pensamento de Hans Welzel, introjetou a ideia de liberdade de modo vinculado à personalidade moral. A Filosofia do Direito Penal de Welzel apresenta o conceito de pessoa autônoma como sendo aquela que, em sua consciência individual, torna obrigatória a vinculação ética de um

(24) KANT, Immanuel, "A metafísica dos costumes", Edipro, Bauru, 2ª ed., 2008.

(25) *Ibidem*.



mandado. Todavia, a imposição do mandado ético, sem a aprovação da consciência individual, pode violar a autonomia da pessoa. Explica-se: a autonomia da liberdade efetiva-se quando a vontade individual não aceita, de maneira cega, os mandados externos. A pessoa precisa aprovar, para si mesmo, os mandados objetivos (26).

O conceito referente à liberdade de vontade, perante a Filosofia do Direito Penal de Welzel, é vinculado ao ato de conhecimento livre de determinações causais, essencial para que seja possível uma determinação conforme o sentido. Para Welzel, a liberdade é a possibilidade ou a capacidade de poder orientar-se e decidir-se conforme o sentido. Este é concebido de acordo com os valores ético-sociais, de uma determinada sociedade.

Cumprido destacar, ainda, a análise de Welzel a respeito da função e do sentido do Direito Penal. Tem-se que a proteção aos bens jurídicos é tão-somente um resultado que decorre da finalidade primordial orientada à proteção e à manutenção dos valores ético-sociais, de uma determinada sociedade, em um dado momento histórico (27).

Welzel aponta a contribuição do direito penal como promoção à posição de fidelidade ao Direito, sendo que a norma penal — em coerência com o conceito de autonomia da vontade por ele adotado — não pode realizar os valores do agir por meio da *coação*, pois tais valores são oriundos da *vontade do agir justo*, ou seja, são valores do *ato livre*. Dessa forma, a contribuição do Direito Penal, ao sustentar uma posição de fidelidade ao Direito, propõe *influenciar* o agir por meio de sua estabilidade e de seu conteúdo de valores orientados pela consciência moral. Assim sendo, o Direito Penal demonstra ao cidadão fiel ao Direito que os limites entre lícito e ilícito não são questionados por meio do delito. Em outros termos: o Direito Penal cumpre a missão de *orientar* a consciência individual de acordo com valores ético-sociais.

---

(26) WELZEL, Hans, “Estudios de filosofía del derecho y derecho penal”, Ed. B. de F., Buenos Aires, 2006, p. 230.

(27) *Ibidem*.

Ao se partir da observação de que há uma interação entre os sistemas social, político e econômico, no contexto brasileiro, de modo a estabelecer a manutenção de uma estrutura social repressora às liberdades pessoais, constata-se que, no âmbito dogmático, há a necessidade de embasar os fundamentos filosóficos da estruturação normativa dos crimes contra a vida em posições puramente metafísicas e abstratas, para que se possa desconsiderar, por completo, a liberdade do sujeito sensível.

A configuração social repressora às liberdades pessoais acaba por se refletir no sistema jurídico-penal, desde os movimentos de política-criminal até a estruturação, interpretação e aplicação das normas penais, com o objetivo de conservar um sistema sociopolítico comandado por valores ético-sociais que mantém a liberdade do sujeito sensível em um plano meramente mítico. E, por assim o ser, a estruturação normativa dos crimes contra a vida não consegue apreender a liberdade do sujeito como essência ao próprio conceito de vida humana. Devido à mistificação em torno do conceito de liberdade de vontade, o sistema normativo se demonstra como a sua real negação.

Todavia, assevera-se que uma percepção estritamente formal de vida humana limitada à mera aparência, sem alcançar a essencialidade de seu próprio objeto, não é suficiente para conferir legitimidade à estruturação normativa. Em outras palavras, desprestigia-se a consideração do sujeito sensível vinculado às suas condições objetivas materiais, de maneira a deslegitimar o sistema normativo-penal.

Hegel, em sua obra “*Princípios da Filosofia do Direito*”, aponta o Direito como sendo um dos momentos de exteriorização do próprio conceito de Liberdade. O Direito é concebido como o garantidor da liberdade e, portanto, a *efetivação do Direito* significa o processo histórico da *efetivação da liberdade*. Assim sendo, a liberdade constitui a substância e o destino do Direito sendo este o império da Liberdade realizada (28).

---

(28) HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Princípios da filosofia do direito”, Martins Fontes, São Paulo, 1997.



Na hipótese aqui apresentada — diante da qual a estruturação normativa dos crimes contra a vida, no contexto brasileiro, apresenta-se fundamentada a partir do conceito de personalidade moral e restrita a uma concepção abstrata e irreal de liberdade — pode-se verificar que, em termos concretos, tal estruturação se apresenta como uma verdadeira *negação à própria efetivação da liberdade*.

### *III.1 A punibilidade das condutas de eutanásia, homicídio a pedido e participação no suicídio (29)*

Ilustra-se a problemática em torno das condutas de eutanásia, homicídio a pedido, participação no suicídio e aborto consentido. Perante estas condutas, a proteção penal da vida humana qualifica-se como absoluta de modo a negar o sentido privado conferido à vida, pela própria estrutura da sociedade moderna, com a pretensão de atingir uma dimensão social, sob o argumento de proteção à coexistência humana.

Os argumentos encontrados a partir da leitura de doutrinas tradicionais, no contexto brasileiro, se restringem a fundamentações metafísicas que demonstram certa resistência do pensamento dogmático em se libertar do aprisionamento moral (30). A doutrina, em termos

(29) Para a finalidade deste presente trabalho, delimita-se tais condutas apenas diante do contexto no qual o sujeito sensível está submetido à intensa dor, sofrimento e angústia, notadamente, perante os quadros de doenças terminais ou irreversíveis.

(30) De acordo com Hungria, o Estado não protege a vida humana apenas por obséquio ao indivíduo, mas, principalmente, por exigência de indeclinável interesse público ou atinente a elementares condições de vida em sociedade. Afirma que a vitalidade de cada um dos membros do corpo social é um bem inalienável, indisponível e irrenunciável por parte do indivíduo: “a vitalidade representa o conteúdo dos direitos subjetivos que a lei penal considera intangíveis, ainda quando preceda, para o seu ataque, o consentimento subjetivo”. HUNGRIA, Nelson, “Comentários ao código penal: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136”, 4. ed. 5.v., Forense, Rio de Janeiro, 1958. p. 15. As fundamentações de Nelson Hungria e da Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro, no que tange à defesa da consideração das condutas de eutanásia como verdadeiros homicídios, mostram-se, claramente, aprisionadas ao âmbito moral. Nas palavras de Hungria: “Repugna à razão e à consciência humanas que se possa confundir com a prá-

majoritários, se mantém restrita à percepção técnica de bem jurídico sendo que tais argumentos recaem, notadamente, sobre a divisão que ocorre em torno da titularidade deste bem.

No âmbito da percepção fictícia de vida humana há uma inesgotável discussão acerca da intensa valoração conferida ao bem jurídico, sua inviolabilidade, indisponibilidade, sacralidade ou, ainda, sobre a finalidade do Estado de manutenção da coexistência social e da preservação da espécie humana, mesmo que para isto se despreste o interesse do sujeito singular. Apesar dessa inesgotável discussão, tais argumentos tão-somente ocultam o fundamento real que embasa a proteção penal da vida humana, qual seja: proteger os valores ético-sociais de um modelo social estruturado a partir da máxima repressão às manifestações concretas de liberdade do sujeito sensível de modo a impedir o autogerenciamento do ser humano em sua qualidade verdadeiramente livre (31).

tica deliberada de um homicídio o nobre sentimento de solidariedade e abnegação que manda acudir os enfermos e os desgraçados. Além disso, não se pode olvidar que o sofrimento é um fator de elevação moral. Não nos arreemos, nesta época de retorno ao espiritualismo, de formular também o argumento religioso: eliminar o sofrimento com a morte é ato de estreito materialismo, é desconhecer que uma alma sobrevive ao perecimento do corpo e que a dor é o criso em que essa alma se purifica e se redime para a sua progressiva ascensão às claridades eternas. Os brados, os gemidos da dor humana ecoam, retumbam no seio infinito de Deus. O sofrimento é o preço da perfeição moral, é o tributo na peregrinação do homem pelo mundo”. HUNGRIA, Nelson, “Comentários ao código penal: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — arts. 121 a 136”, 4. ed. 5.v., Forense, Rio de Janeiro, 1958. p. 129. No mesmo sentido, Olavo Oliveira afirma que a conduta de matar é um acontecimento em conflito com as exigências da vida social: “[...] é sempre crime, mesmo permitido pela pessoa, que sucumbe, face à sua autorização ou anuência. São de ordem pública as leis protetoras da existência dos cidadãos, ditadas pelos supremos interesses da estabilidade da ordem coletiva. A vontade do indivíduo não derroga o cânon geral para converter em inocente o procedimento que elas declaram criminosos”. OLIVEIRA, Olavo, “O delito de matar”, Imprensa Universitária do Ceará, Ceará, 1959, p. 27.

(31) SPONCHIADO, Jéssica, “Proteção penal da vida humana: dos fundamentos metafísicos ao fundamento real”, Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito, São Paulo, 2019.

Os argumentos favoráveis à equiparação da eutanásia — ativa e passiva — à conduta de homicídio, bem como aqueles que defendem a criminalização da participação no suicídio e do aborto consentido partem da intensa valoração conferida à vida humana. Todavia, tais argumentos não apresentam constatação empírica, pois não há compatibilidade com a realidade material do sistema social cuja configuração subtrai da vida a sua qualidade humana de modo a reduzi-la a mais miserável existência. A sociedade que tanto valora a vida humana em seu discurso jurídico-penal, na realidade efetiva, a destrói em sua essência devido ao alto grau de repressão às liberdades pessoais. Em tal modelo social, reina a insensibilidade à plenitude da existência humana.

O determinismo moral sobre a estruturação normativa dos crimes contra a vida se reflete, de norma nítida, na equiparação de condutas essencialmente distintas, como o homicídio a pedido e a eutanásia ativa/passiva, as quais são igualadas à proibição normativa prevista no Art. 121, Código Penal. Como forma aparente de resolução, aplica-se a causa de diminuição de pena, prevista no Art. 121, §1º, Código Penal. Além do equívoco dogmático de não diferenciar o conteúdo do injusto penal, essa equiparação simboliza o aprisionamento do sistema jurídico-penal aos valores ético-sociais que visam à máxima repressão às liberdades pessoais como necessidade de manutenção do próprio modelo social.

Em um sistema social cujos valores morais conferem sentido à dor e ao sofrimento, o sujeito sensível que escolhe pelo *fim de sua vida* se demonstra contrário a tais valores, pois sua escolha foi influenciada pelo *impulso natural de morte*, sob o aspecto de fuga à situação de sofrimento, na qual foi submetido (32). Em tal sistema social, há uma valoração intensa aos afetos negativos (angústia, sofrimento e dor) e um desvalor às qualidades e necessidades humanas. Nesse contexto, o sujeito sensível não é considerado livre já que não expressa um ato de libertação diante da coação causal proporcionada pelos impulsos naturais em direção à

autodeterminação conforme o sentido. Se a liberdade existe somente nos momentos em que o sujeito segue o princípio moral, resta evidente que o sujeito empírico não é apreendido. Dessa forma, na hipótese da orientação do direito penal refletir e assegurar o ordenamento ético, não se consegue compreender a vida real como uma manifestação concreta da liberdade pessoal. Por conseguinte, a restrição do conceito de liberdade como autodeterminação conforme o sentido não confere legitimidade à estruturação normativa aos crimes contra a vida, devido ao seu aspecto moralizante (33).

#### IV. Conclusões

Os movimentos de política criminal, comandados por uma ideologia política repressora às liberdades pessoais, são reflexos de uma dada configuração social marcada por intensas assimetrias sociais perante as quais verifica-se a redução do *ser sensível* a uma verdadeira existência *desumana*. Tais movimentos de ordem político-criminal podem influenciar a estruturação, interpretação e aplicação normativa de maneira contrária à efetivação das liberdades pessoais.

Assim sendo, constata-se a necessidade, iminente ao sistema jurídico-penal, de construir uma fundamentação metafísica à proteção penal da vida humana restrita à consideração da personalidade moral e da liberdade abstrata. Mistifica-se a percepção da vida humana de modo a negar seu elemento constitutivo essencial, qual seja: a *liberdade de vontade do sujeito sensível*. Desse modo, pretende-se, por meio do Direito Penal, manter a posição de fidelidade dos indivíduos conforme os valores ético-sociais essenciais àquele sistema social.

A introjeção da moralidade, no campo da Filosofia do Direito Penal, rompe com a unidade entre *liberdade e necessidade*, de modo a afirmar uma aceitação racional da necessidade de não liberdade. Esta racionalidade metafísica é apreendida pela estruturação normativa dos crimes contra a vida como reflexo da necessidade iminente ao próprio sistema social. A definição kantiana de liberda-

---

(32) BLOCH, Ernst., "O princípio esperança", v. 1, EDUERJ: Contraponto, Rio de Janeiro, 2005.

(33) *Ibidem*.

de como a não dependência do ser humano aos impulsos sensíveis impacta a própria percepção jurídico-penal de vida. A negatividade e a mistificação em torno da liberdade real transformam-se em racionalidade e a busca pela liberdade real do sujeito sensível a partir da percepção e satisfação de suas próprias necessidades, se torna algo irracional. Fun-

damenta-se, assim, a suposta legitimidade ao merecimento de pena diante das condutas de eutanásia, homicídio a pedido, participação no suicídio e aborto consentido. Todo este movimento negativo à consideração da liberdade de vontade do sujeito sensível é reflexo da organização social radicalmente repressora à própria liberdade.

**Sumario: I. Primera parte. De París al Río de la Plata.— II. Segunda parte. Nuestro margen.— III. Tercera parte. Algunas notas a manera de conclusión incompleta.**

## **I. Primera parte. De París al Río de la Plata**

El positivismo criminológico es el momento de las ciudades espléndidas de Europa. Algunos de sus rasgos importantes, aún subsisten para legitimar a una clase hegemónica —la “burguesía” — a una determinada forma de económica y político —capitalismo liberal y rasgos conservadores y autoritarios en lo político—.

Como paradigma que repercutió —y repercutió— en todas las ciencias, nació en París (1) con Auguste Comte (1798-1857). El fundador de la “física social” —la sociología—, desarrolló una epistemología basada en la idea de que el espíritu humano se conducía en tres estados —teológico, metafísico y positivo— siendo el último de ellos el más evolucionado. Los europeos modernos habían ya superado el último de estos estadios. Este sistema incluso llegó a entrar en el terreno del delirio. Comte propuso y llevó a cabo, una suerte de religión —el Culto a la Humanidad— (2). Los rasgos que repercutieron en el contexto del saber criminal son:

---

(1) Ciudades del centro espléndidas si las había en el siglo XIX y tal vez París sea el mejor ejemplo: entre 1852 y 1870 Georges-Eugène Haussmann (1809-1891), por orden de Napoleón III comenzó su renovación. Con la demolición del casi 60% de las construcciones se abrieron los famosos bulevares, el sistema de alcantarillas, de agua corriente y se mejoró la comunicación de la ciudad. La reforma posibilitó tanto la belleza de la ciudad, como el control del espacio y las personas: quienes que vivían en el centro de la ciudad fueron desplazados a la periferia. El plan dificultaba revueltas como las ocurridas 1830 y 1848 e impedía físicamente la colocación de barricadas. Se puede decir que esta obra contribuyó a la rápida represión de la comuna de París en 1871.

(2) En Porto Alegre existe un edificio del Culto fundado en 1847, por discípulos del mismo Augusto Comte. Allí se realizó el primer “auto de fe” de esta religión incinerando escritos considerados anti positivistas. En

- Era *positivo*: recurría al saber verificable, y este era el único valedero. Tenía una pretensión científica y utilizaba por lo tanto el método científico.

- Era *organicista*: presuponía que el todo social estaba compuesto un órgano de tres elementos (individuo, familia y sociedad). Este organismo no estaba basado en la “mano de dios” que justificaba el despotismo ilustrado contractualista, sino un organismo fundado en la naturaleza y revelado por la ciencia.

Estos elementos convivían armónicamente —pese a que un órgano social no es por supuesto verificable positivamente—. Ya que existían tendencias naturales y leyes universales, habrá por lo tanto seres humanos más dotados para la dominación —quienes casualmente coincidían con los blancos europeos— y otros que no habían aún superado los estadios del espíritu —quienes coincidían con los habitantes de las colonias—. Al igual que en las ideas de su contemporáneo Charles Darwin (1809-1882), subsiste en esta filosofía una idea de evolución progresiva y de un orden inmutable a través del tiempo, que será importante para el desarrollo del positivismo criminológico.

En este contexto las colonias de las naciones centrales europeas hacían fluir el capital ha-

---

este sentido “.. (1) a leyenda Ordem e Progresso —lema de cabecera de Comte— inscrita en el globo celeste que ondea en la bandera verdeamarela..., da cuenta de lo significativas que fueron las ideas del positivismo para las elites políticas..., que acababa de descubrir en el poder de la ciencia y la tecnología una inesperada clave para forjar nacionalidades...” (Cf. RODRÍGUEZ, Marcelo, “Preguntas para el Olvido”, *Página/12*, disponible online en [pagina12.com.ar/diario/suplementos/futuro/13-2768-2012-11-10.html](http://pagina12.com.ar/diario/suplementos/futuro/13-2768-2012-11-10.html)).

cia las metrópolis que comenzaron a crecer ya por la gran expansión del mercado, como por la gran inmigración del campo a la ciudad. El nacimiento de las primeras fábricas modernas data de ese momento, y en este sentido fueron tanto producto del capitalismo industrial de la inmigración y el gran ejercicio de las ciencias y la técnica aplicadas a la producción.

Era necesario mantener un “orden para el progreso”, que mantuviera la producción y acumulación de riquezas de la clase hegemónica de los países centrales, y sus representantes coloniales en la periferia.

El contractualismo que imperaba como discurso, durante la Revolución francesa (1789), con su noción de delito basada en la entidad abstracta del acto del individuo —y la cantidad de libertad que este utilizaba al cometerlo—, perdía entidad frente a una visión nueva basada en el concepto naturalista de totalidad (3).

Las nuevas justificaciones del poder punitivo tendrían como objeto de estudio el comportamiento singular.

“... (L)a tarea de la criminología se redu(jo) a la explicación causal del comportamiento criminal basada en la doble hipótesis del carácter complementario determinado del comportamiento criminal y de una diferenciación fundamental entre individuos criminales y no criminales”(4).

Herbert Spencer (1820-1903), comenzó a formar al ideario de este discurso criminológico, tomando algunos elementos de Darwin. El positivismo del autor era de base materialista, con lo que difería de Comte —calificado de

“espiritual”(5)— mayormente abstracto o entendido como un sistema epistemológico. Era necesario legitimar tanto la explotación obrera en el centro, el neocolonialismo en la periferia, y al mismo tiempo deslegitimar la esclavitud. Con las ideas de Comte y las de Spencer —pasando por el evolucionismo de Darwin— esto era posible. Spencer partía de la concepción de la sociedad como organismo que evolucionaba por propulsión catastrófica: luego de cada catástrofe sobrevivían los más aptos y sucumbían los débiles, lo que ocurría naturalmente, por selección natural —esta era la lucha por la supervivencia—. Con la debida tutela —europea— las otras razas podrían evolucionar y alcanzar el grado de desarrollo biológico de aquellas. De esta forma, se legitimaba la intervención europea en el mundo (para tutelarla), y a su vez se deslegitimaba la esclavitud.

Pero en el fondo, lo que Spencer proponía era un estado liberal justificado biológicamente y la configuración de un capitalismo salvaje o primitivo, que iba de la mano con la expansión de este modo de producción por todo el mundo. Un criminal era considerado no apto, involucionado, degenerado, feo, pobre, y todas esas características podían explicarse por medio de la biología y/o refiriéndose a su entorno. Se iba formado un auténtico estereotipo.

Desde principios del siglo XIX la agencia del estado encargada de la función colonialista de control territorial, trasladada y adaptada a las metrópolis de Europa (la policía), cobró un creciente poder y devino pieza clave en la vida urbana. Sin embargo, esta corporación carecía de un discurso propio lo suficientemente desarrollado que justificara sus prácticas. Su objetivo era proteger las condiciones de vida en las ciudades europeas: buscaba responder cuáles son los elementos que componen esa parte de la población que forma una clase peligrosa —los mismos desplazados del centro a la periferia de París, que llegaban en gran cantidad a las grandes urbes de Europa por la migración del campo a la ciudad, producto de la Revolución Industrial y la expansión capitalista referida. La

(3) En este sentido Alessandro BARATA y Massimo PAVARINI (“Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”, Ed. Siglo XXI Editores, 2011, 9ª reimpresión, p. 32) dicen que “... la reacción contra el concepto abstracto de individuo conduce a la escuela positiva a afirmar la exigencia de una comprensión del delito que no se detenga en la tesis indemostrable de una causalidad espontánea por medio de un acto de libre voluntad (idea contractualista), sino que se dirija a encontrar todo el complejo de las causas en la totalidad biológica y psicológica del individuo...”

(4) BARATTA, Alessandro, ob. cit., p. 37.

(5) DOS SANTOS, Ricardo E., “El Positivismo en Iberoamérica: Caso argentino y brasileño”, disponible en: [revistas.ucm.es/index.php/QUCE/article/download/QUCE8989110195A/1722](http://revistas.ucm.es/index.php/QUCE/article/download/QUCE8989110195A/1722).

policía encontraría su discurso en otra corporación: la de los médicos.

Se suele sintetizar el acuerdo tácito entre las corporaciones médica y policial diciendo que *los médicos tenían discurso sin poder y los policías poder sin discurso, la alianza de ambos fue lo que dio por resultado el positivismo criminológico biólogo* (6).

En este punto es necesario aclarar que utilizamos las expresiones *centro* y *periferia*, haciendo referencia a aquellos países que iban a la “cabeza de la civilización” —es decir, las potencias más importantes del norte de Europa: Inglaterra, Francia y posteriormente Alemania y los Estados Unidos—. La periferia mundial estaría conformada por África, y por supuesto nuestro margen latinoamericano. En lo que hace al saber criminal, el mundo parece dividirse bajo esta lógica, importando o imponiendo teorías de una realidad (la de Europa) que no es igual que la nuestra. Esta visión coincide con la del pensador cubano Roberto Fernández Retamar (1930-2019), quien asoció a los países del centro como países subdesarrollados, que determinan la existencia de países *subdesarrollados* producto de su accionar en lo económico y en lo que a nosotros refiere, en lo criminológico (7).

## II. Segunda parte. Nuestro margen

Luego de los procesos de independencia en Latinoamérica comenzó a regir el liberalismo en lo económico y el conservadurismo en lo político. Impuesto desde Europa, el positivismo se nos presentó “... para imponer un nuevo orden mental que sustituyese al destruido (el colonial)...” (8). Para ello se debía mantener el *orden* para alcanzar el *progreso*.

La intención era la misma que en Europa: el control de la población por parte de las elites

---

(6) ZAFFARONI, Eugenio R., “La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 95.

(7) Cf. NERCESIAN, Inés - ROSTICA, Julieta, “Todo lo que necesitás saber sobre América Latina”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2014.

(8) ZEA AGUILAR, Leopoldo P., “El positivismo en México, nacimiento apogeo y decadencia”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1968, p. 63.

del margen en representación de las elites del centro. Rastrear esta influencia, es dar cuenta de viejos odios y violencia estructural. Este positivismo originario vinculado a la naciente criminología de nuestros estados, se puede apreciar con un mayor desarrollo desde el período de dominación oligárquica.

El dominio de las oligarquías consistió en una suerte de orden político que aun basándose formalmente en una democracia liberal, excluyó a la mayoría de la población valiéndose del discurso positivista, valiéndose de una violencia estructural y represiva. La política estaba reservada para las minorías ilustradas quienes estaban dotadas naturalmente para ejercer funciones superiores (9). La matanza del indígena —por ejemplo en la “conquista” del desierto argentino— en aras de los ideales de civilización, tutela, o directamente para la eliminación de lo autóctono y bárbaro, se justificaban bajo el ideal civilizatorio. No solo de una ideología del control, sino genocida o masacradora. Entre los años 1880-1889 la “generación del 80” argentina estuvo ampliamente influenciada ya sea por las ideas de Charles Darwin, como la versión que hace el mismo Spencer de sus ideas; en fin bajo una genérica idea del “progreso” de la civilización.

La diferencia entre un período y otro entre Argentina y Brasil, estuvo relacionada con la existencia de una institución opresora, basada en el control total y la discriminación racial. Regulada en códigos desde la dominación española, permitió la producción previa al capitalismo. Recién en 1885 se promulgó la *Ley de los Sexagenarios*, a partir de la cual todo esclavizado con más de 65 años sería considerado libre. Recién en 1888, la esclavitud fue prohibida oficialmente por la *Ley Áurea* y Brasil fue el último país en abolirla.

Este aspecto es una paradoja histórica pasada por alto si se tiene en cuenta que la modernidad europea es decir, las instituciones del liberalismo propuesto en el siglo XIX e implantado en nuestro margen latinoamericano, tienen su fundamento en un régimen de esclavitud “tardío”: se trata de la esclavitud que comenzó con

---

(9) NERCESIAN, Inés - ROSTICA, Julieta, ob. cit., p. 75.



la conquista y que duró 4 siglos, lo que generó marcas profundas en el funcionamiento de las sociedades en todo nuestro margen. Esta esclavitud se readecuó en la forma del colonialismo a partir del Conferencia de Berlín de 1885, que dio origen “oficial” al colonialismo. Solo bien entrado el siglo XX hubo una visibilización de este fenómeno. El positivismo de fondo lo hizo posible: dejaba de lado la institución de la esclavitud para reemplazarla por la tutela, o directamente la masacre.

Es por ello que en Brasil resultó funcional a las élites de la *República Velha* de fines del siglo XIX un positivismo eliminador para que —masacre mediante— se pudiera controlar a la gran cantidad de población negra. Incluso el nombre de este período “política del *café com leite*” —política del café con leche—, parece dar la idea de eliminar o por lo menos atenuar lo negro.

Tal vez con más optimismo, pero en la misma lógica la narrativa dominante argentina borró temprano a los negros. El censo de 1895 dictaminó que

“La cuestión de las razas, tan importante en los Estados Unidos, no existe pues en la República Argentina, donde no tardará en quedar su población unificada por completo, formando una nueva y hermosa raza blanca producto del contacto de todas las naciones europeas fecundadas en el suelo americano”(10).

En el imaginario burgués subsistía la idea de ser homogéneos, un país integrado solamente por la raza blanca superior.

En síntesis los discursos racistas spencerianos nutrieron la ideología de todas nuestras oligarquías y se dirigieron contra negros, mestizos, indios y mulatos. Posteriormente fueron utilizados contra inmigrantes indisciplinados. El derecho se nutrió de estos conceptos de la criminología, la cual “... se ocupaba de la ‘etiología’ de las acciones de las personas seleccionadas por el poder del sistema penal; (Ni el derecho penal, ni la criminología) se ocupaba(n) de la realidad

operativa del sistema penal, cuya legitimidad no se cuestionaba. El discurso jurídico-penal neokantiano no corría riesgo alguno y hasta salía reforzado con el aparente apuntalamiento de los datos de una ‘ciencia natural’”(11).

La implantación del positivismo fue fruto de una planificación estatal fría y calculada, pero la lógica del poder en nuestro margen no cambió con el cientificismo y las nuevas tecnologías ya que “... tan elitista era el poder colonial español, portugués o francés, como lo fue el de las minorías criollas proconsulares”(12).

Pese a que en la actualidad no hay expresiones tan abiertamente racistas como la del censo de 1895 que citamos a título de ejemplo, la criminología sigue teniendo una base positivista y peligrosista.

### *II.1. Leyes de ejecución / execução en nuestro margen*

¿Podemos leer en clave positivista las leyes de ejecución penal argentina (13) y la Lei de Execução Penal (14)? ¿Se actualizan los conceptos? En ambos países existe una jurisdicción especializada en la ejecución penal indicada por ley, la que inviste a su vez a un juez o tribunal al efecto. A su vez, actualmente ambos enfrentan crisis penitenciarias, debido a la superpoblación carcelaria —sobre el particular hacen referencia los medios masivos de comunicación—.

Bajo el paradigma positivista si bien en lo económico nuestro margen se perfiló como liberal, en lo político fue conservador y autoritario. Se erigió un derecho liberal con tribunales que respetaran teóricamente las formas de un proceso judicial liberal, pero subsistió un dere-

(11) ZAFFARONI, Eugenio R., “Criminología: aproximación desde un margen”, Ed. Temis, Bogotá, 1987, p. 135.

(12) *Ibidem*, p. 123.

(13) Ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad y sus modificatorias (disponible online en servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/35000-39999/37872/textact.htm).

(14) Lei 7210, de 11 de julio de 1984, Lei de Execução Penal, disponible online en planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/L7210.htm.

(10) Informe del Segundo Censo de la República Argentina (1895). Disponible online en didac.ehu.es/antropo/39/39-07/Resano.htm.

cho penal subterráneo (15) dedicado a la eliminación ciertas personas por fuera de la ley.

En los resquicios —y no tanto— de ambas leyes, es posible visualizar estas ideas. En ambas se utiliza como principio la resocialización como finalidad de la pena privativa de la libertad —art. 1º Ley de Ejecución y el mismo en la Lei Execução Penal—. Esta resocialización o integración, se encuentra delegada en manos de expertos, provenientes de las ciencias médicas que cumplen científicamente su misión: ya sea aportando elementos suficientes para la adecuada clasificación del privado de la libertad (*execução*) (16) o formando la historia criminológica de aquel recabando su cooperación (ejecución). La finalidad es de aportar datos suficientes al sistema para un adecuado tratamiento penitenciario. La expresión tratamiento por si misma resulta paradigmática, con un resabio médico —el privado de libertad debe ser “tratado” como tal, dado que se lo considera una persona incapaz de comprender como funciona la sociedad, deshabilitado por lo tanto para convivir en aquella. Una suerte de antiguo alienado que debe ser internado para que aprenda cómo vivir en libertad —aún bajo la paradoja de estar encerrado—.

La “clasificación”(17) y el “pronóstico” a partir de una categoría determinada, es un legado directo del discurso positivista. Ya la había propuesto el considerado padre del positivismo italiano Césare Lombroso (1835-1909) centrándose en rasgos fisonómicos. En Argentina estas ideas tuvieron su continuidad a través de José Ingenieros (1877-1925) en el Instituto de Criminología. Ya no se trataba sin embargo de rasgos meramente fisonómicos, sino psicológicos, sociales. La psicología tuvo la finalidad de producir un justificativo aún más científico, a medida que se fue desarrollando durante el siglo XX.

---

(15) Tal es la denominación hecha por el discurso crítico de la Criminología Latinoamericana.

(16) Art. 185 Ley de Ejecución y 96 de la Lei de Execução Penal. Utilizamos coloquialmente la expresión en portugués para hacer referencia a ley de Brasil.

(17) La Lei Execução Penal, dedica una sección entera al tópico —Título II, Do Condenado e do Internado - Capítulo I - Da Classificação—, en el mismo sentido la Ley de Ejecución.

Lo cierto es que esta práctica pretendidamente objetiva depende del juicio de quien clasifica y sirve para representar la violencia estructural del sistema, que parte del estereotipo previamente formado. En la realidad la “clasificación” ya se hizo de antemano, mucho antes de llegar a la instancia de la ejecución penal. El estereotipo positivista que atribuya ciertos rasgos a una persona, provocó la selectividad de la acción punitiva del estado.

Varón, joven, argentino, con estudios primarios completos, de barrio vulnerable, sin un oficio fijo, es actual estereotipo que se plasma en la estadística —legado positivista—. En la Argentina el 96% de los privados de la libertad son varones, el 69% de los cuales tenía hasta la educación primaria completada al momento de ingresar a un establecimiento. La mayor parte detenidos por delitos contra la propiedad —robos— (47%) (18).

En Brasil el estereotipo varía levemente. Se trata de joven, negro, brasilero, de un barrio vulnerable, con estudios primarios completos, sin trabajo fijo. Del total prisionizado, 91.57% eran hombres, de hasta 35 años (74%); un 64% de la población es negra; el 14% tenía la primaria completa y el 51% incompleta (19).

Podemos ver rasgos científicas, médicos y policiales en ambas leyes. Es posible apreciar que tipo de personas son prisionizadas es decir, a quienes consideramos como peligrosos. Después de todo si la ley de ejecución pretende enseñar ciertos valores para la convivencia

---

(18) Los datos estadísticos sobre Argentina pertenecen al Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) la estadística penitenciaria oficial del país y muestra la evolución y las características de la población privada de libertad en unidades penitenciaria. Disponible en [ina.gov.ar/sites/default/files/presentacion\\_informe\\_ejecutivo\\_sneep\\_2017.pdf](http://ina.gov.ar/sites/default/files/presentacion_informe_ejecutivo_sneep_2017.pdf).

(19) Las cifras sobre Brasil pertenecen al Departamento Penitenciario Nacional “... sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. O sistema, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004”. De acuerdo con el contenido de su web. El informe se encuentra disponible online en [depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciaras-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciaras-2016/relatorio_2016_22111.pdf).

social (20), es porque esta persona no los ha internalizado al momento de ingresar en un establecimiento, por lo que se considera por lo menos antisocial.

En este punto el análisis de las leyes propuestas, deviene meramente en una excusa. Subsiste un telón de fondo que trasciende el mero análisis normativo, dado que comprobar la existencia algunas categorías del discurso, carecería de sentido si no se registran sus consecuencias. Los datos reseñados, solo pueden ser tomados como un piso mínimo que ilumina el aspecto cualitativo, que es similar tanto en Brasil como en Argentina. Hay una clase de persona que es prisionizada, una contienda contra ciertas personas consideradas peligrosas.

Esto tiene su justificación en la lógica positivista. Raffaele Garofalo (1851-1934), uno de los grandes exponentes de la *Scuola Positiva*, había sostenido la necesidad de mantener a los delincuentes natos en cárceles de extrema dureza. ¿De qué otra manera se podría inocuizar a la persona si no era con la muerte o su apartamiento social? (21) La finalidad declarada en ambas leyes —la resocialización basada en el trabajo y la educación (22)— se contraponen al siguiente proceso: la selectividad previa de la persona por parte del sistema penal y posteriormente una clasificación y tratamiento para corregir e internalizar de ciertos valores sociales para la adecuada convivencia social, basado en preceptos científicos y la opinión de exper-

(20) En ambas leyes se presenta la cuestión social ya sea en forma “asistencia social” (art. 22 y subsiguientes —Seção VI da Assistência Social— Lei Execução Penal) o en referencia a la necesidad de internalizar “valores esenciales para una adecuada convivencia social, conforme a la ejecución del programa de tratamiento” (art. 14, Ley de Ejecución).

(21) BERGALLI, Roberto, “Incongruencias y perversiones de la ejecución penal (Razones estructurales y sinrazones ideológicas)”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 1, Ed. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, 2011, p. 307. Trabajo presentado en el Simposio del instituto de estudios de la Fiscalía Federal de los Estados Unidos de Brasil, 18-20 de agosto de 2010, Brasilia, Brasil. Disponible online en [revistas.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/1983/2076](http://revistas.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/1983/2076).

(22) La Lei de Execução Penal, incluso prevé la asistencia religiosa.

tos. La pregunta en este punto es sencilla y ya se ha hecho con anterioridad: ¿cómo enseñar a ser libre encontrándose encerrado? De la misma forma, ¿Cómo es posible tal corrección y tratamiento sobre una persona ya previamente estereotipada?

En este marco de tensión discursiva, se producen prácticas excluyentes y violentas intramuros. Este aspecto excede lo discursivo, pero “... el aislamiento intracarcelario entre 18 y 20 horas diarias en celdas individuales, una oferta educativa y laboral limitada e improductiva, las condiciones de vida degradadas, las prácticas institucionales violentas, los reglamentos disciplinarios formales completados con suplementos punitivos informales y la mercantilización de los derechos fundamentales de los presos y presas a cambio de ‘beneficios penitenciarios’ constituyen... ese ‘programa’, que banaliza las aspiraciones resocializadoras de la normativa penitenciaria”.

De esta forma “... el ‘proyecto’ resocializador del modelo correccional está subordinado al ‘programa’ de neutralización e incapacitación de las personas encarceladas...” (23). La realidad se impone ante el discurso que invisibiliza la selectividad y al mismo sujeto.

### III. Tercera parte. Algunas notas a manera de conclusión incompleta

Demostrado que el discurso en que se basan las leyes de ejecución analizadas brevemente es excluyente, vemos que aquel se actualiza en la selectividad del sistema penal, a través de estereotipos que continúan vigentes. La cuestión racial mencionada se relaciona directamente con nuestro margen, porque la lógica de la prisión se vincula en gran medida con la exclusión de “otro” que considerado diferente. El modelo de “cárcel guerra” de Garofalo, las leyes penales actuando como un medio de defensa social y el peligrosismo son ideas implantadas fuertemente desde el positivismo criminológico, que conllevan la utilización del estereotipo y la exclusión.

(23) DAROQUI, Alicia, “De la resocialización a la neutralización e incapacitación”, *Revista Encrucijadas: la Revista de la UBA*, 43, Ed. Universidad de Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, marzo de 2008, p. 14.

Así como la criminología positivista ignoró al negro y al indígena, y a toda una categoría de anormales inferiorizados, reprodujo la misma lógica dentro de las cárceles. No es de extrañar que los fines declarados del sistema de ejecución de la pena se disocien de la realidad, ya que no es necesario un derecho para el enemigo. Existe un sistema penal subterráneo para aquellos, extra sistémico que "... opera en forma de red, latentemente y como expresión implícita del control social punitivo". Lo que explica la actuación de la agencias policial y penitenciaria que "... ejercen poder punitivo al margen de cualquier legalidad o con marcos legales muy cuestionables, pero siempre fuera del poder jurídico..."(24). En otras palabras se reprodujo la lógica masacradora en la cárcel con la inferiorización del privado de la libertad.

En lo que podríamos describir como una suerte de construcción de la vulnerabilidad, se juega este estereotipo que pesa sobre la persona. Podemos decir que el positivismo criminológico construyó toda una literatura sobre la inferiorización y marcó —y marca—, la gravedad del ejercicio del poder punitivo y radica la *selectividad por la vulnerabilidad*: se genera y se alimenta un estereotipo para que esta selectividad funcione y como alimento alimento el poder punitivo. Esto forma parte de la sociedad disciplinaria de Michel Foucault, en la que lentamente el poder imparte su lógica no solo respecto del privado de la libertad, sino por toda la sociedad.

Entre las décadas de 1960 y 1970 la criminología comenzó a incluir en su horizonte de análisis a las agencias del derecho penal, y rompió con el paradigma etiológico excedido por la realidad de muerte y violencia no contemplada. Esta relación se evidencia en que hay muchas muertes de personas no contempladas en el concepto jurídico de muertes masivas —el genocidio— (25). Esta definición deja de lado a las muertes por causa del estado, que van desde persecuciones políticas, sociales, hasta actos más pequeños.

(24) ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, "Tratado de Derecho Penal Parte General", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., p. 24.

(25) Art. 2º, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948.

Como concepto criminológico la *masacre* puede ser repentina (como el genocidio), o por *goteo* (por ejemplo, las muertes por falta de financiamiento en las cárceles, hospitales, etc.). Hay *semillas de masacres* es decir, personas señaladas por los masacradores como potenciales víctimas quienes pueden estar vulneradas socialmente: pobres, criminales que en todo momento pueden ser señalados por los medios de comunicación y el conjunto social como auténticos chivos expiatorios, depositarios de todos los males sociales (26).

Pero era difícil que la cultura criminológica de las décadas señaladas afrontara esta realidad de muerte y masacres. El viejo continente continuaba siendo colonialista: todavía no había dejado de ocupar África, que en la posguerra seguía encontrándose repartida en colonias desde el Congreso de Berlín de 1885.

A esta diferencia entre el margen y el centro que ignoraba nuestra realidad, se suma otra de carácter más general: el modelo social de fines del siglo XIX y principios del XX, no es el mismo que el que el actual, como tampoco el de las décadas posteriores con la ruptura del paradigma etiológico. La sociedad que plantea Michel Foucault conformada por cuarteles, hospitales y prisiones, no parece igual a nuestra actualidad. Hoy el sujeto criminal del positivismo internalizó la etiqueta y el estereotipo.

A la pregunta de "¿Quién sos?", "Soy preso"(27), llega a responder el privado de la libertad. La persona ya no está en un lugar, sino que *es* ese lugar, lo asume como parte de su persona. Con este hecho hacemos referencia de que actualmente ya no es posible pensar un modelo de sociedad como la que criticaba Karl Marx (1818-1883) a fines del siglo XIX, en la que

(26) La idea de masacre es desarrollada en ZAFFARONI, Eugenio R., "La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011.

(27) Se demuestra la introyección del estereotipo sobre personas privadas de la libertad. Cf. MARTÍNEZ CANTÓ, Andrés (dir.), Documental "El Almafuerte"— sobre el Instituto de Menores de máxima seguridad de Melchor Romero, Buenos Aires: Asociación Civil por los Derechos Humanos y la Comunicación, Buenos Aires, 2010—. Disponible online en [youtube.com/watch?v=2Z3LZ4RpH00](https://www.youtube.com/watch?v=2Z3LZ4RpH00).

se le enseña al campesino a trabajar por medio de la cárcel-fábrica (28) sino una *sociedad del rendimiento* que no se basa en mandamientos y prohibiciones, sino en la *libertad como coacción*. Somos víctimas y victimarios de nuestra propia autoexplotación. El neo spenciarianismo tal vez hoy no sea fruto de una planificación social fría y calculada, sino de una campaña más general, más sutil de introyección del estereotipo y la exclusión (29).

Vemos entonces que el positivismo trasciende ampliamente el saber criminal. En lo que hace al tratamiento penitenciario, la consecuencia de este discurso conduce a la racionalización o gestión de la cárcel bajo un modelo de eficiencia, basado en una criminología administrativista, o lo que es lo mismo: legitimante de un poder punitivo desmadrado para la comisión de una masacre. La finalidad del sistema no sería ya la resocialización del hombre o mujer —teórica— sino la propia eficiencia del sistema —real—. La pretendida eficiencia del

(28) La idea inspirada en la obra de Marx, indica que es el mercado a través del disciplinamiento el que determinará la forma de las penas a través del tiempo. Cf. MELOSSI, Darío - PAVARINI, Massimo, "Cárcel y Fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

(29) Esta crítica a la sociedad disciplinaria de Michel Foucault (1926-1984), es sostenida por el filósofo Byung-Chul Han. CHUL, HanByung; "Topología de la violencia", Ed. Herder, Barcelona, Buenos Aires, febrero de 2018, 1ª ed. en la Argentina, p. 135.

modelo, es la única justificación para que aquel funcione. Tal cantidad de dolor es producida no solo frente a nuestros ojos, sino con nuestra anuencia tácita.

Percibir hoy los viejos odios, implica actualizarlos. Hoy la imagen del "cabecita negra" venido del campo a la ciudad parece anacrónica. Pero estos odios, prejuicios, estereotipos, no son piezas de museo. El desafío propuesto que puede leerse a través de dos leyes de ejecución, trata de ingresar entre las formas de vida y las guerras sociales actuales revelando sus violencias y resistencias.

"... Las élites tradicionales desataron de manera recurrente carnavales negros de odio y muerte. Saben cómo odiar, siempre tuvieron las 'técnicas' para administrar esas pasiones y usarlas para alimentar —y aceitar— las máquinas letales ante cada sacudón o agite social, cultural, político que se desatara..."(30).

Si bien las fronteras de los nuevos antagonismos en fin, de los nuevos estereotipos y el modelo de sociedad han cambiado, esto no es razón para ignorar la realidad masacradora del poder punitivo.

(30) BARTOLOTTA, Leandro - GAGO, Ignacio - SARRAIS, Gonzalo; "¿Cuáles son los nuevos odios sociales?" *Revista Anfibia*, Ed. Universidad de San Martín, Buenos Aires, sin fecha. Disponible online en [revistaanfibia.com/ensayo/cuales-son-los-nuevos-odios-sociales/](http://revistaanfibia.com/ensayo/cuales-son-los-nuevos-odios-sociales/).

# Direito Penal, sociedade e os meios de comunicação: os dilemas quanto ao enfrentamento dos delitos de corrupção

---

POR **FERNANDO ANDRADE FERNANDES**<sup>(\*)</sup>, **VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ**<sup>(\*\*)</sup>  
Y **ANA CRISTINA GOMES**<sup>(\*\*\*)</sup>

**Sumario: I. Introdução.— II. A sociedade, a informação e o Direito Penal.— III. Os delitos de corrupção e o interesse midiático.— IV. Considerações finais.**

## **I. Introdução**

Apesar da constatação de sua existência e importância já há muito tempo, inegável o maior interesse que o fenômeno da corrupção desperta na atualidade em diversos contextos. Sem dúvida, grande parte deste interessante teve fomento ante a forma com que os meios de comunicação se apropriaram do assunto. Essa qualificada atenção dos meios de comunicação teve por consequência, a considerar a gravidade que se atribui ao problema, a pronta, e de forma concentrada, convocação do Direito Penal para o enfrentamento do fenômeno.

Como os temas que se referem ao Direito Penal são muito atrativos para a população, obviamente que o mesmo ocorreu com os delitos de corrupção. Essa apropriação dos meios de comunicação pelo tema e a forma com que a população a recebe e reage segue gerando reflexos na compreensão e tratamento penal da questão, por vezes sem que se tenha a necessária racionalidade ante o problema. A investigação se propõe aclarar a questão e submeter o tema a sempre necessária racionalidade que se espera de uma intervenção penal.

Observar a sociedade, suas relações e suas interações com o Sistema Jurídico, significa traçar diretrizes racionais e científicas capazes de identificar o problema e apontar hipóteses possíveis. Entretanto, é tarefa da Ciência do Direito Penal ponderar racionalmente quais expectativas cognitivas possuem os pressupostos necessários à efetiva e válida intervenção estatal pela via do Direito Penal. A partir da análise de situações que causaram grande repercussão nos meios de comunicação é possível observar a modificação do discurso jurídico penal, bem como as alterações acerca das opções político-criminais e jurídico-metodológicas.

## **II. A sociedade, a informação e o Direito Penal**

Nos últimos anos a sociedade tem passado por inúmeras transformações, seja no campo econômico, político, social, as interações foram modificadas ao longo dessas transformações, o que também se reflete no universo jurídico e nas formas de comunicação.

O acesso à informação passou a ganhar maior relevância, fronteiras foram rompidas, a comunicação e, em decorrência desta, a informação,

---

(\*) Professor membro do departamento de direito público da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - Unesp - Campus de Franca, Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca, Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra.

(\*\*) Livre Docente, Professor Associado da Faculdade de

---

Direito de Ribeirão Preto/USP e do Programa de Integração Latino Americana PROLAM/USP.

(\*\*\*) Doutoranda pela Universidade de Salamanca, Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - Unesp - Campus de Franca, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.



são inerentes à sociedade (1). Tal resultado foi possível ante ao avanço e desenvolvimento de modelos democráticos de governos, os avanços no campo da Técnica (desenvolvimento de tecnologias capazes de integrar e interagir com um maior número de pessoas) e a expansão das interações políticas e econômicas entre as nações.

A informação é hoje um produto altamente consumível e acessível (2). No âmbito da Ciência do Direito, mais especificamente na seara

---

(1) Assim aponta Niklas Luhmann: “Os meios de comunicação simbolicamente generalizados possuem, no que também são comparáveis à linguagem, uma referência sistêmica necessária: a sociedade. Eles se referem a problemas de relevância para toda sociedade, regulam constelações possíveis a todo momento e em toda parte da sociedade”. E segue: “Todos os meios de comunicação, na medida em que se diferenciam, são, desta forma, instituições da sociedade global”. Em LUHMANN, Niklas, “Poder”, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1985, tradução Martine Creusot de Rezende Martins, p. 75.

(2) Em conformidade com Zygmunt Baumann: “Em primeiro lugar, num planeta atravessado por ‘autoestradas da informação’, nada que acontece em alguma parte dele pode de fato, ou ao menos potencialmente, permanecer do ‘lado de fora’ intelectual. Não há terra nula, não há espaço em branco no mapa mental, não há terra nem povo desconhecidos, muito menos incognoscíveis. A miséria humana de lugares distantes e estilos de vida longínquos, assim como a corrupção de outros lugares distantes e estilos de vida longínquos, são apresentadas por imagens eletrônicas e trazidas para casa de modo tão nítido e pungente, vergonhoso ou humilhante como o sofrimento ou a prodigalidade ostensiva dos seres humanos próximos de casa, durante seus passeios diários pelas ruas das cidades. As injustiças a partir das quais se formam os modelos de justiça não são mais limitadas à vizinhança imediata e coligadas a partir da ‘privação relativa’ ou dos ‘diferenciais de rendimento’ por comparação com vizinhos de porta ou colegas situados próximos na escala do ranking social. Em segundo lugar, num planeta aberto à livre circulação de capital e mercadorias, o que acontece em determinado lugar tem um peso sobre a forma como as pessoas de todos os outros lugares vivem, esperam ou supõem viver. Nada pode ser considerado com certeza num ‘lado de fora’ material. Nada pode verdadeiramente ser, ou permanecer por muito tempo, indiferente a qualquer outra coisa: intocado e intocável. O bem-estar de um lugar, qualquer que seja, nunca é inocente em relação à miséria de outro. No resumo de Milan Kundera, essa “unidade da espécie humana”, trazida à tona pela globalização, significa essencialmente que ‘não existe nenhum lugar para onde se possa escapar’”. Em BAUMANN, Zygmunt, “Tempos líquidos”, Jorge Zahar Ed., Rio de Janeiro, 2007, tradução Carlos Alberto Medeiros, ps. 11-12.

da Ciência do Direito Penal, há questões que devem ser ponderadas: 1) a liberdade de expressão (3); 2) a tutela da privacidade (4); 3) os princípios constitucionais, penais e processuais penais (5).

---

(3) Acerca da liberdade de expressão e a imprensa no Brasil, assim ponderou o Supremo Tribunal Federal: “A liberdade de imprensa, qualificada por sua natureza essencialmente constitucional, assegura aos profissionais de comunicação social o direito de buscar, de receber e de transmitir informações e ideias por quaisquer meios, inclusive digitais, ressalvada, no entanto, a possibilidade de intervenção judicial —necessariamente a posteriori— nos casos em que se registrar prática abusiva dessa prerrogativa de ordem jurídica, resguardado, sempre, o sigilo da fonte quando, a critério do próprio jornalista, este assim o julgar necessário ao seu exercício profissional. Precedentes. - A prerrogativa do jornalista de preservar o sigilo da fonte (e de não sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, em razão da prática legítima dessa franquia outorgada pela própria Constituição da República), oponível, por isso mesmo, a qualquer pessoa, inclusive aos agentes, autoridades e órgãos do Estado, qualifica-se como verdadeira garantia institucional destinada a assegurar o exercício do direito fundamental de livremente buscar e transmitir informações. Doutrina. - O exercício da jurisdição cautelar por magistrados e Tribunais não pode converter-se em prática judicial inibitória, muito menos censória, da liberdade constitucional de expressão e de comunicação, sob pena de o poder geral de cautela atribuído ao Judiciário transformar-se, inconstitucionalmente, em inadmissível censura estatal”. Supremo Tribunal Federal, Rcl 21.504 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T, j. 17/11/2015, DJE de 11/12/2015.

(4) Acerca da tutela da privacidade, esclarece Víctor Gabriel Rodríguez: “Tem o ser humano o direito de não comunicar fatos atinentes a sua própria vida, a desejar que não sejam divulgados elementos que entende não possam vir a público. A reserva de elementos pessoais é fator de desenvolvimento da própria personalidade, e o reconhecimento, em dados momentos e situações, faz-se vital ao ser humano. Muitas vezes, entretanto, a atividade da imprensa, como é sabido, desrespeita esse básico direito, também como consequência do gosto humano, do interesse do grande público por ter informações da intimidade de cada um”. Em RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, “Responsabilidade penal da lei de imprensa: a responsabilidade sucessiva e o direito penal moderno”, Apta, Campinas, 2004, p. 121.

(5) Acerca das formas de enfrentar o problema e assim inibir ou reduzir a possibilidade de violação destes princípios, assim se manifesta Francisco J. Leturia Infante: “Grosso modo, podemos distinguir tres grandes épocas —antes, durante y después—, regidas por dos grandes principios opuestos: hasta el inicio del juicio, es decir, durante la etapa de investigación o incluso antes del inicio de la misma, el principio rector será el de la reserva o secreto; y, una vez que el juicio ha comenzado,

O acesso à informação é uma realidade que, com o passar dos tempos tende a crescer, de modo a estar disponível a toda sociedade, o que, dentro de um Estado Democrático de Direito configura a materialização dos postulados formais consagrados constitucionalmente, como no caso brasileiro, no princípio da dignidade da pessoa humana. Os novos instrumentos de comunicação implementados ao longo dos anos possibilitam essa materialização, são capazes de dar voz e visibilidade a qualquer fato que seja de interesse da sociedade, mesmo que este interesse seja a simples curiosidade. Por outro lado, para o senso comum, o Direito Penal é visto como instrumento de controle pedagógico capaz de medir os desvios éticos e morais que se desviem do considerado normal, essa construção leiga, associada à constante divulgação, por parte dos meios de comunicação, de debates dissociados da realidade teórica e da cientificidade do objeto, criam distorções quanto à Ciência do Direito Penal, o que possibilita a falsa percepção de que este não responde aos fins que se destina.

A corrupção passou a ganhar maior visibilidade dentro das pautas das agendas mundiais (6) com as assinaturas dos Tratados de comba-

y hasta el pronunciamiento, notificación y lectura de la sentencia, regirá el principio de publicidad. Para justificar las restricciones de las etapas previas se ha argumentado que una interferencia mediática excesiva —ya sea con o sin divulgación de información—, podría afectar al éxito de la investigación, a los derechos de los afectados por un hecho delictivo, e incluso, en los casos más graves, influir en la decisión del Fiscal de acusar o no hacerlo". LETURIA INFANTE, Francisco J., "Tensiones y conflictos entre la administración de justicia y los medios de comunicación", em RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás - GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo - LETURIA INFANTE, Francisco J. (dir.), *Justicia penal pública y los medios de comunicación*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 29.

(6) Neste sentido, pontua Fernando Andrade Fernandes: "En diversos ámbitos, el fenómeno de la corrupción ha adquirido el estatus de tema de la actualidad, con fuertes reflejos en la percepción general y especializada que se tiene sobre ella y en la búsqueda de alternativas al problema. La corrupción ha sido un tema siempre recurrente en las agendas políticas y jurídicas. Sin embargo, es probable que el tema no haya ocupado nunca tantos titulares, abordándose de las más distintas formas. La corrupción es el centro de la atención privilegiada de los medios de comunicación, de los científicos (políticos, juristas, economistas, sociólogos, y muchos otros), en

te e enfrentamento (Organização dos Estados Americanos - 1996, Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento - 1997 e Organização das Nações Unidas - 2003) a partir das últimas décadas do século XX, o que, somado ao desenvolvido na esfera dos meios de comunicação e o mencionado interesse da população pelas matérias que possuam viés penal, resulta no cenário atual onde as informações transmitidas acabam por resultar em situações de desconfiança, na sensação de impunidade e de desconforto de toda sociedade, de modo a criar um campo fértil para soluções apressadas, utilitaristas, pois visam apenas a eficiência, e que não se conectam com os princípios constitucionais, penais e processuais penais.

### III. Os delitos de corrupção e o interesse midiático

A Ação Penal 470 MG, originária do Supremo Tribunal Federal, foi um dos primeiros casos de corrupção no Brasil a ver seu desenvolvimento ser acompanhado passo a passo pelos meios de comunicação. Os noticiários transmitiram, diariamente, os resumos dos julgamentos, reportagens e entrevistas preenchiam os mais variados programas (televisivos, de rádio, em canais na internet) para realizar uma análise, expor uma crítica, fazer ponderações acerca do julgamento. Jornais escritos publicavam análises e textos (com viés jurídico, econômico, sociológico) acerca do julgamento da Ação Penal 470 MG. Dezenas de livros foram escritos tendo como pano de fundo a temática da Ação Penal 470 MG. Os meios de comunicação participaram do desenvolvimento do julgamento, de cada exposição oral, de defesa ou acusação, dos votos de cada um dos ministros. A transmissão de trechos segmentados, os resumos das sessões de julgamento, seja na mídia escrita, falada ou audiovisual, conduziu a opinião da sociedade leiga que, mesmo com a possibilidade de acessar o acórdão do julgamento na íntegra (que possui 8.405 folhas), optou por formar sua opinião

especial en las universidades, de los parlamentos y de los órganos encargados de su control, llegando a copar el interés de la opinión pública" FERNANDES, Fernando Andrade, "Corrupción y medios de comunicación", em RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás - GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo - LETURIA INFANTE, Francisco J. (dir.), ob. cit., p. 575.

pelo noticiado na grande mídia. Primeiro pela comodidade, depois pela falta de conhecimento técnico.

Em um primeiro momento, tal diagnóstico não teria a menor razão de existir, não para o Direito enquanto ciência. A mera opinião da sociedade, sem a passagem pelos filtros científicos, não deveria causar impactos na seara da Ciência do Direito Penal. Porém, diante da irritação causada no sistema social (7) com a ocorrência do delito, as expectativas cognitivas da sociedade tomam outra dimensão e, ante a criação de novas expectativas, surgem pressões de grupos sociais junto ao legislativo, o que desencadeia um processo de produção legislativa motivada por tais pressões e tensões sociais (8).

(7) Quanto a sociedade enquanto sistema social, Niklas Luhmann: "La sociedad es el sistema social autopoietico por excelencia. Hace comunicación y todo lo que haga comunicación es sociedad. La sociedad constituye las unidades elementales (comunicaciones) de que consta, y todo lo que se forma de esta manera se vuelve sociedad, se transforma en un momento del proceso de su constitución. En este sistema, las consecuencias son inevitables, aun las negativas, como mostramos en el capítulo anterior, están incluidas y sirven, si no a la conservación de las estructuras, si, por lo menos, a la conservación de la reproducción autopoietica misma. Por eso la sociedad puede concebirse como un orden auto sustitutivo, ya que todo aquello que sea necesario cambiar o sustituir respecto de ella, tiene que ser cambiado o sustituido en ella". E segue: "El proceso de diferenciación de la dimensión social (respecto de la dimensión objetiva y la dimensión temporal) solo es un aspecto del proceso de diferenciación del sistema social. Asimismo, todo lo que se espera o se recibe como comunicación, incorpora a los participantes activos o pasivos a la sociedad. Su comportamiento es entonces socialmente previsible, sean cuales fueren las causas naturales o las motivaciones psíquicas supuestas". Em LUHMANN, Niklas, "Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general", Ed. Anthropos, Rubí (Barcelona) - Ed. Universidad Iberoamericana, México - Ed. CEFA, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, 1998, traducción Silvia Pappo e Brunhilde Erker, coord. Javier Torres Nafarrete, p. 366.

(8) Neste sentido, Fernando Andrade Fernandes: "Desde luego, se da una impunidad legislativa, resultante de la característica selectiva de las normas, que aún rodea al Derecho Penal, quedando fuera de su alcance algunos hechos con potencialidad para ser caracterizados como delitos de corrupción, en especial en razón del perfil de los agentes. Esto es un flanco que sigue impulsando la búsqueda de cambios en el dibujo legislativo de las figuras asociadas a la corrupción. Sin embargo, es necesario advertir que, a pesar del esfuerzo, no se han advertido cambios legislativos muy significativos sobre

Não sem razão, entre os anos de 2002 e 2014, tramitaram pela Câmara dos Deputados do Brasil cerca de trinta e sete [37] Projetos de Lei que tinham como tema principal os delitos de corrupção (9), período esse em houve a entrada em vigor dos Tratados internacionais de enfrentamento e combate à corrupção assinados pelo Brasil e em que ocorreu o início da Ação Penal 470 MG e seu posterior julgamento em 2012.

A participação da sociedade civil no combate e enfrentamento dos delitos de corrupção é algo encorajado pelos Tratados internacionais sobre o tema, como no caso da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção assinada em Mérida (2003) e ratificada pelo Brasil (assinada em 2003 e promulgada em 2006 pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro) que em seu artigo 13 recomenda a adoção de medidas adequadas "para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a

el problema en los ordenamientos jurídicos que integran un mismo entorno de tradición europeo-continental. Más bien, en general estos intentos han proyectado únicamente resultados en la línea de una mejor organización de la materia en los códigos penales". FERNANDES, Fernando Andrade, "Corrupción y medios de comunicación", em RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás - GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo - LETURIA INFANTE, Francisco J. (dir.), ob. cit., p. 593.

(9) Acerca da análise dos Projetos de Lei, Ana Cristina Gomes: "Sistematizado o problema ante a análise dos Projetos de Lei apresentados à Câmara dos Deputados, é preciso observar os aspectos relevantes: 1) o grande número de Projetos de Lei com opções jurídico-legislativas pautadas no recrudescimento das sanções penais ou no endurecimento dos regimes de cumprimento das condenações revela algo sintomático; 2) a transferência de demandas políticas para o âmbito legislativo, sem os filtros adequados capazes de esclarecer quais os problemas de ordem jurídica a serem considerados; 3) a crescente preocupação com os delitos de corrupção tendo em vista o cenário mundial e a assinatura das Convenções 'anti' e 'contra' a corrupção; 4) a conjuntura política, social e econômica interna". In GOMES, Ana Cristina, "Corrupção e política criminal: o processo legislativo e a realidade dos tribunais", 2014. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2014, f. 125.

ameaça que esta representa”(10). Este mesmo artigo 13, ressalva em sua alínea “d” que essa participação ativa, de grupos e de pessoas, deveria esforçar-se em propor medidas capazes de “Respeitar, promover e proteger a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação relativa à corrupção”. O estímulo para uma participação mais ativa da sociedade civil quanto ao enfrentamento dos delitos de corrupção vem dos organismos internacionais, neste sentido, a publicidade, dada aos delitos de corrupção pela mídia, estaria em conformidade com as diretrizes dos instrumentos internacionais caso houvesse ponderação e racionalidade, de maneira a transmitir informações de forma imparcial. Talvez esta seja a maior questão, a parcialidade dos veículos de comunicação que acaba por influenciar a opinião de toda a sociedade (11).

É neste cenário complexo que a informação ofertada pelos meios de comunicação à sociedade acaba por inflar o sentimento de pertencimento e de reparação pela via da Ciência do Direito Penal. Por sua natureza tanto o Direito Penal, quanto o Processo Penal possuem, dentro de um Estado Democrático de Direito, princípios que lhes são fundamentais, basilares como a legalidade, a intervenção mínima, a ampla defesa, o contraditório. Assim, quando uma ação ganha relevância penal e passa a ser objeto de tutela penal, significa dizer que estes princí-

---

(10) Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm). Acesso em 24/07/2019.

(11) Acerca dos reflexos da influência dos meios de comunicação em relação ao fenômeno da corrupção, disserta Fernando Andrade Fernandes: “Reflejando la influencia de los medios de comunicación en el fenómeno de la corrupción, argumentamos en la línea de que, de tiempos en tiempos, surge un nuevo caso de corrupción que estimula el sensacionalismo de los medios, la opinión pública se manifiesta indignada, y la administración de justicia inicia su espectáculo. O sea, de tiempos en tiempos, cuyo espaciamento es cada vez más corto, surge un nuevo caso de corrupción que alimenta el hambre sensacionalista de los medios de comunicación”. FERNANDES, Fernando Andrade, “Corrupción y medios de comunicación”, em RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás - GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo - LETURIA INFANTE, Francisco J. (dir.), ob. cit., p. 588.

pios serão observados, sob pena de invalidade ou nulidade do procedimento caso isso não ocorra. Mesmo com a interferência dos meios de comunicação e com as tensões geradas pela sociedade ante a divulgação massiva de casos de corrupção, não é possível suprimir tais princípios a despeito de um utilitarismo. Toda Política Criminal deve nortear-se pelos princípios penais consagrados pela Constituição do Estado a que pertence, assim, as opções político-criminais, devem revelar-se compatíveis com os princípios norteadores do Estado, no caso brasileiro, com os princípios do Estado Democrático de Direito.

#### IV. Considerações finais

Não há como negar a necessidade de uma ativa participação da sociedade por meio do acesso à informação possível graças aos meios de comunicação, a publicidade das informações não é óbice à realização do Estado Democrático de Direito e nem mesmo à realização dos fins do Direito Penal, entretanto, faz-se necessário compreender que, em alguns momentos, a influência dos meios de comunicação causam uma interferência demasiada nas tomadas de decisões. O populismo penal ou mesmo o paternalismo penal acabam por transformar o Direito Penal em um instrumento meramente simbólico, que se desprende de seu objeto e não comunica à sociedade a sua real finalidade.

A difícil missão neste contexto é a ponderação de como informar, pois, é necessária e salutar a participação da sociedade no desenvolvimento democrático do Estado e suas questões, sem que essa informação seja capaz de criar uma falsa realidade ou de transmitir uma sensação de que o Direito Penal não está a responder de modo válido as expectativas cognitivas que ganharam status de expectativas normativas. É preciso compreender o Direito Penal enquanto Ciência e o conhecer sua missão e função para que decisões e opções jurídico-legislativas e político-criminais sejam tomadas em conformidade com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

# A corrupção em transação comercial internacional nos países do Mercosul

POR KAÍQUE RODRIGUES DE ALMEIDA

**Sumario: I. Introdução.— II. O Mercosul no processo de regionalização e integração global.— III. A internacionalização do combate à corrupção em transações comerciais internacionais.— IV. Uniformidade e harmonização do delito nos países do Mercosul conforme a normativa internacional.— V. Conclusões.— VI. Bibliografia.**

## I. Introdução

Foram noticiados nos últimos anos muitos casos de empresas e empresários envolvidos com pagamentos de vantagens indevidas a funcionários públicos de outros países latino-americanos.

A Embraer, empresa de aviação civil e militar com sede no Brasil, firmou um acordo no valor de US\$ 206 milhões com autoridades do Brasil e dos Estados Unidos da América (EUA) para encerrar uma investigação sobre o pagamento de propinas em negociações feitas na Índia, Arábia Saudita, República Dominicana e Moçambique (1). Dez ex-executivos da empresa foram condenados pela justiça brasileira pelo pagamento de US\$ 3,5 milhões a um coronel aposentado da Força Aérea da República Dominicana como forma de tentar garantir a compra de oito aviões pelo país caribenho em 2008 (2).

Em 2016, a *holding* Odebrecht —grupo empresarial brasileiro que atua principalmente

na construção civil, nos setores de energia e na indústria naval— firmou um acordo com autoridades do Brasil, da Suíça e dos EUA para o pagamento de uma multa no valor de US\$ 3,5 bilhões. A Odebrecht alegou que gastou entre 2001 e 2016 aproximadamente US\$ 788 milhões em propinas pagas a funcionários públicos, seus representantes e partidos políticos. Essas vantagens envolvem agentes públicos do Brasil, de 9 países da América Latina (Argentina, Colômbia, Equador, Peru, Venezuela, Guatemala, México, Panamá e República Dominicana) e de 2 países da África (Angola e Moçambique) (3). Há notícias de ilícitos em contratos vinculados à termelétrica de Punta Catalina, na República Dominicana, a um gasoduto peruano e para realização de obras nos metrô de Quito, da Cidade do Panamá e de Caracas (4).

As autoridades americanas anunciaram em julho de 2016 a aplicação de sanções de mais de US\$ 22 milhões contra a LATAM —empresa multinacional da aviação civil criada após a

(1) NUNES, Wálter - LANDIM, Raquel, “Embraer faz acordo de US\$206 milhões para encerrar caso de propina”, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 out. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1825685-embraer-faz-acordo-de-us-206-milhoes-para-encerrar-caso-de-propina.shtml>. Acesso em: 25 jul. 2019.

(2) NOGUEIRA, Igor, “Ex-executivos da Embraer são condenados por propina na República Dominicana”, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 17 dez. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/ex-executivos-da-embraer-sao-condenados-por-propina-na-republica-dominicana.shtml>. Acesso em: 25 jul. 2019.

(3) ANGÉLICO, Fabiano, “Grande corrupção: dados inéditos apresentam raio x sobre atividade de órgãos de investigação da América Latina no caso Odebrecht”, *JOTA*, São Paulo, 29 mai. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/grande-corrupcao-dados-ineditos-apresentam-raio-x-sobre-atividade-de-orgaos-de-investigacao-da-america-latina-no-caso-odebrecht-29052019>. Acesso em: 25 jul. 2019.

(4) CHAVKIN, Sasha, “Leak Exposes Millions of Dollars in New Payments in Odebrecht Cash-For-Contracts Scandal”, *ICIJ*, Washington, 25 jun. 2019. Disponível em: <https://www.icij.org/investigations/bribery-division/leak-exposes-millions-of-dollars-in-new-payments-in-odebrecht-cash-for-contracts-scandal/>. Acesso em: 9 ago. 2019.



fusão da chilena LAN com a brasileira TAM em 2012— por falhas em seus sistemas internos de controle contábil, que teriam sido fraudados para mascarar o pagamento de propinas. De acordo com a nota divulgada pelo Departamento de Justiça dos EUA (DOJ, na sigla em inglês), entre 2006 e 2007 a LAN teria contratado um membro do Ministério dos Transportes da Argentina para prestar uma consultoria externa no valor de US\$ 1,15 milhão. Porém, o serviço jamais foi realizado e o propósito verdadeiro do contrato era encobrir o pagamento de propinas a sindicalistas argentinos, que teriam assegurado o desrespeito de normas trabalhistas pela empresa em sua operação no aeroporto de Buenos Aires (5).

Esses casos evidenciam que os mercados dos países da América Latina —e suas empresas— passam por processos de regionalização e internacionalização das transações comerciais, em que operam também a criminalização por atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros.

O presente trabalho analisa os tipos penais de corrupção em transação comercial internacional (6) nos Estados Parte e Associados ao Mercosul, com o objetivo de verificar qual o grau de uniformidade ou harmonização desses delitos. Essa análise permite identificar as características comuns e próprias de cada país, dando maior clareza sobre as zonas ilícitas de corrupção estrangeira nas relações comerciais no bloco.

Em um primeiro momento (a seguir, II.) são apresentadas as características gerais do Mer-

---

(5) DEPARTMENT OF JUSTICE - OFFICE OF PUBLIC AFFAIRS, "LATAM Airlines Group Resolves Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agrees to Pay \$12.75 Million Criminal Penalty", 25 jul. 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/latam-airlines-group-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-1275>. Acesso em 25 jul. 2019.

(6) O nome juris do delito é "corrupção de funcionário público estrangeiro em transação comercial internacional". Porém, a doutrina, os meios de comunicação e as instituições que analisam o fenômeno tratam o delito como "corrupção estrangeira", "corrupção de funcionário público estrangeiro" ou "corrupção em transação comercial internacional". Essas expressões são aqui utilizadas como sinônimos referentes ao mesmo crime.

cosul e explicitadas as condições para consideração de um país como Estado Parte ou Associado. Como se verá adiante, a opção pela análise do Mercosul ocorre por ser um bloco econômico de grandes proporções geográficas, populacionais e de efetiva integração regional e inserção global.

Após, é feita a descrição da evolução internacional do combate à corrupção estrangeira com ênfase na assinatura desses instrumentos internacionais pelos Estados do Mercosul (a seguir, III.).

Feita a identificação das convenções internacionais, apresenta-se a matriz de análise. Então, aplica-se a matriz aos tipos penais dos países do Mercosul que incorporaram o delito ao seu ordenamento pátrio —a saber, Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Peru— (a seguir, IV.).

## II. O Mercosul no processo de regionalização e integração global

A integração das Américas, ou de determinadas regiões das Américas, apresenta diversos projetos políticos e econômicos no curso da história. A regionalização a que se reporta o presente trabalho é o fenômeno que tem marcado o sistema internacional —incluindo a América Latina— desde o final da Segunda Guerra Mundial. Geralmente iniciada por processos de aproximação pontuais na área comercial, esta regionalização global é também alicerçada em interesses comuns de superação de rivalidades do passado, acrescidos de proximidades geográficas e compartilhamento de valores políticos e morais. A integração europeia, culminando na União Europeia, é o processo de regionalização econômica e política mais significativo da contemporaneidade (7). Importa para o presente artigo discorrer sobre as características desse fenômeno na América Latina.

No âmbito da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), Raul Prebisch compreendia, já na década de 50, que a integração

---

(7) STEINFUS, Ricardo, "Considerações sobre o Mercosul", *Estud. av.*, 16, v. 6, São Paulo, ps. 117-131, Dec. 1992. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141992000300010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000300010&lng=en&nrm=iso). Acesso em 22 jul. 2019.



das economias da América Latina seria uma forma de alcançar maior eficiência produtiva, um uso melhor dos recursos materiais, financeiros e humanos e a diminuição da dependência das economias da região com relação a outros centros produtivos industriais, reduzindo a desigualdade econômica e social que se perpetua estruturalmente entre as nações da América Latina e outras regiões desenvolvidas (8). Em 1951, a CEPAL atendeu a um pedido de apoio técnico das nações da América Central para auxílio técnico ao seu processo de integração, o que resultou na formação do Mercado Comum Centroamericano (MCCA) em 1960 (9).

Outras iniciativas importantes do período foram a criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) em 1960, a formação do bloco do Pacto Andino em 1969 (atualmente denominado como Comunidade Andina), e a formação da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) em 1980.

O fim dos anos 80 e início dos anos 90 foi um período de intensas transformações na América do Sul. Depois de uma década marcada por crises de dívida externa e baixo crescimento econômico, Argentina e Brasil assinaram e registraram um Acordo de Complementação Econômica na ALADI, no qual sistematizaram e aprofundaram os acordos comerciais bilaterais pré-existentes. O objetivo do acordo era eliminar todas as barreiras ao comércio entre os dois países em um período de 10 anos, como uma das medidas para recuperação e dinamização econômica (10). Essa aproximação atraiu também as autoridades do Uruguai e do Paraguai, culminando na assinatura de um acordo criando um mercado comum de quatro partes. Assim, o Mercado Comum do Sul (Mercosul) foi instituído em 1991, mediante a celebração do Tratado de Assunção (TA) (11).

(8) PREBISCH, Raúl, "El Mercado común latino-americano", Nações Unidas, México, 1959.

(9) CORDERO, Martha, "Integración Económica Centroamericana", CEPAL, México, 2017, p. 11.

(10) CASELLA, Paulo Borba, "Integração nas Américas: uma visão de conjunto", em CASELLA, Paulo Borba (coord.), Mercosul: integração regional e globalização, Renovar, Rio de Janeiro, 2000., ps. 235-278.

(11) A Venezuela aderiu ao TA em 2006, tendo sido incorporada como membro definitivo em 2014.

O objetivo do Mercosul é o uso da integração regional como fator de aceleração dos processos de desenvolvimento econômico e social dos Estados Parte. Assim, espera-se um aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, uma melhora das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas, com a formação de um espaço de livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos e eliminação de barreiras ao comércio interno (12).

Em 1994, foi celebrado o Protocolo de Ouro Preto, constituindo a personalidade jurídica internacional do Mercosul. Nesse instrumento os Estados Parte reconheceram que o bloco iniciaria com a formação de uma zona de comércio livre e passaria para uma etapa de implementação de uma união aduaneira como estágio anterior à construção do mercado comum. Nesse instrumento estão estabelecidas as bases institucionais do Mercosul, que vem se desenvolvendo e aperfeiçoando desde então (13).

O bloco se insere internacionalmente como um dos grandes espaços econômicos do mundo contemporâneo, permitindo um maior poder de barganha em negociações regionais e multilaterais. Por exemplo, pode-se destacar que, atualmente, o bloco abrange uma área territorial de cerca de 14,87 milhões de quilômetros

(12) Algumas exceções ainda persistem, como a manutenção de regimes tarifários especiais para o açúcar e os automóveis, por exemplo.

(13) Posteriormente, os Estados Parte assinaram o Protocolo de Olivos (PO) em 2002, constituindo o Tribunal Permanente de Revisão, com a missão de garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do Mercosul, de forma consistente e sistemática. A Comissão Parlamentar Conjunta era o órgão representativo dos Parlamentos dos Estados Parte, tendo sido substituída pelo Parlamento do Mercosul em 2005, após a aprovação de seu Protocolo Constitutivo. Porém, como acentua Vigevani e Ramanzini Jr., um Mercosul mais institucionalizado parece não atender aos interesses de parte considerável das elites, de grupos sociais, econômicos e regionais e de setores políticos, que parecem ter suas necessidades atendidas na atual estrutura, sendo pacífico somente o interesse em aumento no comércio e dos investimentos transfronteiriços. Cf. IGEVANI, Tullo - JUNIOR, Haroldo Ramanzini, "Autonomia, integração regional e política externa brasileira: Mercosul e Unasul", *Dados*, 2, v. 57, Rio de Janeiro, June 2014, ps. 517-552.

quadrados, possui uma população total de 295 milhões de habitantes e reunido representa a 5ª economia global (14). Ou seja, o Mercosul também exerce o papel de facilitação da integração dos países do bloco à economia mundial (15).

A análise econômica realizada por Cordeiro e Rodrigues Jr. sobre dados de 1980 a 2014 concluiu que há evidências de que o Mercosul contribuiu especialmente com a criação de comércio industrial interno e no aumento de exportações dos setores agrícolas para mercados fora do bloco (16).

A normativa do Mercosul (Decisões CMC Nº 18/04, 28/04 e 11/13) permite que requeiram a condição de Estado Associado os países membros da ALADI com os quais o Mercosul tenha assinado Acordos de Livre Comércio, protocolizados naquela associação, bem como os países com os quais o Mercosul assine acordos bilaterais. Os Estados Associados podem participar na qualidade de convidados das reuniões dos órgãos da estrutura institucional do Mercosul para tratar de temas de interesse comum, com direito a voz. Atualmente, Bolívia (17), Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Peru e Suriname são considerados Estados Associados ao Mercosul.

Assim, o presente trabalho tem como objeto de estudo o bloco formado atualmente por Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela, na condição de Estados Parte, e por Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Peru e Suriname, na condição de Estados Associados. A seguir, é descrito o processo de internacionalização da política de criminalização da corrupção em transações comerciais internacionais, com

detalhamento de quais instrumentos foram assinados por tais países e posteriormente implementados em seus ordenamentos internos.

### III. A internacionalização do combate à corrupção em transações comerciais internacionais

Como esclarece o pensador espanhol Silva Sánchez, o direito penal da globalização econômica e da integração supranacional é um direito crescentemente unificado. A globalização é caracterizada pela pressão para se evitar a existência de lacunas hipotéticas na criminalização. A demanda é eminentemente prática: proporcionar uma resposta uniforme ou harmônica à delinquência transnacional para evitar a formação de “paraísos jurídico-penais”, isto é, espaços territoriais isentos da punição criminal de uma determinada conduta (18). É o que podemos verificar no processo de implementação global do delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais.

Após o escândalo Watergate, que teve como um de seus desdobramentos a descoberta de esquemas de empresas norte-americanas para pagamentos não contabilizados a políticos e funcionários públicos nacionais e estrangeiros, os EUA promulgaram em 1977 uma lei sobre práticas de corrupção no exterior (FCPA, na sigla em inglês) (19). Essa legislação prevê a responsabilização cível, administrativa e criminal de pessoas naturais e pessoas jurídicas por violações aos deveres contábeis das companhias e pelo pagamento, direto ou por intermediários, de benefícios indevidos a autoridades públicas

---

(14) Dados disponíveis no portal oficial do Mercosul. Disponível em: <https://www.mercosur.int>. Acesso em 8 ago. 2019.

(15) MOREIRA, Maurício Mesquita, “The Mercosur that makes sense”, *Integration & Trade*, 2003.

(16) CORDEIRO, Bruno Ferreira - RODRIGUES JUNIOR, Mauro, “Os Impactos Do Mercosul Sobre O Comércio: Uma Abordagem Gravitacional”, Departamento de Economia da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (FEA-USP), São Paulo, 2016.

(17) Bolívia aderiu ao TA em 2015, encontrando-se ainda em vias de incorporação.

---

(18) Silva Sanchez também faz considerações sobre a incidência da globalização sobre a microcriminalidade, a criminalidade de massas e as novas formas de macrocriminalidade organizada, como o terrorismo, o narcotráfico, o tráfico de armas, de mulheres e de crianças. Cf. SÁNCHEZ, Jesús María Silva, “A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2013, 3ª ed.

(19) Para uma discussão mais aprofundada sobre os interesses dos EUA no tratamento penal da corrupção estrangeira: DAVIS, Kevin E., “Why does the United States regulate foreign bribery: moralism, self-interest or altruism?”, *New York University Annual Survey of American Law*, Wntr, 2012, Vol. 67 Issue 3, p. 497.

estrangeiras em transações comerciais internacionais.

No entanto, outros países não acompanharam a iniciativa dos EUA, de maneira que muitas empresas norte-americanas entenderam que estavam em desvantagem competitiva na concorrência por negócios no exterior, dado que eram passíveis de punição, inclusive criminal, pelo pagamento de propinas, enquanto empresas de outros países exportadores não eram suscetíveis a esse tipo de sanção. Ao contrário, a legislação tributária da Alemanha e da França, por exemplo, facilitava a dedução fiscal de despesas de “comissões” relacionadas ao pagamento de propinas de autoridades estrangeiras. Ou seja, havia, se não um estímulo, certa convivência com tais práticas (20).

A matéria foi levada à discussão no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), uma organização internacional voltada a contribuir com o comércio mundial e promoção do desenvolvimento econômico (21). De acordo com Wouters, Ryngaert e Cedric, a OCDE era o fórum ideal para essa discussão, pois concentrava os Estados economicamente desenvolvidos e que são sede da maioria das principais empresas transnacionais (22).

Após algumas iniciativas no início dos anos 90 reconhecendo a necessidade de combate à corrupção estrangeira e não mais facilitação da sua dedução fiscal (23), em 1997 foi assinada,

por 17 Estados da OCDE, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção OCDE). O instrumento estabeleceu a nova modalidade do delito criminal de corrupção ativa (art. 1º) e buscava a responsabilização criminal das pessoas naturais e jurídicas (art. 2º) por promoverem direta ou indiretamente o pagamento de propinas a funcionários públicos estrangeiros (24). Até o presente momento, essa convenção já foi assinada e implementada por 44 países (25), dentre eles a Argentina, o Brasil, o Chile, a Colômbia e o Peru.

Wouters, Ryngaert e Cedric também esclarecem que a ampla adesão dessa convenção foi promovida por políticas de instituições financeiras multilaterais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, bem como pela atuação de instituições privadas como a Transparência Internacional e a Câmara Internacional de Comércio (26).

De acordo com o relatório de 2017 do Grupo de Trabalho sobre a aplicação da Convenção OCDE, desde a entrada em vigor da convenção em 1999 até 2017, 560 indivíduos e 184 pessoas jurídicas receberam sanções criminais por corrupção estrangeira e 80 indivíduos e 12 pessoas jurídicas foram absolvidos. Dentre os Estados Parte e Associados ao Mercosul, houve a condenação de 25 indivíduos pelo Brasil, e de 1 indivíduo e 1 pessoa jurídica pelo Chile (27).

(20) GARCÍA, Emerson, “A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 233, Rio de Janeiro, jul. 2003, ps. 103-140.

(21) ACORN, Elizabeth, “Twenty Years of the OECD Anti-Bribery Convention: National Implementation and Hybridization”, *U.B.C. Law Review*, Vol. 51, Issue 3 (2018), ps. 613-670.

(22) WOUTERS, Jan - RYNGAERT, Cedric - CLOOTS, Ann Sofie, “The International Legal Framework against Corruption: Achievements and Challenges”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 14, Issue 1 (June 2013), ps. 205-280.

(23) Em 1994, o Conselho da OCDE adotou a Recomendação sobre Propinas em Transações Comerciais Internacionais, estabelecendo o Grupo de Trabalho (“Working Group”) responsável pelo monitoramento da implementação dessas recomendações. Em 1996, a OCDE aprovou a Recomendação sobre a Dedução de Im-

postos de Subornos de Funcionários Públicos Estrangeiros, dando um passo a mais nas medidas para dificultar a corrupção estrangeira.

(24) A Convenção OCDE também apresenta disposições sobre lavagem de dinheiro (art. 7º), contabilidade (art. 8º), assistência jurídica internacional (art. 9º), extradição (art. 10) e o monitoramento do Grupo de Trabalho (art. 12).

(25) A OCDE disponibiliza em seu portal uma lista atualizada dos países que implementaram a Convenção Antissuborno. Disponível em: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>. Acesso em 8 ago. 2019.

(26) WOUTERS, Jan - RYNGAERT, Cedric - CLOOTS, Ann Sofie, ob. cit.

(27) OECD, “Working Group on Bribery. 2017 Data on enforcement of the Anti-Bribery Convention”. Disponível em: [Alternativas al Sistema de Justicia Criminal Latinoamericano • 289](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/OECD-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

Também na esteira desse processo de internacionalização, cabe mencionar que em 1996 os Estados da Organização dos Estados Americanos (OEA) assinaram a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção OEA), estabelecendo o delito de “suborno transnacional” (art. VIII) como um ato de corrupção ativa. Essa convenção foi assinada e ratificada por todos os Estados Parte e Associados ao MERCOSUL (28).

Por fim, é importante ressaltar a adoção pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 2003 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção ONU). Esta convenção busca a punição da corrupção transnacional ativa, praticada por quem realiza a “promessa, oferecimento ou a concessão (...) de um benefício indevido” (art. 16.1), mas também a corrupção transnacional passiva, daquele que pratica a “solicitação ou aceitação (...) de um benefício indevido” (art. 16.2).

Verifica-se que somente os Estados que assinaram a Convenção OCDE deram efeito à obrigação internacional e constituíram o delito de corrupção estrangeira em seus ordenamentos internos.

Desse modo, resta claro que a política de criminalização da corrupção em transações comerciais internacionais guarda suas raízes no FCPA, legislação norte-americana de 1977. Porém, é na década de 90, em especial pelas discussões realizadas no âmbito da OCDE, que se inicia uma globalização dessa política criminal. Atualmente, dos países vinculados ao MERCOSUL, a Argentina, o Brasil, o Chile, a Colômbia e o Peru já constituíram esse crime em seus ordenamentos pátrios. Cumpre, a seguir, analisar o grau de uniformização ou harmonização des-

se delito, a partir das elementares previstas nos instrumentos internacionais.

#### **IV. Uniformidade e harmonização do delito nos países do Mercosul conforme a normativa internacional**

O tipo penal de corrupção apresenta uma estrutura comum nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Trata-se da criminalização de um pacto no qual um sujeito busca promover uma ação ou uma omissão do funcionário público e o funcionário, por seu turno, aceita como contraprestação uma vantagem. O desvalor da conduta do corruptor ativo está na submissão abusiva da função pública ao seu interesse particular, mediante a promessa ou a compra do funcionário, e o desvalor da conduta do corruptor passivo está no aproveitamento ilícito do seu cargo público (29).

Uma análise conjunta da Convenção OCDE, da Convenção OEA e da Convenção ONU, instrumentos dos quais parte ou a totalidade dos Estados do Mercosul são signatários, permite constatar que o delito de corrupção ativa em transação comercial internacional tem nove características típicas:

- 1) não se exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo (crime comum);
- 2) o sujeito deve praticar o delito intencionalmente (crime doloso);
- 3) os núcleos do tipo penal são as condutas de oferecer, prometer, dar ou outorgar;
- 4) o objeto do pacto de injusto é um benefício indevido, de natureza pecuniária ou de outra natureza, como dádivas, favores, promessas ou vantagens;
- 5) a oferta é realizada diretamente ou por intermediário;
- 6) o sujeito a receber a proposta de pactuar o injusto é um funcionário público estrangeiro ou de organização internacional pública;

---

(29) GRECO, Luís - TEIXEIRA, Adriano, “Aproximação a uma teoria da corrupção”, em LEITE, Alaor - TEIXEIRA, Adriano (org.), *Crime e Política*, FGV, Rio de Janeiro, 2017, ps. 19-51.

---

-WGB-Enforcement-Data-2018-ENG.pdf. Acesso em 3 set. 2019.

(28) Cabe mencionar que também houve a discussão e implementação de políticas para a persecução da corrupção estrangeira por parte da União Europeia e do Conselho da Europa, assim como pela União Africana e das Comunidades para o Desenvolvimento da África Austral (SADC, na sigla em inglês) e da África Ocidental (ECOWAS, na sigla em inglês), revelando a correlação entre os fatores regional e global na globalização da política criminal.

7) o benefício indevido poder ser direcionado ao funcionário ou a terceiros;

8) a proposta do pacto de injusto tem como objetivo causar uma ação ou omissão do funcionário no desempenho de suas funções, ainda que fora da sua competência legal;

9) a ação ou omissão do funcionário deve estar vinculada a uma transação comercial internacional;

10) o benefício pode redundar em proveito próprio do autor ou no de outra pessoa.

A partir dessa matriz, foi feita uma análise dos tipos penais previstos no art. 258-bis do Código Penal da Argentina (CPA), dos arts. 337-B e 337-C do Código Penal do Brasil (CPB), dos arts. 251-bis e 251-ter do Código Penal do Chile (CPCCh), do art. 433 do Código Penal da Colômbia (CPCo) e do art. 397-A do Código Penal do Peru (CPP).

O objetivo da análise era identificar a elementar que poderia ser considerada: (a) “uniforme”, isto é, com descrição típica homogênea; (b) “harmônica”, quando, embora não exatamente uniforme, guarde coerência; (c) com “diferença sem efeito pragmático”, hipótese em que as distinções identificadas, embora notórias, não representam um resultado jurídico-penal relevante; e, (d) “diferença substancial”, caracterizada por um tratamento legislativo com impactos significativos no exame de adequação típica das condutas.

Constatou-se que as elementares 1), 2), 3), 5), 6), 7), 9) e 10) são uniformes, sendo características homogêneas dos ordenamentos constituir o crime como comum, doloso, de oferecimento de promessa ou efetivo pagamento, direta ou indiretamente, de um benefício indevido pactuado com o funcionário público estrangeiro, tendo como destinatário da vantagem o próprio funcionário ou terceiros.

Embora haja uma diferença na descrição do objeto da vantagem de corrupção, pode-se inferir que a elementar [4] é harmônica. Brasil, Chile e Peru apresentam descrições mais genéricas de vantagem ou benefício indevido, ao passo que Argentina e Colômbia adotam descrições

mais concretas e extensas, como “sumas de dinero”, “cualquier objeto de valor pecuniario”, “dádivas, favores, promesas o ventajas”.

A diferença sem efeito pragmático identificada está presente na elementar [8], que versa sobre a prestação do funcionário público no pacto de corrupção. Na Argentina, no Chile e no Peru o tipo penal é harmônico, descrevendo que a contrapartida pela vantagem indevida deve ser uma *ação* ou *omissão* do funcionário público. No Brasil e na Colômbia, além da ação e da omissão há a descrição da conduta de *retardar*. Dado que a conduta de *retardar* pode ser considerada *uma omissão seguida de uma ação*, não há grandes repercussões práticas nesse acréscimo por alguns países nem na ausência dessa elementar em outros. Ou seja, o fenômeno de “retardo” na ação do funcionário público, em decorrência de vantagem indevida de corrupção, pode ser apreendido como uma omissão seguida de ação que não elide a relevância jurídico penal daquela omissão ou como uma ação extemporânea.

Por fim, verificou-se a presença de duas diferenças substanciais. No Chile se pune como corrupção o ato de prometer ou dar vantagem em razão de o funcionário público estrangeiro “haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones”. Trata-se da denominada corrupção subsequente ou corrupção recompensa, em que se pactua o injusto em momento posterior à realização da ação ou da omissão que beneficia o corruptor (30).

Outro fenômeno importante é a diferença substancial no tratamento da corrupção-influência no “mbito dos tipos penais da Argentina e do Brasil. Trata-se de distinção relacionada novamente à extensão da elementar [8], que diz respeito à contraprestação do funcionário público estrangeiro.

Cumprido esclarecer que, de acordo com o art. 1.3.c da Convenção OCDE, a ação ou a omissão no desempenho de suas funções inclui qualquer uso do cargo do funcionário público,

(30) BLANCO CORDERO, Isidoro, “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, Ed. La Ley, nro. 7534 (23 de diciembre de 2010).



ainda que este ato não de sua competência legal.

Na Argentina também se considera um ato de corrupção estrangeira a pactuação com o funcionário público para que faça valer a influência derivada de seu cargo em um assunto vinculado a uma transação comercial internacional. Assim, o legislador argentino considera a exploração da influência derivada do cargo como um uso indevido do cargo.

Por outro lado, no Brasil, a elementar influência não está descrita no delito de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B do CPB), mas somente no tipo penal de tráfico de influência passivo em transação comercial internacional (art. 33-C do CPB), que tem como estrutura típica não a compra, mas sim a venda da influência, figurando em outro polo do pacto de injusto. Desse modo, as relações de influência em transações comerciais internacionais no Brasil apresentam uma criminalização de conduta passiva (“venda de influência”) e um *nomen juris* distinto. Há grande diferença de tratamento com relação à lei argentina, que equipara a conduta ativa de comprar um ato do funcionário público, dentro ou fora de suas atribuições funcionais, à compra de sua influência decorrente do cargo.

Assim, constata-se, de maneira geral, um elevado grau de uniformidade e harmonização entre os tipos penais, características presentes em 9 das 10 elementares. Entretanto, as diferenças identificadas na elementar 8, que diz respeito ao objeto da contraprestação a ser fornecida pelo funcionário público são substantivas e de grande impacto, pois alteram significativamente a extensão do próprio objeto do pacto de injusto da corrupção para alcançar a corrupção subsequente e dar um tratamento corrupto à compra de influência do funcionário público.

## V. Conclusões

A intensificação das relações econômicas e das trocas comerciais entre países latino-americanos tem sido acompanhada do surgimento de grandes casos de responsabilização criminal por atos de corrupção estrangeira. As investigações em curso de casos como o da Embraer, o da *holding* Odebrecht e da LATAM tratam, in-

clusive, da atuação de empresas sediadas e atuantes em países do Mercosul. O estreitamento da integração econômica do bloco poderá impactar diretamente para o surgimento de novos casos com essas características.

Verificou-se também que o estudo da corrupção em transações comerciais internacionais nos países do Mercosul corroborou a tese de Silva Sanchez de que o direito penal da globalização é um direito penal cada vez mais uniforme e harmônico. Foi possível constatar que 9 das 10 elementares identificadas nas convenções internacionais de que Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Peru são signatários —notadamente, Convenção OCDE, Convenção OEA e Convenção ONU— apresentaram como característica a homogeneidade ou a conformidade.

Por outro lado, chama a atenção o fato de a elementar 8, que diz respeito àquilo que o funcionário público realiza em contrapartida à vantagem indevida do corruptor, apresentar distinções tão substantivas, como a presença da corrupção subsequente no Chile e a enorme discrepância no “âmbito da tipicidade daquilo que denominamos corrupção-influência nos Códigos Penais do Brasil e da Argentina. Por se tratar de distinções presentes em elementar tão central para a estruturação do pacto de injusto do delito, conclui-se que podem gerar grandes divergências sobre a adequação típica de uma determinada conduta como corrupção em transação comercial internacional.

## VI. Bibliografia

ACORN, Elizabeth, “Twenty Years of the OECD Anti-Bribery Convention: National Implementation and Hybridization”, *U.B.C. Law Review*, Vol. 51, Issue 3 (2018), ps. 613-670.

ANGÉLICO, Fabiano, “Grande corrupção: dados inéditos apresentam raio x sobre atividade de órgãos de investigação da América Latina no caso Odebrecht”, *JOTA*, São Paulo, 29 mai. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/grande-corrupcao-dados-ineditos-apresentam-raio-x-sobre-atividade-de-orgaos-de-investigacao-da-america-latina-no-caso-odebrecht-29052019>. Acesso em 25 jul. 2019.



BLANCO CORDERO, Isidoro, “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, Ed. La Ley, nro. 7534 (23 de diciembre de 2010).

CASELLA, Paulo Borba, “Integração nas Américas: uma visão de conjunto, em CASELLA, Paulo Borba (coord.), *Mercosul: integração regional e globalização*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

CHAVKIN, Sasha, “Leak Exposes Millions Of Dollars In New Payments In Odebrecht Cash-For-Contracts Scandal”, *ICIJ*, Washington, 25 jun. 2019. Disponível em: <https://www.icij.org/investigations/bribery-division/leak-exposes-millions-of-dollars-in-new-payments-in-odebrecht-cash-for-contracts-scandal/>. Acesso em 9 ago. 2019.

CORDERO, Martha, “Integración Económica Centroamericana”, CEPAL, México, 2017.

DAVIS, Kevin E., “Why does the united states regulate foreign bribery: moralism, self-interest or altruism?”, *New York University Annual Survey of American Law*, Wntr, 2012, Vol. 67 Issue 3.

DEPARTMENT OF JUSTICE - OFFICE OF PUBLIC AFFAIRS, “LATAM Airlines Group Resolves Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agrees to Pay \$12.75 Million Criminal Penalty”, 25 jul. 2016. Disponível em:

<https://www.justice.gov/opa/pr/latam-airlines-group-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-1275>. Acesso em 25 jul. 2019.

ESTELLITA, Heloísa, “Integração regional e direito penal - Tese de doutorado apresentada ao departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia” Orientador: Prof. Dr. Vicente Greco Filho, SP, USP, 2004.

GARCÍA, Emerson, “A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, jul. 2003, ps. 103-140.

GRECO, Luís — TEIXEIRA, Adriano, “Aproximação a uma teoria da corrupção”, em LEITE,

Alaor - TEIXEIRA, Adriano (org.), *Crime e Política*, FGV, Rio de Janeiro 2017, ps. 19-51.

IGEVANI, Tullo - JUNIOR, Haroldo Ramanzini, “Autonomia, integração regional e política externa brasileira: Mercosul e Unasul”, *Dados*, 2, v. 57, Rio de Janeiro, June 2014, ps. 517-552.

MOREIRA, Maurício Mesquita, “The Mercosur that makes sense”, *Integration & Trade*, 2003.

CORDEIRO, Bruno Ferreira - RODRIGUES JUNIOR, Mauro, “Os Impactos Do Mercosul Sobre O Comércio: Uma Abordagem Gravitacional”, Departamento de Economia da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (FEA-USP), São Paulo, 2016.

NOGUEIRA, Igor, “Ex-executivos da Embraer são condenados por propina na República Dominicana”, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 17 dez. 2018. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/ex-executivos-da-embraer-sao-condenados-por-propina-na-republica-dominicana.shtml>. Acesso em 25 jul. 2019.

NUNES, Wálter - LANDIM, Raquel, “Embraer faz acordo de US\$206 milhões para encerrar caso de propina”, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 out. 2016. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1825685-embraer-faz-acordo-de-us-206-milhoes-para-encerrar-caso-de-propina.shtml>. Acesso em 25 jul. 2019.

OECD Working Group on Bribery. 2017 Data on enforcement of the Anti-Bribery Convention. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/OECD-WGB-Enforcement-Data-2018-ENG.pdf>. Acesso em 5 set. 2019.

PREBISCH, Raúl, “El Mercado común latino-americano”, Nações Unidas, México, 1959.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva, “A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2013, 3ª ed.

STEINFUS, Ricardo, "Considerações sobre o Mercosul", *Estud. av.*, 16, v. 6, São Paulo, ps. 117-131, Dec. 1992. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141992000300010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000300010&lng=en&nrm=iso). Acesso em 22 jul. 2019.

WOUTERS, Jan - RYNGAERT, Cedric - CLOOTS, Ann Sofie, "The International Legal Framework against Corruption: Achievements and Challenges", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 14, Issue 1 (June 2013), ps. 205-280.

# Criminalidade corporativa na indústria farmacêutica: lições de John Braithwaite

POR EDUARDO SAAD-DINIZ <sup>(\*)</sup> Y GABRIELLI SILVA DUARTE <sup>(\*\*)</sup>

**Sumario: I. Introdução.— II. Lições de um *Industry Case Study*: A orientação normativa de *Corporate Crime in The Pharmaceutical Industry* (1984).— III. De 1984 a 2014: análise longitudinal sobre a criminalidade corporativa no setor farmacêutico.— IV. Tendências.— V. Conclusões.— VI. Bibliografia.**

## I. Introdução

Este trabalho consiste em uma revisão das teses sobre a criminalidade corporativa na indústria farmacêutica em John Braithwaite, buscando extrair suas principais lições para a criminologia corporativa. Braithwaite é um dos mais proeminentes criminólogos contemporâneos, reconhecido como um dos *Fifty Key Thinkers in Criminology*, “um dos criminólogos de maior impacto no pensamento criminológico do último século”, “um novo Durkheim” que despontou no firmamento das estrelas da criminologia (1).

A seu modo, a centralidade do crime corporativo na indústria farmacêutica é analisada sob uma perspectiva interdisciplinar, por formar uma cadeia complexa de atos e relações que performa a criminalidade no setor. A maioria das ofensas administrativas, civis e criminais integra-se em uma intrincada malha de más-práticas corporativas, vitimizando, sistemática e quotidianamente, milhares de pessoas.

A partir da leitura das obras de Braithwaite sobre o setor farmacêutico, é possível identificar uma estratégia metodológica longitudinal,

estendendo o seu *industry case study* no tempo, no intuito de avaliar os resultados e confirmar características teóricas. Na pesquisa longitudinal prospectiva, analisa-se a causa ou fator determinante e se procura o resultado, possibilitando ao pesquisador uma melhor compreensão das mudanças sociais. Em 2014, outro estudo é publicado, em coautoria com Moloney e Dukes, analisando o problema na atualidade, o que lhe permitiu verificar a validade e a confiabilidade de seus estudos ao longo dos anos. Desde este primeiro estudo de 1984, observam-se sugestões de estratégias para a redução da criminalidade corporativa no setor. Sem embargo, as evidências mais recentes indicam uma crise que se aprofunda no decorrer dos anos, mostrando que as autoridades, *stakeholders* e executivos não se articularam de forma efetiva para promover modificações na indústria orientadas de forma mais consistente a alcançar impacto social. Segundo os autores, no curso do tempo a indústria farmacêutica se encontra menos ética, menos inovadora e menos obediente à lei do que há uma geração.

Na obra *Corporate crime in the pharmaceutical industry* (1984), Braithwaite analisa o conceito de crime corporativo, questionando os limites da perspectiva estritamente legalista. Para além de conduta de uma corporação, ou de funcionários de uma corporação que atuam sob suas prerrogativas, a qual é prescrita e punível pela lei, Braithwaite aporta uma definição mais ampla, permitindo a condicional do verbo punir (“punível”), no intuito de englobar no estudo criminológico da indústria farmacêutica práticas que não se alinham estritamente

(\*) Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo, Brasil.

(\*\*) Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, Bolsista PUB/USP.

(1) HAYWARD, Keith et al. (org.), “Fifty key thinkers in criminology”, Routledge, 2009, p. 283 e ss.; SCHEFF, T., “Review essay: a new Durkheim”, *American Journal of Sociology*, 96/1990, p. 741-746.

ao âmbito criminal, como as questões civis e administrativas. Definitivamente, a lógica do controle não se limita à norma penal, alcançando todo comportamento da indústria que possa ser socialmente danoso. A opção teórica de Braithwaite repercute sensivelmente na determinação das *harmful practices* (“práticas danosas”) como crime corporativo.

A adoção deste conceito importa na natureza transnacional das ofensoras. O mercado de medicamentos é dominado por grandes empresas multinacionais, com laboratórios, sedes e filiais espalhados nos mais variados cantos do mundo. Por vezes, alguma conduta tipificada como crime em um país, não passa de uma mera ofensa administrativa em outro, sendo, portanto, imprescindível um conceito abrangente, tal qual adotado por Braithwaite.

Embora conhecidas pelos pesquisadores desde de Marshal Clinard e Peter Yeager (1980) (2), as más-práticas do setor farmacêutico carecem de uma pesquisa empírica mais profunda. O que se tem são dados coletados de sanções aplicadas por cortes nacionais e internacionais e uma noção ainda genérica de como funcionam os esquemas internos pelo inferir de entrevistas realizadas com executivos. *Whistleblowers* são fortemente retaliados e, não raro, desencorajados, sendo difícil conseguir captar uma imagem clara do que acontece dentro das empresas. A coleta e articulação dos elementos explicativos da criminalidade corporativa vão sendo fornecidas por diversos pesquisadores, permitindo estabelecer uma analítica mais consistente dos múltiplos fatores da criminalidade corporativa (3). Apesar disso, a pesquisa na área encontra sérias limitações em suas determinantes científicas justamente pelo fato de que grande parte dos pesquisadores estão limitados à formação jurídica e aos cânones do pensamento

legalista, o que acaba por reduzir a experiência científica frente a problemas de extrema complexidade, em que estão envolvidos múltiplos fatores sociais, econômicos e políticos.

A despeito da lacuna empírica e das limitações metodológicas, em uma época de disputa pelo estabelecimento de definições, o “giro conceitual” se opera com a compreensão do crime corporativo como um complexo fenômeno social, composto por uma série de violações civis, criminais e administrativas, dentre as quais se destacam: i) inflação do preço médio por atacado dos produtos, deixando de oferecer o menor preço de mercado aos programas governamentais de saúde; ii) práticas monopolistas como manter, ilegalmente, privilégios de patentes de monopólio em produtos, ou conluio com outras empresas com o objetivo de aumentar a participação de mercado de um produto; iii) promoção *off-label* de produtos farmacêuticos ou outras práticas de *marketing* agressivo; iv) propinas, reembolsos a fornecedores, hospitais ou outras partes para influenciar os padrões de prescrição a favor da empresa; v) ocultação de resultados de estudos patrocinados pela empresa, ou outros dados, dos governos federal ou estaduais ou do público em geral, ou falsificação de dados submetidos ao governo federal; vi) venda de remédios que não atendem aos padrões ou especificações dos órgãos de vigilância sanitária; vii) violações ambientais; viii) violações financeiras: fraude contábil, tributária ou de investidores ou uso de informações privilegiadas; ix) distribuições ilegais, a exemplo de distribuir um produto farmacêutico não aprovado ou distribuir ilegalmente um produto farmacêutico aprovado (4).

Braithwaite analisa essas práticas a partir da comparação com cinco países (Guatemala, México, Austrália, Grã-Bretanha e Estados Unidos). Aí se faz também referência a filiais de multinacionais com sede em alguns deles situadas em países da América Latina, como Brasil e Argentina, nos quais incidem maiores índices de corrupção, o que tem por deletéria consequência a adoção, por parte das empresas, de diferentes padrões éticos pelas empresas em países desenvolvidos, em detrimento dos países em

---

(2) “The Pharmaceutical Industry (...) present a sordid history with noncompliance with the law as well as various unethical practices”. CLINARD, Marshall - YEAGER, Peter, “Corporate crime”, Transaction Publishers, 2011, p. xxi.

(3) “The full story of illegal behavior must to be pieced together and cross-checked from multiple sources”. BRAITHWAITE, John, “Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry (Routledge Revivals)”, Routledge, 2013, p. 9.

(4) *Ibidem*.

desenvolvimento. O percurso interpretativo de Braithwaite e suas sugestões normativas serão analisadas no tópico seguinte.

## II. Lições de um *Industry Case Study*: A orientação normativa de *Corporate Crime in The Pharmaceutical Industry (1984)*

Em *Corporate crime in the pharmaceutical industry*, destinado a preencher uma lacuna na criminalidade dos poderosos, relata que seus alunos do curso de criminologia corporativa tinham dificuldades em conceber a teoria de forma concreta, não passando de uma percepção de um mal incompreensível cometido por grandes empresas. A indústria farmacêutica foi escolhida, então, pela profundidade e seriedade que apresenta este tipo de criminalidade, descrevendo ampla variedade de tipos de crime corporativo ocorridos em uma única indústria, daí o *industry case study* (5).

Braithwaite divide suas observações criminológicas em duas partes: uma descritiva e outra analítica. A primeira se incumbe de descrever as más-práticas com dados jurisprudenciais e percepções extraídas de diálogos e entrevistas com executivos. A segunda concentra-se em utilizar a experiência da indústria farmacêutica para explorar a efetividade de diferentes mecanismos de controle do crime corporativo (6).

A maioria dos crimes na indústria farmacêutica não pode ser explicada por desvios de personalidade, tal qual se faz com os crimes individuais. Por isso é necessário ao investigador da criminalidade corporativa analisar com atenção os fatores que levam “pessoas comuns a cometer coisas extraordinárias” (7).

A primeira observação de Braithwaite é de que as empresas farmacêuticas abrigam funcionários com altos padrões de integridade, os quais fazem de tudo para cumprir os parâmetros legais. Os trabalhadores podem ser agrupados em três tipos distintos: o primeiro grupo seria composto por aqueles diretamente envolvidos em práticas da companhia que causam

dano social, mas acreditam, de forma sincera, que estão contribuindo para o aumento em geral da saúde da comunidade; o segundo grupo representa aqueles que percebem as más-práticas e lutam como podem contra a organização a fim de as impedir; o terceiro e último são os funcionários sem contato direto com as práticas socialmente danosas da corporação. Eles representam a maioria (8).

Braithwaite faz referência ao fato de que o fenômeno dissociativo entre personalidade e ação é conhecido na psicologia como *Group Risky Shift Phenomenon*. Os funcionários, como componentes de uma estrutura organizacional rígida, tendem a tomar decisões mais arriscadas em virtude da dissociação entre o eu e o papel desempenhado no contexto corporativo. A distância no tempo-espço entre a tomada de decisões prejudiciais e as vítimas delas, configura outro fator que auxilia na neutralização do mal-estar em estabelecer decisões socialmente danosas (9). Todavia, pouco se tem discutido sobre isso na aplicação das ciências sociais.

Experimentação científica com estudantes avaliou o processo de *decision-making* de uma indústria farmacêutica entre retirar um medicamento inseguro do mercado e diminuir drasticamente os lucros ou mantê-lo e continuar lucrando. Pode-se observar a tendência em se decidir pelo bem-estar da companhia em detrimento da segurança dos consumidores. Este experimento é uma ilustração interessante de que o “mal coletivo de muitas companhias farmacêuticas é manifesto mesmo que muitas pessoas boas trabalhem para elas.” (10)

As principais lideranças mundiais no comércio e manufatura de medicamentos vivenciaram um crescimento exponencial no período das guerras mundiais. Muitos executivos condenados pelo Tribunal de Nurnberg por atrocidades éticas tornaram-se *chairman* de empre-

(5) *Ibidem*, p. vii.

(6) *Ibidem*.

(7) *Ibidem*, p. 2

(8) *Ibidem*, p. 1.

(9) *Ibidem*, p. 3. A questão se repõe historicamente em SOLTES, Eugene, “Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal”, Public Affairs, Nova York, 2016, p. 35 e ss.

(10) *Ibidem*, p. 5.

sas que controlam, mundialmente, o setor (11). Práticas como suborno, fraude nos testes clínicos, negligência criminosa e práticas inseguras de produção, são recorrentes e remontam desde o insipiente crescimento de grandes corporações multinacionais.

Um dos contra-argumentos utilizados pelas empresas é que, em relação aos subornos, muitos dos pagamentos são exigidos pelas próprias autoridades, sobretudo em países em desenvolvimento. Não é segredo que ministros da saúde e outros funcionários do governo de vários países da América Latina fizeram sua fortuna do dinheiro extorquido das farmacêuticas (12), às custas da saúde pública. O suborno é uma rotina amplamente difundida no “mbito internacional das corporações farmacêuticas (13). Visando coibir a prática, o final da década de 1970 assistiu a uma guerra contra pagamentos indevidos. No México, executivos foram presos dando o tom da nova moralidade contra a corrupção que buscava se impor no país (14).

As más-práticas de produção, as fraudes em testes clínicos e os demais comportamentos socialmente danosos das companhias acabaram revelando episódios marcantes em que o dano se tornava evidente, vitimizando milhares de pessoas, como na tragédia da talidomida, medicamento que causou a má-formação de fetos e prejudicou a saúde de gestantes (15). Não somente temos o consumidor como vítima, os

sujeitos de pesquisa também acabam por sofrer consequências negativas de práticas antiéticas de uma indústria orientada para a racionalidade de mercado em detrimento ao bem-estar e saúde pública.

Braithwaite afirma que os crimes corporativos tendem a uma maior incidência em indústrias altamente reguladas. Regulações que deveriam funcionar como um contrapeso à ganância desenfreada do mundo corporativo, acabam por se tornar um grande entrave ao setor, além de torná-lo terreno fértil para a criminalidade. As leis possuem um baixo poder dissuasivo quando se trata da indústria farmacêutica. E por essa limitação é que o autor acredita ser necessária a articulação da autorregulação, com um adequado balanço entre imposição de padrões legais e educação quanto à responsabilidade social (16). Braithwaite argumenta que inspeções internas poderiam ser mais efetivas do que as realizadas por agentes externos pelo simples fato de quem está dentro da casa sabe melhor os problemas que ela enfrenta e, se não souber, ao menos tem uma noção de onde começar a procurar se algo parecer errado.

A autorregulação, porém, vai para muito além de estabelecer políticas internas de controle. É preciso uma alteração estrutural dos mecanismos de tomada de decisão de uma corporação. Segundo Braithwaite, o modelo hierárquico de arranjo institucional é o mais criminogênico (17). Diversos fatores impedem que a responsabilidade chegue nos escalões mais altos das empresas. A responsabilidade pulverizada é um convite à corrupção de práticas, à negligência e à realocação de culpa. A responsabilidade torna-se difusa e isso é um dos principais motivos para o fracasso de mecanismos de controle social formal nas grandes empresas (18). As regulamentações podem impor padrões mínimos do que se deve fazer, mas não podem impor senso comum e responsabilidade social (19), ou seja, atribuir à corporação uma consciência ética e coletiva

---

(11) *Ibidem*.

(12) *Ibidem*, p. 34. “It is common knowledge that in Latin America ministers responsible for health are almost invariably rich with wealth which comes largely from the international pharmaceutical industry”.

(13) *Ibidem*, p. 31.

(14) “What happened was certainly bound up with crime prevention. It was an attempt to signal a new morality, to announce with as much drama as possible that what had been accepted in the past might no longer be acceptable in the future. Whether it was a successful attempt is difficult to say. *Idem*. 39. Em função deste contexto, nos Estados Unidos, em 1977, foi criado o Foreign Corrupt Act com o objetivo de proibir as empresas estadunidenses de pagar propinas, ainda que fora do território nacional.

(15) *Ibidem*, p. 65. “Some of the thalidomide children have no arms, just flippers from the shoulders; others are without legs as well—limbless trunks, just a head and a body”.

---

(16) *Ibidem*, p. 96.

(17) *Ibidem*, p. 101.

(18) “Great diffused accountability”. *Ibidem*, p. 138.

(19) *Ibidem*, p. 137.



É muito melhor uma empresa identificar seus erros e retirar, voluntariamente, do mercado um medicamento inseguro do que obter os mesmos resultados por meio da máquina judiciária. Primeiramente, diante dos custos da complexa equação da criminalidade corporativa da indústria farmacêutica não haveria corte que sustentasse os custos do processo. O judiciário e demais instituições relacionadas estariam congestionados, bem como a saúde pública seria negativamente impactada, pois a maioria dessas empresas são responsáveis pela produção de medicamentos essenciais à manutenção da vida de muitas pessoas. Em segundo lugar, porque os mecanismos jurídicos para a resolução de conflitos são morosos e não acompanham a dinâmica do mundo dos negócios.

### II.1 Estratégias de controle para o crime corporativo

Braithwaite enfatiza o baixo poder de *deterrence* que a lei exerce sobre o crime corporativo. Todavia, não a dispensa totalmente na articulação de suas estratégias de controle. Quer dizer, “usar a força total da lei não é sempre a melhor maneira de proteger o interesse público quando um crime corporativo ocorre” (20). Embora sua atuação isolada não alcance bons resultados, o papel a ser desempenhado pela lei deve ser o de assegurar a ameaça simbólica que reforce a necessidade do comportamento empresarial cooperativo. Para isso, a legislação deve ser combinada com mecanismos de autorregulação. Em alguns aspectos a lei funciona muito bem na redução do crime corporativo, pois pode impor a reabilitação dos ofensores (rearranjo estrutural da companhia, por exemplo). Enquanto as sanções legais são desenhadas para tratar de uma situação danosa em um determinado ponto no tempo, o que ocorre na indústria farmacêutica mais se assemelha a um complexo intrincado de ações danosas que se repetem como um padrão, o qual, sem uma reforma profunda nos sistemas de *compliance* corporativo, continuará a se repetir. A autorregulação, então, mostra-se mais como um reforço imprescindível do que uma alternativa à lei.

A cumulação de atos de irresponsabilidade social causa um dano muito maior do que

atos explicitamente ilegais. Enquanto a lei não consegue regular pelas entrelinhas, o *ethos* da responsabilidade social em uma empresa pode (21). Para isso, uma das sugestões de Braithwaite é o estabelecimento de padrões de performance e dar liberdade para que as companhias decidam como atingi-los, em vez de impor padrões já pré-fixados. Daí porque recomendável a criação de uma espécie de jurisprudência corporativa (*corporate case law*) interna, proativa e não reativa (22).

A comunicação deveria ser garantida, fazendo com que os casos de conflito chegassem ao topo, reduzindo o risco de decisões idiossincráticas. Com o tempo, os casos concretos que seriam discutidos de forma democrática com os membros dos mais variados escalões da companhia ganhariam forma de compilação, configurando o que seria esta “jurisprudência” interna. Somado a isso, o poder de negociação das agências regulatórias deveria ser aumentado, bem como todo esse mecanismo se beneficiaria da alocação de poderes e recursos de vários Estados, canalizados em uma autoridade regulatória internacional.

Braithwaite interpreta de forma concisa o problema da criminalidade corporativa e ainda oferece sugestões promissoras. Sem embargo, quando confrontados com as evidências científicas, os executivos tendem a negar que as práticas ainda ocorrem, alegando “tratar-se de coisa do passado” (23).

### III. De 1984 a 2014: análise longitudinal sobre a criminalidade corporativa no setor farmacêutico

Um segundo estudo de Braithwaite foi publicado em 2014, em coautoria com Moloney e Dukes, *Pharmaceuticals, corporate crime and public health*. Somaram-se experiências no interior de grandes indústrias farmacêuticas vivenciadas por alguns dos autores e o pressuposto nem tanto alentador: três décadas depois, a indústria farmacêutica se encontrava menos ética, menos inovadora e menos obediente à lei

(20) *Ibidem*, p. 305.

(21) *Ibidem*, p. 348.

(22) *Ibidem*, p. 350.

(23) *Ibidem*, p. 109.

do que era há uma geração (24). Os pesquisadores afirmam: “nunca teríamos previsto que a fraude nos testes de segurança de produtos farmacêuticos se tornaria ainda mais extensa e mais descarada nas últimas décadas em comparação às fraudes extraordinárias dos anos 60 e 70, conforme documentado há trinta anos”(25). As somas de dinheiro que mudaram de mãos nas fraudes, subornos, falsificações e cartéis da indústria farmacêutica em todo o mundo aumentaram dramaticamente em termos reais desde os anos 80 (26).

Decorridas três décadas, foi possível compilar ao menos dez lições que se verificaram reiteradamente ao longo dos casos de má conduta considerados no livro: 1) o crime corporativo mata e defrauda; 2) está piorando; 3) mas a indústria ainda tem que lutar pela ética; 4) conhecimento interno é uma chave; 5) bodes expiatórios corrompem o *enforcement*; 6) a complexidade embota o *enforcement*; 7) uma base de consenso profissional sobre os padrões torna viável a governança regulatória em rede; 8) o *compliance game* é um problema; 9) a filantropia está fazendo a diferença; 10) os lucros estão despencando conforme a crise em inovação se intensifica.

Uma crise que se assumia passageira tem mostrado seu recrudescimento no passar das décadas. Mais uma vez, os autores argumentam por uma estratégia de contenção combinada, na qual o maior potencial de aplicação criminal para a limpeza da indústria farmacêutica não estaria no aumento da punição, mas no aumento da detecção. Uma pirâmide de estratégias regulatórias em que a punição exerça papel importante perto do pico da pirâmide. Trata-se, antes de tudo, de exercer influência na motivação da detecção de infrações econômicas e adoção de estratégias menos punitivas na base da uma pirâmide (27).

---

(24) DUKES, Graham - BRAITHWAITE, John - MOLONEY, James P., “Pharmaceuticals, corporate crime and public health”, Edward Elgar Publishing, 2014. p. 272.

(25) *Ibidem*, p. 272.

(26) *Ibidem*, p. 274.

(27) *Ibidem*, p. 283. Todavia, isso deve se somar à busca de um novo tipo de capitalismo que fomente novos modelos de negócios, promovendo a inovação e a ética; bem como um novo tipo de diplomacia internacional

O modelo de regulação responsiva pauta-se em duas pirâmides: uma pirâmide de sanções e outra de suporte. É possível “reduzir os riscos para a saúde pública, direcionando-os por meio de uma pirâmide regulatória. Ou podemos expandir forças até que elas cresçam para conquistar riscos. Colocando de outra forma: podemos evitar que uma criança caia, colocando-a em um carrinho de bebê (contendo risco) ou podemos ensiná-la a andar (aumentando as forças)”(28). Parcela significativa da ideia da pirâmide regulatória é reduzir os custos da regulamentação e aumentar seus benefícios, direcionando a regulamentação para a base da pirâmide (29). Mecanismos de compliance interno podem alinhar o comportamento das organizações empresariais que movem a economia com o escopo e as expectativas legais e sociais e podem transformar a regulação corporativa em uma estrutura mais flexível, responsiva e democrática. Ao passo que a demanda regulatória aumenta em objetivos e complexidade, as corporações encontraram na autorregulação uma resposta para facilitar a cumprimentos dessas exigências. É fato que o setor privado tem apostado cada vez mais em mecanismos de controles interno. No entanto, ainda se discute se a efetividade das estruturas de controle e os mecanismos de autorregulação demandam um fator extrínseco para melhorar seu rendimento. Braithwaite a isso chama de “pressão da intimidação” (*pressure of deterrence*). Em contrapartida a este fator externo, a efetividade dos programas também é condicionada a fatores internos de motivação estruturais no “âmbito da companhia. Uma autorregulação com melhores resultados requer um equilíbrio entre os fatores de motivação externos e internos para o alcance de uma efetiva conformidade com as normas. É na garantia da *pressure of deterrence* que a ló-

---

sobre drogas que possa inspirar mudanças institucionais. Mais sobre, BRAITHWAITE, John - DRAHOS, Peter, “Global Business Regulation”, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 3 e ss.

(28) *Ibidem*, p. 289.

(29) *Ibidem*, p. 300. A Justiça Restaurativa também deve ser um componente da pirâmide, pois pode ser uma boa meta-estratégia para sinalizar à indústria que a estratégia é baseada na preferência por passar da educação e persuasão para uma pirâmide de apoios e depois para uma pirâmide de sanções, se os apoios estiverem falhando.

gica da regulação estatal poderia entrar no jogo como uma estratégia efetiva.

O modelo não passou sem críticas, inclusive a partir de reavaliações empenhadas pelo próprio Braithwaite (30). A criminologia corporativa busca hoje a experimentação científica necessária para se alcançar uma convergência de controles, assim como na “convergência de *compliance*” (*compliance convergence*), de William Laufer (31). Seja como for, impressiona como a criminologia persiste em negligenciar o fato de que a criminalidade corporativa proveniente da indústria farmacêutica causa mais danos do que todos os problemas de crime atualmente enfrentados pela polícia (32).

Para superar este estado de coisas, Braithwaite apela para a emergência de novas lideranças mundiais em saúde pública — *a leadership on drug diplomacy*—, tão sólida quanto as que estabelecem os velhos par “metros e instituições, a exemplo da liderança corporativa estadunidense que foi decisiva no *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) (33).

(30) BRAITHWAITE, John, “Responsive regulation and developing economies”, *World Development*, v. 34/2006, ps. 884-898.

(31) A compliance convergence diz respeito a iniciativas corporativas mensuráveis, que proveem a “convergence of informal corporate social controls”, LAUFER, William, “The missing account of Progressive Corporate Criminal Law”, *New York University Journal of Law and Business*, 14/2017, p. 1-63. Na linha de Laufer, de fato tem-se discutido como as ciências criminais deveriam empregar maior esforço na experimentação científica neste campo, especialmente no que diz respeito à priorização as estratégias de enforcement em caso de comportamento corporativo socialmente danoso. Longamente sobre, SAAD-DINIZ, Eduardo, “Ética en los negocios y *compliance*: entre la educación ejecutiva y la interpretación judicial” (breve publicação); SAAD-DINIZ, Eduardo, “Victimología corporativa: un nuevo campo de investigación en las ciencias criminales” (Tirant Lo Blanch, breve publicação).

(32) *Ibidem*, p. 310. A questão da assimetria entre potencial regulatório das autoridades públicas e recursos corporativos é analisada em LAUFER, William, “A very special regulatory milestone”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2018, ps. 413 e ss.

(33) Bem como seria necessária a ascensão de uma liderança ética de dentro das companhias: “One way to grasp why better laws and better enforcement are only a part of the solution is through the thought experiment of

#### IV. Tendências

Percebe-se na literatura recente sobre a matéria certa relutância em categorizar as más-práticas da indústria como crime corporativo. A corrupção das companhias farmacêuticas tem sido amplamente discutida na literatura especializada. O Laboratório Edmond J. Safra, por exemplo, abordou o problema da “corrupção institucional” como uma base sólida para estudos posteriores acerca do tema. Os principais estudos realizados no campo até agora estão estruturados da seguinte forma: Light, Lexchin e Darrow argumentam que a indústria farmacêutica corrompeu a prática médica (34). Gagnon analisa a existência da crise da inovação e um desalinhamento dos incentivos financeiros e da saúde pública (35). Miller chama a atenção para a necessidade de desenvolver sistemas que revelem o desempenho ético das empresas para as partes interessadas (36). Rodwin descreve a corrupção nas políticas públicas (37). E Sismondo expõe a maneira como os produtos farmacêuticos orquestram o gerenciamento fantasma dos esquemas de corrupção (38).

Embora a maioria deles tome por base as mesmas velhas práticas, conhecidas dos cri-

imaging a world where regulation was so total and perfect that it was impossible for a pharmaceutical executive to behave unethically. The problem in such a world would be that it would also be impossible to behave ethically. Ethics would never be tested. Ethical judgement is something that withers when it is not matured through use. That is part of the case for responsive pyramids that enculturate trust, while they institutionalize distrust.” *Ibidem*, p. 329.

(34) LIGHT, Donald W. - LEXCHIN, Joel - DARROW, Jonathan J., “Institutional corruption of pharmaceuticals and the myth of safe and effective drugs”, 2013.

(35) GAGNON, Marc - André, “Corruption of pharmaceutical markets: addressing the misalignment of financial incentives and public health”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 3, p. 571-580, 2013.

(36) MILLER, Jennifer E., “From bad pharma to good pharma: Aligning market forces with good and trustworthy practices through accreditation, certification, and rating”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 3, ps. 601-610, 2013.

(37) RODWIN, Marc A., “Five un-easy pieces of pharmaceutical policy reform”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 3, p. 581-589, 2013.

(38) SISMONDO, Sergio, “Ghost-managed Medicine: Big Pharma’s Invisible Hands”, Mattering Press, 2018.

minólogos desde a primeira publicação de John Braithwaite em 1984, há uma relutância no reconhecimento da criminalidade inerente a elas. Em parte, isso se explica pelo fato de os acadêmicos citados serem em sua grande maioria estudiosos de políticas públicas ou até mesmo de medicina. À exceção de Braithwaite, a criminologia sofre uma defasagem na construção de conhecimento nas más-práticas da *Big Pharma*. Um dos mais recentes livros sobre o assunto, *Deadly Medicines and Organized Crime*, lançado em 2013 pelo médico dinamarquês Peter Gøtzsche, embora contenha em seu título “crime organizado”, não alcança maiores consequências explanatórias para a pesquisa criminológica, analisando o crime à indiferença de fundamentação teórica sólida sobre os múltiplos fatores que levam à criminalidade corporativa. Esta tendência entre os estudiosos parece apenas reafirmar a observação de Braithwaite (1984, 2014) a respeito da evitação, a qualquer custo, da estigmatização criminal. A indústria não encara suas más-práticas como crime pela apreensão das possíveis reações negativas e adversas ao seu modelo de negócios.

## V. Conclusões

A lição das últimas três décadas de criminalidade corporativa na indústria farmacêutica parece mesmo ser o insucesso dos movimentos de reforma. O desenvolvimento de estratégias de redução do crime corporativo na indústria farmacêutica eleva a autorregulação a uma posição de destaque em primeiro plano. A regulação pública deveria concentrar seus esforços no comportamento corporativo socialmente danoso, abrindo maior espaço para um modelo de negócios ético e orientado ao compartilhamento dos benefícios da atividade empresarial com a comunidade em seu entorno.

Ao longo de três décadas, pouco ou nada se pode verificar em relação a modificações substanciais no comportamento corporativo da indústria farmacêutica. Iniciativas de *compliance* isoladas tem apresentado métricas, como mínimo, insuficientes. Pelo contrário, os programas de *compliance* mais tem representado fachada de legalidade do que controle social efetivo da criminalidade corporativa. Há ainda muitos capítulos a serem escritos sobre a criminologia corporativa da indústria farmacêutica.

## VI. Bibliografia

- AYRES, Ian - BRAITHWAITE, John, “Responsive regulation: Transcending the deregulation debate”, Oxford University Press on Demand, 1992.
- BRAITHWAITE, John, “Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry (Routledge Revivals)”, Routledge, 2013.
- BRAITHWAITE, John, “Responsive regulation and developing economies”, *World Development*, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006.
- CLINARD, Marshall - YEAGER, Peter, “Corporate crime”, Transaction Publishers, 2011.
- CLINARD, Marshall R. - QUINNEY, Richard - WILDEMAN, John, “Criminal behavior systems: A typology”, Routledge, 2014.
- COFFEE, John C., “No soul to damn: no body to kick”: An unsandalized inquiry into the problem of corporate punishment, *Michigan Law Review*, v. 79, n. 3, p. 386-459, 1981.
- COLEMAN, James William, “Toward an integrated theory of white-collar crime”, *American Journal of Sociology*, v. 93, n. 2, p. 406-439, 1987.
- DUKES, Graham - BRAITHWAITE, John - MOLONEY, James P., “Pharmaceuticals, corporate crime and public health”, Edward Elgar Publishing, 2014.
- GAGNON, Marc-André, “Corruption of pharmaceutical markets: addressing the misalignment of financial incentives and public health”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 3, p. 571-580, 2013.
- LIGHT, Donald W. - LEXCHIN, Joel - DARROW, Jonathan J., “Institutional corruption of pharmaceuticals and the myth of safe and effective drugs”, 2013.
- MILLER, Jennifer E., “From bad pharma to good pharma: Aligning market forces with good and trustworthy practices through accreditation, certification, and rating”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 3, p. 601-610, 2013.

RODWIN, Marc A., "Five un-easy pieces of pharmaceutical policy reform", *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 3, p. 581-589, 2013.

SALTER, Malcolm, "Lawful but corrupt: Gaming and the problem of institutional corruption in the private sector", 2010.

SAMPSON, Robert. J., "The place of context: a theory and strategy for criminology's hard pro-

blems", *Revista Criminology*, vol. 51:I, p. 1-31. Cambridge, 2013.

SISMONDO, Sergio, "Ghost-managed Medicine: Big Pharma's Invisible Hands", *Mattering Press*, 2018.

WATT, Nicola F. - GOMEZ, Eduardo J. - MCKEE, Martin, "Global health in foreign policy-and foreign policy in health? Evidence from the BRICS", *Health policy and planning*, v. 29, n. 6, p. 763-773, 2013.

# A ganância econômica e os crimes ambientais: a sustentabilidade como parâmetro para o risco permitido no direito penal ambiental

POR LEONARDO SIMÕES AGAPITO<sup>(\*)</sup>, MATHEUS DE ALENCAR E MIRANDA<sup>(\*\*)</sup>  
Y TÚLIO FELIPPE XAVIER JANUÁRIO<sup>(\*\*\*)</sup>

**Sumario:** I. A responsabilidade dos dirigentes da Petrobrás pelo Supremo Tribunal Federal.— II. O desenvolvimento da tutela ambiental e alteração de padrões de segurança na exploração de Petróleo.— III. A necessária aproximação com os casos de Mariana e Brumadinho.— IV. A adequação dos princípios de direito ambiental à estrutura do delito.— V. Integração do direito penal como parte da regulação ambiental no Brasil contemporâneo.— VI. Considerações finais.— VII. Referências.

## Introdução

Na concepção atualmente predominante no Direito Penal, as interações entre indivíduos iguais se consolidariam em padrões aceitos por ambas as partes, de modo que a estabilidade dessas relações dependeria da previsibilidade das condutas entre ambos. Com o aumento do número de pessoas que se relacionam e o desenvolvimento das próprias expectativas, não há apenas cooperação, mas sim codependência entre todos e aumento da complexidade das normas que regulam tais interações.

Neste sentido, a relação indivíduo-meio ganha importância por afetar diretamente os demais indivíduos (pessoas) codependentes do mesmo ambiente. O Direito define limites para construções urbanas, atividades extrativistas, explora-

ção do solo, exploração de espaços inabitados (e.g. proibição de instalação de armas em espaços como a órbita terrestre) etc. Por esta razão, os princípios que orientam a proteção ambiental partem de uma solidariedade orgânica (e.g. meio ambiente ecologicamente equilibrado, precaução, poluidor-pagador, desenvolvimento sustentável).

Em matéria penal ambiental, esta concepção ganha importância a partir do início dos anos 1970, quando os índices de poluição e degradação do meio ambiente se tornaram preocupantes e o diagnóstico inicial emergiu: a contínua destruição ambiental poderia levar a riscos de proporções sistêmicas e globais. Aqui, considerando que a progressiva exploração do meio ambiente toma as dimensões de risco sistêmico a partir da revolução industrial e expansão do

(\*) Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista-UNESP; Advogado.

(\*\*) Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro- UERJ; Mestrando e Especialista em Cumplimento Normativo em Matéria Penal pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM); Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista-UNESP; Auxiliar da Procuradoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro (MPRJ), em assessoramento à Coordenadoria de Análises, Diagnósticos e Georreferenciamento. Coordenador Adjunto e professor do Curso de Pós-Graduação

Lato Senso (Especialização) em Compliance Criminal e Responsabilidade Empresarial do CEPED/UERJ.

(\*\*\*) Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra; Especialista en Derecho Penal Económico y Teoría del Delito pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM); Pós-graduado em Direito Penal-Parte Geral pelo IBC-CRIM/IDPEE -Coimbra; Especialista em Compliance e Direito Penal pelo IDPEE - Coimbra; Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista UNESP; Pesquisador financiado pelo programa “ERASMUS+” na Georg-August-Universität Göttingen; Advogado.



capitalismo, não surpreende que a regulação se direcione especialmente às empresas, aqui consideradas —de forma historicamente justificada— as grandes poluidoras.

O desenvolvimento da regulação de proteção ambiental a partir dos anos 1970 até os anos 2000, contudo, foi tímido, principalmente em capacidade de imposição dos marcos normativos, sempre enfrentando a resistência do impulso econômico. Concomitantemente, um conflito subjacente e economicamente condicionado emergiu: o de países centrais querendo impor regulações ambientais contra países periféricos resistindo a elas. Os países com grandes reservas de riquezas naturais queriam se valer delas para atingir desenvolvimento econômico; os países que já exploraram suficientemente as suas desejavam que as dos outros fossem preservadas para garantir a sobrevivência geral. Na prática, este cenário iniciou contexto observado até hoje: a de expansão de normativas regulando a atividade econômica (inclusive por pressão dos países centrais e organizações internacionais), visando a proteção do meio ambiente, mas sem que as agências de regulação, controle e fiscalização consigam acompanhar a exigibilidade, coercibilidade e cumprimento das normas, seja por falta de estrutura ou mesmo captura por parte dos regulados. Em alguns casos, a leniência com o comportamento lesivo ao ambiente em países periféricos é mesmo proposital para atrair investimentos e impulsionar o desenvolvimento econômico.

É neste cenário de contradições e ambiguidades, entre tentativas e cinismos, que os principais marcos jurídico-penais brasileiros de proteção do meio ambiente apareceram: a previsão constitucional, nos artigos 225 e parágrafos; e a Lei 9605/98, de crimes ambientais. Especialmente a Lei 9605/98 é marco legal que simboliza o que se deseja aqui enquadrar como tema de discussão: o conflito entre (a expansão) do comportamento econômico e a preservação do meio ambiente, que se materializa na tentativa de mudança do comportamento das empresas por meio do direito, visando atingir novas práticas que sejam menos danosas.

Em suma, a natureza expansionista do Direito, o aumento dos riscos produzidos pela exploração econômica de recursos naturais e os interesses econômicos em debate pressionam também o Direito penal a proteger o que é elementar

para a coletividade, sob o risco de torná-lo também em juguete do mercado. Portanto, a questão emergente é: como respeitar o direito ambiental sem tornar o Direito penal refém dos mesmos interesses econômicos de que é vítima a regulação ambiental? A resposta é sensivelmente mais difícil ao se ter em conta a realidade do Brasil, um país periférico que escorou seu período histórico de maior desenvolvimento econômico na extração e exportação de *comodities*.

Tendo isto em conta, o presente trabalho pretende analisar, através do método tópico: a) o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos dos anos de 2005 e 2013, referentes às condutas dos dirigentes e da empresa Petrobrás pelo crime de poluição, em razão de seguidos vazamentos de óleo ocorridos no ano de 2000, afetando diferentes ecossistemas; b) o desenvolvimento da tutela ambiental e alteração de padrões de segurança em matéria de extração de *comodities* (especialmente setores de petróleo e mineração); c) a adequação dos princípios de direito ambiental à categoria do tipo penal objetivo.

Questiona-se, a partir de *leading cases* e análise da regulação vigente, como direcionar o comportamento de certos agentes econômicos “maiores que países” desde a perspectiva de uma dogmática jurídico-penal orientada por valores que são retirados da Constituição e interpretados a partir do diagnóstico comparativo com a realidade empírica e regulatória posta. Assim, refletindo as necessidades de tutela diante dos avanços técnicos e da limitada capacidade de serem realizados grandes projetos com grau considerável de segurança, o princípio da sustentabilidade pode passar a ter preponderância dentro das estruturas dogmáticas, sendo barreira entre o tolerável e o proibido, tendo em vista seu papel central para a tomada de decisões corporativas. Ao final, pretende-se sejam apresentadas algumas categorias que podem ser tomadas pelos reguladores, fiscais e julgadores como confiáveis diante de casos semelhantes, para instrumentalização da regulação disponível e imputação de responsabilidade penal da empresa e na empresa.

### **I. A responsabilidade dos dirigentes da Petrobrás pelo Supremo Tribunal Federal**

Em 2005, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus 83.554-6,

do Paraná, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, proposto por Henri Philippe Reichstul, Presidente da Petrobrás no ano de 2000. O HC tinha por intento o trancamento de ação penal promovida em razão de um grave derramamento de quatro milhões de litros de óleo cru na refinaria Presidente Getúlio Vargas, que atingiu os rios Barigui e Iguaçú e suas áreas ribeirinhas, com grande mortandade de animais aquáticos e terrestres. O Ministério Público afirmou que a denúncia se dava em razão de conduta “omissiva imprópria”, por não terem sido adotadas as medidas necessárias para a evitação do derramamento, ainda que outros dois incidentes semelhantes (menores, um antes e outro depois do vazamento em análise) tivessem ocorrido em menos de quatorze meses em diferentes refinarias. A defesa, por sua vez, alegava não ser esta função do Presidente da empresa, que operava de forma bastante complexa e por meio de diferentes diretores locais.

No voto do relator, três elementos são destacados: a) havia na denúncia clareza na descrição do dano ambiental; b) haveria também uma confusão entre pessoa física (presidente) e jurídica (Petrobrás), de modo que suas condutas eram confundidas na atribuição de responsabilidade; c) não se poderia falar em justa causa sem a indicação exata da conduta do paciente, o que não permitiria dilação probatória para futura indicação. Conforme consta no voto do Relator:

“Precisamos aqui refletir sobre isso. Houvesse relação de causa e efeito entre uma ação ou omissão do ex-Presidente da Petrobrás, deveria o órgão do Ministério Público explicitá-la de modo consistente. E se houvesse consistência, penso, a cadeia causal dificilmente ocorreria diretamente entre um ato da Presidência da Petrobrás e um oleoduto. Imagino que entre a Presidência da Petrobrás, obviamente um órgão de gestão, e um tubo de óleo, há inúmeras instâncias gerenciais e de operação em campo. Não há uma equipe de engenheiros responsável pela referida tubulação? É o Presidente da Petrobrás que examina, por todos os dias, o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos? Não há engenheiros de segurança na Petrobrás? Obviamente não estou pressupondo uma responsabilização sequer dos engenheiros de segurança. Também para estes há o estatuto de garantias no âmbito penal. O que quero é evidenciar que, se há um

evento danoso e se há uma tentativa de responsabilização individual, um pressuposto básico para isto é a demonstração consistente de relação de causalidade entre o suposto agente criminoso e o fato. (STF, HC n. 83.554-6, Paraná, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2005, p. 172)”

Assim, algumas questões saltam aos olhos na decisão: a) a responsabilidade da pessoa física (gestor) e da pessoa jurídica não se confundem, porque suas condutas são distintas, o que aponta para um modelo de responsabilização penal autônoma da pessoa jurídica; b) a contrário senso, apura-se que o não funcionamento das instâncias de fiscalização poderia ser atribuído à empresa (pessoa jurídica), mesmo com a irresponsabilidade do órgão (e gestores) que instituem tais instâncias (no caso, presidência); c) compreender o detalhamento do modelo de gestão, das instâncias de controle, das competências de cada dirigente e das rotinas realizadas é essencial para indicação do agente responsável da conduta penalmente relevante.

Em particular, a última questão acima detalhada (c) se refere especificamente à delimitação material da posição de garante e à estruturação da delegação de deveres na empresa. O teor decisório, contudo, pode ser criticado justamente porque citou, mas não adentrou especificamente na discussão sobre a assunção de uma posição de proteção do bem jurídico, o domínio sobre fontes de perigo, a ingerência na esfera de terceiros e a legitimidade na delegação, ou estruturação da delegabilidade. Estes pontos são essenciais desde o ponto de vista operacional e de segurança jurídica (penal) a partir do uso dos sistemas de *compliance*, que atualmente são os verdadeiros instrumentos corporativos de auto-organização contra delitos, ou seja, a ferramenta que mais se alinha à retórica de prevenção e pode ser essencial para retirar a responsabilidade da empresa e até mesmo organizar adequadamente a delegação de deveres e responsabilidades na corporação, de modo a evitar a criação de bodes expiatórios que “expurguem os pecados” da alta direção (1).

---

(1) MIRANDA, Matheus de Alencar e, “(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o ‘bode expiatório’”, *Liber Ars*, São Paulo, 2019.

Em 2013, o Supremo Tribunal Federal foi novamente consultado sobre o caso, no Recurso Extraordinário 548.181, do Paraná, com relatoria da Min. Rosa Weber. Desta vez, além de reiterar a decisão de 2005, a corte suprema reconheceu a relevância da estrutura empresarial para atribuição de responsabilidade penal para diferentes agentes (presidente e superintendente) e, revisando a redação expressa do art. 3º da Lei 9605/98 (2) e a orientação histórica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fez opção por um posicionamento que “dispensa as formas de concurso necessário na dupla imputação das pessoas físicas e jurídicas, de modo tal que a co-autoria dos dirigentes da empresa já não se faz mais obrigatória na responsabilização das pessoas jurídicas por delitos ambientais”(3).

São importantes nesta segunda decisão: a) a ênfase dada à possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica independente da responsabilização penal de uma pessoa física; b) a responsabilização penal da pessoa jurídica depende de identificação de decisão ou atuação de órgão interno ou terceiro em favor da empresa - que, como consta da ementa (4), raramente

---

(2) Art. 3º, L. 9605/98: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

(3) MIRANDA, Matheus de Alencar e., ob. cit., p. 222.

(4) Recurso extraordinário. Direito penal. Crime ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condicionamento da ação penal à identificação e à persecução concomitante da pessoa física que não encontra amparo na constituição da república. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à *simultânea persecução penal da pessoa física* em tese responsável no âmbito da empresa. *A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação*. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma *concreta imputação* também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente

estarão tão diluída entre diferentes agentes a ponto de não poder ser identificada; c) esta construção estranha, que não incide em um concurso necessário de pessoas, reconhece a importância de novas categorias para compreensão do injusto e da culpabilidade, sem os expor de forma a justificar a possibilidade de responsabilização. De forma sintética, o Supremo Tribunal Federal ampliou as hipóteses de responsabilidade penal da pessoa jurídica e, conseqüentemente, o poder da acusação, sem necessariamente dotar os reguladores, fiscais e julgadores de melhores par “metros de segurança jurídica.

A partir das decisões expostas, são propostas as seguintes questões para desenvolvimento do trabalho: a) se o modelo de gestão é relevante para a atribuição de responsabilidade penal, haveria para o Direito penal um paradigma de gestão empresarial, norteado por valores advindos do direito ambiental, particularmente na prevenção de danos ambientais?; b) diante do modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica proposto pelo STF, como as categorias do injusto e da culpabilidade deveriam ser preenchidas?

## II. O desenvolvimento da tutela ambiental e alteração de padrões de segurança na exploração de Petróleo

A proteção do meio ambiente é responsabilidade de todos, de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, art. 225, sendo de competência de todos os entes (União, es-

---

às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. *A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada* no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda *para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva*. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. [Grifos nossos].

tados e municípios) regular sobre sua proteção (art. 23, VI, CRFB). O meio ambiente também é elemento de atenção para a organização da ordem econômica (art. 170, VI, CRFB) e para a gestão do sistema de saúde (art. 200, VIII, CRFB). Esse elemento é juridicamente importante, pois a tutela ambiental é extremamente complexa em termos de fonte e de natureza normativa.

O recorte do presente trabalho não permite analisar a totalidade da tutela ambiental. A partir do caso proposto, porém, com a exposição dos protocolos de segurança na exploração de petróleo, é possível se aferir um perfil em transformação da compreensão dos valores prevenção e sustentabilidade. No âmbito da exploração de petróleo, é a Agência Nacional de Petróleo (ANP) responsável por proteger o meio ambiente (art. 1º, VI da Lei 9478/97) e “fazer cumprir as boas práticas de conservação (...) e preservação do meio ambiente” (IX do art. 8º da Lei 9478/97). São também o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e a Marinha brasileira organismos responsáveis por fiscalizar a segurança de instalações e a implementação de protocolos (5).

Situando no tempo o vazamento poluidor, ele ocorreu no ano 2000, quando havia uma preocupação muito grande em alcançar a autossuficiência nacional na produção de petróleo (6). Por se tratar de uma política de Estado, todo o sistema de prevenção sofreu com as demandas que se impunham à estatal. Guardadas as diferenças, o setor privado repetiu esta pressão sobre as agências reguladoras, que se comportavam como verdadeiras ajudantes da atividade econômica e não como opositoras a riscos ambientais (7). Tratava-se de uma atividade em cres-

cimento, com poder econômico para intervir decisivamente sobre o poder político, sem que o investimento necessário nos meios de fiscalização pudesse acompanhar a força e velocidade dos regulados.

Na esfera da regulação, é dever do concessionário informar a ANP quanto a qualquer incidente (Portaria ANP 3/2003 - Procedimento para Comunicação de Incidentes). Em alguns casos, como foi o vazamento de óleo no campo de Roncador (plataforma P-36, em 2001), a ANP desenvolveu investigações e relatórios detalhados para aprofundamento de padrões de segurança. Não foi assim no caso do derramamento de óleo nos rios Barigui e Iguacu. Ao que apontou a denúncia do Ministério Público, tratou-se de uma falha de manutenção da rede, que exigiu da própria Petrobrás um reforço em suas políticas de prevenção.

Em 2010, criou-se o Sistema de Gerenciamento da Integridade Estrutural (Resolução ANP n.2/2010), para fiscalizar as estruturas e cobrar dos concessionários relatórios de segurança. O descumprimento dos padrões técnicos exigidos pelo SGI e suas requisições pode acarretar penalidades previstas na Lei 9847/99 e na Portaria ANP 234/2003, que incluem multas, apreensões, suspensões e revogação do contrato de concessão.

Atualmente, vige a Resolução ANP 37, de 28/08/2015, que dispõe sobre a atuação dos fiscais das normas de segurança operacional e meio ambiente, determinando: a) a oferta de prazos para adequação de condutas (a depender a gravidade da inadequação, sendo o mínimo de 30 dias para não conformidades graves); b) a possibilidade de apresentação de um plano de ação pela empresa regulada, no caso de impossibilidade de cumprimento do prazo; c) a lavratura de auto de infração, que poderá culminar em sanção.

apresentada ao Programa de pós-graduação de Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. UFRJ, 2007. Disponível em: <https://www.osti.gov/etdweb/biblio/21453895>. Acesso em: 08/07/2019. Conforme o Autor demonstra, o setor petrolífero teve crescimento consistente em contraste com os demais setores econômicos e ganhou importância significativa dentro do PIB brasileiro (p. 85 *et seq.*).

---

(5) Sobre a atuação integrada, o portal eletrônico da ANP oferece algumas informações. Ver: <http://www.anp.gov.br/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas/seguranca-operacional-e-meio-ambiente/meio-ambiente>. Acesso em: 08/07/2019.

(6) Cf.: HC 83.554-6, Paraná, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2005, p. 163.

(7) Sobre a importância do petróleo na economia brasileira na primeira década do século XXI, ver: CANELAS, André Luís de Souza, “Evolução da Importância Econômica da Indústria de Petróleo e Gás Natural no Brasil: Contribuição a Variáveis Macroeconômicas”, Dissertação

A exploração e transporte de petróleo é uma atividade que possui padrões internacionais mínimos de segurança, particularmente para sua comercialização, o que não a torna uma atividade de mais segura. Pelo contrário, sua exploração em regiões cada vez mais extremas (como no caso do Pré-sal e dos campos de exploração no Ártico) dificultam a previsibilidade dos riscos e sua necessária gestão adequada. Ainda que a ANP reforce seu intuito de auxiliar no desenvolvimento da técnica, na prevenção a incidentes ambientais e na necessidade de “educação e orientação dos agentes econômicos do setor” (preâmbulo da Resolução ANP 2/2010), é necessário questionar os custos de certas apostas e sua sensibilidade em termos sociais, em contraposição não só aos interesses econômicos, mas sim ao próprio interesse social de abastecimento nacional.

Em suma, a regulação ambiental da exploração de petróleo no Brasil se dá por experimentação, pressionada por um sistema econômico vulnerável e por uma infraestrutura insuficiente, enquanto o direito penal atua (em tese) com tolerância zero com a poluição (no sentido de que não haveria “nível aceitável de dano”), sendo incapaz de solucionar casos de maior contundência ou mesmo de responsabilizar sujeitos responsáveis e estruturas empresariais complexas. Isso demonstra o total desalinhamento da regulação existente, incapaz de integrar os diversos instrumentos jurídicos na direção do incentivo do comportamento pró-social desejado, que, nos casos ambientais, são aqueles norteados pelo valor da sustentabilidade.

A falta de integração da regulação, somada à incapacidade das agências reguladoras e fiscalizadoras de garantirem sua efetividade termina por dificultar de forma notável a prevenção contra poluição causada por vazamento de óleo. A causa-raiz do problema, relacionada à condicionante econômica da dependência brasileira da extração de *commodities*, termina por fazer com que o modelo de isolamento institucional e captura regulatória apareça em outros setores de mesmo diagnóstico. Este é o caso especial da extração mineradora, que recentemente causou duas tragédias ambientais e humanas nas cidades de Mariana e Brumadinho, em Minas Gerais, sem que ainda se tenha claro qual o papel restou ao Direito penal.

### III. A necessária aproximação com os casos de Mariana e Brumadinho

O dia 5 de novembro de 2015 ficou marcado como a data em que um dos maiores desastres humanos causadores de danos ambientais ocorreu. O rastro de destruição do meio ambiente iniciado na cidade de Mariana, em Minas Gerais, estendeu-se até o Espírito Santo. Conforme nararam Freitas, Silva e Menezes:

“Na tarde de 5 novembro de 2015 a barragem de Fundão, da mineradora Samarco, uma empresa *joint venture* da companhia Vale do Rio Doce e da anglo-australiana BHP-Billiton, se rompeu liberando um volume estimado de 34 milhões de metros cúbicos (m<sup>3</sup>) de lama, contendo rejeitos de mineração, resultando em intensa destruição nos povoados próximos à jusante da mineradora e diversos outros impactos que se estenderam por 650 km. Foi o maior desastre mundial desse tipo desde os anos 1960, resultando em danos humanos e ambientais que podem ter um horizonte temporal de longo prazo, efeitos irreversíveis e de difícil gestão” (8).

Já em 15 de janeiro de 2019, o rompimento da barragem I da mina do Feijão, da companhia Vale, em Brumadinho, Minas Gerais, foi responsável pela morte de 232 pessoas e o desaparecimento de pelo menos outras 30 (ainda em contagem), além de danos ambientais que já podem ser sentidos (9). Apesar de danos ambientais de menor monta que no caso de Mariana, o ocorrido em Brumadinho vitimou um número desconcertante de vidas humanas, demonstrando o potencial destrutivo dos crimes ambientais cometidos por corporações.

(8) FREITAS, Carlos Machado de - SILVA, Mariano Andrade da - MENEZES, Fernanda Carvalho de, “O desastre na barragem de mineração da Samarco: fratura exposta dos limites do Brasil na redução de risco de desastres”, *Cienc. Cult.*, 3, São Paulo, v. 68, ps. 25-30, Set. 2016. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252016000300010&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252016000300010&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 30 de Junho de 2019.

(9) EL PAÍS, “Resíduos de Brumadinho já matam os peixes do rio São Francisco”, disponível em: [https://brasil.el-pais.com/brasil/2019/03/21/politica/1553194959\\_991458.html](https://brasil.el-pais.com/brasil/2019/03/21/politica/1553194959_991458.html). Acesso em 13 de julho de 2019.



Os dois casos supracitados terminaram por escancarar o cenário muito similar àquele observado no ramo petrolífero: a legislação é frágil e mal aplicada. No caso da mineração, ainda que em modelo distinto de concessão daquele do petróleo, a fragilidade regulatória é nitidamente influenciada pela necessidade de alavancar os índices econômicos nacionais a partir das *commodities*, particularmente pelo minério de ferro, cujo mercado foi aquecido pela política expansionista chinesa nos últimos anos. Conforme Wanderley, Mansur, Milanez e Pinto:

“O megaciclo pode ser associado ao período entre 2003 e 2013, quando as importações globais de minérios saltaram de US\$ 38 bilhões para US\$ 277 bilhões (um aumento de 630%). E, em particular, quando a tonelada do minério de ferro passou de US\$ 32 (jan./2003) ao pico de US\$ 196 (abr./2008) e, a partir de 2011, iniciou uma tendência de queda, chegando a US\$ 53” (10).

Com os preços elevados e a alta demanda, adveio a pressa para obter grandes lucros em prazos curtos. A partir disso, vários fatores que aumentaram os riscos ambientais puderam ser observados, tais como: o uso de tecnologias inapropriadas, a escolha de locais não adequados para instalação de projetos, contratação de técnicos menos experientes ou sobrecarga dos mais experientes (comprometendo a qualidade dos projetos ou a execução das obras) e, após a queda do preço, a intensificação da produção e pressão por redução nos custos (11). Dentre eles, contudo, o que mais chama a atenção aqui é a pressão sobre as agências ambientais pela celeridade no licenciamento. Mais do que uma hipótese, este fato foi efetivamente observado: durante o período do megaciclo, as agências não conseguiam se comportar como verdadeiras opositoras a riscos ambientais e só instrumentalizavam a burocracia que garantia

---

(10) WANDERLEY, Luiz Jardim et al, “Desastre da Samarco/Vale/BHP no Vale do Rio Doce: aspectos econômicos, políticos e socioambientais”, *Cienc. Cult.*, 3, São Paulo, v. 68, ps. 30-35, Set. 2016. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252016000300011&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252016000300011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 30 de Junho de 2019.

(11) *Ibidem*.

o domínio e expansão de mercado das grandes mineradoras no país (12).

Mesmo com a mudança de paradigma em 2013, a partir da queda dos preços do minério e da previsão de responsabilidade penal autônoma da pessoa jurídica, o impacto da decisão judicial foi incapaz de indicar mudança e reparação dos efeitos causados pela regulação frágil das décadas anteriores. Os danos ambientais de Mariana e Brumadinho ocorreram de forma consecutiva, dentro de um mesmo conglomerado econômico (com a Samarco e a Vale) e não é possível encontrar evidências de mudança de comportamento corporativo real em nenhum dos momentos.

Do outro lado, da perspectiva do Estado, muito se tem falado sobre mudança de legislação e é possível observar até mesmo mudanças reais na Lei (13). Ocorre que esta esfera de discussão oculta o problema mais imediato e reiteradamente observado: a legislação já existente esteve recorrentemente sendo descumprida. O déficit de aplicação aparece tanto no controle quanto na fiscalização por parte de agências reguladoras, que frequentemente apontam para a limitação de recursos (14) para realizar suas atividades, mas são incapazes de mitigar os problemas por meio da integração de suas regulações com outros marcos normativos e suas ações com as de outros órgãos responsáveis por fiscalização e controle. Ao final, o arcabouço normativo utilizado para nortear o comportamento econômico tem densidade de aplicação muito baixa.

Neste cenário, diante da falta de resolução por parte de outros ramos jurídicos e com a falha da autorregulação das empresas e das teses de governança, o direito penal é chamado a inter-

---

(12) *Ibidem*.

(13) Cf., por exemplo, o caso da legislação de barragens no Rio de Janeiro, a ver: LOPES, Juliana Chermont Pessoa, “Segurança de barragens no Brasil e no Rio de Janeiro, uma análise crítica”, No prelo, 2019. O tema será melhor explorado a seguir.

(14) EL PAÍS, “Responsável por fiscalizar barragens, ANM já admitiu falta de verba para vistorias ‘in loco’”. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/07/politica/1549559820\\_961591.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/07/politica/1549559820_961591.html). Acesso em: 13 de julho de 2019.



vir (15). Sua intervenção, contudo, ocorre de forma atrasada e dissociada dos demais instrumentos de regulação, razão pela qual deve ser repensada.

Por isso, para além de expansão da legislação, é necessário entender sua aplicação e exigibilidade. Não há hoje análise de impacto regulatório da legislação ambiental e muito menos das relações de captura a partir da regulação posta, o que torna a análise de mudança de marco legal pouco produtiva. Os casos da Petrobrás na área de petróleo e da Samarco e Vale na área de mineração demonstram tendência de captura dos agentes estatais. E não se espera, por ora, comportamento distinto por parte dos reguladores estatais, pois a causa-raiz do problema se mantém: a economia nacional dependente da extração de *commodities*, atividade exercida por um pequeno grupo de empresários, poderosos o suficiente para capturar mais do que a regulação ambiental.

Destrinchando a problemática, é possível citar o exemplo da regulação de barragens do Estado do Rio de Janeiro. Juliana Chermont Pessoa Lopes faz uma análise da Lei Estadual 7192/2016, apontando que ela se fia muito em prestações por parte dos regulados, especificamente na forma de tomada de medidas de controle de riscos de danos ambientais, além de impor limites aparentemente mais rígidos que os aplicados a níveis nacionais (16).

Nota-se, contudo, que apesar de parecer ser mais rígida do que a nacional (Lei 12.334/2010), a legislação fluminense não demonstra nenhuma espécie de impacto na atividade empresarial do Estado. Não há qualquer evidência de que no Rio de Janeiro exista maior compromisso corporativo com o valor da sustentabilidade. Em verdade, bem ao contrário, é possível que o problema de falta de cumprimento seja pior no Rio de Janeiro e ainda não se saiba o quanto, porque simplesmente não existe medição e apontamento de métricas por parte das empresas, dos regu-

ladores e dos fiscais. Mais do que isso, a troca de padrões fixos para implementação de negócios [no Rio de Janeiro, em comparação com a legislação nacional, há limitações maiores com relação à altura do maciço de barragem e ao volume da capacidade total do reservatório (17)] não traduz a contrapartida necessária de controle de riscos por parte dos regulados, considerando o cenário de correção. Tanto no cenário estadual quanto no nacional, nada existe sobre a avaliação dos controles preventivos idôneos por parte das empresas, ou sobre o que se espera e como se valora positivamente o retorno em valor em termos de inovação e sustentabilidade.

Neste cenário, por mais que existam marcos de controles de riscos ambientais bem desenvolvidos, como é o caso do Marco de Sendai, sugerido como alternativa “para a redução substancial, no Brasil, dos riscos de desastres e de impactos ambientais, sanitários e socioeconômicos que os mesmos provocam” (18), não basta citar sua existência e esperar por marcos legais que o exijam. É necessário, em verdade, aprimorar a capacidade de execução do marco regulatório, sendo imperativo melhorar a fiscalização, integrar as diversas formas de controle social (formal e informal), impor a medição sobre quais medidas funcionam e quais não funcionam, além de apontar a causa-raiz do funcionamento e das falhas apuradas, bem como demonstrar qual mudança de comportamento foi apurada a partir do rearranjo gerencial imposto à atividade econômica. Tudo isso deve ser possível sem causar inchaço regulatório, excesso de ingerência na atividade econômica e infração a outros direitos, como os direitos dos trabalhadores e a proteção de dados pessoais, por exemplo.

Ainda, ao se falar em correção, fatalmente chega-se a autorregulação regulada e *compliance*.

---

(15) SAAD-DINIZ, Eduardo, “Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 108, 2013, ps. 415-441, jan./dez. 2013.

(16) LOPES, Juliana Chermont Pessoa, ob. cit., *passim*.

---

(17) *Ibidem*, p. 15: Altura do maciço: na legislação nacional, 15 m; na legislação fluminense, 10 m, caso construída em concreto ou cimento, e maior ou igual a 5 m (cinco metros), caso construída em solo. Capacidade total do Reservatório: na legislação nacional, 3.000.000,00 m<sup>3</sup>; na legislação fluminense, 2.000.000,00 m<sup>3</sup>, caso construída em concreto, e maior ou igual a 1.000.000 m<sup>3</sup> (um milhão de metros cúbicos), se construída em solo.

(18) FREITAS, Carlos Machado de - SILVA, Mariano Andrade da - MENEZES, Fernanda Carvalho de, ob. cit.

ce. Especialmente os programas de *compliance* poderiam exercer papel preventivo considerável e a adesão a eles poderia vir justamente do incentivo dado pelo direito penal, em especial pela responsabilidade penal da pessoa jurídica (19). Ocorre que, a partir da análise do cenário atual no Brasil, percebe-se que sua regulação contrasta muito com aquilo que é desejado em termos de eficiência. Nestes termos, conforme já apontado por Eduardo Saad-Diniz, somente com a melhoria da regulação e sua aplicação, aliada à mudança de comportamento corporativo, será possível observar avanços mensuráveis em termos de integridade e retorno em valor de *compliance* dos negócios no Brasil (20). Especificamente em matéria ambiental, conforme o anteriormente visto, o retorno pode ser mensurado a partir do valor da sustentabilidade, que deve ser observado de forma especial no Brasil, considerando a “benção e maldição” das riquezas naturais que lhe acompanha, além da atual pressão externa para respeito a questões ambientais como *conditio sine qua non* para a realização de negócios internacionais (21).

(19) Para que este incentivo à implantação de programas de compliance seja efetivo, porém, para além da adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, é importante a opção por um modelo de imputação no qual estes mecanismos, quando existentes, sejam efetivamente considerados na aferição da responsabilidade do ente coletivo. De maneira mais detalhada, conferir em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier, “Criminal liability for legal entities: a comparative study between Spain, Portugal and Brazil”, *Polar - Portuguese Law Review*, 2, v. 2, July 2018, ps. 191-224. Disponível em: <http://www.portuguese-lawreview.pt/archives/>. Acesso em 21 de julho de 2019. Passim; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier, “Da teoria do delito para as pessoas jurídicas: análise a partir da teoria construtivista de ‘autorresponsabilidade’ dos entes coletivos”, *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, 32, Franca, ano 20, ps. 161-191, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22171/rej.v20i32.2155>. Acesso em 21 de julho de 2019. Passim.

(20) SAAD-DINIZ, Eduardo, “Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial”, Thomson Reuters, São Paulo, Brasil, 2019, *passim*.

(21) G1, PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO, Presidente da França diz que compromisso de Bolsonaro com meio ambiente foi chave para acordo de Mercosul e União Europeia. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/06/29/presidente-da-franca-diz-que-compromisso-de-bolsonaro-com-meio-ambiente-foi-cha>

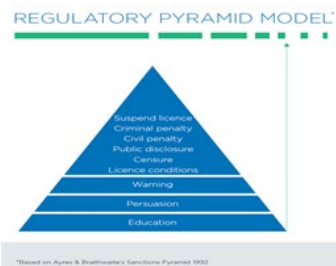
Também, conforme já citado acima, a ênfase em maior capacidade de aplicação e imposição da legislação ambiental depende também de maior integração entre as várias esferas de controle social (formal e informal). Desde John Braithwaite, a regulação do comportamento corporativo se dá em diversas esferas sociais, estatais ou não, sendo que a maior amplitude de condutas reprováveis é justamente equivalente às formas de controle sociais de maior alcance e menor formalidade e controle estatal. Conforme as condutas são reiteradas e/ou sua lesividade é maior, a força da reação aumenta, chegando ao máximo que a regulação pode promover: a intervenção estatal para eliminar o negócio que causa mais danos que benefícios sociais (22). A representação gráfica da melhor estruturação regulatória, desde Braithwaite, é dada pela chamada “pirâmide regulatória” (23).

Neste modelo, as diversas esferas de regulação, estatais ou não, estariam integradas na missão de atingir um mesmo objetivo regulatório final. Da parte dos regulados, considerando a certeza da sanção mais grave no topo, haveria forte incentivo à cooperação e resolução de conflitos em outras esferas menos gravosas. Partindo desta perspectiva, Eduardo Saad-Diniz faz a distinção entre controle social formal (aquele resolvido pelo Estado e as instâncias jurídicas) e controle social informal (resolvido de forma prévia) para apontar que é necessário que a regulação ema-

ve-para-acordo-de-mercosul-e-uniao-europeia.ghtml. Acesso em: 14 de julho de 2019.

(22) BRAITHWAITE, John - AYRES, Ian. N., “Responsive regulation. Transcending the Deregulation Debate”, Oxford University Press, Nova York, 1992, *passim*.

(23) De forma visual: Disponível em: <https://www.sira.nsw.gov.au/resources-library/law-and-policy-or-corporate/publications/maa-regulatory-and-enforcement-policy>.



nada do Estado se integre às iniciativas informais, em especial às ações de responsabilidade social corporativa, quando há demonstração de mudança de comportamento e uso dos poderosos recursos econômicos das empresas para promoção de valores pró-sociais como forma de retorno em valor de *compliance*(24).

Especificamente em matéria ambiental no Brasil, contudo, existe um problema que é até mesmo anterior: a própria regulação estatal não é integrada. Conforme se apontou, o diagnóstico sobre a atividade regulatória do meio ambiente, especialmente dos setores de extração de *commodities*, aponta para falta de recursos e isolamento institucional. Uma forma de mitigar o problema parece ser por meio da integração das atividades de regulação, controle e fiscalização das diversas agências reguladoras com o poder fiscalizatório do Ministério Público e o controle social formal judicial.

Nesta esfera, o desalinhamento regulatório brasileiro criticado por Eduardo Saad-Diniz é observado de forma mais preocupante justamente na esfera ambiental, onde, apesar da previsão legal de responsabilidade penal da pessoa jurídica desde 1998, praticamente não há aplicação do instituto (25).

Na mesma linha, Matheus de Alencar apontou que, mesmo após a decisão do STF de 2013, que deixou a cargo dos tribunais a construção do modelo de imputação autônoma das pessoas jurídicas, a quantidade de decisões versando sobre os temas “responsabilidade penal da pessoa jurídica” e “*compliance*” beirou o irrisório até o fim de 2016. Por meio de pesquisas manuais de jurisprudência do STF, STJ e TRF-4, entre 2013 e 2016, o Autor não encontrou qualquer referência ao *compliance* como fator relevante para a discussão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Ao final, concluiu que o foco dos tribunais brasileiros continua na responsabilidade individual, discutindo questões como domínio do fato, cegueira deliberada, conhecimento e von-

tade etc. Quando muito, os tribunais se valem do conceitual de *compliance* para justificar dolo de praticar lavagem de dinheiro quando há infração aos deveres de informar da Lei 9613/98 (26).

Aqui, é importante enfatizar que esta particular forma de atuar dos agentes de controle social formal é pobre em termos de produção de resultados. A persecução penal ao autor individual sem preocupação com o comportamento corporativo socialmente danoso já foi apontada como ineficiente pela iniciativa da *Campbell Collaboration* na consolidação dos dados sobre o crime corporativo, liderada por Sally Simpson. Nesta iniciativa, foi analisado o impacto de diversas estratégias de controle social formal que objetivavam controlar o crime corporativo, tais como ações e programas de governo, atuação de agências reguladoras, mudança legislativa, aplicação das leis e punição, intervenções não punitivas etc. Ao final, a conclusão foi de que, no geral, era baixa a qualidade da evidência que analisava a modificação do comportamento corporativo pelas intervenções listadas. Vários estudos apontavam para descobertas contraditórias, sem que se conseguisse apontar o porquê das variações. Com relação ao pouco de informação confiável encontrado, apurou-se que as intervenções legais (controle social formal) têm baixo efeito preventivo nas companhias e não há informação suficiente que permita falar de impacto na esfera individual. Por outro lado, intervenções regulatórias nas empresas têm potencial modesto, mas consistente de prevenir infrações individuais. Estas mesmas intervenções produziam resultados distintos com relação à infração corporativa, sendo necessário buscar mais acerca de possíveis causas-raiz que produzem tal distinção nos resultados. O uso de mais de uma intervenção ao mesmo tempo demonstrou ter efeito pequeno, mas consistente, em termos de prevenir descumprimentos tanto de empresas quanto de indivíduos (27).

Ante o exposto, seria possível concluir que priorizar intervenções regulatórias e cumulá-las

---

(24) SAAD-DINIZ, ob. cit., 2019, *passim*.

(25) Id. “Brasil vs. Golias’: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*”, *Revista dos Tribunais*, vol. 988, São Paulo, ps. 25-53, Fev., 2018.

---

(26) MIRANDA, Matheus de Alencar e., ob. cit., ps. 321 e ss.

(27) SIMPSON, Sally S. *et al.*, “Corporate crime deterrence: A systematic review”, *Campbell systematic reviews*, 1, v. 10, ps. 1-105, 2014, *passim*.

com intervenções processuais/legais é o que há de mais promissor em termos de evitar infrações empresariais. Conforme bem lembra Eduardo Saad-Diniz, a formação democrática das liberdades e a criação de condições concretas para o seu exercício conflita com o perecimento das formas estatais diante das corporações. Nisso se vê os processos de captura regulatória, os desastres em larga escala, o risco sistêmico abalando o globo, o aquecimento global colocando em risco a própria humanidade e a falta de resposta adequada por parte de quem se coloca na posição de controlador destes comportamentos indesejados. Diante deste conflito entre liberdades pessoais, segurança negocial, ambição e comportamento corporativo socialmente danoso na vida moderna, é de imperiosa conclusão que “a lição histórica a ser aprendida é que a redução dos efeitos negativos do poder econômico das corporações depende de melhores níveis de qualidade regulatória e da combinação inteligente com estratégias de controle social”(28). O ideal, portanto, seria conciliar e integrar todas as formas de controle social, formal e informal, de modo que os incentivos ao cumprimento da regulação se multipliquem e apareçam em todos os lugares.

Além disso, a prática judicial corrente no Brasil se vale de conceitos teóricos ultrapassados e somente gera como resultado o medo generalizado em engenheiros, que temem assinar laudos referentes a medidas legais de prevenção das empresas, temendo possíveis implicações penais no futuro em razão de qualquer falha que vier a ocorrer. O reforço penal termina servindo somente como meio para diminuir a qualidade das medidas preventivas atualmente possíveis.

Assim, o resultado apurado a partir do tratamento jurisprudencial da questão no Brasil, notadamente pobre em termos de efetiva proteção do meio ambiente (pois nada cria em termos de incentivo à adoção de modelos de prevenção de danos ambientais e nada produz em matéria de integração da regulação para fortalecer o controle judicial e as demais formas de controle social), pode sim ser colocado na conta dos julgadores pela limitação no tratamento dogmático do direito penal, mas, em medida ainda maior, deve

ser atribuído aos acusadores, que insistem na obsessão de perseguição do autor individual e levam prioritariamente este tipo de demanda aos tribunais (29).

Inclusive, tratando-se de matéria de regulação do comportamento corporativo ganancioso, é especialmente constrangedor o comparativo entre o desenrolar histórico da regulação ambiental e da anticorrupção. Esta, mais jovem, é muito mais propagandeada e geradora de pavores e discursos. Ainda que muitos apontem o risco sistêmico e global da destruição do meio ambiente, por vezes os discursos constroem a percepção de fatalismo muito maior com relação à corrupção, ainda que o cenário realmente preocupante seja aquele de futuro em que as consequências mais devastadoras do aquecimento global ocorrem.

Ante o exposto, percebe-se que modificar o comportamento corporativo ganancioso exige maior recurso a instrumentos regulatórios comprovadamente mais eficientes. Todavia, no Brasil, em matéria ambiental, não há integração entre instâncias de controle, entre ramos regulatórios e instituições responsáveis por regulação, controle e fiscalização do comportamento empresarial. Visando mitigar este problema, é necessário incorporar o direito penal ambiental como parte da regulação, atuando de forma sobreposta e complementar às outras formas regulatórias. A partir daí, pode ser especialmente interessante o aumento de poder fiscalizatório com a inserção do Ministério Público em outra esfera de atuação, que pode se interligar com as demais para cobrir as deficiências atualmente observadas, principalmente nos espaços de notável captura regulatória e no acoplamento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas ao topo da pirâmide regulatória do comportamento corporativo lesivo ao meio ambiente. Ao final, visa-se ganho de rendimento de outras formas de controle social, de incentivo à cultura de *com-*

---

(29) É de se ter em conta que, apesar de parte das ações penais não sofrerem interposição de recurso para os tribunais, a porcentagem de perda tende a ser menor no caso de responsabilidade penal das empresas, pois elas contam com setores jurídicos estruturados justamente para evitar condenações, o que se verificou no caso da Petrobras, que foi até o STF discutindo a conduta que lhe foi imputada antes mesmo do julgamento de mérito.

---

(28) SAAD-DINIZ, Eduardo, ob. cit., 2019.

*pliance* e de segurança jurídica, ao mesmo tempo, todos impulsionados pela presença distante, mas final, do direito penal. Para que isso ocorra, contudo, é preciso que haja adequação dos princípios de direito ambiental à estrutura do delito, modificando os pressupostos que hoje inviabilizam que o direito penal ambiental cumpra o papel aqui proposto.

#### IV. A adequação dos princípios de direito ambiental à estrutura do delito

Observa-se um recente certo alinhamento das legislações de caráter penal econômico nas regulamentações domésticas da América Latina, em especial quanto à responsabilização de entes coletivos e à demanda por mecanismos de *compliance*. Estes últimos, inclusive, permitem que o direito penal se adeque com maior facilidade a diferentes subsistemas tutelados, mas pressiona seus institutos clássicos a igualmente se flexibilizarem.

Sobre isso, Eduardo Saad-Diniz explora como o direito penal deveria intervir nos novos cenários, complexos, sem violar suas próprias estruturas ou desnaturalizar a regulação do âmbito ao qual se acopla (30). A ele seria atribuída a função de reforço dos deveres extrapenais (inclusive extrajurídicos) relevantes para a estabilidade de estruturas sociais. No âmbito do direito ambiental, são os deveres de conformidade acima descritos que externalizam o padrão esperado para prevenção de danos.

Porém, as normas deste ramo do ordenamento jurídico vão muito além das normativas impostas pelas agências reguladoras e órgãos ambientais. Há também os princípios de direito ambiental, como são exemplares o da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador, da informação ambiental, da participação comunitária e da cooperação. Destes, os quais são repetidamente apontados pela doutrina brasileira, pode-se depreender um padrão de gestão pública dos recursos naturais. Porém, nenhum

princípio é mais relevante para a gestão privada dos recursos quanto o da sustentabilidade (31).

Partindo do conceito amplo de sustentabilidade, como exposto por Canotilho (32), não se está a apresentar um direito penal como reforço de normas de convivência ou de lealdade (como no direito penal econômico). A violação de deveres ambientais não produz uma vantagem ilícita direta (embora essa possa ser, em último grau, o objetivo de toda ação ou omissão no âmbito de exploração econômica), mas um prejuízo coletivo sensível (ainda que em muitos casos seja de difícil dimensionamento). Pensar o princípio da sustentabilidade exige a compreensão de que todo processo humano possui um custo, que pode ser administrado conforme interesses. A instalação de uma barragem próxima a uma cidade pode importar em riscos estruturais e até desvalorização econômica de áreas, mas representa igualmente o desenvolvimento regional e oferta de empregos, além dos benefícios macroeconômicos pelo aquecimento da cadeia produtiva. A aceleração da exploração de *commodities* no início dos anos 2000 no Brasil impactou positivamente a balança comercial e o crescimento econômico por mais de uma década.

Neste sentido, há duas aberturas na teoria do delito às normas do “mbito em que intervêm. Primeiramente, ainda na análise do injusto, no momento da prognose do risco (dentro da imputação objetiva), a abertura aparece na avaliação do cometimento de uma infração de dever (ou realização de um risco não permitido, ou não evitação de um resultado a que era obrigado evi-

(30) SAAD-DINIZ, Eduardo, “Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.108, ps. 415-441, jan./dez. 2013.

(31) Sobre o princípio da sustentabilidade enquanto princípio do Estado constitucional, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional”, *Tékhnē*, 13, Barcelos, ps. 07-18, jun. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 09 de julho de 2019. O autor destaca que a sustentabilidade ecológica é apenas um dos três pilares do conceito de sustentabilidade, que também envolve a sustentabilidade econômica e social, portanto não se trata apenas de gerir recursos com respeito aos ciclos restaurativos da terra, mas igualmente compreender um cenário político, de necessário desenvolvimento humano e importância da tecnologia para o bem-estar coletivo.

(32) *Ibid.*, p. 9.



tar) (33). É importante observar a captura a que está submetida a regulação ambiental, de modo que hoje estão sendo os interesses econômicos e a viabilidade comercial em setores estratégicos que têm determinado, por “tentativa e erro”, a proteção necessária ao meio ambiente. Isso produz, dentro do direito ambiental, uma antinomia bastante peculiar, em que o direito penal pode: a) compreender a questão como uma mera antinomia aparente, em que as regras setoriais trazem a verdadeira concretude dos princípios e, por isso, são elas que determinam o risco permitido; b) compreender que o direito penal possui legitimidade para proteger bens de especial contundência social, portanto é sua função dar concretude aos princípios ambientais.

Se considerada a primeira hipótese, o problema será resolvido de forma mais simples, oferecendo uma imputação que verifica o cumprimento de normas técnicas, possíveis falhas na cadeia produtiva e agentes vinculados - na esteira proposta pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, que entendiam que não era papel do presidente da Petrobrás verificar as condições de oleodutos, mas a mesma posição não era compartilhada por engenheiros ou mesmo pelo superintendente regional.

Considerando a segunda hipótese, não poderá o direito penal escolher quais princípios aplicar, mas o fará justamente quanto àqueles elencados de forma explícita pela Constituição, como é o caso do “meio ambiente equilibrado” (art. 225), bem como princípios implícitos, como é o caso da sustentabilidade (34). Neste caso, a

---

(33) Neste sentido, sobre os possíveis aproveitamentos das normativas internas empresariais como possíveis “normas de cuidado pré-jurídicas”, aptas a colaborar na delimitação da tipicidade do comportamento dos entes coletivos, conferir em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier, “Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva”, *Conpedi Law Review*, 1, Zaragoza, v. 4, ps. 1-23, jan./jun. 2018. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931\\_conpedilawreview/2018.v4i1.4514](http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2018.v4i1.4514). Acesso em 21 de julho de 2019.

(34) Não seria o caso de aprofundar esta discussão, mas interessante notar no art. 170, VI (CF), o conceito de proporcionalidade, que inclusive fundamenta a Res. do CONAMA 369/2006, que dispõe da utilidade pública se sobrepondo ao impacto ambiental. Sobre o princípio da

aplicação de princípios impulsiona o juízo penal para um novo nível, em que não se analisam deveres cumpridos, mas uma estrutura funcional (ou disfuncional) pautada por valores definidos desde o topo da empresa. Analisar a violação de princípios dentro de uma empresa é necessariamente analisar a própria gestão, os esforços por implementar medidas de segurança, o comprometimento com o respeito ao meio ambiente, as pequenas e grandes decisões e a cultura fomentada na corporação. A responsabilidade penal assim, muda de esfera e passa a considerar todos os sujeitos cumpridores de tarefas como agentes fungíveis de uma estrutura pensada a partir de cima e, portanto, a verificação de falhas deverá sempre fluir de cima para baixo.

O segundo momento de abertura ao ambiente tutelado se dá na esfera da culpabilidade e sua necessária resposta em termos de prevenção geral positiva, que somente se dá com impacto sobre a cultura organizacional de uma empresa. Com isso, não se está a dizer que a verificação da responsabilidade penal somente se dará sobre presidentes e diretores, mas que a aferição a partir de princípios parte de uma análise de gestão e, por essa razão, de máxima diligência em implementação de uma cultura de sustentabilidade, prevenção, precaução etc. Se a alta cúpula da empresa é comprovadamente diligente, a responsabilidade então passa para os níveis inferiores, seguindo o fluxograma da própria empresa e a delegação legítima de deveres e responsabilidades, a depender da atividade exercida.

Em síntese, o que se tem é: a) as responsabilidades se iniciam com os superiores (35) e só

---

sustentabilidade implícito na Constituição, ver: ROLIM, Francisco Petrônio de Oliveira — JATOBÁ, Augusto César Maurício de Oliveira — BARACHO, Hertha Urquiza, “Sustentabilidade à luz da Constituição de 88: uma análise contemporânea”, *Revista CEJ*, 64, Brasília, Ano XVIII, ps. 53-60, set./dez. 2014. Ver também: COELHO, Saulo de Oliveira Pinto — ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de, “A Sustentabilidade como Princípio Constitucional Sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo”, *Revista da Faculdade de Direito*, Uberlândia, v. 39, ps. 213-242, 2011.

(35) Matheus de Alencar esmiúça as formas básicas de responsabilidade em comissão por omissão na esfera da criminalidade de empresa. Em apertada síntese, ele colo-



podem ser passadas adiante a partir de uma

ca que: “... o dever de garante poderia aparecer em compliance, por exemplo, caso o contrato social estabelecesse a obrigação como atribuição do mandato da alta hierarquia, ou se alguém se obrigasse como *compliance officer* em programa de compliance direcionado à evitação do delito (cabível no caso da Lei Anticorrupção), na hipótese da alínea ‘b’ do art. 13, §2º, do Código Penal. Neste caso, a pessoa obrigada em contrato deve assumir a especial função de tomar medidas de proteção contra o resultado e/ou ter o domínio sobre a fonte de perigo. Também seria possível apurar a posição de garante se a lei exigir a implementação da organização empresarial interna para evitar delitos (e com isso de compliance), situação em que a posição seria apurada com base na alínea ‘a’ do sobre-dito dispositivo penal. Ainda poderia se fundamentar tal hipótese em leis de natureza empresarial (em especial a Lei das Sociedades Anônimas) que atribuem deveres aos superiores hierárquicos, sendo que a natureza deste dever (civil, administrativo ou penal) somente se apuraria nos casos concretos. Mais uma vez, a pessoa obrigada em contrato deve assumir a especial função de tomar medidas de proteção contra o resultado e/ou ter o domínio sobre a fonte de perigo. Aqui, contudo, é possível falar também em assunção por ingerência anterior, uma vez que, se a lei prevê a responsabilidade da empresa por algo, quem a inicia (proprietários) expande sua esfera de liberdade ao ponto de possivelmente causar danos a terceiros (com o desenrolar da atividade produtiva da empresa). Neste caso, é aceito, em geral, que os deveres de proteger contra resultados danosos da atuação da empresa (e, com isso, a posição de garante) possam ser delegados, quase que em sua totalidade, aos administradores (controle) da empresa, igualmente por lei. Por fim, também a alínea ‘c’ do art. 13, §2º do Código Penal pode fundamentar o dever de garante na esfera das corporações. Para isso, parte-se da consideração de que realizar uma atividade produtiva significa “comportamento anterior que cria riscos de ocorrência de resultados criminosos”. Isso se daria porque a atividade produtiva supõe riscos para terceiros, razão pela qual quem a inicia seria garantidor do seu controle. Com isso, apresenta-se a discussão doutrinária sobre a possibilidade de o empresário ocupar ou não a posição de garante, a fim de evitar o cometimento de ilícitos no exercício de atividades de sua empresa. Ela se dividiria em dois posicionamentos: 1) aquele que a admite, mas apenas sob a existência de um regime, mesmo que extrapenal, qualificando o agente como tal; e 2) aquele que considera não haver necessidade de uma regulamentação especial que corrobore esse dever de cuidado para evitar o resultado lesivo. De todo modo, sempre que se considerar possível fundamentar a posição de garante do empresário com base na alínea ‘c’ do art. 13, §2º do Código Penal, é preciso que se apure se o empresário tem domínio sobre a

delegação legítima (36); b) um funcionário não pode ser responsabilizado por falta de diligência ou violação de dever se a organização empresarial não o preparou para assim atuar (oferecendo treinamentos, *hotlines* em caso de irregularidades, acompanhamento constante por supervisores, incentivando o comprometimento com os valores da empresa); c) a responsabilidade penal por parte de superiores hierárquicos não necessariamente absorve toda a responsabilidade de seus supervisionados, mas a reduz (culpabilidade); d) não se consideram aqui “deveres” da gerência, mas o conceito de “boa decisão”, ou seja, não se trata de verificar um agir ou deixar de agir, mas sim de verificar se a decisão tomada era bem informada, desinteressada, refletida, debatida com interessados legítimos e razoável [seguir caminho, semelhante à *Business Judgment Rule* (37)]; e) deve o direito penal não ape-

fonte de perigos, ou que, com a criação da empresa (e a consequente ingerência da esfera de liberdade atingindo terceiros), aquele risco efetivo que se materializou no resultado tenha sido efetivamente criado a partir da criação da empresa, com capacidade de causar danos que o empresário deveria evitar por meio da tomada de medidas de prevenção (proteção)”. MIRANDA, Matheus de Alencar e., *ob. cit.*, ps. 255-256.

(36) O prestigiado autor alemão Klaus Tiedemann traça os requisitos básicos para a delegação de deveres, a ver: “Según los criterios aplicables, la delegación debe ser precisa, especial, temporalmente limitada y solamente puede referirse a una parte de las tareas del nivel superior o más elevado; además, los delegados deben tener la suficiente competencia como para asumir las funciones encomendadas. En todo caso, la máxima responsabilidad por la elección, la vigilancia y el control quedará en manos de quien hiciera la delegación. (...) el principal no puede deshacerse completamente (...), o sea (...) el representado no puede delegar por completo su responsabilidad”. TIEDEMANN, Klaus, “Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valência, 2010, p. 175.

(37) De acordo com Júlio César Ribeiro, a *business judgment rule* seria uma regra, criada nos Estados Unidos da América, que visa afastar (ou limitar) a análise do mérito da decisão de administradores nos contextos em que uma decisão sua gerou danos para a própria empresa. Nestes casos, a regra afastaria (ou limitaria) a responsabilidade do administrador “em casos em que suas decisões, embora posteriormente tenham se revelado negativas à sociedade: foram prolatadas sem conflito de interesses (entre administrador e sociedade); respeitaram um pro-

nas seguir critérios jurídicos, mas compreender o ambiente empresarial desde sua linguagem própria, que em parte é facilitada pelos instrumentos de governança corporativa.

Em suma, desde o que é aqui proposto, o direito penal ambiental deveria: a) iniciar sua verificação a partir dos princípios que visa tutelar; b) observar toda a gestão empresarial como conduta penalmente relevante capaz de produzir um dano ambiental; c) desenvolver padrões de adequação gerencial por si mesmo, fugindo da captura a que estão submetidos a legislação ambiental e os órgãos de regulação, controle e fiscalização econômica.

### V. Integração do direito penal como parte da regulação ambiental no Brasil contemporâneo

Diante de todo o exposto, vislumbra-se algumas possibilidades para o direito penal ambiental. Inicialmente, considerando-se a necessidade

cedimento de tomada da(s) decisão(ões) (devidamente informado); e se revelaram racionais". RIBEIRO, Júlio César de Lima, "A transposição da *business judgment rule* para o regime da responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil", Revista dos Tribunais, vol. 937/2013. Nov., 2013, p. 391. É importante informar que em Espanha ela já é utilizada justamente para os casos de decisão sobre a implementação ou não de um programa de compliance, podendo afastar responsabilidades. De acordo com Adán Nieto Martín: "A maioria dos países, inclusive o nosso [Espanha], acolheram neste ponto a regra de *business judgment rule* a teor da qual se concretiza o nível de responsabilidade e o dever de diligência dos administradores. De acordo com esta regra, entraria dentro da margem de discricionariedade de todo administrador decidir se implanta ou não um sistema de compliance, e, em seu caso, que características teria que ter. A única condição para que a decisão do administrador não vulnere seu dever de cuidado e, portanto, não dê lugar à responsabilidade, é que seja tomada a partir de um grau de informação suficiente. Se o administrador foi diligente na busca pela informação e tomou uma decisão com base nela, em consequência não existirá responsabilidade". NIETO MARTÍN, Adán (dir.), "Manual de cumplimiento penal en la empresa", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015. p. 189. O afastamento das responsabilidades civis e administrativas poderia ensejar o afastamento das responsabilidades penais se levantado o argumento da intervenção mínima para afastar a culpa ou a ilicitude a partir do cumprimento da regra de decisão negocial.

de um comprometimento com os valores constitucionais e os princípios de direito ambiental, o modelo de gestão a ser utilizado pelo direito penal deve ser coerente com o Estado democrático e permitir que todos os envolvidos decidam sobre os custos do processo. Assim, somente respeitaria uma compreensão real de sustentabilidade a gestão que considerasse a opinião de populações locais em suas deliberações (incluindo formulação de metas) e que partilhasse a formulação de protocolos de segurança com representantes de funcionários, oferecendo inclusive contrapartidas aceitas pela comunidade (38).

Além disso, a análise de uma gestão comprometida com os princípios ambientais deve ser suficientemente consistente para diferenciar a responsabilidade de órgãos, diretores, funcionários técnicos e da própria empresa em níveis diferentes e compreendendo a necessidade de prevenção geral positiva para cada caso. Particularmente, as sanções aplicadas à pessoa jurídica não podem também violar o conceito de sustentabilidade (também social e econômica) (39). Na busca pelo comportamento corporativo pró-social em matéria ambiental, o valor sustentabilidade, com as noções que lhe são próprias, deve nortear as métricas (40) de mensuração do retorno em valor de *compliance*.

(38) Sobre isso, é bastante promissor o conceito de *accountable capitalism*. Ver com maiores detalhes, em: YGLESIAS, Matthew, "Elizabeth Warren has a plan to save capitalism: she's unveiling a bill to make corporate governance great again", VOX. Disponível em: <https://www.vox.com/2018/08/15/17683022/elizabeth-warren-accountable-capitalism-corporations>. Acesso em: 08 de julho de 2019. Ver também: WARREN, Elizabeth, "Accountable capitalism act". Disponível em: <https://www.warren.senate.gov/download/accountable-capitalism-act-one-pager>. Acesso em: 08 de julho de 2019.

(39) Não se pode ignorar o cenário nacional de dependência econômica da exploração de commodities e seus impactos na população. Mesmo a proibição de contratar com o poder público ou a extinção de concessões podem prejudicar ainda mais, por exemplo, uma população já afetada pelo dano ambiental, impedindo que esta possa obter sua reparação econômica. Deve-se pensar em intervenções mais contundentes sobre as empresas, mas que se revertam diretamente em reparação social e ambiental, como a demissão de diretores e a desapropriação de polos industriais.

(40) Citamos aqui dois exemplos: 1) a estimativa de impacto ambiental na biodiversidade quando adotadas

Observa-se que, se por um lado, o desalinhamento regulatório é um diagnóstico quase incontestável, por outro, o atual estado da arte pode apontar alguns instrumentos e alternativas para sua própria correção. Inicialmente, os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) (41) ainda são instrumentos razoavelmente confiáveis para encontrar apontamentos de direcionamento da

---

políticas públicas, algo que pode ser melhor alinhado por intermédio de TAC (Cf.: ALISSON, Elton. “Modelagem de cenários permite estimar impactos de políticas públicas na biodiversidade”, Agência FAPESP, 19 de julho de 2019. Disponível em: HYPERLINK “<http://agencia.fapesp.br/modelagem-de-cenarios-permite-estimar-impactos-de-politicas-publicas-na-biodiversidade/30942/>” <http://agencia.fapesp.br/modelagem-de-cenarios-permite-estimar-impactos-de-politicas-publicas-na-biodiversidade/30942/>. Acesso em 21 de julho de 2019); e 2) a partir de medidas de plantio de árvores e reflorestamento financiado por empresas, além de se atribuir a responsabilidade pela preservação da nova área ao longo do tempo, é possível medir o real impacto em termos de ganho com relação ao aquecimento global, pois já se tem como horizonte o déficit atual (Cf.: ISTOÉ, “1,2 trilhão de árvores para conter o aquecimento global”, Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/12-trilhao-de-arvores-para-conter-o-aquecimento-global/>. Acesso em 21 de julho de 2019).

(41) Conforme explica Emerson Garcia, o chamado “Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta” “pressupõe um ajuste entre o Ministério Público e o violador (atual ou iminente) da norma, no qual, além de serem estabelecidas as obrigações a serem cumpridas para a recomposição da legalidade, são fixadas as respectivas penalidades para sua inobservância. GARCIA, Emerson, “Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, 3ª ed. rev., ampl. e atual., p. 291. A título de exemplificação, tem-se o Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta celebrado entre a União, algumas autarquias públicas federais, tais como o IBAMA e a FUNAI, os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, algumas autarquias estaduais e a Samarco Mineração S.A. Da literalidade do termo, este acordo fora celebrado “considerando a necessidade de recuperação, mitigação, remediação e reparação, inclusive indenização, pelos impactos socioambientais e socioeconômicos, quando possível, causados pelo rompimento da barragem de Fundão, pertencente ao complexo minerário de Germano, em Mariana-MG, bem como prestação de assistência social aos Impactados”. Para maiores detalhes, inclusive quanto aos termos do acordo, conferir em: HYPERLINK “<https://www.fundacaorenova.org/sobre-o-termo/>” <https://www.fundacaorenova.org/sobre-o-termo/>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

mudança do comportamento econômico, visando uma atuação conforme o valor da sustentabilidade. O modelo atual de responsabilidade penal da pessoa jurídica está em aberto e exige principalmente atuação construtivista por parte dos membros do Ministério Público brasileiro. Desta forma, o atual estado de coisas terminou por trazer um novo poder para os acusadores, considerando até mesmo o possível alinhamento entre os TAC e processo penal, com reforço de incentivos às estruturas de *compliance* e o direcionamento à sustentabilidade. As possíveis dificuldades dogmáticas jurídico-penais podem ser resolvidas justamente tendo estes vetores como indicativos, visando maior efetividade regulatória e fornecendo par “metros atualmente inexistentes de segurança jurídica para os agentes econômicos. As dificuldades inerentes ao processo penal, por outro lado, podem ser mitigadas pela elaboração de TAC mais robustos do que aqueles atualmente celebrados.

Tendo em conta que os TAC só aparecem como reação e seu teor de prevenção se refere a evitar reincidência, é preciso pensar como eles se integram às demais esferas de controle social. Especialmente em matéria ambiental —e muito mais do que na corrupção e na lavagem de dinheiro—, a prevenção é essencial, uma vez que a reação para conter e reparar danos ao meio ambiente pode nunca ser suficiente (danos podem ser irreversíveis e não deveriam ser sempre monetarizados). Em matéria de prevenção, portanto, seria necessário exigir mudança do comportamento corporativo, o que se tem esperado atingir com *compliance*, mas agora impondo a obrigação de demonstração de mudança de comportamento. Após as celebrações de TAC, poder-se-ia verificar o efeito dele não só para a empresa que o celebrou, mas também para o setor de mercado, na forma de controle social informal (boas práticas).

Na estruturação de *compliance*, por sua vez, um bom caminho poderia ser verificar o “momento de maturidade” para valorar um programa. A maturidade seria verificada a partir da observação dos seguintes fatores: (I) existência de componentes básicos conforme padrões internacionais (e.g. de padrão de *compliance*: ISO19600); (II) medição da eficiência de cada um dos componentes implementados (se cada um atinge o fim a que se destina); (III) verifica-

ção de possíveis infrações a outros direitos no processo de implementação e calibragem de eficiência das estruturas de *compliance*, tais como os direitos dos trabalhadores e a proteção de dados pessoais, por exemplo, visando revisar o sistema e abolir as práticas danosas a *stakeholders* e terceiros; (IV) verificação de mudança de comportamento real na empresa (aumentar a detecção de falhas a princípio, encontrar causas-raiz das falhas, atacar estas causas-raiz, apontar correções de falhas ao longo do tempo, verificar mudança real de comportamento na série histórica, apontar o que mudou e as possíveis causas para a mudança) e retorno em valor de *compliance* (como promoveu práticas sustentáveis e inovação na empresa ao longo do tempo, sem incorrer em infrações a direitos de terceiros).

Aos reguladores e fiscais importaria ver se o caminho acima foi seguido e, principalmente, não focar na existência de pilares fixos internacionalmente padronizados que podem ser meramente cosméticos, mas sim direcionar a atenção para os motivos da implementação ou não de determinada prática. Não importa se a presença ou ausência de um mecanismo poderia ser boa em um juízo de prospecção retroativo, totalmente subjetivo e feito após a ocorrência da falha, com conhecimento especial da situação. O que importa mais é se a decisão de adoção de alguma medida foi bem informada, desinteressada, refletida, debatida com interessados legítimos e razoável. A mesma solução se aplicaria à metodologia de avaliação: não se deve focar no padronizado ou desejado a posteriori, mas sim se a metodologia era cientificamente válida, adequada e razoável para o que se desejava avaliar, além de debatida com interessados legítimos. Nestes casos, a análise de riscos como passo inicial é extremamente importante porque permite verificar a razoabilidade de várias decisões, principalmente se ela parte da consideração do histórico de falhas da empresa e do setor e se é refeita com boa frequência, principalmente ao ter em conta as falhas apuradas.

Importante destacar ainda, que as medidas tomadas por agentes privados e públicos devem vir acompanhadas de suas respectivas análises de impacto. Estas devem ocorrer *ex ante* (prospecção de mudanças esperadas e possíveis, desejadas ou indesejadas) e *ex post* (verificação da real mudança na realidade causada pela medida

adotada). Dentro desta análise, deve ser sempre considerada a possibilidade de captura das agências de regulação, controle e fiscalização. Em especial, sugere-se observar, assim, a potencial dependência de informações, impossibilidade de verificação e imposição do cumprimento da regulação e isolamento institucional na atividade de controle do comportamento corporativo. Uma forma de se tentar evitar a captura é promovendo o controle por várias instâncias, aumentando a capilaridade e desconcentrando poder, mas somando os esforços dos diversos reguladores em uma mesma direção para fortalecer o cumprimento. Isso, contudo, só pode funcionar se há integração entre as formas de controle social e se o objetivo que integra as ações e regulações é o de promoção de negócios e ações sob o valor da sustentabilidade.

Ao promove-se este valor da sustentabilidade e analisar-se o impacto regulatório, é necessário verificar se a postura empresarial não é somente uma tentativa de “*green wash*”, ou seja, de execução de medidas meramente cosméticas, dotadas mais de interesse publicitário que de mudança de comportamento e efetiva promoção de retorno em valor. Aqui, a adoção das métricas de sustentabilidade é essencial, pelo que se reitera o teor da sugestão “c”.

A partir de todo o exposto até então, o papel do julgador, no processo penal, seria o de revisar o tratamento dogmático do direito penal ambiental. A leitura não pode mais se manter somente como a de uma dogmática penetrada por valores políticos criminais que é aplicada a casos isolados, como se cada qual pudesse ser um subsistema resolúvel por si. É preciso inserir a interpretação dos fatos e da própria norma na realidade social em que ambos se inserem, incluindo aqui a análise de impacto da solução escolhida. Em termos concretos para sua adequação, reitera-se aqui o teor já exposto ao longo do quinto tópico deste texto, com a conclusão de que o direito penal ambiental deveria: (I) iniciar sua verificação a partir dos princípios que visa tutelar; (II) observar toda a gestão empresarial como conduta penalmente relevante capaz de produzir um dano ambiental e; (III) desenvolver padrões de adequação gerencial por si mesmo, fugindo da captura a que estão submetidos a legislação ambiental e os órgãos de regulação, controle e fiscalização econômica.

Espera-se, enfim, que o aprimoramento da regulação seja capaz de trazer maior eficiência no controle do comportamento corporativo ganancioso e na proteção do meio ambiente. Busca-se, desta forma, evitar a dependência do poder econômico (que traz a coesão social e a destrói como nada mais é capaz de fazer) e que transforme em vilão quem lhe enfrenta para defender o Meio Ambiente.

## VI. Considerações finais

Por todo o exposto, restou demonstrada a sensibilidade da questão relacionada às possibilidades e limites do direito penal na proteção do meio ambiente, bem como da forma pela qual esta tutela deveria ser realizada, a fim de se mostrar eficiente perante as particularidades do atual contexto social e econômico do Brasil. É certo que, de uma análise conjuntural da área de intersecção entre o direito ambiental e o direito penal, evidenciam-se alguns problemas que foram explicitados ao longo do presente trabalho e que acabam por demonstrar que este último, no atual estado da arte, não é efetivo em seu papel de reforço da rede regulatória, em especial dos deveres e extrapenais das entidades do setor, e das formas de controle social informal que são anteriores a ele.

Desta feita, a possibilidade que aqui fora sustentada é a concreta inserção do direito penal na pirâmide regulatória existente, o tornando um pilar a mais nesta estrutura de controle. Com isso, espera-se que este ramo do ordenamento tenha melhores condições de colaborar no controle social formal e informal das atividades ambientais, bem como de viabilizar a maior integração regulatória do setor, aumentando as possibilidades de sucesso na prevenção de danos ambientais, e de uma maior eficiência das medidas reativas frente às atividades do setor.

## VII. Referências

ALISSON, Elton, “Modelagem de cenários permite estimar impactos de políticas públicas na biodiversidade”, Agência FAPESP. 19 de julho de 2019. Disponível em: <http://agencia.fapesp.br/modelagem-de-cenarios-permite-estimar-impactos-de-politicas-publicas-na-biodiversidade/30942>. Acesso em 21 de julho de 2019.

BRAITHWAITE, John — AYRES, Ian N., “Responsive regulation. Transcending the Deregulation Debate”, Oxford University Press, Nova York, 1992.

CANELAS, André Luís de Souza, “Evolução da Importância Econômica da Indústria de Petróleo e Gás Natural no Brasil: Contribuição a Variáveis Macroeconômicas”, Dissertação apresentada ao Programa de pós-graduação de Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. UFRJ, 2007. Disponível em: <https://www.osti.gov/etdweb/biblio/21453895>. Acesso em: 08 de julho de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional”, *Tékhnê*, Barcelos, n. 13, ps. 07-18, jun. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 09 de julho de 2019.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto — ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de, “A Sustentabilidade como Princípio Constitucional Sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo”, *Revista da Faculdade de Direito*, Uberlândia, v. 39, ps. 213-242, 2011.

EL PAÍS, “Resíduos de Brumadinho já matam os peixes do rio São Francisco”, Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/21/politica/1553194959\\_991458.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/21/politica/1553194959_991458.html). Acesso em: 13 de julho de 2019.

EL PAÍS, “Responsável por fiscalizar barragens, ANM já admitiu falta de verba para vistorias ‘in loco’”, Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/07/politica/1549559820\\_961591.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/07/politica/1549559820_961591.html). Acesso em: 13 de julho de 2019.

FREITAS, Carlos Machado de — SILVA, Mariano Andrade da — MENEZES, Fernando Carvalho de, “O desastre na barragem de mineração da Samarco: fratura exposta dos limites do Brasil na redução de risco de desastres”, *Cienc. Cult.*, 3, São Paulo, v. 68, ps. 25-30, Set. 2016. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pi](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pi)



d=S0009-67252016000300010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 de Junho de 2019.

G1, PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO, Presidente da França diz que compromisso de Bolsonaro com meio ambiente foi chave para acordo de Mercosul e União Europeia. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/06/29/presidente-da-franca-diz-que-compromisso-de-bolsonaro-com-meio-ambiente-foi-chave-para-acordo-de-mercosul-e-uniao-europeia.ghtml>. Acesso em: 14 de julho de 2019.

GARCIA, Emerson, “Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico”, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, 3ª ed. rev., ampl. e atual.

ISTOÉ, “1,2 trilhão de árvores para conter o aquecimento global”, disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/12-trilhao-de-arvores-para-conter-o-aquecimento-global/>. Acesso em 21 de julho de 2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier, “Criminal liability for legal entities: a comparative study between Spain, Portugal and Brazil”, *Polar - Portuguese Law Review*, 2, v. 2, July 2018, ps. 191-224. Disponível em: <http://www.portuguese-lawreview.pt/archives/>. Acesso em 21 de julho de 2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier, “Da teoria do delito para as pessoas jurídicas: análise a partir da teoria construtivista de ‘autorresponsabilidade’ dos entes coletivos”, *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, 32, Franca, ano 20, ps. 161-191, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22171/rej.v20i32.2155>. Acesso em 21 de julho de 2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier, “Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva”, *Conpedi Law Review*, 1, Zaragoza, v. 4, ps. 1-23, jan./jun. 2018. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931\\_conpedilawreview/2018.v4i1.4514](http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2018.v4i1.4514). Acesso em 21 de julho de 2019.

LOPES, Juliana Chermont Pessoa, “Segurança de barragens no Brasil e no Rio de Janeiro, uma análise crítica”, No prelo, 2019.

MIRANDA, Matheus de Alencar E., “(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o ‘bode expiatório’”, *Liber Ars*, São Paulo, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán (dir.), “Manual de cumplimiento penal en la empresa”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

RIBEIRO, Júlio César de Lima, “A transposição da *business judgment rule* para o regime da responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil”, *Revista dos Tribunais*, vol. 937-2013.

ROLIM, Francisco Petrônio de Oliveira — JATOBÁ, Augusto César Maurício de Oliveira — BARACHO, Hertha Urquiza, “Sustentabilidade à luz da Constituição de 88: uma análise contemporânea”, *Revista CEJ*, 64, Brasília, Ano XVIII, ps. 53-60, set./dez. 2014

SAAD-DINIZ, Eduardo, “Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance”, *Revista dos Tribunais*, vol. 988, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, ps. 25-53, fev., 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo, “Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial”, Thomson Reuters, São Paulo, Brasil, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo, “Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de *criminal compliance*”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.108, ps. 415-441, jan./dez. 2013.

SIMPSON, Sally S. *et al*, “Corporate crime deterrence: A systematic review”, *Campbell systematic reviews*, 1, v. 10, ps. 1-105, 2014.

TIEDEMANN, Klaus, “Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

WANDERLEY, Luiz Jardim *et al*, “Desastre da Samarco/Vale/BHP no Vale do Rio Doce: aspectos econômicos, políticos e socioambientais”, *Cienc. Cult.*, 3, São Paulo, v. 68, ps. 30-35, Set. 2016. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pi-](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pi-)



d=S0009-67252016000300011&lng=en&nrm=iso. Acesso em 30 de Junho de 2019.

WARREN, Elizabeth, "Accountable capitalism act". Disponível em: <https://www.warren.senate.gov/download/accountable-capitalism-act-one-pager>. Acesso em: 08 de julho de 2019.

YGLESIAS, Matthew, "Elizabeth Warren has a plan to save capitalism: she's unveiling a bill to make corporate governance great again", VOX. Disponível em: <https://www.vox.com/2018/08/15/17683022/elizabeth-warren-accountable-capitalism-corporations>. Acesso em: de julho de 2019.

# Los desafíos ante la presencia de nuevos bienes jurídicos con especial atención en las criptomonedas

POR CAMILO SILVERA MÉNDEZ (\*)

**Sumario: I. Consideraciones generales.— II. En camino hacia una definición.— III. Características principales.— IV. Hacia una normativa aplicable.— V. Afectación en materia de legislación antilavado de activos.— VI. Reflexiones finales.**

## I. Consideraciones generales

Hace muy pocos años empezamos a escuchar sobre las criptomonedas también conocidas por su nombre en inglés *criptocurrency*. En la actualidad, vemos una creciente ola de nuevas modalidades de comercio que van desde el comercio por internet (conocido como *e-commerce*) hasta la utilización de las mentadas monedas como espacios en los que se crean micro mercados financieros descentralizados, sin intermediación, sin supervisión y automáticos, impulsados por propios consumidores (1). Estas modalidades, con-

figurarían un giro copernicano a los parámetros que estamos acostumbrados, vislumbrándose un nuevo género de activos alternativos al dinero “tradicional”, permitiendo una digitalización de activos, de inversiones y de especulación, en donde los niveles de incertidumbre crecen en la misma proporción que aumentan las ganancias o pérdidas de quienes la utilizan, atento a su alto grado de bursatilidad (2).

Sin dudas que este avance repercutirá en materia no solo financiera y tributaria, sino también en materia penal, por cuanto dentro de sus características principales observamos que:

- Obedecen a un mercado no regulado.

(\*) Aspirante a profesor adscripto de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, magister en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

(1) La definición de activo virtual contenida en el proyecto de Ley FinTech de México (uno de los pioneros en regulación) engloba a las criptomonedas, definiéndola como la representación de valor registrada electrónicamente y utilizada entre el público como medio de pago para todo tipo de actos jurídicos y cuya transferencia únicamente puede llevarse a cabo a través de medios electrónicos. Dicha ley también establece que las instituciones de tecnología financiera solo podrán operar con los activos virtuales que sean determinados por el Banco de México mediante disposiciones de carácter general, debiendo contar con la previa autorización del Banco de México para realizar dichas operaciones. A pesar de que la Ley FinTech tiene por objeto dar mayor certeza a los actos jurídicos llevados a cabo con activos virtuales operados por instituciones de tecnología financiera, es igualmente discutible si, aun estando regulados de manera expresa, dichos activos podrían considerarse como dinero y, por lo tanto, cumplir con los requisitos establecidos para que sea una compraventa en sentido estricto. En todo caso, se sostiene que dicha adquisición podría llevarse a cabo mediante la figura de la permuta por las razones antes expuestas; más aún, considerando que la Ley FinTech se refiere a activos virtuales y aclara que los mismos no tendrán curso legal, conforme a la definición

de dinero antes mencionada, no sería posible considerarla como tal y estrictamente tendría que celebrarse un contrato de permuta. Sin embargo, una vez publicada la Ley FinTech y sujeta a las regulaciones que en su momento emita el Banco de México, posiblemente será mucho más asequible llevar a cabo una adquisición de inmuebles mediante el pago en criptomonedas al otorgar mayor certeza jurídica a los intermediarios involucrados.

(2) Véase [https://app--vlex--com.us.debiblio.com/?r=true#WW/search/\\*/criptomonedas/vid/692939305](https://app--vlex--com.us.debiblio.com/?r=true#WW/search/*/criptomonedas/vid/692939305); Corría el año 2009 cuando Satoshi Nakamoto, el seudónimo de una identidad todavía desconocida, lanzó el proyecto de una moneda digital que instauraba una nueva propuesta en la economía digital. Así nació el Bitcoin, como moneda, y el blockchain, como plataforma tecnológica que observa todas las transacciones y mantiene en funcionamiento a la criptomoneda. “Se trata de una tecnología que permite el envío de valor, de persona a persona, y sin intermediarios. El Bitcoin es la primera criptomoneda dentro de esta economía”, dijo José Rodríguez, director de pagos de Bitso, un startup mexicano con la que cualquiera puede comprar y vender esta y otras monedas digitales.

- No existen intermediarios.

- Existe un marco de inseguridad en cuanto al cumplimiento de las obligaciones respectivas en el marco de la contratación entre los consumidores de criptomonedas.

- Podría constituir un terreno fértil para el lavado de activos (3).

- Aún no constituyen un medio de pago consagrado por el Banco Central.

Si bien dichas cualidades tienen su mayor implicancia en los mercados bursátiles y de especulación, por cuanto podrían guiar los criterios de acuerdo de diligencia a la hora de valorar la actuación lícita o ilícita de un administrador en una empresa conforme a la racionalidad mer-

cantil (4), será también una conducta de análisis en materia penal, puesto que la inversión en criptomonedas por parte de un administrador de una empresa en estado de insolvencia, —aun con el objetivo de reforzar el patrimonio de la misma y salvarla—, podría constituir un delito de acuerdo a la legislación penal consagrada en países como España (5), pero no aún en nuestro país.

Asimismo, la utilización de las criptomonedas muchas veces tendrá sus implicancias en materia de lavado de activos como se verá a continuación.

## II. En camino hacia una definición

Ensayando una definición, podríamos decir que *configuran una divisa no material regulada por la oferta y la demanda de sus propios usuarios con apoyo de sus mineros quienes por resolver los algoritmos cobran una comisión.*

Constituyen nuevas modas de activos financieros que pretenden operar como nueva forma de cambio en el mercado global en el que vivimos siendo su principal atractivo, y asimismo su peor enemigo, es la prescindencia de la centralidad de los bancos (6).

---

(3) Las preocupaciones sobre el riesgo de lavado convierten en problemática la implementación de las monedas virtuales, siendo un ejemplo el caso del mercado en línea llamado Ruta de la Seda. Como parte de la “internet profunda” (Deep Web), la Ruta de la Seda se convirtió en lo que algunos denominaron el Amazon de los estupefacientes y los mercenarios. Utilizando bitcoins, los participantes podían comprar y vender de una manera relativamente anónima bienes y servicios de carácter ilegal que representan un peligro para la seguridad y salubridad de miles de personas (Brito y Castillo, 2013, ps. 9-10; Stokes, 2012). Cabe resaltar en este punto el alcance inadecuado que le da la Bitcoin como sistema, ya que lo califica de anónimo, cuando este es solo parcialmente anónimo en razón a la posibilidad que existe de ubicar a las partes de la transacción utilizando la información presente en el registro público. Sin embargo, el lavado de activos no es un fenómeno que haya surgido con las monedas virtuales. Es una dinámica de tiempo atrás sobre la cual el internet ha traído nuevas posibilidades para realizar operaciones de lavado que los delincuentes no han escatimado en explotar. La estructura de redes globales de información, con su relativo anonimato, facilidad de uso, velocidad de transacciones, transferencias automáticas y posibilidad de operar desde diferentes jurisdicciones sin estar físicamente presente en ninguna, ha facilitado la labor de los criminales y dificultado la persecución de las autoridades. Así, las monedas virtuales han brindado nuevas oportunidades a los delincuentes al tener bajos costos de transacción, fácil intercambio entre cuentas y convertibilidad a dinero tradicional, permitiendo hacer operaciones de lavado instantáneas con gran anonimato y desde cualquier parte del mundo. Véase [http://aps.vlex.com.us.debiblio.com/#latam/search/content\\_type:4/delitosnegocios+especulativos/latam/vid/648013629/graphical\\_version](http://aps.vlex.com.us.debiblio.com/#latam/search/content_type:4/delitosnegocios+especulativos/latam/vid/648013629/graphical_version).

---

(4) En aquel país y en relación al castigo de tales conductas, Feijóo ha expresado de una manera crítica y muy ilustrativa, diciendo que no es cierto que las conductas queden más determinadas en la reforma de 1995 sino que, por el contrario, la reforma está muy lejos de garantizar seguridad y certeza. Precisamente donde existen menos dudas interpretativas es con respecto a las modalidades tradicionales conocidas y que ya se venían castigando.

(5) En la legislación española de acuerdo a la redacción dada en el año 1995 podría entenderse que se incurriría en una conducta delictiva. Este configura un ejemplo de varios, pero conforme al cual, sin lugar a duda España ha dado señales claras de que es lo que no debe hacer Uruguay cuando adopte la decisión política de elaborar un código penal.

(6) Colombia es un país donde existe un proyecto de Ley de Regulación del Mercado de Criptomonedas (28/2018): Art. 3º (Definiciones). Para efectos de la presente ley, se entenderán como definiciones que permita la interpretación de esta, los siguientes: Criptomonedas o monedas virtuales. Es un activo de carácter virtual, el cual se representa en un valor que se registra de forma electrónica y que puede ser utilizado por las personas como forma de pago para cualquier tipo de acto jurídico

El surgimiento de estas monedas se circunscribe en las necesidades del mundo de la globalización, donde seguimos esperando más de 24 horas para realizar una transferencia bancaria, o existen intermediadoras financieras (Western Union) donde se quedan con un porcentaje alto de las divisas que se envían a familiares.

Las *criptomonedas* parecería que vinieron para quedarse, no solo pretendiendo brindar una solución a las mentadas situaciones, sino también por su amplia gama de ventajas. Es por esa razón que cada vez son más los países que han decidido adaptar sus políticas de Estado tendientes a la prohibición y otros hacia una regulación, exigiendo que los bancos centrales se adapten a las innovadoras tendencias, pretendiendo sumarse a una realidad difícil de escapar (7).

Algunos proponen la prohibición de las modalidades de criptomonedas, puesto que su uso masivo en actividades delictivas puede fomentar las formas de criminalidad más peligrosas para el Estado y sus ciudadanos. Para estos, mediante la instalación de los activos en análisis, se cambiaría el paradigma monetario y reduciría el control de actividades delictivas, por lo cual deberá proyectarse una normativa que en el largo plazo elimine la moneda virtual por

---

y cuya transferencia únicamente puede llevarse a cabo a través de medios electrónicos.

(7) Normalmente las tendencias reguladoras de los Estados tienen por objetivo obtener su beneficio mediante el cobro impositivo como así también tener un control de las cripto. El 25 de enero, el Ministerio de Finanzas de Rusia publicó el texto de un proyecto de ley que regularía la emisión, el comercio y el almacenamiento de criptomonedas, así como la imposición de ciertos requisitos legales a las partes que posean ofertas simbólicas o ICO. La regulación japonesa sobre criptomonedas es una de las más avanzadas del mundo. En el segundo semestre del 2017 la agencia de servicios financieros de Japón promulgó una ley que permite el uso del bitcoin como un método de pago. En China se presentó un proyecto de ley en junio de 2016 que fue aprobada en 2017, sin embargo, se especula que hoy en día que china intenta detener el mercado del bitcoin haciendo prohibiciones a pesar del proyecto ley que fue aprobado. Véase [http://aps.vlex.com.us.debiblio.com/#latam/search/content\\_type:14/criptomonedas/latam/vid/735931749](http://aps.vlex.com.us.debiblio.com/#latam/search/content_type:14/criptomonedas/latam/vid/735931749).

sus peligros insoslayables para el Estado y sus habitantes (8).

Desde ya manifestamos nuestra opinión contraria a las posturas prohibicionistas, por cuanto como se verá seguidamente, la estructura misma caracterizada por la descentralización de este tipo de moneda haría que la legislación prohibitiva resulte rotundamente inaplicable. Se confunde o quieren confundir, pues así como el dinero “común” se utiliza para actividades criminales, y no por ello se persiguen a las casas de cambio o a los bancos que emiten dicha moneda, en materia de estos modernos activos también deberíamos actuar coherentemente, por cuanto la prohibición, a lo único que contribuye es a aumentar aún más los riesgos para los ámbitos en los cuales no existe una regulación ni reglas claras y efectivas, pero además, —más precisamente en el *bitcoin*—, atento a su estructura descentralizada, significaría cerrar internet al no existir una única unidad centralizada de *nodos*, sino millones (9).

### III. Características principales

Corresponde ahora veamos las cualidades y características de este tipo de monedas, las cuales algunas de ellas, alientan a que los bancos enfoquen su atención, y trasladen sus preocupaciones a los gobiernos centrales, a los efectos se sirvan adoptar las medidas que correspondan.

En primer lugar, hay que decir que *obedecen a un mercado no regulado*: donde su principal y más llamativa característica es la inexistencia de una intermediación por parte de los bancos centrales. Los llamados *nodos* o mineros son quienes hacen el trabajo de la intermediación a

---

(8) RIVAS HERAZO, Pablo A., “La inclusión del Bitcoin en el marco de la soberanía monetaria y la supervisión por riesgos en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, 55, Ed. Universidad de los Andes, Colombia, año 2016, p. 25.

(9) TWOMEY, P., “Halting a Shift in the Paradigm: The Need for Bitcoin Regulation”, *Trinity College Law Review*, 16, año 2013 68-90. Obtenido de *heinonline backup*: [http://heinonlinebackup.com/hol-cgibin/get\\_pdf.cgi?handle=hein.journals/trinclr16&section=8](http://heinonlinebackup.com/hol-cgibin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/trinclr16&section=8), en RIVAS HERAZO, Pablo A., “La inclusión del Bitcoin en el marco de la soberanía monetaria y la supervisión por riesgos en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, 55, Ed. Universidad de los Andes, Colombia, año 2016, p. 25.

través de la construcción de los caminos para la concreción de las transacciones en *cripto* (10).

Las distintas operaciones requieren de un marco de confianza entre los usuarios ya que cada uno tiene una clave privada y otra pública que hace posible identificar a los usuarios, esto permite la seguridad necesaria mediante la utilización de la criptografía (11), pero, además, posibilita operar desde diferentes jurisdicciones sin estar físicamente presente en ninguna.

En segundo lugar, *existe un marco de inseguridad en cuanto al cumplimiento de las obligaciones respectivas entre los demandantes y oferentes de criptodivisas*. Hasta ahora —según algunas opiniones— se ha detectado que parecería ser un terreno fértil para el engaño y desprotección de los consumidores (12), atento a que su alto

nivel de volatilidad muchas veces no es informado de manera idónea por parte de algunos actores (13). Por ello, algunos países como Colombia, —país que se ha afiliado a la decisión política de regulación— en su proyecto de ley, prevé la necesidad de garantizar por parte de estas entidades mediante cláusula por escrito entre la entidad y el adquirente, dejando de forma expresa las obligaciones de cada una de las partes, así como los riesgos que asumen cada una de ellas, y la necesidad de cubrir las contingencias mediante garantías. Además, consagra la obligación de que las entidades de operaciones con criptomonedas deban estar en posibilidades efectivas de entregar las *cripto* al adquirente cuando este se lo solicite, o bien el monto en moneda nacional correspondiente al pago recibido por la enajenación de estos.

En Estados Unidos, se ha intentado iniciar ese proceso, cuyo móvil estaría dado por la finalidad de limitar las posibilidades de un mal uso del sistema, pretendiendo dotar de una protección de los usuarios, *exchanger* y los administradores (14). Sin lugar a duda, la decisión

(10) La moneda más famosa es el Bit Coin creada por un grupo de investigadores bajo un seudónimo de Satoshi Nakamoto y desarrollada en un protocolo o sistema digital llamado blockchain, también conocido por el anacronismo DLT (Tecnología Ledger distribuida). Su creación estuvo dada para evitar comisiones bancarias de intermediadores en general como así también tiempos de espera. Véase *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 21/2017, 1 de jul. de 2017, Ed. Wolters Kluwer 4/19 de trabajo". Los mineros dan prueba de su trabajo mediante la utilización de un algoritmo criptográfico especial, conocido como función "hash". La tarea implica la realización de un cálculo matemático, un problema computacional. La recompensa es la liberación de bitcoins —BTC—, premio que recibe el nombre de coinbase. El nodo que primero resuelve este problema es el que consigue cerrar el bloque de nuevas transacciones que se incorporará a la cadena y cuyo hash tendrán que tomar como primer ítem los demás nodos que intenten cerrar el siguiente bloque. La recompensa o retribución del propio sistema Bitcoin por el trabajo de cerrar el bloque es la realización de una nueva transacción con nuevas unidades de bitcoins en este caso a su favor incrementando "la masa dineraria en circulación" por el "trabajo de extraer metal precioso de una mina". La asignación a los mineros se realiza de forma aleatoria con el fin de evitar que se manipule el sistema mediante la creación y validación de cadenas de bloques propias.

(11) Una vez realizada la transacción entre las partes, comienza a la parte de la verificación que se realiza a través de un proceso llamado de minería. Una vez que se verifica la operación por parte de un minero (resolviendo el algoritmo) quedaría registrada en el libro mayor distribuido como un bloque nuevo.

(12) Cabe recordar que, derivado de las actividades de Silk Road, el *startup* Bitinstant fue investigado a fondo por las autoridades estadounidenses y su fundador,

Charlie Shrem, fue acusado de lavado de dinero, falta de prestación de servicios y representación falsa. Cabe señalar que esta empresa también fue denunciada en diversas ocasiones por miles de sus usuarios, quienes aseguraron que habían sido estafados.

(13) La transacción de Bitcoin consiste en una transferencia de valor desde la cartera digital de una persona a la de otra. Las carteras están incrustadas en datos criptográficos —*seed*— que se utilizan para comprobar la fuente de las transacciones y la "firma". La "firma" consiste en una clave privada que garantiza dos cosas: la primera que el emisor es propietario del dinero que desea transferir, y segundo, que una vez que la transacción ha sido emitida nadie puede alterarla *a posteriori*. La utilización de la firma proporciona confianza a los usuarios haciendo que las comunicaciones electrónicas sean seguras en una situación de cero conocimientos. Dicha firma se apoya en las matemáticas, en particular en los algoritmos de "encriptación asimétrica o de doble clave" —pública y privada—, mediante los cuales se pueden autenticar los mensajes de transferencia que pretenden acceder al registro.

(14) Luego de algunos meses de estudios se elaboró normativa reguladora en Estados Unidos en donde entre otras cosas, se creó una *bit license*, exigiéndose la necesidad de solicitar licencia para quienes aborden la actividad en el rubro. Establece una protección para el consumidor, ciberseguridad y necesidad de fondos suficientes. No obstante, esas intenciones de regulación, parece contraponerse a los parámetros de los *cypherpunk*.

fue abordada por críticas por parte de quienes iniciaron el camino de la de las *criptocurrency* como lo fueron los *cypherpunk*, al no estarse respetando los pilares que siempre las han inspirado.

En tercer lugar, parecería que ante una inestabilidad jurídica, se dice que las posibilidades de incurrir en delitos como estafas, lavado de activos y otras conductas delictivas, parecerían incrementarse, ya que para las transacciones —más precisamente del *bitcoin*—, no se requerirá la identidad de las partes que participan en la operación, por cuanto, solo se utilizan las direcciones de las billeteras electrónicas para determinar la ubicación o el lugar desde y hacia donde los recursos son transferidos para completar la transacción. Se dice que al no existir una entidad centralizada que autorice o administre el monitoreo de las transacciones que se realizan, no resulta posible alertar o notificar a las autoridades competentes acerca de operaciones sospechosas, siendo además dificultosa la identificación de las transacciones cuando se realizan desde otros países (15).

Ahora bien, entendemos que el seguimiento y control no resulta del todo imposible como algunos lo afirman. Los controles podrán realizarse mediante las claves públicas de cada una de las billeteras utilizadas para las transacciones, pudiendo asociarse a las personas físicas o jurídicas que se encuentran atrás. Asimismo, se podrá instaurar la obligación de control sobre los *nodos* o mineros, incorporándolos al elenco de sujetos obligados al reporte de operaciones sospechosas.

Estamos convencidos al igual que sucede con el dinero en papel, de que es necesaria y evidente su regulación, pero no mediante su prohibición (16).

En Uruguay, aún estamos pasando por un proceso de estudio sobre la viabilidad de re-

---

(15) RIVAS HERAZO, Pablo A., ob. cit., p. 16.

(16) Los prohibicionismos y las guerras bélicas contra las competencias de producción de drogas no han sido positivas. Dicha experiencia debería ser recogida por las autoridades cuando se trata de regular la modalidad del nuevo activo que parece que nace con fuerza por estas horas.

gulación con posiciones encontradas, y en algunos casos manifestaciones contrarias, —no solo por los intereses que hay en juego ante una posible revolución cambiaria—, sino porque ni siquiera conocen el funcionamiento del sistema. Por eso, para el acercamiento de la regulación legal de estos aspectos, necesariamente deberá tenerse un conocimiento del uso de la tecnología en cuestión (17), resultando imprescindible realizar una regulación ordenada y común, conforme a ideales de seguridad jurídica (18).

#### IV. Hacia una normativa aplicable

En materia de responsabilidades penales que podrían emerger de la utilización de estos nuevos sistemas, es de orden preguntarnos; ¿sí actualmente existe en la legislación penal uruguaya alguna conducta delictiva vigente, que pueda alcanzar los comportamientos derivados de un mal uso de las *cripto*? La respuesta podría ser en principio afirmativa, ya que desde el año 1972 en nuestra legislación incurrirá en el delito de negocio ilegal de divisas “[q]uien, omitiere negociar o verter las divisas de acuerdo con lo es-

---

(17) El proyecto de ley colombiano establece en su art. 5° bajo el nomen iuris de Consentimiento informado. Es el deber que tienen las entidades de operaciones con criptomonedas, para con el adquirente, de informar las especificaciones de la comercialización con monedas virtuales, las formas en que pueden adquirir las criptomonedas y toda información que sea necesaria para el cabal entendimiento del uso de las monedas virtuales. Asimismo, se deberá informar lo siguiente: a) Las criptomonedas no son monedas de curso legal utilizadas por el Estado colombiano, y por tal razón no tienen respaldo del Gobierno Nacional, ni del Banco de la República. b) Las operaciones realizadas no son reversibles después de ejecutadas. c) Las monedas virtuales y el mercado donde estas operan, son volátiles, y su control está sometido a las reglas propias de ese mercado. d) Existen riesgos tecnológicos, cibernéticos y de fraude inherentes a las operaciones con criptomonedas. Este consentimiento informado deberá estar siendo actualizado, según aparezcan nuevos riesgos para las transacciones con criptomonedas.

(18) En México se destaca como primer país en promulgar una ley bautizada como Ley FinTech. Contempla el concepto de activos virtuales, los cuales, en pocas palabras, constituyen una divisa digital que únicamente podrá ser comercializada por las plataformas o las empresas autorizadas por el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.



tablecido por las normas legales y resoluciones del Banco Central del Uruguay u otra autoridad competente, en su caso, será castigado con 10 (diez) meses de prisión a 8 (ocho) años de penitenciaría” (19).

La redacción dada por el art. 2º de la ley 14.095 aprobada en el mentado año —que aún sigue vigente, aunque en desuso—, viene a prever una hipótesis delictual para todo aquel que, no cumpliendo las reglas previstas por la autoridad central bancaria, negocie o introduzca dinero al mercado. De esta forma, se pretende tutelar la estabilidad económica, de manera que no se vea afectada la centralidad del órgano controlador, asegurando así, que no exista ninguna intervención por parte de sujetos o conjunto de estos con finalidad de introducir en el mercado cambiario divisas distintas a las que el Banco Central consagre como tales.

Si bien entendemos resultaría cuestionable la aplicación analógica o extensible del tipo penal en relación con figuras jurídicas —que ni siquiera existían en aquel entonces—, resulta al menos relevante a los efectos didácticos, citar alguna referencia a la historia de nuestra regulación en materia financiera penal. Según la descripción del tipo penal que viene de mencionarse, quizá exista quienes puedan afirmar que quien opera con criptomonedas podría incurrir en el mentado delito, pero tal afirmación quedaría trunca por aplicación de la prohibición analógica *in malam partem*, pero al menos constituye una base de análisis de las conductas relacionados con las criptomonedas.

Los Estados una vez resuelta la postura de los Bancos Centrales a la hora de considerar este tipo de unidades de cambio, y decidan adoptar su postura hacia la regulación de estos fenómenos, tendrán la carga de adaptar sus normativas, castigando las conductas que se apartan de los requerimientos de la entidad central bancaria, y permitan realizar un control y su provecho tributario (20).

(19) Ley 14.095 de 14 de noviembre 1972, art. 2º.

(20) En el mentado proyecto colombiano se establece en su art. 14; un Impuesto a las operaciones con criptomonedas. Cualquier transacción que se realice con monedas virtuales, dentro del territorio colombiano, desde este y hacia el exterior, o desde el exterior hacia

En Uruguay, a pesar de que aparecen prematuros estudios sobre estas nuevas modalidades de operaciones, aún no revisten la calidad de activos financieros, por lo que generan un limbo que promueve una inestabilidad jurídica en contraposición a lo que sucede en la comunidad internacional (21).

Ahora bien, también es parte de nuestra historia el delito de *agio cambiario*, ya que en la legislación uruguaya son conductas dignas de reproche jurídico penal, quienes ejecutaren actos tendientes a promover la inestabilidad de la economía, tal es así, que el art. 1º de la ley 14.095 establece que incurre en el delito de Agio cambiario “[q]uién, con el propósito de alcanzar un lucro inmoderado, para sí o para un tercero, realizará actos tendientes a alterar el valor de la moneda o el funcionamiento normal del régimen cambiario, pudiendo ocasionar con ello un perjuicio a la economía nacional

Colombia, se grava con un cinco por ciento (5%), que se calcula con base en la transacción final, después de descontar el *fit* correspondiente. Ahora bien, no podemos negar que sigue existiendo un gran vacío legal en cuanto a las plataformas extranjeras que ofrecen criptomonedas o proyectos de financiación colectiva, toda vez que cualquier persona con acceso a internet puede comprar divisas digitales o integrarse a uno de estos nuevos modelos de financiamiento colectivo sin necesidad de que la empresa que ofrece estos servicios se encuentre en nuestro país. Por eso debemos entender que estos nuevos modelos de negocios no solamente son un desafío para el marco normativo nacional, sino también para el Derecho internacional.

(21) China ha sido un país contrario a la regulación, optando por la prohibición y hasta Facebook también ha adoptado una posición negativa en cuanto a la publicidad. En cambio, Francia y Australia han tenido una visión distinta, optándose por la regulación. Más cercano a nuestro país, algunos Bancos de Chile han adoptado la decisión del cierre de cuentas con criptomonedas. A esto se le suma que el Consejo de Estabilidad Financiera (CEF) de Chile calificó la compra de cripto como de otros activos similares como actividad de “alto riesgo”. Similares declaraciones emitió el Banco Central del Uruguay, el Presidente de la Institución ha dicho que: “La moneda no podrá transformarse en monedas corrientes porque les falta confianza necesaria para establecerse como una unidad de medida...” (...) “... La moneda no es solamente la cuestión tecnológica de emisión de un activo, sino que es una institución en sentido amplio..., confianza, credibilidad que las criptomonedas no están logrando para fungir con las funciones de una moneda, ser unidad de medida, ser unidad de pago”.

será castigado con doce meses de prisión a diez años de penitenciaría” (22).

Como vimos anteriormente, quizá también sea posible afirmar que podrían incurrir en dicha figura los que operen con criptomonedas, y acuerden entre muchos usuarios vender en masa para así lograr hacer una baja del precio para luego comprar nuevamente a un bajo costo.

Por lo expresado recientemente con relación al negocio ilegal de divisas, por imposibilidad de aplicación analógica, entendemos que dicha figura tampoco resulta de aplicación. Pero además porque contempla criterios de imputación de difícil determinación, haciendo que peligre el principio de taxatividad penal, por carecer de criterios idóneos sobre lo que es un lucro inmoderado, pero además porque existen dudas sobre la intervención punitiva en conductas que son la esencia a este tipo de operaciones. No hay que olvidar que quienes utilizan las *criptocurrency* conocen las contingencias propias del negocio, y eso, —tal como lo señalaba Beccaria—, podría entenderse que *prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos* (23).

En un ámbito donde los riesgos son acordes a las posibilidades de rentabilidad inmoderada como en las *cripto*, la variabilidad e inseguridad generada por su inmoderada volatilidad, la punibilidad no tendría justificación alguna, por cuanto constituyen la esencia del funcionamiento normal de este tipo de divisas.

Es necesario se entienda que los Estados deberán de reservar su poder punitivo para aquellas conductas realmente lesivas, y que además cuya lesividad o afectación recaiga sobre los sujetos intervinientes, pero no por el peligro de producción de un resultado (24), puesto que tal intervención punitiva es excepcionalísima,

pero además porque se estaría concibiendo una visión paternalista del Estado, la que rechazamos de plano (25).

Asimismo, siguiendo con el análisis del tipo penal de agio cambiario, se consagra un tipo penal de peligro abstracto, bastando para su configuración la posibilidad de causación de un resultado dañoso para la economía nacional, no exigiendo que se afecte la economía mediante una conducta tendiente a la obtención de un beneficio inmoderado para sí o para un tercero. Dicho extremo resulta de difícil comprobación en aquellas modalidades en donde el beneficio sea inmoderado y por un *quantum* leve, por lo que el juzgador deberá de tener bien afinado el *afectómetro* a la hora de su decisión, aumentando notoriamente el ámbito de discrecionalidad de los magistrados.

En efecto, Uruguay aún no cuenta con una normativa aplicable idónea de imputación para las conductas tendientes a la afectación del orden financiero del Estado, pero no solo porque cuando al momento de creación del delito ni siquiera existían las criptomonedas, sino porque su descripción típica deja mucho que desear en términos de tipicidad.

## V. Afectación en materia de legislación antilavado de activos

Analizadas las figuras delictivas consagradas desde hace larga data, atento a las implicancias de las criptodivisas en materia de lavado de activos, las que según algunas autoridades parecerían considerar ser un campo fértil para la realización de operaciones tendientes al ocultamiento de la procedencia de activos financieros generados a partir de actividades ilícitas (26), conviene veamos cuáles son las herramientas jurídicas existentes y su posible aplicación.

(25) PÉREZ MANRIQUE, Ricardo. “Adolescentes infractores, medidas cautelares en la ley 19.511”, *Estudios sobre el nuevo Proceso Penal, implementación y puesta en práctica*, Asociación de Magistrados del Uruguay, Ed. FCU, Montevideo, año 2018, p. 373.

(26) En el proyecto colombiano se prevé que: Estas entidades o establecimientos de comercio deberán tener el Sistema de Administración de Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SARLAFT), aprobado por la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), quien podrá generar recomendaciones para efectos de su aprobación.

(22) Ley 14.095, de 14 de noviembre 1972, art. 1º.

(23) FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón: teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, año 2011, p. 465.

(24) En este sentido puede verse para mayor respaldo, la posición constante que ha promovido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto refiere a que los Estados deberán de intervenir frente a conductas que lesionen gravemente bienes jurídicos fundamentales.

Véase que la autoridad máxima del Banco Central de Uruguay ha entendido que los pocos controles de los criptoactivos, hacen que sean un campo atractivo para las actividades tendientes al blanqueamiento de capitales (27). Tal afirmación del jerarca al menos resulta cuestionable, dado que, el aspecto de más fortaleza del sistema de *blockchain*, justamente, es la reputación de ser intachable, ya que los sistemas de verificación y seguridad criptográfica como las firmas digitales, cifras y códigos, se actualizan constantemente, por lo que no podrán manipularse y será posible identificar a cada uno de los propietarios de las divisas.

Entre otros atributos en la modalidad de *Blockchain* se destacan, la seguridad, el bajo costo, la precisión, pero pareciera ser que el atributo de la veracidad es su mayor activo (28). El sistema cuenta con su propia comprobación y su prueba de errores garantiza que solo la información correcta y verificada es la que se puede mantener, evitando el fraude y el error de forma absoluta, dado que:

- todas las transacciones se verifican por consenso de otras partes, usuarios o nodos;- todos los que participan en el *blockchain* tienen un registro sincronizado de todas las transacciones que se van produciendo;- se pueden incorporar reglas especiales en cada transacción, para crear respuestas automáticas a ciertos resultados.

Conforme a la normativa uruguaya según la Ley 19.574 a través de los arts. 12 y 13, se obser-

van los sujetos obligados a tener participación en materia de prevención de lavados de activos, regulándose de forma independiente, los obligados financieros y no financieros (29).

En relación a las criptomonedas somos partidarios de que tanto en el ámbito financiero (“Casas de servicios financieros”), como no financiero (profesionales abogados, escribanos, contadores y rematadores), podría decirse que al intervenir en un negocio mediante criptomonedas, nacerá en ellos la obligación de informar operaciones sospechosas (30). Y esto por cuan-

(29) Ley 19.574, art. 12: (sujetos obligados financieros) — Todas las personas físicas o jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay estarán obligadas a informar las transacciones, realizadas o no, que en los usos y costumbres de la respectiva actividad resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente o se planteen con una complejidad inusitada o injustificada. También deberán ser informadas las transacciones financieras que involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud, a efectos de prevenir los delitos de lavado de activos tipificados en los arts. 30 a 33 de la presente ley y de prevenir asimismo el delito de financiamiento del terrorismo. En este último caso, la obligación de informar alcanza incluso a aquellas operaciones que —aun involucrando activos de origen lícito— se sospeche que están vinculadas a las personas físicas o jurídicas comprendidas en dicho delito o destinados a financiar cualquier actividad terrorista. La información deberá comunicarse a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) del Banco Central del Uruguay, en la forma que este reglamentará. La obligación de informar comprenderá, asimismo, a las empresas de transporte de valores. La supervisión de la actividad de estos sujetos obligados estará a cargo del Banco Central del Uruguay. El incumplimiento de la obligación de informar determinará la aplicación, según las circunstancias del caso, de las sanciones y medidas administrativas previstas en el dec.-ley 15.322, de 17 de setiembre de 1982, en la redacción dada por la Ley 16.327, de 11 de noviembre de 1992 y las modificaciones introducidas por las Leyes 17.523, de 4 de agosto de 2002 y 17.613, de 27 de diciembre de 2002.

(30) Ley 19.574. Art. 13 (Sujetos obligados no financieros).— Con las mismas condiciones también estarán sujetos a la obligación establecida en el artículo anterior: Los abogados únicamente cuando actúen a nombre y por cuenta de sus clientes en las operaciones que a continuación se detallan y en ningún caso por cualquier tipo de asesoramiento que den a sus clientes: 1) Promesas, cesiones de promesas o compraventas de bienes inmuebles. 2) Administración del dinero, valores u otros activos del cliente. 3) Administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores. 4) Organización de aportes para la creación, operación o administración de sociedades. 5) Crea-

(27) La industria financiera no puede obviar la revolución de la tecnología *fintech*, el reto está en esforzarse en comprender e integrar estos avances con los medios tradicionales de funcionamiento, control y supervisión de los sistemas financieros, al ser estos mecanismos, “el sextante” de navegación de dicho sector. Este estudio pretende advertir el esfuerzo que otros —autoridades de protección a consumidores y supervisión de los mercados, así como las propias entidades financieras y usuarios en general de la red— ya vienen desarrollando en comprender y aplicar dichos tradicionales mecanismos de control y contribuir a este esfuerzo en la medida que limitadamente pueda en estas páginas.

(28) MUÑOZ PÉREZ, Ana, “Criptomonedas, el dinero mágico. Aspectos jurídicos”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 21, Ed. Wolters Kluwer, España, año 2017.

to las criptomonedas deberán ser susceptibles del mismo trato que para cualquiera de las modalidades de pago de tradicionales, pudiéndose además y siendo necesario, desarrollar todas las medidas de debida diligencia o *compliance*.

Es menester saber cuándo nos encontramos ante un activo financiero, para ello deberá de estarse a los medios de pagos habilitados por el Banco Central en aquellos casos de operaciones elevadas. Por lo que en conformidad a lo prevenido por el art. 36 de la ley 19.210, las operaciones deberán de efectuarse a través de medios de pago electrónicos o cheques de pago diferido cruzados no a la orden, cheques comunes cruzados no a la orden, cheques de pago diferido cruzados o letras de cambio cruzadas emitidas por una institución de intermediación financiera (31). Nótese que no aparecen

---

ción, operación o administración de personas jurídicas, fideicomisos u otros institutos jurídicos. 6) Promesas, cesiones de promesas o compraventa de establecimientos comerciales. 7) Actuación por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria. 8) Las actividades descritas en el literal H) del presente artículo. Tratándose de venta de personas jurídicas, fideicomisos u otros institutos jurídicos, estarán obligados tanto cuando actúen a nombre propio como a nombre y por cuenta de un cliente. E) Los rematadores D) Los escribanos o cualquier otra persona física o jurídica, cuando participen en la realización de las siguientes operaciones para sus clientes y en ningún caso por cualquier tipo de asesoramiento que les presten: (establece las mismas operaciones que en el párrafo anterior. Las personas físicas o jurídicas dedicadas a la intermediación o mediación en operaciones de compraventa de antigüedades, obras de arte, y metales y piedras preciosas. G) Los explotadores y usuarios directos e indirectos de zonas francas, con respecto a los usos y actividades que determine la reglamentación. H) Los proveedores de servicios societarios, fideicomisos y en general, cualquier persona física o jurídica cuando en forma habitual realicen transacciones para sus clientes sobre las siguientes actividades I) Las asociaciones civiles, fundaciones, partidos políticos agrupaciones y en general, cualquier organización sin fines de lucro con o sin personería jurídica. J) Los contadores públicos y otras personas físicas o jurídicas, que actúen en calidad de independientes y que participen en la realización de las siguientes operaciones o actividades para sus clientes y en ningún caso por cualquier tipo de asesoramiento que les presten.

(31) Ley 19.210 art. 36: (Medios de pago admitidos para operaciones de elevado monto).— A partir del 1º de julio de 2017 el pago en dinero de toda operación o negocio jurídico cuyo importe total sea igual o superior al equivalente a 160.000 UI (ciento sesenta mil unidades

las criptomonedas como activos, y tampoco corresponderá sean consideradas como dinero electrónico —pero no porque no se subsuman en la definición de la ley—, sino porque quienes emitan dinero en esa modalidad, por mandato del art. 2º y 4 del mentado cuerpo normativo, deberán estar autorizados por la entidad bancaria central, extremo que en materia de cripto, aún no se ha dado en nuestro país (32).

En consecuencia, para la instalación de las cripto como activos, también será necesaria una adaptación legislativa que las contemple como nuevos de medios de pago.

Tal como viene de decirse, existen sujetos intervinientes claves en los procesos de transacciones con criptomonedas como los *nodos* o mineros y las casas de cambio tradicionales, por lo que es de orden cuestionarse; sí también estos podrían ser sujetos obligados a informar a consecuencia del análisis de origen de fondos que realicen, y sí será posible que recaiga sobre estos la obligación de garante como sucede en lo demás operadores.

Veamos, los *nodos* constituyen el primer eslabón de control, ya que son estos quienes deban resolver los algoritmos, pero además porque su contraprestación es la adquisición de cripto-

---

indexadas), cualesquiera sean los sujetos contratantes, solo podrá realizarse a través de medios de pago electrónicos o cheques de pago diferido cruzados no a la orden. También se podrá admitir para realizar los pagos a los que refiere el inciso anterior, durante el plazo y en los casos y condiciones que establezca la reglamentación, la utilización de cheques comunes cruzados no a la orden, cheques de pago diferido cruzados o letras de cambio cruzadas emitidas por una institución de intermediación financiera. En las sociedades comerciales, los ingresos o egresos dinerarios por aportes de capital, con o sin prima de emisión, aportes irrevocables, adelantos de fondos, reintegros de capital, pago de utilidades, pago de participaciones sociales por concepto de exclusión, receso, reducción, rescate, amortización de acciones, u otras operaciones similares previstas en la Ley 16.060, de 4 de setiembre de 1989 y modificativas, por un importe igual o superior al equivalente a 160.000 UI (ciento sesenta mil unidades indexadas), solo podrán realizarse por los medios previstos en el presente artículo.

(32) Ley 19.210 Art. 2º: Podrán emitir dinero electrónico las instituciones de intermediación financiera y las instituciones emisoras de dinero electrónico, habilitadas a tales efectos por el Banco Central del Uruguay.

to. Por su parte, también las casas de cambio a través de sus administradores son sujetos relevantes, por lo que no sería descabellado pensar que podrá recaer sobre ellas la realización de mejores prácticas de conocimiento del cliente y de debida diligencia, tendientes a evitar actuaciones poco transparentes, evitando así, la proliferación de actividades delictivas.

En consonancia con lo anterior quienes incumplan la normativa, tendrán sanciones administrativas, empero, obviamente no obstarán a la responsabilidad penal de los operadores que de alguna u otra forma tengan contacto con esta nueva modalidad de divisas, pero para ello resultará necesaria una adaptación normativa que brinde un marco jurídico claro, con reglas de juego que también lo sean, para que permitan no solo un control por parte del Estado, sino una posibilidad de obtener su tajada, tal como sucede con las monedas tradicionales (33).

El funcionamiento descentralizado de las monedas virtuales provoca que solo tenga sentido regular las entidades que funcionan como cambistas digitales, y no vemos con buenos ojos que se ejerza presión sobre los usuarios, dado que únicamente aumentaría el costo de la supervisión de la regulación en el largo plazo. En este sentido, es que algunos cambistas digitales han actuado, tomado la iniciativa de registrarse como establecimientos de servicios monetarios acogiendo políticas en contra del lavado (como es el caso de BitFloor y BitInstant). Algunos con buen tino dicen, en lugar de incrementar la regulación, sería prudente entender mejor las tecnologías y obligar a las casas de cambio virtuales adoptar mejores prácticas en el desarrollo de su negocio, de manera que en su punto de contacto con el dinero fiduciario se evite cualquier actividad delictiva que pueda tener efectos adversos sobre la economía. Esta postura puede considerarse la más pragmática, por cuanto es consciente de la imposibilidad de perseguir o destruir una red de pares descentralizada.

La obsesión de llevar adelante políticas de los Estados en materia de prevención de lavado, muchas veces obstan al crecimiento e innovaciones, ya que las autoridades, en caso de

elegir entre una política para prevenir el lavado versus una destinada al progreso y apoyo a la innovación, preferirán la primera. Muchas veces la censura y la implementación de medidas destinadas a la prevención de las actividades delictivas son desmedidas, provocando que la reacción inmediata y natural sea la de acudir a la prohibición lisa y llana, haciendo perder de vista otros horizontes, visualizando problemas donde no los hay, o quizá, —aunque cueste decirlo—, se utilizan las líneas argumentativas en favor de la prohibición, como estrategias para promover que el negocio solo sea de unos pocos en detrimento de los demás.

Por lo expuesto, atento a los derechos de los usuarios, y de quienes realizan su labor financiera, como las casas de cambio o los propios *nodos* o mineros y hasta de la comunidad en general, —dada su exposición a la existencia de fraudes—, no resulta positivo que se les prive de los beneficios de las nuevas modalidades de intercambio financiero. En consecuencia, con el presente artículo hemos pretendido demostrar que resulta conveniente iniciar la discusión de un proceso de regulación y rechazando de forma absoluta la prohibición, resultando imprescindible abordar las problemáticas desde las aristas que correspondan y conforme a los roles que cada uno de los sujetos intervinientes ostenten.

## VI. Reflexiones finales

El camino que ha iniciado nuestro país parecería coincidir, con la necesidad de aprobar un cuerpo normativo que evidencie un cambio copernicano en materia de legislación penal.

Resulta necesario adaptarse a la legislación a nivel internacional emprendiendo el desafío, por lo que en ese camino necesariamente deberá de estarse a un análisis de los nuevos bienes jurídicos que parecen proliferar por estas horas.

Los delitos económicos, informáticos, o los tradicionales tipos penales pero cometidos por medios sofisticados, parecerían ocupar las primeras planas en las agendas políticas a la hora de la intervención punitiva del Estado. Los comportamientos tendientes a la punición en el ámbito empresarial, tales como la administración desleal, la imposición de acuerdos abusivos, los

(33) RIVAS HERAZO, Pablo A., ob. cit., p. 32.



fraudes societarios, las insolvencias punibles, la participación en negocios especulativos entre otras modalidades, configuran parte integrante del elenco de las nuevas conductas, consideradas como bloque del derecho penal económico o de la empresa.

Empero, será necesario tener cuidado con los efectos contagio, en relación a las intenciones de recoger lo previsto por otros ordenamientos, por cuanto muchas veces culminan con experiencias positivas, pero otras no tanto. En los tiempos que vivimos, y ante el nuevo desafío en la materia, la necesidad de tutela de nuevos bienes jurídicos, nuevamente parecería que nos encontramos ante una invitación a la reflexión, por ello es que en el presente trabajo se ha tratado de realizar un esfuerzo, abordando la legislación penal uruguaya en materia de delitos económicos consagrados por la Ley 14.095, evidenciando las necesidades imperantes de una reforma, conforme a las nuevas prácticas operacionales del mercado.

En Uruguay, la intervención jurídico penal en materia de comportamientos que en el ámbito mercantil ha sido muy leve en relación a otros países.

Pero una vez adoptada la decisión política de optar por una tipificación jurídico penal de algunos comportamientos, se deberá fijar su atención en tutelarse aquellos en que exista una efectiva afectación (delito de resultado) o posible afectación (delito de peligro) ya sea sobre bienes jurídicos de tipo individual o colectivo a condición de una fricción cuantiosa, evitándose al máximo el castigo de conductas que hacen a la esencia de los negocios especulativos, ya que una vez identificado el bien jurídico y realizado el examen de idoneidad de merecimiento de una pena, se deberá ser muy cuidadoso a la hora de determinar el elemento subjetivo y objetivo de la conducta criminal que se pretenda calificar como delito, y así evitarse que se castiguen comportamientos que obedecen al propio funcionamiento de la actividad, extremo absolutamente vedado al derecho penal.

Muchas veces en el afán de tutelar bienes jurídicos comúnmente existe una proliferación grosera de figuras que adelantan la activación del poder punitivo estatal, llegando hasta el castigo de actos preparatorios a consecuencia de resul-

tados estadísticos como medida para prevenir la efectiva lesión, todo eso es lo que hay que evitar.

Asimismo, es importante señalar que no hay que confundir, como se acostumbra a hacer, en ningún lado dice que la tutela necesariamente deba ser penal. Existen autores que han sido fieles a una teoría de la argumentación, destinada a la utilización del derecho penal en homenaje al principio de última *ratio* de la legislación penal, pero en la actualidad, en el afán de castigar nuevas y distintas conductas, que antes no eran merecedoras de una pena, hoy parecerían efectuar una interpretación que debilitan lo que anteriormente con tanto fervor defendían, prostituyendo esos argumentos a cambio de una utilización no paritaria y alentadora de esa falsa percepción de una protección de dos velocidades del derecho penal, justificada en una errónea lectura, de que estaremos ante una protección más garantista y respetuosa de ideales de una ideología de "izquierda".

Lamentamos no compartir dicha reflexión, por varios argumentos que fueran sustento del presente trabajo, pero entre otros, porque creemos que quizá la mejor protección penal de izquierda es la que no existe. Se continúa creyendo, equivocadamente, que la pena evitaría la afectación de intereses de terceros. A veces se piensa en situaciones de riesgo de lesión a bienes jurídicos, que ni siquiera son tales, sino producto de una mala medición realizada por influencias mediáticas.

La intervención penal en los negocios de estructura especulativa, en el afán de cumplir con los estándares internacionales, olvida aquello de la utilización extrema y necesaria del derecho penal. El minimalismo o intervención limitada al máximo posible, debe ser defendida frente a la creación de delitos cometidos tanto por los pobres como por los ricos, sin distinción alguna.

Somos de la idea de abogar por el respeto de los pilares de un derecho penal insertado en la lógica de una interpretación y aplicación unificada, de un derecho penal único para unos y para otros. No resulta positivo aplicar criterios distintos dependiendo el sujeto pasivo de la conducta, y peor aún es que se pretendan castigar comportamientos con el objetivo de garantizar la vigencia de la norma, sin importar que efectivamente



exista lesión o peligro en la relación de disponibilidad entre los sujetos (34). Sí se castigan conductas no lesivas estamos por mal camino, pero estaríamos peor, sí se castigan actividades propias y naturales de las relaciones jurídicas. En efecto, entendemos que nuestro país deberá aprovechar las experiencias a nivel de derecho comparado, realizando un análisis sobre su viabilidad para luego planear las fórmulas de implementación para su real adaptación.

Lo cierto es que, puede o no compartirse que sean castigados una vez cumplidos los requisitos para ello, pero se tendrá que prestar atención a las construcciones elaboradas por el legislador al redactar el tipo penal, en tanto y en cuanto solo deberá concentrarse en aquellas que afecten interés de terceros de acuerdo con una visión no paternalista de protección, puesto que de lo contrario se estará afirmando la vigencia de la norma jurídica, extremo del funcionalismo de Jakobs que enfáticamente rechazamos.

La redacción que se adopte deberá determinar claramente la conducta vedada, para así no caer en el terreno no deseado de las arbitrariedades, y evitar las integraciones analógicas carentes de reglas claras, cuyos efectos desfavorables, no menos podrían darse en el campo de la tipicidad (35).

(34) BARRERA, Jorge - PEREIRA GARMENDIA, Mario, "Evolución del concepto de la norma penal y su relación con las distintas teorías del delito", *Teoría del delito y praxis penal. Aportes del normativismo*, Ed. B de F, Montevideo, 2012, p. 74.

(35) ZAFFARONI, Eugenio, "Prólogo" en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudio sobre los delitos de omisión*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2013, p. XVIII.

Si bien del análisis realizado hemos visto que existe un alto nivel de impedir que los nuevos medios de pago se instalen en nuestro país y en otros, —atento a que podrían sustituir y en consecuencia disminuir las ganancias de los Estados en detrimento de los grandes beneficios que cada uno de los individuos podrían obtener—, es en ese sentido que tratamos de dejar en evidencia que muchos de los rasgos negativos de las criptomonedas no son ciertos, por lo que constituyen argumentos alentadores del miedo y que obstan a una regulación penal responsable.

Asimismo, pretendimos dejar en claro los efectos negativos de una prohibición, como así también los de la inexistencia de regulación, ya que constituyen extremos que solo favorecen a que se mantengan en un limbo jurídico, obstando a la instalación de controles, permitiendo la existencia de actividades delictuales, y de arbitrariedades sustentadas en criterios creados por quienes tienen un desconocimiento absoluto en la materia. A su vez será imprescindible abandonemos aquello del derecho penal para unos y otros, según diferentes escalas o velocidades, ya que los principios o líneas directrices son únicos, por tanto, así deberán de aplicarse; sin distinciones entre ricos y pobres. Los principios de última *ratio* o de lesividad, no deben de aplicarse en función de los sujetos pasivos o de las ideologías reinantes, de lo contrario asistiremos a una esquizofrenia jurídica que obstará a la seguridad jurídica y por tanto a la estabilidad de los sistemas democráticos, a la que lamentablemente tanto demoramos en alcanzar.

# Construcción de vulnerabilidades y pauperización de la autonomía

Hacia una fundamentación del delito de conducción maliciosa de la economía

---

POR SANTIAGO ZURZOLO SUÁREZ (\*)

**Sumario: I. Hechos.— II. Delito.— III. Autonomía.— IV. Responsabilidad.**

## I. Hechos

Un primer ministro maneja una crisis financiera de modo tal que sus consecuencias implican para el Estado pérdidas por importantes sumas de dinero. También una ministra de Finanzas no apela una decisión arbitral, que compromete económicamente a su país en exceso. Un día cualquiera, una Reserva Federal sale al rescate de la banca privada, generando pérdidas cuantiosas que conducen al país al *default*. Un gobierno acude a organismos internacionales en busca de empréstitos que someterán a la nación y su población por largos años. Un presidente y su gabinete advierten que su proyecto económico conduce a una debacle social, pero no recalcula el curso de su gestión, profundizando la exclusión de grandes grupos humanos. Un gobierno toma decisiones políticas que generan las condiciones para la pérdida del control del mercado financiero, lo que conduce a que grandes capitales vacíen el sistema económico local. O en algún país del mundo, una junta de comandantes que instaura un gobierno *de facto*, estatiza la deuda privada de las empresas de sus socios civiles, incrementando la deuda externa por sumas siderales.

Estos no son los pasajes del libreto de una serie de una plataforma de *streaming* sobre conspiraciones político-económicas. Son conductas que se presentan a diario en la gestión gubernamental y representan el contenido cotidiano de la información de los medios de comunicación. Estamos habituados a ellos. Por esa razón, su

sentido pasa desapercibido para el común de la población, aun cuando sus consecuencias impacten de lleno en la configuración de su proyecto de vida. En este sentido, el tema de esta aportación no es novedoso: la novedad, en todo caso, radicará en la pretensión de exponerlos a la mirada común y demostrar que, en ocasiones, su significado jurídico debería tener también consecuencias punitivas.

La sutileza de las conductas de gestión económica de los países, impide ver el contenido de violencia que expone al aniquilamiento a grandes grupos humanos. En parte, la opacidad de estos fenómenos sustrae a la observación las consecuencias de la gestión de la economía sobre población vulnerable y vulnerabilizada: vulnerable, porque solo se ven afectados aquellos cuya distancia con los núcleos de poder es mayor; y vulnerabilizados, porque las medidas de gobierno impactan directamente sobre ellos alejándolos aún más, y empujándolos al abismo de la miseria. A ello se suma que la selectividad política primero y la judicial después, hizo de la vulnerabilidad inversa la regla de oro para poner a resguardo los intereses del momento de la política. En ese sentido, en las democracias —formales por caso— la responsabilidad de los políticos que ejercen un cargo público es sometida únicamente a “juicio” electoral en los comicios. Sin embargo, el innegable proceso de economización de la política hace que las decisiones sigan el paso trazado por la economía de mercado.

En este escenario, propondré como estipulación —que no someteré a discusión aquí— que

---

(\*) Universidad de Buenos Aires.

función y finalidad del Estado es generar las condiciones de posibilidad para la realización de la autonomía. Sostendré que tiene deberes con relación a sus habitantes, de acuerdo con los cuales posee una posición de garante por cuya infracción debe responder. La propuesta no es original (1), aunque probablemente lo sea el enfoque y las consecuencias que derivaré de ella, algunas de las cuales sostuve en otra ocasión (2): defenderé que la cuestión debe abordarse desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De ese modo, sostendré que la idea central es que los deberes reposan en el respeto a la dignidad humana. De ello derivaré la visibilización de aquellas gestiones económicas que implican la infracción de deberes estatales y el fundamento para el establecimiento de un nuevo delito, como expresión de su posible sentido jurídico en un Estado de Libertades.

Esta necesidad se vincula con el alcance que cabe otorgarle al deber estatal de construir dignidad: la medida de las posibilidades. Esto es más o menos obvio, porque todo proyecto político de construcción de inclusión social se encuentra limitado por la capacidad de respuesta del obligado. Resulta claro que no pueden imponerse deberes inútiles, lo que conlleva la condición de desarrollo progresivo de los derechos: están siempre abiertos a su maximización pero nunca a su reducción. Es también la razón por la que se considera a los Derechos Humanos como *unfinished*. En definitiva, la medida de las posibilidades es el principio regulativo conforme al cual se materializan —o deberían materializarse— los deberes estatales. Pero ¿qué sucede cuando decisiones de gobierno frustran las posibilidades de cumplimiento de esos deberes? ¿qué ocurre cuando la conducción de la economía causa la pauperización de grandes grupos humanos? ¿cómo enfrentar escenarios

de grave desigualdad estructural generados al amparo del propio Estado? El sistema penal nunca pensó la posibilidad de poner en cuestión el contenido de las decisiones políticas de un gobierno. Aquí, sin embargo, radica mi inquietud fundamental: ¿Es posible adjudicar responsabilidad penal por decisiones políticas inadecuadas? Mi respuesta es no (3), excepto que ello implique la puesta en marcha de un proceso que mediatamente someta a una parte de la población a condiciones de existencia idóneas para producir su eliminación física. Los miembros de todo gobierno tienen parámetros normativos de actuación, y su deliberada o maliciosa inobservancia, cuando acarrea esas consecuencias, genera la necesidad de legislar el delito de conducción maliciosa de la economía.

## II. Delito

El concepto de delito es una abstracción. Es producto de un juicio basado en un conjunto de fórmulas ideales contenidas en la ley. Por ello, el análisis jurídico-penal consiste en la verificación del cumplimiento de las condiciones que permiten caracterizar el comportamiento de un sujeto como ilícito y adjudicárselo como producto de su voluntad libre. Sin embargo, esto no constituye más que una definición formal: limita la definición a la función y finalidad del concepto, pero no releva su fundamento. Esto, sin embargo, es esencial, pues la conceptualización de lo que debe entenderse por delito debe ser ante todo fundamentable. Solo a partir de su fundamento, podrá incluso llevarse a cabo una taxonomía de hechos con relación a los cuales existan buenas razones para criminalizar primariamente. Esto evitará procesos de reforma sin fundamentación unificadora.

De modo general, en la actualidad se enfrentan dos modelos de fundamentación de lo ilícito culpable: como infracción de un deber o como lesión a un bien jurídico. No es objeto de esta aportación saldar la cuestión: ni el espacio ni mi capacidad me permitirían hacerlo. Sin embargo, sí pretendo visibilizar cuáles son mis puntos de partida para la propuesta final de esta exposición. En ese sentido, solo formularé

(1) ROBLES PLANAS, R., “Caso del Leinenfänger”, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, ps. 111-127; CIGÜELA SOLA, J., “Derecho penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido”, *Isonomía*, 43, octubre 2015, ps. 129-150; SILVA SÁNCHEZ, J., “*Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal”, Ed. Atelier, Barcelona, 2018, ps. 67-112.

(2) ZURZOLO SUÁREZ, S., “Estado: imputación y vulnerabilidad”, en MOREL QUIRNO, M. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires*, 11, abril de 2019.

(3) Por aplicación de la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales.

el siguiente aserto: pensar el injusto como infracción a un deber tiene el déficit de (a) perder de vista el papel trascendental de quien sufre un menoscabo en su posición jurídica; (b) entablar diálogo exclusivamente entre el Estado y el infractor; y (c) ser derivación de un liberalismo individualista exacerbado que detrás de esos deberes delimita una libertad meramente formal, que se desentiende del contexto en el que se enmarca la interacción humana. Ello se debe a que esta forma de argumentación representa la concreción del denominado *deber de obediencia* como manifestación calificada de la *obligación política* en que se funda el Estado, con todos los problemas, críticas y debilidades que conlleva (4).

Por esta razón, sostendré que el fundamento de todo delito es la injerencia lesiva ilícita en la autonomía ajena, como consecuencia del ejercicio de la propia y que por ello resulta imputable. La negación de la autonomía de otro implica *vulnerabilizarlo* y por ello tiene el sentido jurídico de dominación y sometimiento. En última instancia, el delito supone siempre la destrucción de alguno de los fundamentos vitales que hacen al establecimiento de relaciones horizontales entre los seres humanos. En este sentido, a diferencia de toda la tradición jurídica que ve en el homicidio y el robo los modelos paradigmáticos de todo delito, entiendo que su muestra prototípica es la reducción a la servidumbre. Por ello, bien jurídico es la relación de disponibilidad que constituye la concreción de las condiciones elementales de la propia existencia, generando las fundamentales para la coexistencia (5). Ello se debe a que, como argumentaré, no existe una libertad jurídica real —ello entrañaría una falacia normativista— sino una realidad de la libertad jurídica. Pero esta reclama como condición de posibilidad una igualdad material y no meramente formal. Solo allí donde la diferencia de oportunidades sea jurídicamente compensada,

(4) ZURZOLO SUÁREZ, S., “¿Deber de obediencia al derecho o derecho a la desobediencia? Un necesario llamamiento a la desobediencia civil en un estado de libertades”, ponencia presentada en el VI Encuentro de Jóvenes Penalista de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Universidad Nacional de Rosario, 23 de mayo de 2019.

(5) *Ibidem*.

podrá hablarse de igualdad; y solo entre iguales podrá hablarse de libertad.

### III. Autonomía

La vida comunitaria trae siempre aparejada la pregunta por la libertad. Esto es absolutamente razonable, en la medida que la discusión al respecto solo cobra sentido en un contexto de interacción (6). De otro modo, ese interrogante sería fútil, pues no existiría limitación de ninguna clase para el desenvolvimiento propio. El ejemplo que utiliza Jakobs en *Sobre la génesis de la obligación jurídica*(7), es una buena muestra de esto. Precisamente la interacción reclama una relación de reconocimiento del *otro en su otredad* y dispara las particularidades que despierta la forma en la que nos vinculamos unos con otros. Sin embargo, esto abre un entramado de cuestiones que pueden volver desconcertante al asunto. Ello se debe a que el concepto de libertad es problemático. Basta con advertir que a lo largo de la historia difícilmente se encuentre personaje o movimiento que prescindiera de ella, y que es reivindicada por todas las ideologías. Entonces ¿de qué hablamos cuando hablamos de libertad? De modo general, puede afirmarse, aún con todas las críticas que pudiera formularsele (8), la distinción básica es entre libertad negativa y positiva (9). La primera constituye una *libertad de* mientras que la segunda una *libertad para*. La libertad negativa puede presentarse bajo diversas formulaciones, con distinto nivel de complejidad y elaboración, pero que pueden sintetizarse en (a) como ausencia de obstáculos, (b) como ausencia de coerción, y (c) como oportunidad. A su vez, la libertad positiva se vincula con la capacidad real de realización de algo.

(6) KANT, I., “La metafísica de las costumbres”, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 38.

(7) JAKOBS, G., “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 7.

(8) MACCALLUM Jr., G., “Negative and positive freedom”, *The Philosophical Review*, vol. 76, issue 3, jul. 1967, ps. 312-334.

(9) BERLIN, I., “Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual”, traducción, introducción y notas de Ángel Rivero, Ed. Alianza, Madrid, 2005.

Cuando la comunidad se encuentra jurídicamente organizada, esto es, cuando se trata de la *comunidad en el Estado*, estas formas de libertad se relacionan respectivamente con *deberes negativos* y *positivos* de este. Los primeros son entendidos como *deberes de abstención* y los segundos como *deberes de fomento*. Esto no es una novedad pues ya fueron normativizados con el advenimiento del *constitucionalismo*. Con el *constitucionalismo clásico* o de *primera generación* se reconoció los primeros: el Estado debía abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos civiles de la población, como modo de garantizarlos. Con *constitucionalismo social* o de *segunda generación* a los segundos: ya no bastaba con la no interferencia en el ejercicio de los derechos; era necesaria la instrumentación de acciones políticas positivas que generaran las condiciones de posibilidad para su goce efectivo (10). De este modo, el proceso de consolidación jurídica de los Estados modernos recogió las inquietudes de la filosofía política que había señalado que su función era la de proveer seguridad y protección (11) y que su finalidad es la libertad (12). De hecho, su necesidad se fundó en su carácter de garantía de la paz, agencia protectora, expresión de la voluntad general y como garante de la libertad externa, sin la que es imposible la libertad trascendental. Estas características fueron la base del Estado de Derecho de la tradición liberal (13).

Con el establecimiento y consolidación de los sistemas de protección de los Derechos Humanos esta idea adquirió su máxima dimensión y desarrollo. Los Instrumentos Internacionales

y la jurisprudencia de los tribunales especializados (14) recuerdan la existencia de deberes negativos y positivos a su cargo, con proyección en distintos órdenes: de respetar, proteger, garantizar y promover. El lenguaje utilizado para identificarlos es variado, pero en general se lo hace en la forma de obligaciones de adoptar medidas hasta el máximo de recursos disponibles para el logro de la realización progresiva de los derechos (15). En especial, esta exigencia concierne a los derechos económicos, sociales y culturales, pero no resulta exclusivo de ellos, pues la diferenciación con los civiles y políticos se encuentra superada, entendiéndose a aquellos como condición de posibilidad de estos. Por ello, el Estado tiene el deber de promover y garantizar las condiciones materiales económicas, sociales y culturales para el desarrollo del proyecto de vida de sus habitantes. Estas son presupuesto indispensable para la concreción de una libertad jurídica sustancial en todos sus grados y niveles, en un marco de igualdad material. Esto exige respeto de parte del Estado, a la vez que prestaciones garantizadoras de los derechos básicos que supongan un nivel de inclusión social aceptable. Ello se conecta con el deber asociado de promover la concreción de otros derechos que lo faciliten y la protección de los que alcanzaron determinado grado de materialización, en relación con la exigencia de apertura a la permanente maximización progresiva, pero nunca a su reducción. Estos corresponden a todo ser humano por su condición de tal y responden al ineludible respeto de su dignidad.

En este sentido, la autonomía es la combinación de libertad positiva y negativa, pero en el Estado. De ese modo, se trata de una libertad jurídica sustancial porque se encuentra normativamente enriquecida a partir del universo de

(10) FERRAJOLI, L., "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 864 y ss.

(11) HOBBS, T., "Elementos filosóficos. Del ciudadano", Ed. Hydra, Buenos Aires, 2010, ps. 185 y ss.; del mismo, "Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil", Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014, ps. 137 y ss.; STUART MILL, J., "Sobre la libertad", Ed. Biblioteca Edef, Madrid, 2012, p. 52; haciendo referencia al asunto y afirmando que "la finalidad de la obediencia es la protección", JAKOBS, G. - CANCIO MELIÁ, M., "Derecho penal del enemigo", Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2006, 2ª ed., p. 33.

(12) ROUSSEAU, J., "El contrato social", Ed. Taurus, Buenos Aires, 2013, p. 19.

(13) CORTINA ORTOS, A., "Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía", Ed. Alianza, Madrid, 2016, 3ª ed., 4ª reimpresión, p. 50.

(14) Corte IDH, caso "Duque c. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310, Párrafo 128. Se toma como muestra paradigmática.

(15) El Preámbulo de la DUDH habla de "medidas progresivas de carácter nacional e internacional". La CADH por su intermedio "establece un sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuados a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias".



deberes que pesan sobre aquel. Así, autonomía es autogobierno e implica tener a este como garante de su materialización. Los *deberes estatales de abstención y protección* tienen por finalidad *garantizar* ámbitos de autoorganización y proyección de modelos de vida no censurables. Pero por sobre todo, la construcción de un proyecto de vida digno en el que el acceso a bienes y servicios quede supeditado exclusivamente al esfuerzo personal, porque el Estado removió las condiciones de grave desigualdad estructural que lo impiden externamente. Por ello es un concepto relacional: constituye el vínculo recíproco de múltiples sujetos, con la concurrencia del Estado como garante. Ello se debe a que constituye el equilibrio entre la libertad como no impedimento y la libertad como condición de posibilidad. Es la síntesis entre libertad humana y deberes del Estado, que materializan y consolidan una libertad jurídica sustancial. Solo así se contribuye a la garantía de las condiciones elementales de la propia existencia, generando las fundamentales para la coexistencia: es un verdadero derecho a la maximización progresiva y permanente de todos los derechos (16).

En síntesis, *hablo aquí de libertad siempre que exista vida comunitaria, y de autonomía o libertad jurídica sustancial cuando esa comunidad esté estatalmente organizada. Luego, la estatalidad hace surgir una posición de garante del Estado frente a sus habitantes, derivada de su deber general de construir dignidad para el ser humano, en todas sus formas, grados y niveles. Todo ello, a partir de medidas tendientes a respetar, proteger, garantizar y promover la progresiva realización material de los derechos, que posibiliten el desarrollo de un proyecto de vida libre. Esa es la base de la autonomía entendida como libertad jurídica sustancial frente a otro.*

#### IV. Responsabilidad

La posición de garante del Estado en la construcción de dignidad para sus habitantes es una exigencia de primer orden, pues es lo que lo define como tal de acuerdo con su función y fina-

lidad conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De allí que quede excluida la posibilidad de pensarla en términos de subsidiariedad (17). Esta solución es congruente con el principio de responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus deberes: si responde por ello ante el concierto de naciones, más aún frente a sus habitantes. Se trata de un argumento *a fortiori* que recoge la lógica de los vínculos internacionales y los principios del constitucionalismo. Esta argumentación tiene base legal en nuestro sistema jurídico, pues nuestra norma fundamental es un bloque de constitucionalidad integrado por ambas, con status jurídico equivalente, y genera un deber de dar cuenta de las políticas instrumentadas tanto para adentro como para fuera. De ello se sigue la existencia de *deberes primarios y secundarios*: el Estado tiene un *deber primario de construir dignidad para sus habitantes. De lo contrario carga con el deber secundario de tolerancia y compensación* (18) *frente a hechos motivados en su incumplimiento*. Es ineludible cargar con los costes de una actuación deficitaria que consolida escenarios de grave desigualdad que impiden la materialización de la libertad o el reconocimiento de la dignidad del otro.

Hasta aquí el planteo conduce a conclusiones que más allá de su ubicación sistemática en una doctrina de la imputación —que es lo único que la doctrina delimitó específicamente—, son más o menos compartidas y comparables. La infracción a la posición de garante del Estado configura escenarios de grave desigualdad y exclusión social. De ello se sigue la inexigibilidad normativa de determinadas conductas en contextos constituidos al amparo del incumplimiento. Sin embargo, esto solo refleja la responsabilidad del Estado como institución y deslegitimación para formular un juicio de exigibilidad, pero no la de los gobiernos por la toma de decisiones perjudicantes para la población. Inexigibilidad objetivo-individual para fundar un injusto y responsabilidad penal de los gobernantes, tienen un fundamento común. Esto reclama desdoblarse el análisis y abordarlo

---

(17) SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 79 y ss.

(18) Deber de tolerancia y compensación es la denominación que entendemos debe asumir el deber de reparar del Estado, en el ámbito específico de la doctrina de la imputación.

(16) Designándolo como derecho humano al desarrollo progresivo, ZAFFARONI, E. R., "El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo", Ed. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2015, p. 73.



desde otra perspectiva. Los deberes de los Estados son cumplidos o no por los gobiernos. Y en ese contexto debe centrarse el estudio de la violación del derecho al desarrollo progresivo de los derechos. De allí que el principio regulativo de *la medida de lo posible* que exige que la autonomía esté en permanente transformación y maximización, solo pueda verse afectado por decisiones de gobierno. Entonces, ¿cuál es el sentido jurídico de una decisión de gobierno que frustra el cumplimiento de los deberes estatales? ¿Cuál es el sentido social de la construcción de vulnerabilidad y pauperización de la autonomía?

Denomino *vulnerabilidad a la negación o reducción de la autonomía*. En ese sentido, es siempre una exposición a la violencia, pública o privada, en la medida que supone el establecimiento de vínculos verticales o desiguales. Designo como *vulnerabilización a todo proceso de negación o reducción de la autonomía, en la medida que siempre supone la consolidación de relaciones de dominación y sometimiento*. Lo destacable en este punto es la necesidad de brindar una respuesta a esos hechos cuando tienen alcance masivo, y se producen al amparo de decisiones de gobierno maliciosas o desacertadas. El orden jurídico tiene respuestas para todas las formas de *vulnerabilización individual* pero solo para algunas colectivas. Fuera del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, se advierte una notoria descompensación en la respuesta para decisiones económico-políticas con consecuencias en grandes sectores de la sociedad. A la luz de sus consecuencias jurídicas, las soluciones tradicionales que solo pueden ser consideradas transitorias, son insuficientes. Es evidente que la coacción, el cohecho, la administración fraudulenta o la estafa, no reflejan el contenido de injusto de verdaderos procesos de exclusión social que concluyen en formas encubiertas de aniquilamiento masivo (19).

En este sentido, es de particular relevancia el concepto criminológico de *genocidio por go-*

(19) En ese sentido, por el juzgamiento a partir de las figuras tradicionales para los casos de vulnerabilización individual, ZAFFARONI, E. R. - DÍAS DOS SANTOS, Í., "La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2019.

*teo* (20). Por oposición a su concepto normativo que resulta sumamente limitado (21), el utilizado tiene la particularidad de reflejar fielmente el contenido ilícito de las decisiones político-económicas que afectan a amplios sectores de la población. Por su parte, es preferible al concepto de *masacre*. Si bien el sentido de ambos aparece delimitando su carácter masivo, el de *masacre* hace referencia a un ataque indiscriminado. En cambio, el de *genocidio por goteo* rescata el significado original otorgado por Lemkin (22) —redefinido como *práctica social genocida* (23)—, en cuanto a que se dirige a grupos determinados.

El menú de consecuencias por decisiones económico-políticas desacertadas, es vasto: imposibilidad de acceso o atención selectiva de la salud pública (24), omisión de campañas sanitarias (25), o imposibilidad de acceder a servicios públicos básicos. También ausencia de insumos en hospitales, inseguridad laboral (26), flexibilización laboral y limitación de las coberturas médicas. Asimismo, imposibilidad de acceso a educación pública, y limitación en el acceso a medicamentos para jubilados o sec-

(20) Sobre la creación y desarrollo del concepto, categórico, ZAFFARONI, E. R., "El derecho latinoamericano..", ob. cit., p. 67; también ZAFFARONI, E. R. - DÍAS DOS SANTOS, Í., ob. cit.

(21) Sobre los alcances del tipo de genocidio y sus posibles críticas, FEIERSTEIN, D., "El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina", Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., ps. 40 y ss.

(22) LEMKIN, R., "Axis Rule in Occupied Europe", Ed. Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC, 1944; del mismo, "Genocide as a Crime under International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, p. 149.

(23) En ese sentido, como sostiene Feierstein, toda práctica social genocida se revela como una tecnología de poder cuyo objetivo es la destrucción de las relaciones y la identidad social, para imponer al grupo oprimido el modelo identitario del opresor (ob. cit.). Con muchas referencias y un análisis meduloso del asunto, aunque basado en la necesidad de criminalizar primariamente el negacionismo, recomendable: THUS, V., "Negacionismo y derecho penal. El rol del derecho frente a las negaciones de los crímenes de Estado", tesis doctoral inédita.

(24) ZAFFARONI, E. R. - DÍAS DOS SANTOS, Í., ob. cit.

(25) *Ibidem*.

(26) *Ibidem*.

tores poblacionales de bajos recursos. Este es el muestrario prototípico de las consecuencias del desfinanciamiento del Estado por decisiones político-económicas o la implementación de políticas favorecedoras del sometimiento de grandes grupos humanos por desprotección.

La privación de derechos básicos a un sector de la población como consecuencia de una política económica, aparece como un proceso progresivo y sistemático de exclusión social, que los conducirá en forma lenta, segura y mediata al aniquilamiento. Es paradójico que aun cuando por otras variables estos sucesos no puedan ser considerados con el sentido del art. 2º de la *Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio*, esa norma prevea como modalidad de comisión al *sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*. De ese modo, la destrucción de los fundamentos vitales de la autonomía; esto es, de aquellas condiciones que permiten la construcción de una igualdad material que sirven para el establecimiento de lazos horizontales, constituye el caldo de cultivo para la imposición de relaciones de dominación.

El primer ministro que maneja mal una crisis financiera, la ministra de Finanzas que no apela una decisión arbitral, la Reserva Federal que hace *defaultear* al país, el gobierno que endeuda al Estado abusivamente, el que no corrige el proyecto económico que conduce a la catástrofe, o el que toma decisiones que le hacen perder el control del mercado, así como los dictadores que estatizan deuda privada incrementando su deuda, conducen maliciosamente la economía. Utilizan la institucionalidad estatal para responder a intereses ajenos a los de los gobernados. Saben que producen daño social masivo, pero también que en el peor de los casos solo tiene costo político. Ello exige la previsión de una figura legal específica que desvalore adecuadamente el contenido injusto de un proceso de deshumanización progresiva, basado en el contenido de decisiones económicas que se apartan de los parámetros normativos de actuación impuestos a los gobiernos, por el deber estatal de construir dignidad para la población. Una figura activa para quienes, considerando todas las variables cognoscibles al tiempo del hecho, ejecutan actos de administración cuyo

resultado infausto masivo es deliberado; y uno omisivo, para aquellos que sin posibilidad de prever todas las contingencias de su plan económico, no modifican el curso de su gestión al corroborar las fallas perjudicantes de su proyecto político.

La propuesta no es de nuestro patrimonio exclusivo, pero de momento los estudios sobre el tema a los que pudimos acceder fueron siempre aproximativos (27) y orientados a la previsión de una figura en el Derecho Penal Internacional. Además, algunos de los sistemas judiciales de otros países del mundo ya pusieron en tela de juicio la conducta de sus gobernantes, condenándolos, valiéndose de las soluciones tradicionales. No se nos escapa la crítica a las propuestas de esta naturaleza, fundada en el hecho de que si bien la iniciativa es interesante se encontraría condenada al fracaso por la intervención del totalitarismo financiero y los medios de comunicación hegemónicos. O que pueda ser visto como ejercicio arbitrario del poder punitivo (28). Sin embargo, la misma crítica puede hacerse a las soluciones locales tradicionales, que podrían correr y de hecho corren la misma suerte.

No desconozco los problemas que puede generar una figura de estas características. Críticas vinculadas a su potencial elasticidad imponen mucha rigurosidad en su delimitación, para evitar la arbitrariedad y el otorgamiento de poderes ilimitados a la agencia judicial —estricta legalidad y lesividad—. Más aún, cuando no se pretende abrir aquí una discusión sobre teoría económica que permita argumentar la corrección o no una medida de gobierno. La propuesta es ajena a ese campo y solo busca la identificación de conductas que importen

---

(27) Así, NAUCKE, W., "El concepto de delito económico-político. Una aproximación"; traducción de Eugenio Sarrabayrouse, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015; del mismo, "Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität"; Ed. Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1996; con proyección local, sobre la posible responsabilidad penal por el contenido de decisiones políticas, ZIMMERMANN, F., "Responsabilidad penal por decisiones políticas en sociedades democráticas. Algunas reflexiones comparativas acerca de la protección de los fondos públicos", en *Letra Derecho Penal*, año IV, nro. 7, noviembre de 2018.

(28) ZAFFARONI, E. R. - DÍAS DOS SANTOS, Í., ob. cit.

una decisión política cuyo contenido tenga por consecuencia pauperizar a amplios sectores de la población. Se enrola, de hecho, en una epistemología que toma a la criminología como punto de vista externo al derecho penal, que permita identificar los fundamentos para criminalizar (29). Lo expuesto refleja intuiciones precursoras y perfectibles que no pretenden saldar la cuestión. El diagnóstico socioeconómico parece más una novela negra que una imagen de la realidad Latinoamericana. Simboliza la

---

(29) FERRAJOLI, L., "Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea", *Revista Crítica Penal y Poder*, nro. 4, 2013, ps. 224 y ss.

realización silenciosa de la receta Malthusiana de la necesidad de eliminar una parte de la población para equilibrar la economía; la posible concreción del augurio de que el proyecto político de la modernidad, la muestra más descarada del ejercicio de la soberanía, radica en la capacidad de decidir quién puede vivir y quién debe morir: un experimento de *biopolítica* (30). Evitarlo merece la pena.

---

(30) FOUCAULT, M., "Defender la Sociedad", curso del College de France 1976, Ed. Akal, 2003; AGAMBEN, G., "*Homo Sacer*. El poder soberano y la vida desnuda", Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2017; MBEMBE, A., "Necropolítica seguido de Sobre el gobierno privado indirecto", Ed. Melusina, España, 2011.

# Criptomonedas y lavado de activos

---

POR MARÍA BELÉN LINARES

**Sumario: I. Consideraciones generales.— II. ¿Por qué un delincuente utilizaría criptomonedas?— III. Tres casos.— IV. Desafíos.**

## I. Consideraciones generales

Una criptomoneda es un medio digital de intercambio que utiliza la criptografía para asegurar las transacciones financieras, controlar la creación de unidades adicionales y verificar la transferencia de activos (1).

Esta moneda no es emitida ni garantizada por un banco central o una autoridad pública, ni está necesariamente vinculada a una moneda *fiat* o fiduciaria. Su valor se rige por el mercado de oferta y demanda, y está diseñadas para funcionar fuera de la manipulación y el control del gobierno. Aquélla —convertible o no convertible (utilizada en entornos cerrados)— puede ser adquirida en un exchanger *online*, cara a cara, en un cajero ATM o mediante una tarjeta regalo.

La mayoría de las criptomonedas son pseudo-anónimas. Los propietarios de ellas tienen dos llaves o claves: una privada y una pública, que se conforman de caracteres y están enlazadas por medio de matemática criptográfica. La clave pública es la que todos los que accedan a la *blockchain* podrán conocer y, por su parte, la clave privada es la que permite la perfección de la transacción en cuestión.

La *bitcoin* (BTC), primera criptomoneda lanzada en 2009 (2), ha sido desde siempre la moneda elegida para incurrir en comportamientos criminales, y por eso explicaré, de forma muy

somera su funcionamiento, que resulta ser similar al de cualquier otra criptomoneda.

Los usuarios necesitan una billetera o *wallet* en donde almacenan las criptomonedas y desde donde también conducen las transacciones, que crea la dirección BTC (como si fuera una dirección de correo electrónico o una cuenta bancaria) y mantiene una pieza de información secreta que se denomina “llave privada”. Esta llave es, como ya dije, la que se utiliza para perfeccionar la transacción, como si fuera una “firma”, confirmando así que las BTC provienen del propietario de la *wallet* desde donde se efectúa la operación.

La transacción es una transferencia de valor entre billeteras que queda registrada en la *blockchain*, que es un registro público que muestra todas las transacciones confirmadas por los mineros, quienes efectivamente manejan y controlan la criptografía (3).

La *blockchain* es un tipo de *Distributed Ledger Technology* (DTL) con numerosos aspectos positivos, entre los que destaco: menos vulnerabilidad al hackeo o a la manipulación, menos costos en la ejecución de transacciones, remoción

---

(3) En febrero de 2018, el gobierno chino detuvo el comercio con criptomonedas, prohibiendo la minería, por lo que numerosos mineros se han mudado a Canadá. Algunas empresas están usando centros de datos para la minería cerca de estaciones de gas canadienses, debido a los bajos precios. En junio de 2018, Hydro Quebec propuso al gobierno regional suministrar 500MW de potencia a compañías de minados. Según una noticia de febrero de 2018 de Fortune, Islandia se ha convertido en el “cielo” para los mineros, en parte por los precios de la electricidad, muy baratos (MORRIS, Christian, “Iceland Expects to Use More Electricity Mining Bitcoin Than Powering Homes This Year”, Fortune, Chicago, 13/02/2018).

---

(1) LANSKY, Jan, “Possible State Approaches to Cryptocurrencies”, *Journal of Systems Integration*, 2018-9-19.

(2) Sobre la especulación acerca de su autoría intelectual, consúltese GÁLVES BRAVO, Rafael, “Los *modus operandi* en las operaciones de blanqueo de capitales”, Ed. Bosch, Barcelona, 2017, 2ª ed., p. 278, nota al pie 195.

de intermediarios, pago seguro y en tiempo real a través de un servicio sumamente eficiente y, también, reducción del riesgo de fraude contractual por encontrarse el acto enlazado a un código digital.

Una determinada cantidad de transacciones verificadas (y disponibles para que todos los usuarios la puedan conocer) forman un bloque que se encadenará a otro a través de un algoritmo matemático complejo. Un bloque puede ser creado tan solo todos los pares estén de acuerdo, recibiendo entonces una única firma digital y uniéndose de este modo a otro bloque que será, en los mismos términos, creado (4).

La primera decisión que debe adoptarse antes de ejecutar una transacción con criptomonedas es la clase de billetera en la cual se van a almacenar las criptomonedas o desde la cual se va a transaccionar con ellas. Si se opta por una *custodiada*, la llave privada estará en manos de un tercero, por lo que el propietario de este tipo de billetera no tendrá el control total sobre las criptomonedas allí almacenadas. Es decir, lo que sucede con esta clase de *wallet* resulta parecido a lo que sucede con los bancos: ellos custodian los fondos de los clientes. La ventaja de optar por esta clase de billetera es, entre otras, que el usuario no corre el riesgo de perder la llave privada y que, además, puede acceder a sus fondos desde cualquier sitio con acceso a internet. Las desventajas, por su lado, son algunas de las siguientes: que el control de los fondos está en manos de quien los custodia, que si la billetera es hackeada existe el riesgo de perder los fondos allí almacenados, y que ciertos "custodios" están sometidos al cumplimiento de determinada normativa que dispone el congelamiento y la confiscación de los fondos con orden judicial.

Si se opta, en cambio, por una billetera *no custodiada* podrá ser móvil, de escritorio, *hardware*, *web* o papel. Con ella, los fondos son controlados por el propietario de los fondos. Las que se basan en la *web* se caracterizan porque las llaves de acceso son guardadas en el mismo navegador. Las billeteras no custodiadas en for-

mato *hardware*, por su parte, son consideradas como la solución de almacenamiento de cifrado más segura. Las móviles, por otro lado, se instalan en un *smartphone* o tableta. Otra opción, como señalé, es de escritorio, que consiste en una aplicación instalada directamente en la computadora. Y, finalmente, la opción de una *paper wallet*, cuyas llaves/claves obran en formato papel.

Cuando hablamos de *mixers* o *tumblers*, por último, me refiero a servicios que potencian el grado actual de anonimato de las criptomonedas. Estos *softwares* adicionales oscurecen la cadena de transacciones en la *blockchain* mediante la vinculación de todas las transacciones en la misma dirección de criptomoneda, enviándolas por medio de una serie de transacciones no reales complejas, semi-al azar, haciendo casi imposible vincular las direcciones con una determinada operación (5).

## II. ¿Por qué un delincuente utilizaría criptomonedas?

El uso de las criptomonedas, definitivamente, permite un mayor anonimato que los métodos tradicionales de pago sin efectivo, pues la identidad de sus titulares se corresponde con una clave pública criptográfica equivalente a una larga secuencia de letras y números. Incluso, los usuarios pueden disponer del mixer, que permite, en los hechos, conseguir un completo anonimato (6). Todo esto, como se puede fácilmente inferir, convierte a las criptomonedas en una atractiva herramienta para quienes busquen adquirir bienes y/o servicios ilegales (7).

Por otro lado, el alcance global de las criptomonedas, su almacenamiento fuera del sistema bancario estandarizado y tradicional, la facili-

(5) Algunas carteras pueden incluir servicios de mezcla (p. ej.: DarkWallet) y, también, algunos mercados darknet contienen un mezclador incorporado (p. ej.: Alphabay).

(6) Al respecto, véase HENDERSON, Lance, "Tor and the deep web. Bitcoin, darknet and cryptocurrency in 2017-2018", 2017 (Paperback), ps. 15-18 y 83-89.

(7) MOORE, David - RID, Thomas, "Cryptopolitik and the darknet", Survival, 2016-58-7; ANTONOPOULOS, Andreas M., "The internet of money", 2017 (Paperback), vol. I, ps. 11-21.

(4) DEWEY, Josias N. - AMUAIL, Shawn S. - SEUL, Jeff, "The blockchain: A Guide for Legal and Business Professionals", Ed. Thomson Reuters, Miami, 2016, ps. 1-25.

dad de transporte, su transferencia a cualquier lugar del mundo con solo presionar un botón y a muy bajo costo, y la inexistencia de una regulación coordinada, son otras extraordinarias características que sin duda aumentan su potencial para que mediante su uso se incurra en maniobras criminales (8).

Además, los registros de usuarios y transacciones pueden encontrarse almacenados en distintas entidades y en jurisdicciones diferentes, lo que dificulta enormemente la actuación de reguladores y/o agencias de orden público.

Otra respuesta a la pregunta formulada en el título de este apartado es la enorme dificultad y falta de coordinación en la identificación, resguardo, secuestro, confiscación y cualquier otra medida de la misma naturaleza, respecto de las criptomonedas en el marco de una investigación.

No puede dejar de señalarse en este sentido el limitadísimo conocimiento por las autoridades, del modo en el que se ejecutan las maniobras delictivas que involucran el uso de criptomonedas y, por ello, de técnicas de investigación a su respecto.

Lo señalado arriba son algunos motivos dan razones para afirmar que el uso de las criptomonedas representa una serie de amenazas que han sido acreedoras de singular atención y preocupación por parte de varios Estados. En particular, lo que aquí me interesa destacar es que el empleo de monedas virtuales puede ser aprovechado por delincuentes para disfrazar el dinero obtenido de forma ilícita, por lo que una de las principales inquietudes que ha suscitado este fenómeno radica en el lavado de activos (9).

A continuación, describiré tres casos que ilustran cómo se lava dinero originado en fuentes criminales mediante el uso de la criptomoneda.

---

(8) SHCHERBAK, Sergii, "How should bitcoin be regulated?", *European Journal of Legal Studies*, 2014-7-45.

(9) Prueba de ello es que el pasado 21 de junio, el GAFI adoptó una Nota Interpretativa a la Recomendación 15 de Nuevas Tecnologías, que describe el modo mediante el cual los Estados y proveedores de activos virtuales deben cumplir con estándares internacionales antilavados y financiamiento de terrorismo originados en el mal uso de los activos virtuales.

### III. Tres casos

#### III.1. *Complicidad del exchanger*

Las autoridades de Estados Unidos lideraron la investigación de un caso en el que intervino un ciudadano ruso que operaba uno de los más grandes *exchanger* del mundo (BTC-e), quien fue arrestado en Grecia y privado de su libertad en julio de 2017.

Según señaló la acusación, BTC-e era un *exchanger* al servicio de los cibercriminales y una de las principales "herramientas" utilizadas para lavar activos ilícitos.

El *modus operandi* fue descrito de la siguiente manera: el usuario debía crearse una cuenta para acceder al sitio *web* y una vez que la fondeaba con activos se encontraba en condiciones para realizar una transacción (cambiar criptomonedas a moneda *fiat* o viceversa), o simplemente para almacenar en dicha cuenta los activos virtuales.

El modelo de negocio de BTC-e buscaba tergiversar la trazabilidad de las transacciones y el origen de los fondos, requiriendo únicamente que el usuario provea un nombre, una contraseña y una dirección de correo electrónico para gestionar la apertura de una cuenta.

El usuario de BTC-e no podía fondear su cuenta mediante una transferencia bancaria (desde su cuenta bancaria) a (una cuenta bancaria de BTC-e) sí mismo, sino que debía hacerlo a (una cuenta bancaria) alguna sucursal o entidad afiliada de BTC-e. Tampoco podía extraer fondos directamente desde su cuenta, sino que debía requerir un depósito o una extracción por medio de otro *exchanger*, de manera que BTC-e evitaba recolectar cualquier información de los usuarios por la realización de transferencias bancarias o de cualquier otra actividad que dejara rastro en el sistema financiero tradicional.

#### III.2. *Mulas, cuentas bancarias y exchanger de criptomonedas*

El siguiente *modus operandi*, que describiré por pasos, configuró el camino criminal de este caso.



Paso 1: gestionar la apertura de una cuenta verificada en un *exchanger* virtual. Para convertir las criptomonedas provenientes de actividades delictivas a moneda *fiat*, la organización criminal gestiona la apertura de una cuenta en un *exchanger* utilizando mulas con documentos falsos para identificarse.

Paso 2: gestionar la apertura de cuentas bancarias por las mulas. Simultáneamente, las mulas, que trabajan para la organización criminal, gestionan la apertura de algunas cuentas bancarias en un tercer país con la documentación identificatoria falsa.

Una vez abiertas las cuentas bancarias, las mulas regresan a su país de origen, y la documentación utilizada es devuelta a la organización criminal.

Paso 3: transferir las criptomonedas “sucias” a la cuenta registrada en el *exchanger* (paso 1). La organización criminal, mediante el uso de *mixers*, transfiere las criptomonedas provenientes de la actividad criminal, a la cuenta verificada, abierta por las mulas con identificación falsa, en el *exchanger*.

Paso 4: transferir las criptomonedas desde la cuenta del *exchanger* a las cuentas bancarias (paso 2). Con el dinero criminal ya separado de su fuente delictiva, los criminales requieren su envío desde la cuenta del *exchanger* a las cuentas bancarias —todas ellas, abiertas por las mulas con documentación falsa—.

Es así que el delincuente administra su dinero de manera autónoma (por ejemplo, extrayéndolo de la cuenta bancaria, efectuando compras de bienes y servicios, etc.), pues cuenta con la documentación necesaria para hacerlo (credenciales virtuales, tarjeta de débito y de crédito, etc.).

Cada vez es más común que las mulas sean instruidas por las organizaciones criminales para utilizar ATM bitcoins (BTM) con el fin de lavar los activos originados ilícitamente. Cuando antes se utilizaban transferencias bancarias o servicios de pago como Western Union o MoneyGram, ahora se utilizan estas máquinas que permiten adquirir BTCs (u otras —limitadas— criptomonedas) con dinero en efectivo, ingre-

sar dinero en efectivo para cambiarlo por BTC y/o, también, transferir BTC a otra dirección BTC.

### III.3. Bitcoin ATM

La Guardia Civil española informó que los *bitcoins* ATM operan por medio de compañías vinculadas a sujetos con antecedentes en el tráfico de estupefacientes, advertencia que fortalece la sospecha consistente en que aquellas entidades que manejan esta clase de ATM actuarían en complicidad con los criminales (10).

La maniobra delictiva detectada fue la siguiente: para evitar cualquier procedimiento de identificación, el delincuente emplea técnicas de *smurfing* para dividir los fondos ilícitos en cantidades de 1000 euros. En el mismo día, podrían hacer numerosos depósitos en varias BTM y en diferentes localidades, ascendiendo aquellos a montos cercanos a 200 mil euros por mes.

La mayoría de las operaciones se realizaron con billetes de 500 euros, circunstancia que condujo a que el Banco Central Europeo decida —tras una propuesta de Europol— descartar estos billetes y discontinuar su emisión a finales de 2018.

## IV. Desafíos

El gran problema al que nos enfrenta este enmarañado sistema es pretender entenderlo con ideas vetustas y anquilosadas, que se rompen al estirarlas para cubrir el nuevo modelo.

El Estado no puede ignorar la existencia de las criptomonedas, sino que debe, sin sofocar la innovación, esforzarse en entender su funcionamiento y adoptar medidas orientadas a mitigar los riesgos asociados a su uso.

Las criptomonedas exigen inevitablemente una regulación que, en todo caso, resulta crucial

(10) “Intervenidos por primera vez en Europa dos cajeros automáticos de bitcoins”, *El Periódico*, 08/05/2019 (accesible en <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20190508/cajeros-automaticos-bitcoin-7443430>). Al respecto, IGLESIAS, Andreina, “Policía española se muestra preocupada por los bitcoins ATM”, *Bitcoin.es*, España, 16/07/2019.

para su supervivencia. Sin boicotear el sistema normativo vigente, el desafío que se presenta es implementar un marco normativo y de supervisión que pueda complementarse con el que ya existe, para evitar que este universo creciente de innovación sea empleado con fines ilícitos y, mucho más incluso, para que su diseño pueda representar un avance en la seguridad moneta-

ria y jugar un rol protagónico en la prevención de delitos financieros.

A pesar de la juventud e inmadurez de un esquema en pleno crecimiento, la estructura del tradicional modelo monetario ya ha sido revolucionado por este fascinante y conmovedor progreso en el paradigma financiero.

# Los conocimientos especiales del funcionario público

POR EZEQUIEL VACCHELLI <sup>(\*)</sup>

Sumario: I. Problemática.— II. Desarrollo.— III. Conclusiones.

## I. Problemática

El núcleo problemático de los conocimientos especiales del funcionario público reside en determinar en qué circunstancias un mayor conocimiento tiene como correlato un deber mayor para con la institución (1). Es decir, cuál es el límite hasta el que puede exigírsele a un garante que cumpla con su deber positivo especial. Si debería utilizar todos los medios que tiene a disposición o podríamos conformarnos con menos y, si es así, con cuánto menos. Casos como los presentados suelen analizarse desde dos puntos de vista distintos que no son relacionados entre sí. Por un lado, a partir de consideraciones ligadas a la teoría de la imputación objetiva; por otro lado, realizándose una lectura estrictamente ceñida a la reglamentación administrativa, procesal y disciplinaria que preconiza la actividad de los agentes estatales. Dicho análisis sesgado del problema se comprueba rápidamente cuando se hojeara la bibliografía y se hallan, o tratamientos específicos a partir de consideraciones de derecho procesal y derecho administrativo, o tratamientos genéricos a partir de la teoría de la imputación objetiva. En el primer caso, se obtienen resultados de corte exegético sin una visión de conjunto; en el segundo caso, las soluciones que se alcanzan son sistemáticamente más sólidas, pero presentan un dudoso anclaje positivo.

Se afirma que un conocimiento es especial cuando supera el estándar exigido en un determinado ámbito del tráfico jurídico o, en otras palabras, cuando sobrepasa el propio del rol del autor (2). Al hablarse de deberes positivos especiales, suele asumirse que forma parte del contenido de la institución una comunidad más o menos completa entre garante y favorecido que en casos límite incluye todo conocimiento que el garante tenga, de modo que este no puede dejar al margen de su rol unos determinados conocimientos especiales (3). El caso modelo es el de la relación paterno filial: cuando los hijos se encuentran en una situación de necesidad, si sus padres conocen cómo evitar una consecuencia lesiva, entonces pasa a formar parte de su rol la activación de este conocimiento. Ahora bien, ¿qué sucede con aquellos otros garantes especiales —en lo que ahora nos interesa, los funcionarios públicos— que también están obligados a favorecer la institución que representan? Frente a esta cuestión incluso la doctrina más normativista suele ser esquiva: “los detalles han de dejarse a la interpretación de la situación institucional correspondiente” (4). En estos casos, en general se piensa que “ha de prestarse por lo general un estándar normal, pero no un sacrificio ni un empleo de capacidades extraordinarias,

(\*) Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra; Master en Ciencias Jurídicas por la Universidad Pompeu Fabra; Magíster en Derecho penal y Ciencias penales por la Universidad Nacional de Cuyo. Prof. interino por concurso de Derecho penal Universidad Nacional de Cuyo; Prof. de Derecho penal Universidad Champagnat. Coordinador Maestría en Derecho penal Universidad Nacional de Cuyo.

(1) Un tratamiento pormenorizado de estas cuestiones a la luz del derecho español y alemán en VACCHELLI, “En los límites del rol: los conocimientos especiales del funcionario público”, *InDret*, 4/2017, ps. 1 ss.

(2) Así, JAKOBS, “¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?”, *LH-Struensee*, 2012, p. 273; el mismo, “FS-Armin Kaufmann”, 1989, ps. 271 ss., 275 ss.; el mismo, *AT*, 1991, 7/50; FRISCH, “Vorsatz und Risiko”, 1983, ps. 133 ss., 358 s.; ROBLES PLANAS, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch”, en FRISCH - ROBLES PLANAS, “Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en derecho penal”, 2006, ps. 96 s.

(3) JAKOBS, “La imputación objetiva en derecho penal”, 1994, p. 66.

(4) *Ibidem*, p. 67; el mismo, “Theorie der Beteiligung”, 2014, p. 5, nota 3; el mismo, *AT*, 1991, 15/14 ss.

pues otra cosa no podría mantenerse mucho tiempo en la realización, en parte profesional, de acciones, y por eso tampoco se espera en general del titular del rol en cuestión algo distinto”(5).

## II. Desarrollo

Antes de precisar qué debe hacer el funcionario público con aquella información que ha obtenido fuera del ejercicio del cargo, es necesario determinar normativamente cuándo un conocimiento es especial y cuándo es ordinario. A la perspectiva que se defiende en este trabajo subyacen cuatro premisas (6). *Primero*, no existe conocimiento especial sin rol social. Es esta categoría, que late detrás de la normativa generada por diferenciación y determina el carácter ordinario o especial de un determinado saber. *Segundo*, debe mantenerse como regla orientativa general que en el ejercicio de un rol social el agente no está obligado a hacer uso de la información adquirida fuera del desempeño de sus funciones, si ella no se corresponde con la lógica normativa de la institución de la que forma parte. *Tercero*, si el autor introduce facultativamente sus conocimientos y capacidades individuales en la relación con la institución, se incorporan al papel que caracteriza a su posición, aun cuando no formaran parte del estándar ordinario. *Cuarto*, no todos los conocimientos materialmente adquiridos fuera del ejercicio del rol social respectivo son, como tales, conocimientos especiales (en sentido formal). Aquí, la conclusión que ha de evitarse es el tratamiento equivalente entre la información obtenida por azar en la condición de ciudadano (7) y la información que es producto del desempeño de otro rol social.

---

(5) JAKOBS, AT, 1991, 15/15.

(6) Véase VACCHELLI, *InDret*, 4/2017, ps. 8 s.

(7) Información que no se origina en el desempeño del rol social, sino que es producto del espacio de juego social inherente a la condición de ciudadano. Nos alejamos de la definición de Hirsch, “Der Streit um Handlungen— und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)”, *ZStW*, [94], 1982, p. 274, quien entiende que serían conocimientos derivados del azar tantos los que surgen en ocasión de otra posición jurídica desempeñada por el mismo agente como aquellos que se adquieren por acontecimientos fortuitos.

De las consideraciones precedentes se derivan una serie de consecuencias sistemáticas que paso a pormenorizar:

a) *Conocimientos adquiridos en ejercicio de la función (ordinarios por regla general)*. Desde ya, lo usual es que el agente adquiera el saber necesario para cumplir con su función en el marco del desempeño de su rol. Por ejemplo, el juez penal resuelve el destino del acusado tomando en consideración los elementos de convicción presentados por las partes e incorporados válidamente al proceso, el fiscal obtiene los indicios relativos a la comisión de un delito de acción pública a través de una denuncia, el empleado de policía sospecha que se ha llevado a cabo un delito al escuchar gritar a la víctima durante un patrullaje, el empleado de hacienda instruye un procedimiento sumarial después de inspeccionar un local comercial, etc. En estos supuestos lo que el agente sabe se vincula directamente al desempeño de su función como juez, fiscal, policía, recaudador, etc. Desde luego, debe utilizar tales conocimientos que podríamos denominar ordinarios, en oposición a los especiales. Pero estas no son las hipótesis que preocupan, sino aquellas en las que el funcionario público consigue información útil para el desempeño de su cargo por vías que inicialmente se presentan como extrañas a las usuales. Para responder a esta pregunta es necesario diferenciar los conocimientos especiales en sentido material (o impropio) de los conocimientos especiales en sentido formal (o propio) (8).

b) *Conocimientos absorbidos por la lógica de la institución (especiales en sentido material)*. Los conocimientos presentan la nota de especialidad material cuando son superiores en grado al del rol social que desempeña el agente, pero están incluidos dentro del conjunto de expectativas legítimas que la institución tiene sobre el titular de la posición de garantía (9). Estos conocimientos no son especiales, o lo son

---

(8) Véase VACCHELLI, *InDret*, 4/2017, p. 18.

(9) Esta idea puede ser articulada con el denominado “pensamiento de la auto-obligación [Selbstverpflichtung] que despierta confianza” como factor de legitimación de los límites de los deberes estatales. Sobre ello, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, ps. 186 ss., en especial nota 210; en profundidad, COCA VILA, “La colisión de deberes en Derecho penal”, 2016, ps. 281 ss.

únicamente en un sentido impropio, en tanto el plexo normativo que estructura el sector del tráfico jurídico respectivo obliga —*solo en caso de poseerlos*— a actualizarlos. El conocimiento en sí no es inherente a la posición jurídica, incluso ella puede ser satisfecha dentro del estándar sin recurrir a ellos, pero debido a que el garante previamente los ha puesto a disposición de la institución, entonces se encuentra obligado a utilizarlos en caso de necesidad. Por ejemplo, el juez penal debe emplear sus conocimientos en psicología para valorar las declaraciones que presten los testigos en los procesos en los que él interviene, si su título de licenciado en psicología hubiera sido ponderado positivamente en el momento en que prestó concurso público de oposición de antecedentes para el cargo; el agente de policía que cuenta con un oído privilegiado, si escucha a la víctima pidiendo auxilio a la distancia, debe utilizar ese conocimiento para acudir en su ayuda, cuando se hubiese valido de él para aprobar el examen físico de ingreso a la fuerza con un resultado sobresaliente. Aquí ha de determinarse si el recurso a saberes (y capacidades) superiores a la media se corresponde con la lógica de la institución —que los habría tenido en cuenta al momento de la designación en el cargo— (10).

c) *Conocimientos adquiridos en ocasión de la función (especiales en sentido material)*. Los conocimientos que el funcionario público se encuentra obligado a activar no son únicamente aquellos adquiridos en el *ejercicio de la función* o los *absorbidos por la lógica de la institución*, sino que también debe hacerlo cuando los haya alcanzado en condiciones bajo las cuales un cometido estatal determinado se actualiza en *ocasión de su función* (11). Esta idea, a la que subyace el principio de informalismo a favor del administrado (12), nos permite trazar un

(10) Véase VACCHELLI, *InDret*, 4/2017, p. 18.

(11) La única excepción a esta regla general se presenta en el caso de los agentes estatales que están encargados de prevenir e investigar hechos delictivos ubicuos, como sucede en aquellos dependientes de los servicios de policía y la fiscalía.

(12) Si bien este es un principio original del Derecho administrativo, puede servirnos como guía hermenéutica para interpretar casos problemáticos en el Derecho penal procesal y material pues, aquí también se trata de priorizar la seguridad y la protección jurídica de las víc-

paralelismo entre ejercicio del cargo y la función oficial, por un lado, y la ocasión (o razón) del ejercicio del cargo y la posición oficial, por otro. Dicho brevemente, el funcionario encargado de la persecución penal tiene el deber de activar el conocimiento adquirido en relación con un hecho delictivo, tanto cuando llega a saber de él con base en su específica actividad (función oficial), como cuando es producto del eco social de su específica actividad (posición oficial) (13).

En relación con esto último, imaginemos al fiscal que recibe una carta en su domicilio fuera de su horario de trabajo, en la cual un anónimo le informa que se ejecutará un hecho delictivo que pondrá en riesgo la vida, integridad, salud o libertad de otras personas, o que contiene una prueba fundamental para un proceso judicial. Es evidente que, bajo estas circunstancias —acaso cuando comparte el almuerzo de domingo con su familia— no se encuentra en ejercicio de su función, pero sí en ocasión de ella, es decir, en *posición oficial*. Es que el testigo ha tenido especialmente en cuenta que le confía la información a un alto funcionario encargado de la investigación criminal. Por lo tanto, su deber es llamar al Secretario de la fiscalía, levantar un acta y realizar las diligencias correspondientes —en su defecto, si él no fuera competente para entender en la causa a la que se refiere la investigación, deberá poner en conocimiento a su superior jerárquico—. Si no lo hace, responderá por la omisión del deber de impedir delitos o de promover la investigación. Asimismo, deberán considerarse las consecuencias de tal omisión en el ámbito disciplinario, pues el llamado a la actuación se dirige a él como funcionario estatal que ocupa una específica posición institucional (14). Ahora bien, amerita un tratamiento distinto el caso más complejo en el que el funcionario percibe *por sí mismo y fortuitamente* información que puede ser decisiva en un proceso judicial o que puede evitar la comisión de un hecho delictivo. Aquí, la adquisición del saber relevante ya no lo es en

timas y testigos como actores fundamentales del proceso penal.

(13) Véase el comentario de VOGLER, “Schrifttum”, GA, 1969, ps. 253 ss.

(14) Véase VACCHELLI, *InDret*, 4/2017, p. 20.

el marco de su *posición oficial de fiscal*, sino en su *condición general de ciudadano*. Veamos.

d) *Conocimientos adquiridos en la condición de ciudadano (especiales en sentido material)*. Cabe también que la información haya sido adquirida fuera del ejercicio del rol social, pero en el marco de la condición de ciudadano. Esta es la hipótesis de los conocimientos alcanzados por azar representada con el ejemplo del juez que reconoce a la supuesta víctima mientras asiste a un espectáculo deportivo, la cual se encuentra sentada a su lado y le comenta a un tercero cómo han sido manipuladas las pruebas para incriminar al acusado. Antes que nada, es necesario dejar en claro que cuando hablamos del buen ciudadano no estamos haciendo referencia a un rol específico, sino al sustrato necesario para que pueda tener lugar la teoría del rol social. Por ello, es mejor referirnos a la ciudadanía como una condición o estado y no como un rol. “Las capacidades llevadas diariamente a la práctica deben ser siempre aplicadas; conocimientos especiales solo puede haber en los roles divisibles”(15). Ser un ciudadano fiel al derecho no es cumplir con un rol social particular. La ciudadanía es el armazón original que se ornamenta con distintos ropajes jurídicos para actuar en un específico sector del tráfico jurídico. Los conocimientos adquiridos casualmente en la condición de ciudadano no son especiales, en tanto son accesibles a cualquier agente independientemente de su posición en el tráfico jurídico, es decir, no son extraños en cuanto a la vía de adquisición y, por lo tanto, no cumplen con la nota de especialidad formal. Si no se puede hablar de rol social en abstracto, entonces tampoco de especialidad en abstracto: esta se determina en cada caso según el conjunto de expectativas que el Estado impone a la específica función que el agente desempeña en la sociedad (16). Así, cuando la persona solo ostente su condición de ciudadano al margen de cualquier rol, la no utilización del conocimiento (¡exclusivamente en su condición de ciudadano!) únicamente podrá acarrearle responsabilidad por la infracción de un deber de solidaridad mínimo.

---

(15) JAKOBS, LH-Struensee, 2012, p. 281.

(16) Véase, DÍAZ ARANA, “La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado”, *Cuadernos de Derecho penal*, [11], 2014, p. 139.

En el ejemplo, aunque el magistrado alcanza la información fuera del ejercicio de su función, no se trata de un dato adquirido en el ejercicio de otro rol —que como veremos a continuación, es el único conocimiento especial en sentido estricto (formal) considerado no vinculante para el garante—. Si se postula una división impermeable de papeles y, en consecuencia, se argumenta que el juez igualmente debe cumplir con su rol de juzgador y condenar al inocente por homicidio, se confunde la condición de ciudadano con un rol social. El resultado sería, desde luego, extravagante y paradójico: el juez condenaría a un inocente, sabiendo que existe un testigo que puede darle un giro inesperado al proceso (¡él mismo!). Pero, a su vez, para encontrarse efectivamente habilitado a fallar, y no caer en las incompatibilidades que existen para los magistrados que han sido testigos en la causa en que intervienen, no debería en su condición de ciudadano acudir a las autoridades para impedir que se cometa un delito en contra de la libertad del acusado y, por lo tanto, podría infringir un deber de solidaridad mínimo. De este modo, el magistrado se hallaría realmente en aprietos, pues si guiado por el ideal de Justicia absuelve a pesar de que todas las pruebas conducen a un veredicto de culpabilidad, debería ser castigado por prevaricación. Pero si resignado opta por la única alternativa posible, se dirige a la fiscalía y declara como testigo, al salir de allí, probablemente debería abstenerse de conocer (en tanto juez) del procedimiento penal en concreto. Entonces, la pregunta clave que debemos plantearnos aquí es ¿dónde queda la ortodoxia propia de la teoría del rol social? (17).

Según entiendo, el juez que toma conocimiento fuera del ejercicio del cargo de que el acusado es inocente y de que todo el proceso penal ha sido fraguado por una de las partes para atentar contra la libertad de la otra debe, en su condición de ciudadano, dar noticia a la autoridad competente. Ahora bien, esta adquisición fortuita de conocimiento lo colocará, desde luego, en una especial situación de conflicto de intereses respecto del procedimiento penal del que conoce. En consecuencia, el juzgador estaría obligado a abstenerse de conocer de una causa al poseer la condición material

---

(17) Véase VACCHELLI, *InDret*, 4/2017, p. 22.



de testigo de los hechos enjuiciados. Es que las causas de abstención que vinculan al juez funcionan como un puente jurídico que el legislador tiende entre ambos mundos para equilibrarlos en una dinámica recíproca en la que el rol de funcionario público irrita a la condición de ciudadano —p. ej., incompatibilidades para realizar actividades comerciales, ejercer determinados puestos políticos, etc.— y a la inversa la condición de ciudadano irrita el rol de funcionario —régimen de abstenciones y recusaciones—.

Por último, el caso del juez penal presenta una particularidad que lo hace muy interesante y cuya mención no podemos ahorrarnos: la relación específica que existe entre el régimen de causas de abstención y el delito de prevaricación. El magistrado que decidiera no abstenerse de entender en la causa cuando existiera una causal manifiesta que lo obliga (su condición de testigo, por ejemplo) inicialmente respondería, dado el caso, por una omisión pura, en tanto falta disciplinaria, por la inobservancia del deber de abstención, a sabiendas, de que concurre alguna de las causas legalmente previstas (18). Entonces podríamos arriesgar la hipótesis de que el juez que no se inhibe cuando conoce que existe una causa manifiesta que le obliga a abstenerse de entender en determinado pleito, e igualmente dicta sentencia, infringe su deber positivo de imparcialidad para con la Administración de justicia y podría ser castigado por prevaricación. Sin embargo, no debe perderse de vista que no toda omisión del garante es automáticamente equivalente a la comisión y, por lo tanto, todavía quedaría pendiente comprobar la correspondiente imputación objetiva de la ulterior lesión de bienes jurídicos; me refiero aquí a la privación ilegítima de la libertad del acusado en caso de que decidiera no declarar (19). Por su parte, en contextos de pluralidad

de intervinientes en los que la prevaricación tenga el sentido delictivo de una adaptación al plan del autor, cabe considerar una participación omisiva del juez en el delito de privación ilegítima de libertad: imaginemos una modificación del caso en la que nuestro juez llega a su casa después de ver a la víctima con vida en el espectáculo deportivo y recibe un llamado telefónico en el que se le ofrece una suma de dinero a cambio de su silencio, que acepta.

e) *Conocimientos adquiridos durante el desempeño de otro rol social (únicos especiales en sentido formal)*. Por último, tendrán una solución diversa aquellos casos en los que el conocimiento surge del desempeño de otro rol. En estos casos ya no estaremos frente a un conocimiento adquirido en el ejercicio del rol (a), absorbido por la lógica de la institución (b), alcanzado en ocasión del ejercicio del rol (c) u obtenido en la condición de ciudadano (d). Y así, llegamos al meollo de la discusión: el conocimiento conseguido en el ejercicio de otro rol es el único especial en sentido formal o propio. Aquí corresponde situar la solución del caso del ministro de medio ambiente que antes de asumir su cargo ejerció como sacerdote y, en el mo-

así tanto respecto a las lesiones que se causen a la institución, como respecto a las lesiones que se causen a ulteriores bienes jurídicos. En el caso del juez la omisión de activar un conocimiento especial no acarrea (automáticamente) responsabilidad por prevaricación en concurso con privación ilegítima de la libertad, si no se comprueba el nexo de imputación objetiva entre la omisión y los resultados. Cuando el agente se integra a la institución lo hace también en una compleja red de expectativas que condicionan su actividad y configuran su posición institucional, haciendo de él un centro de imputación de específicos derechos y deberes (SILVA SÁNCHEZ, ADPE, [2], 2012, p. 112). Las expectativas de comportamiento que se dirigen contra el funcionario público en su específico rol, son producto de la relación institucional en la que este entra voluntariamente, en consecuencia, lo relevante para la teoría de la imputación penal no es la lesión de la institución en sí, sino el haz de derechos y deberes predeterminados que subyace a ella (ROBLES PLANAS, “La participación en el delito”, 2003, p. 211; el mismo, *InDret*, [4], 2013, p. 10). Es precisamente esta la esencia de la teoría de la imputación objetiva en lo que respecta a la determinación de riesgos prohibidos y permitidos, conforme a la cual las normativas extrapenales y extrajurídicas se convierten en elementos fundamentales para calificar una omisión como un comportamiento desaprobado vinculado con la producción de un determinado resultado (idem).

(18) Ampliamente sobre la naturaleza jurídica del deber de abstención, GALÁN GONZÁLEZ, “Protección de la imparcialidad judicial”, 2005, p. 314 ss.

(19) Aun cuando estemos hablando de aquellas instituciones que tienen una relevancia significativa para la subsistencia de la sociedad, en la lesión del garante a la relación institucional, en nuestro caso, el funcionario respecto de la Administración, deberá comprobarse una relación de imputación objetiva entre la creación desaprobada del riesgo y el resultado. Y esto deberá ser

mento en el que su dependencia debe intervenir con un dictamen vinculante para conceder un área de explotación a una empresa minera, recuerda que su CEO, un antiguo miembro de su parroquia, le había revelado como confesor que su empresa reducía costos vertiendo residuos tóxicos de un modo que era indetectable para el organismo de control y con graves consecuencias contaminantes a mediano plazo. Este es un supuesto modélico en el que el agente ostenta un conocimiento especial formal y que, como tal, no debe activar. La nota de especialidad formal es la que caracteriza al conocimiento obtenido por medio de un rol social distinto. Estos son los únicos conocimientos que deben ser considerados especiales en sentido estricto y a cuya utilización, como regla general, no está obligado el funcionario público. Es más, la división tajante de roles no solo liberará al agente de la obligación de activar la información, sino que, en muchos casos le prohibirá utilizarla, por ejemplo, bajo pena de infringir normas que castigan la revelación de secretos ajenos que hayan sido conocidos por razón del oficio o relaciones laborales (20).

El ministro no debe utilizar aquella información que le reveló el CEO de la empresa ofertante cuando era sacerdote, pues la misma no ha sido adquirida en el ejercicio del cargo —supongamos mediante la denuncia de un contraferente o la presentación realizada por una organización ecologista— ni tampoco es producto de un contacto accidental inherente a la condición de ciudadano —no ha escuchado fortuitamente en el tren los detalles de la maniobra contaminante—. Si en el futuro se comprueba que la empresa ganadora de la concesión contaminó los ríos del pueblo y el ministro de medio ambiente tenía conocimiento de este dato al momento de generar su dictamen vinculante (que se basó exclusivamente en elementos objetivos y válidamente incorporados al proceso administrativo), inicialmente no habrá responsabilidad alguna, pues el conocimiento de tal circunstancia lo obtuvo en ejercicio de otro rol social, el

del Ministerio eclesiástico. No obstante, excepcionalmente en estos casos podría suscitarse un conflicto de deberes a resolverse mediante un estado de necesidad, cuando el sacerdote tuviese que decidir si violar el secreto de confesión o impedir lesiones para otros bienes jurídicos, tales como la vida de los habitantes del pueblo en el que tendría lugar la explotación minera. De momento, esta cuestión debe permanecer abierta.

### III. Conclusiones

Las premisas que asumo se estructuran sobre un doble eje: condición de ciudadano vs. rol social y conocimientos ordinarios o especiales-materiales vs. conocimientos especiales-formales (21). Mi objetivo no ha sido sencillamente defender el potencial de un entendimiento normativo de los roles sociales como sustrato de la moderna teoría de la imputación objetiva, demostrando que una concepción drástica de aquellos no alcanza su objetivo por formalista y que, en última instancia, requiere precisiones en los casos límite. Esto sería un ejercicio puramente académico que no nos permitiría fisurar la visión de paralaje que atraviesa la discusión sobre qué hacer con lo que llega a saber el funcionario público al margen de su función. El punto crucial de mi tesis se encuentra representada en la solución brindada al caso del juez donde se identifica la envoltura formal del error que padece la doctrina mayoritaria, tanto en el ámbito procesal como material. En el análisis de estos supuestos, atacamos la clásica imagen engañosa de la función pública como una posición de garante de contornos rígidos, pero paradójicamente abstractos y, al mismo tiempo, comprobamos que a la pareja de conceptos rol social/condición de ciudadano subyacen numerosos vasos comunicantes que conectan ambos mundos y hacen posible la plasticidad de la máscara frente a la auténtica posición individual de la persona. Sin embargo, solo al analizar el caso del ministro de medio ambiente puede verse que lo que está en juego en mi esfuerzo teórico-práctico no es únicamente identificar la estrecha conexión que existe entre la dimensión del fun-

(20) La decisión sobre la utilización del conocimiento adquirido en el ejercicio de otro rol social usualmente no será dejada en manos de su poseedor. Sobre los canales institucionalizados en la resolución de los conflictos entre razones de obligación, en detalle, COCA VILA, “La colisión de deberes en Derecho penal”, 2016, ps. 306 ss.

(21) Véase VACCHELLI, *InDret*, 4/2017, ps. 24 s.

cionario y el ciudadano, sino advertir que la nota esencial de la especialidad formal de un conocimiento y su efecto cerrojo, se encuentra demarcada por el desempeño de otro rol social. Finalmente, la importancia de la esfera privada del ciudadano, se pone de relieve cuando se postula una solución sostenible en el tiempo para el ejemplo del fiscal.

En definitiva, las tesis centrales presentadas anteriormente pueden resumirse en los siguientes puntos:

Conocimientos ordinarios y especiales en sentido material:

I. El funcionario público se encuentra obligado a utilizar aquella información que supere el estándar medio exigido por la función cuando sea adquirida: en ejercicio del cargo (función oficial); en ocasión de su ejercicio (posición oficial); en un aprendizaje particular que ha sido absorbido por la lógica de la institución; o fortuitamente en su condición de ciudadano (regulación comunicante).

II. Aquellos *conocimientos* son *especiales solo en apariencia* ya que se presentan como presuestos ordinarios del fiel cumplimiento de la posición de garantía. Dicho de otro modo, se trata de saberes equiparables a los ordinarios que deben ser activados.

III. Su no utilización acarrea, al menos, responsabilidad disciplinaria y/o penal a título de omisión en el sector del tráfico jurídico correspondiente.

IV. Para abordar las tensiones que pudieran presentarse entre la condición de ciudadano y el desempeño de un determinado rol social se deberá estar a la regulación procesal, adminis-

trativa y disciplinaria, que vincula las diversas posiciones jurídicas, obstruyendo en algunos casos y posibilitando en otros flujos de información relevante (régimenes de incompatibilidades y causas de abstención específicas de los funcionarios públicos).

Conocimientos especiales en sentido formal:

V. Estos postulados diseñan una teoría restrictiva y normativa del rol social, en donde la *nota de especialidad formal* de un determinado saber consiste únicamente en que este se ha obtenido en el *ejercicio de un rol distinto*.

VI. Como regla general, el funcionario público no está obligado a utilizar sus conocimientos especiales *formales* para cumplir con su posición de garantía.

VII. Es más, su activación usualmente estará prohibida al existir deberes de confidencialidad o secreto. Caso contrario, podrá incorporarlos facultativamente pasando a formar parte de su relación con la institución.

VIII. En este último supuesto, su manipulación implicará responsabilidad en comisión por omisión.

IX. Cuando la omisión del funcionario público en contextos de pluralidad de intervinientes adquiera el sentido de una adaptación al hecho delictivo del autor, podrá considerarse una participación omisiva.

X. Excepcionalmente, el titular de un rol podrá verse excusado de su deber de reserva cuando exista una colisión de deberes en el marco de una eventual lesión a bienes jurídicos fundamentales a resolverse mediante el estado de necesidad.

# Corrupción y derechos humanos desde la perspectiva reguladora argentina

POR PATRICIO N. SABADINI <sup>(\*)</sup>

**Sumario: I. Introducción.— II. Crisis financiera, corrupción y marco regulatorio.— III. Corrupción y selectividad desde el prisma argentino.— IV. Decreto de necesidad y urgencia de extinción del dominio 62/2019.— V. ¿Delito económico de carácter político?— VI. ¿*Quo vadis* Argentina?— VII. Colofón.**

## I. Introducción

Corrupción y derechos humanos en Argentina configuran temas de relevancia hoy en día. Tenga en cuenta que el dinero, como ganancia ilícita de la corrupción, es un déficit social al evaluar lo que habría sido su destino como escuelas, seguridad, trabajo, todos presupuestos que hacen que el Estado sea alcanzable de acuerdo con sus objetivos. La corrupción en el sector público implica una burla de los objetivos constitucionales, vinculantes en todos los niveles en los que se ejerce el poder público, desde la elaboración de leyes hasta actos administrativos singulares, que se traicionan a favor de los intereses particulares de los administradores del poder o de aquellos que intervienen, desviándose, en el proceso de toma de decisiones por parte de ellos. Desde la perspectiva administrativa y jurídico-política, la corrupción es, en primer lugar, una desviación, por parte de las autoridades y los funcionarios, del interés público legalmente determinado. En Argentina, el tema ha estado en boga, no solo desde un punto de vista legal, sino también político, precisamente desde 2015, después de las elecciones presidenciales en las que el presidente saliente dejó el poder después de gobernar doce años ininterrumpidos. Dado el nuevo panorama político, un sistema judicial que funciona con los tiempos de la política, ha colocado varias herramientas en el marco del proceso

penal para aclarar los actos de corrupción, dos de ellos son, la figura del arrepentido (o delación premiada) y la extinción de dominio de los objetos consecuencia de las maniobras de corrupción. En el caso del arrepentido, siguiendo el ejemplo de otros países de la región como Brasil, luego de los escándalos de Mensalao y Lavajato, este último llevado a cabo por la relevante empresa brasileña Odebrecht. En el caso de Odebrecht, todos los países de la región han acelerado sus procesos a través del mecanismo de adjudicación de premios (Perú, Colombia, etc.) con la excepción de Argentina, por razones puramente políticas (Odebrecht posee vínculos con el gobierno actual). Con respecto a la extinción de la propiedad, el punto problemático es que el Estado desea apropiarse de ganancias sin que haya una condena firme en el proceso penal que lo tilde de ilícito, lo que violaría principios constitucionales como el de inocencia y la no retroactividad del derecho penal. Desde el punto de vista macro, se intentará analizar la corrupción desde la perspectiva de decisiones económicas incorrectas (voluntarias e involuntarias) de un Estado o responder a la pregunta ¿Son actos de corrupción, en el marco de un concepto económico-político, aquellos que benefician al sector financiero en detrimento de la economía de la población, fomentados y/o tolerados por el Estado?

## II. Crisis financiera, corrupción y marco regulatorio

De uso común, la palabra “corrupción” y sus términos complementarios “corrupto” y “corromper”, poseen varios significados. Primero,

<sup>(\*)</sup> Exbecario Max Planck Institut, departamento de Criminología (Friburgo-Alemania). Profesor adjunto de Derecho Penal, Parte General; Universidad de la Cuenca del Plata (Corrientes-Argentina). Fiscal Federal de Resistencia, Chaco.

“corrupción” se refiere a la degradación del sentido ético de los agentes, a su falta de integridad moral o incluso a su depravación. Ciertos motivos o rasgos de carácter de un agente pueden ser llamados “corrupto” en este sentido y “corruptor” puede llamarse a los negativos efectos que se derivan de las acciones provocadas por estos, actuando sobre otras personas, e indirectamente sobre sus costumbres o instituciones sociales.

Luego, la “corrupción” describe genéricamente una serie de prácticas sociales, independientemente de cómo estén motivados, que surjan de provocar un estado de degradación en ciertas instituciones. En este sentido, el significado de la palabra no se centra tanto en las fallas morales de las personas como en las premisas sociales y las consecuencias de su comportamiento.

Finalmente, algunas de esas prácticas, como los sobornos, son a sí mismos llamados “corrupción”, no tanto por sus premisas o maniobras ardidasas, sino específicamente en virtud de sus propias características.

Además de la representación normativa común de la corrupción como alguna falla moral en el individuo y cáncer en la empresa —siendo, además, una realidad empresarial— se pueden delinear algunos tópicos (1):

(1) Cfr. FINDLAY, Mark, “Crime, Development and Corruption: Cultural Dynamic-Global Challenge?”, en CANEPPELE, Stefano - CALDERONI, Francesco (eds.), *Organized Crime, Corruption and Crime Prevention*, Switzerland, Springer, 2014, ps. 169 y ss.; GAMBETTA, Diego, “Corruption: An Analytical Map”, en KOTKIN, Stephen - SAJÓ, Andrés, *Political Corruption in Transition*, Central European University Press, Budapest 2002, ps. 33 y ss. Los casos centrales de corrupción involucran cuatro componentes claves: 1. un funcionario público (A) que, actuando para beneficio personal, 2. viola las normas del cargo público y 3. perjudica los intereses del público (B), 4. para beneficiar a un tercero (C) que recompensa a A por el acceso a bienes o servicios que C no obtendría de otra manera. Las actividades que cumplen los cuatro criterios son corruptas, aunque también hay muchos casos donde solo tres de los cuatro elementos están presentes pero donde están justificados al afirmar que la acción / relación es corrupta, así PHILP, Mark, “Political Corruption, Democratization, and Reform”, en KOTKIN, Stephen - SAJÓ, Andrés, *Political Corruption in Transition*, Central European University Press, Budapest, 2002, ps. 57 y ss.

- La corrupción es una relación entre partes interesadas que disfrutaban de diferentes grados de poder en la relación.

- La corrupción es una realidad del mercado que a menudo facilita la legitimidad e ilegitimidad del comercio.

- Las motivaciones para la corrupción están influenciadas por prioridades comunes de ganancias.

- La moral no es una consideración esencial para la definición de corrupción.

- Las redes de confianza son claramente relativas culturalmente: la violación de confianza ya que la corrupción depende en gran medida de la ubicación cultural.

- La corrupción surge del desequilibrio de poder.

Las consecuencias negativas previstas de la corrupción son (2):

a) *Reducción de inversiones y crecimiento económico.* La mayoría de la evidencia empírica está de acuerdo en identificar la corrupción como un factor importante de aumento de costos e incertidumbre, por lo tanto reducir las inversiones y, en consecuencia, la tasa de crecimiento económico. La corrupción es perjudicial para el crecimiento y las inversiones, especialmente en países con un sistema poco confiable en sus instituciones.

b) *El crecimiento es el reducido incentivo de las inversiones privadas.* La corrupción desalentaría la innovación, ya que las autoridades gobernantes tienden a prohibir la entrada a innovadores, a cambio de sobornos de empresas establecidas.

c) *Alteración de los mecanismos de precios y distorsión de los derechos de propiedad.* La corrupción afecta la libre competencia y la expulsión de las empresas respetuosas de la ley.

Además, distorsiona la ejecución de los contratos y la protección de derechos de propiedad.

(2) Cfr. FINDLAY, Mark, “Crime, Development and Corruption...”, cit., p. 173.

dad. La burocracia tiende a ser causa y efecto al mismo tiempo. De hecho, los burócratas son inducidos a expandir las prácticas reguladoras y ralentizar los procesos burocráticos para persuadir a los clientes del gobierno de que paguen sobornos.

d) *Alteración del mercado laboral.* La corrupción conlleva el reclutamiento de personal inadecuado; esto afectaría la productividad y distorsionaría las inversiones en educación. En consecuencia, el capital humano tiende a preferir la búsqueda de rentas a las actividades de producción.

Uno de los supuestos más comunes de los estudios del campo de la psicología y criminología es que la corrupción, en el marco del crimen económico, no puede explicarse desde psicopatologías. En la mayoría de los casos, los criminólogos parecen haber dejado el problema a los penalistas que se ocupan del hecho, no con quien lo cometió. *Sutherland*, padre del término “crimen de cuello blanco”, argumenta que la patología social o individual no explica tales comportamientos, y esta idea ha acompañado a todas las investigaciones criminológicas posteriores. Según el mismo, los empresarios son capaces, emocionalmente equilibrados, y la patología, en este caso, no juega ningún papel. No se puede pensar que General Motors posee un complejo de inferioridad, o que las compañías tienen un complejo de Edipo, etc. (3).

Se atribuye en parte la actual crisis financiera mundial a la presencia de personas con muchas características psicópatas, o incluso verdaderos psicópatas, en la cima de muchas grandes corporaciones, especialmente las financieras. Algunos son violentos y terminan en prisión, mientras que otros desarrollan sus carreras en empresas.

Además de otros psicópatas, los del ámbito corporativo son encantadores, elegantes, carismáticos, extrovertidos, gratificantes, seguros de

sí mismo, maquiavélicos, narcisistas, parásitos, mentirosos, arrogantes, no confiables, manipuladores e incapaces de remordimiento

Durante la última década, se ha desarrollado un marco legal internacional para abordar la corrupción. Este marco incluye la Convención de las Naciones Unidas contra Corrupción (CNUCC) que entró en vigor en 2005 y se está acercando a la universal ratificación. La CNUCC es el único instrumento anticorrupción legalmente vinculante a nivel mundial. El enfoque de largo alcance de la convención y el carácter obligatorio de muchas de sus disposiciones la convierte en una herramienta única para desarrollar una respuesta integral a un problema global (4). La historia de la internacionalización de las herramientas anticorrupción es conocida: intentos y fracasos de los años setenta y ochenta; el papel crucial de la legislatura de los Estados Unidos; y finalmente los crecientes éxitos desde mediados de la década de 1990. Desde entonces, y especialmente recientemente, el proceso de internacionalización de la llamada lucha contra la corrupción ha tenido tres características principales: a) la propagación de acciones dirigidas a la corrupción, que conducen a la abundancia —y, potencialmente, a la dispersión o redundancia— de iniciativas legales; b) la diversificación de lo local (regional, universal) y los sentidos (criminalización del soborno pasivo o activo, del soborno público o privado, etc.) de los esfuerzos de internacionalización; y c), como consecuencia y causa de los dos fenómenos anterior-

(4) Cfr. VLASSIS, Dimitri, “An Anticorruption Ethics and Compliance Program for Business: A Practical Guide”, en MANACORDA, Stefano - CENTONZE, Francesco - FORTI, Gabrio (eds.), *Preventing Corporate Corruption The Anti-Bribery Compliance Model*, Switzerland, Springer, 2014, ps. 279 y ss.; DE DOELDER, Hans, “An International Approach Towards Corruption”, en CANEPPELE, Stefano - CALDERONI, Francesco (eds.), *Organized Crime, Corruption and Crime Prevention*, Switzerland, Springer, 2014, ps. 151 y ss. La evolución, que ha tenido lugar en los últimos 15 años, está vinculada a un cambio en énfasis hacia el sector privado. Progresivamente, el enfoque se ha desplazado hacia: un enfoque relacionado con los negocios. Cfr. TRICOT, Juliette, “Corporate Anti-Bribery Self-Regulation and the International Legal Framework”, en MANACORDA, Stefano - CENTONZE, Francesco - FORTI, Gabrio (eds.), *Preventing Corporate Corruption The Anti-Bribery Compliance Model*, Switzerland, Springer, 2014, p. 253.

(3) Cfr. MERZAGORA, Isabella - PENNATI, Ambrogio - TRAVAINI, Guido V., “Psychology and Psychopathology of White collar crime”, en CANEPPELE, Stefano - CALDERONI, Francesco (eds.), *Organized Crime, Corruption and Crime Prevention*, Switzerland, Springer, 2014, ps. 169 y ss.



res, la multiplicación de actores que llevan a cabo iniciativas anticorrupción (5).

El enfoque relacionado con los negocios se ha desarrollado sobre la base de múltiples intentos de implicar al sector privado y asociarlo con la lucha contra la corrupción. Aquí, la atención se centra en prevenir prácticas corruptas a través de la participación de aquellos que pueden ser autores potenciales o víctimas de tales prácticas. Como resultado, se ofrece al sector privado la posibilidad de cambiar su papel, de uno negativo (como autor o víctima) a uno más positivo: ser parte de la solución en lugar del problema. En otras palabras, pasar de ser sujetos / objetos anticorrupción política para convertirse en actores dentro de esas políticas (6).

### II.1. El rol de entidades financieras

El rol de entidades crediticias o financieras globales guardan un papel relevante en la lucha contra la corrupción (7). El Banco Mundial ha creado su propio programa anticorrupción interno que incluye la Vicepresidencia de Integridad (INT). INT es la oficina responsable de recibir, investigar y perseguir sanciones en casos de corrupción en proyectos que financia la entidad. Pero eso es más que suficiente. Su jurisdicción posee paralelos con las entidades policiales nacionales, aunque solo observa infracciones administrativas de las propias reglas del banco. No realiza investigaciones penales ni hace cumplir las leyes de ningún país; solo hacer cumplir la política anticorrupción del BM. En cierto sentido, este régimen administrativo ha llenado un vacío y apoya el trabajo de las autoridades y jurisdicciones locales en difíciles entornos para combatir el fraude y la corrupción. Posee equipo de investigadores, fiscales, auditores forenses y analistas de todo el mundo que investigan estos casos, como determinar si se han violado las políticas del banco y luego procesar los casos den-

tro del propio sistema de adjudicación y sanciones de la entidad (8).

Una vez que se levantó el silencio informal que había ocultado la cuestión de la corrupción, el Banco Mundial reconoció que la misma era un comportamiento de alto costo. Aparecieron varios estudios que mostraron que los gobiernos sufrieron pérdidas sustanciales en los ingresos fiscales. La corrupción sistémica alimenta un ciclo en el que la pérdida de ingresos por impuestos, profundizaron la escasez fiscal y la incapacidad de pagar salarios a los funcionarios públicos.

Los costos de reputación eran tan evidentes en los persistentes malos comportamientos y en la evitación de los inversores extranjeros de los mercados conocidos por su incertidumbre (9). La corrupción sistémica redujo las tasas de crecimiento económico y la legitimidad percibida del sistema político. Los inversores internacionales enfrentan un dilema cuando inician operaciones en circunstancias de mala gobernanza y corrupción sistémica.

### III. Corrupción y selectividad desde el prisma argentino

La investigación de la corrupción en Argentina es selectiva, simbólica y política. Las demandas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en términos de transparencia, han exigido en el país que incorpore herramientas para jueces y fiscales con el fin de combatir la corrupción y acelerar los procesos penales. En este hilo se ha incorporado la ley del arrepentido (ley 27.304), o también se conoce en otros países como delación premiada. Es una posibilidad que el acusado tiene de revelar a otros sospechosos de mayor relevancia en la organización criminal a cambio de una disminución de la pena, entre algunos beneficios. Aun así, la herramienta ha sido utilizada con habitualidad en los últimos tiempos. El ejemplo más palpable es el caso de la constructora brasileña Odebrecht. La causa más im-

(5) Así TRICOT, Juliette, "Corporate...", cit., p. 252.

(6) *Ibidem*.

(7) ZIMMERMAN, Stephen, "Globalizing the Fight Against Corruption", en MANACORDA, Stefano - CENTONZE, Francesco - FORTI, Gabrio (eds.), *Preventing Corporate...*, cit., ps. 309 y ss.

(8) HEILBRUNN, John R., "The Fight Against Corruption: The World Bank Debarment Policy", en MANACORDA, Stefano - CENTONZE, Francesco - FORTI, Gabrio (eds.), *Preventing Corporate...*, cit., ps. 315 y ss.

(9) Así HEILBRUNN, John R., "The Fight...", cit., p. 321.

portante de corrupción en la historia de América Latina.

El caso Odebrecht es una investigación del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, junto con otros diez países de América Latina que detalla que se habría pagado sobornos a presidentes, expresidentes y funcionarios en doce países: Angola, Argentina, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela, durante los últimos veinte años, para obtener beneficios en la contratación pública.

Con respecto a Argentina, según el sistema de justicia de Estados Unidos entre 2007 y 2014, Odebrecht realizó múltiples pagos de sobornos por valor, al menos, de treinta y cinco millones de dólares a funcionarios gubernamentales. En enero de 2017, el jefe de la Agencia Federal de Inteligencia, una persona de confianza del actual presidente argentino Mauricio Macri, fue acusado de recibir sobornos y otras donaciones de Odebrecht. Entre el 25 y el 27 de septiembre de 2013, un operador financiero brasileño condenado por el sistema de justicia de su país por el caso Lavajato, transfirió más de medio millón de dólares a una cuenta del actual jefe del departamento de inteligencia, para el pago de sobornos, lavado de dinero, fraude patrimonial y fiscal. Recibió casi seiscientos mil dólares en una cuenta en Suiza. La Fiscalía solicitó al banco suizo Credit Suisse que informara sobre las transferencias registradas entre el 25 y el 27 de septiembre de 2013, en la cuenta del jefe de inteligencia.

También se presume que una de las tres investigaciones que generaron el caso Odebrecht en Argentina involucraría seriamente al primo del presidente Mauricio Macri, Ángel Calcaterra, para el trabajo del denominado soterramiento del ferrocarril Sarmiento; y la compañía IECSA, propiedad de Calcaterra. Los otros dos casos penales de Odebrecht involucran a funcionarios que actualmente son opositores políticos. Los casos penales no avanzan porque esto avanzaría el caso penal contra Calcaterra.

Hoy, el progreso del expediente penal de las tres investigaciones de Odebrecht es lento, a diferencia de lo que sucede en otros países

como Brasil, Panamá, Colombia, Perú (con un expresidente que acaba de suicidarse), Guatemala y México. En estos casos, la figura del arrepentido o delación premiada fue efectiva para lograr evidencia y alcanzar la verdad de los hechos, con funcionarios y jefes de estado encarcelados por corrupción y lavado de dinero. En el expediente argentino que involucra indirectamente al presidente Macri, el avance está relacionado con el contexto electoral. Avance según las posibilidades del presidente de ser reelecto.

#### **IV. Decreto de necesidad y urgencia de extinción del dominio 62/2019**

El decreto hace posible, en justicia civil, incautar el producto del delito como el narcotráfico, el tráfico de personas y la corrupción, simplemente iniciando una investigación, es decir, sin que haya una condena en un caso penal, lo que viola el principio de inocencia (podría hacer al Estado responsable de los daños) y aplicarse retroactivamente a los casos penales iniciados antes del decreto, violando el principio constitucional de no retroactividad del derecho penal. Esta decisión del Presidente también viola la Constitución Nacional porque está prohibido que el mismo dicte resoluciones de naturaleza criminal. El código penal argentino prevé la extinción del dominio solo en ciertos casos (art. 23 Cód. Penal) antes de la condena, por ejemplo, si el acusado reconoce la ilegalidad del origen del dinero, si el acusado murió o está prófugo. Este decreto del presidente Macri se basó en obstáculos burocráticos, de los diferentes proyectos de ley de extinción de dominio que se están debatiendo en el Parlamento argentino. El argumento también es controvertido porque las discusiones en el Parlamento son saludables para una democracia.

#### **V. ¿Delito económico de carácter político?**

Las crisis económicas y financieras de la Modernidad están acompañadas por la cuestión penal de si existen delitos económico-políticos, esto es, si hay delitos cuyo merecimiento de pena surge de la destrucción de los fundamentos vitales de muchos ciudadanos, consecuencia de decisiones económicas por las que se debe responder. Entiende Wolfgang Nauc-

ke (10) por “político” a la intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos criminales. De esta forma, el delito económico-político será aquel que es tolerado o incluso fortalecido por el propio Estado (11).

Acercarse al concepto de delito económico-político es, a su vez, buscar apoyo en el desarrollo moderno de la criminalidad de Estado. Un delito económico-político es aquel que con la ayuda de una organización económica destruye la libertad. Político es un delito económico que aparece como un poder auspiciado o no controlado por el Estado y que mediante su fuerza puede destruir la libertad. Así, la expresión “delito económico-político” no se denota en lo político en el sentido de un hecho motivado por la búsqueda de poder, el delito económico-político es aquel delito económico nocivo para la libertad personal y de las instituciones jurídicas que la protegen. Para *Naucke* la crisis financiera no se trató de una falla del sistema, sino de hechos que conforme a la ley, la doctrina y la jurisprudencia son punibles, posiblemente bajo la forma de una criminalidad organizada mundialmente. A su vez, esta concepción choca con el reproche proveniente de las ciencias económicas, que califican a estos planteamientos como “populistas” y “simplificadores”. Esta crítica encuentra eco en el Derecho penal; casualmente dos de los autores que la reciben y proponen una solución diametralmente distinta a *Naucke*, son o han sido también profesores de Frankfurt: Klaus Lüderssen y Winfried Hassemer.

Ante esta situación, y a la vista de la crisis financiera internacional, la doctrina penal se ha formulado varias preguntas decisivas, una de ellas es ¿Es posible para el derecho penal intervenir de algún modo en crisis globales de semejante magnitud? Esta pregunta admite respuestas del todo distintas y, dependiendo de cuál sea dicha respuesta, así seguirá la de las

preguntas subsiguientes. Se mantiene, por un lado, que el Derecho penal no es un instrumento adecuado (por su propia naturaleza y fines) para intervenir en crisis económicas de carácter global, dado que no dispone de los instrumentos adecuados para ello. Quienes sostienen este punto de vista valoran la crisis como un fracaso sistémico del mercado financiero, cuya complejidad impide la imputación individual de responsabilidades, que, en último término, lleva al derecho penal económico a sus límites.

Frente aarnos con culpar a los mercados, al sistema financiero en general, existen personas e instituciones responsables, que deberían responder, de la misma manera que los crímenes del nacionalsocialismo fueron responsabilidad de quienes los cometieron y no solo de las ideas fascistas. En la segunda línea se sitúan los que creen posible esclarecer con ayuda del derecho penal económico un injusto individual imputable y, de ese modo, prevenir futuras crisis.

## VI. ¿*Quo vadis* Argentina?

En Argentina pueden darse los primeros pasos en torno a una discusión de los alcances de medidas político-económicas sobre la población. En los últimos tres años, se han tomado decisiones desde el seno del gobierno actual que podría darnos alguna dirección:

1. Excesiva toma de deudas para pagar intereses sobre bonos en dólares: se agregaron unos 44,969 millones de dólares a la deuda que arrastró al país a fines de 2017, cuando la deuda externa a valor nominal era de 232,952 millones de dólares.

2. Devaluación de la moneda argentina y aumento de la pobreza: la pobreza alcanzó el 32% según los índices estadísticos oficiales. De este porcentaje, el 51,7% son niños. Debido al impacto de la recesión, el ajuste y la mega devaluación, el salario mínimo, medido en dólares, se derrumbó 52,9%.

3. Recurso al Fondo Monetario Internacional: con antecedentes negativos en Argentina después de la crisis económica de 2001, propone ajustes profundos como reformas en el sistema de jubilación y en el sector laboral.

(10) Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat: Eine Annäherung; LIT; Auflage: 1., Aufl. Berlin 2012; existe traducción e introducción al opúsculo a cargo del prof. Eugenio SARRABAYROUSE, en NAUCKE, Wolfgang, “El concepto de delito económico-político. Una aproximación”, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2015, ps. 11-29.

(11) NAUCKE, Wolfgang, “El concepto...”, cit., p. 2.

4. Inseguridad monetaria: todas estas medidas sin contar que exfuncionarios del presidente poseían acciones en empresas como Shell, que contrataban con el Estado argentino, y que provocaron devaluación de la moneda con ganancias personales producto de esta devaluación.

## VII. Colofón

Los actores económicos y políticos de la globalización generan relaciones de corrupción como opciones de negocio, cuando la modernización se plantea con fuerza. Aun así, las agencias financieras mundiales y las organizaciones internacionales todavía tienden a culpar a los corruptos, en lugar de analizar su parte en el proceso de corrupción en contextos culturales particulares. La persecución de

la corrupción en Argentina es selectiva pues no se investiga al poder vigente sino al que lo ha dejado; simbólica en lo normativo pues los alcances de herramientas como la extinción de dominio y la figura del arrepentido para el combate de la corrupción son limitados; y de neto carácter político. El poder judicial investiga las causas penales al compás de los vientos políticos. La implementación de la figura del arrepentido debe ser aplicada de modo cuidadoso sin que configure una extorsión y herramienta política contra opositores. La extinción de dominio debe estar prevista por ley y no por resolución del presidente de la Nación, y debe ser luego de un riesgo de condena. El delito económico político puede dar sus primeros pasos en la discusión, lamentablemente dependerá de los vientos políticos, al menos en Argentina.